

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIV
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
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 LEÓN

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)
Notario de Madrid
RODRIGO URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Estudios monográficos

GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente: <i>El sistema codificado francés de cesión de créditos</i>	Pág. 485
LOBATO GARCIA-MIJAN, Manuel: <i>El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>	553
VARGAS CABRERA, Bartolomé: <i>El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas (Interpretación sistemática de la Ley 21/87)</i>	611

Estudios legislativos

BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: <i>La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación</i>	697
---	-----

Estudios de Derecho extranjero

GARCIA RUBIO, María Paz: <i>La Ley francesa de 6 de julio de 1989, de arrendamiento de viviendas e inmuebles de uso mixto</i>	719
GARRIDO, José M.: <i>El derecho al honor de las sociedades mercantiles en el ordenamiento inglés</i>	745

Vida jurídica

Pág.

<i>In memoriam. Excmo. Sr. D. Rafael Núñez Lagos, por Juan Vallet de Goytisolo</i>	757
--	-----

Información legislativa

A cargo de Pedro de ELIZALDE y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ	761
---	-----

Bibliografía

LIBROS

CAZORLA PRIETO, Luis M.: <i>Las Sociedades Anónimas deportivas</i> , por Alberto Sáenz de Santamaría Vierna.—DOGLIOTTI, Massimo: <i>Affidamento e adozione</i> , por Gabriel García Cantero.—MERELO ABELA, José Manuel: <i>La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo</i> , por José María Rodríguez de Santiago. NIEW NEDERLANDS BURGERLIJK WETBOEK. HET VERMOGENSRECHT. NEW NETHERLANDS CIVIL CODE. PATRIMONIAL LAW. NOUVEAU CODE CIVIL NEERLANDAIS. LE DROIT PATRIMONIAL, por Gabriel García Cantero.—SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: <i>Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informarções</i> , por José Luis de Castro	783
--	-----

REVISTAS

<i>Revistas extranjeras</i> , a cargo de Jesús ALFARO AGUILA-REAL	795
---	-----

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>Hermanos Patiño contra "El País" y "Diario 16"</i> , por Juan-José CANO GONZALEZ, María Dolores FEREZ FERNANDEZ, Margarita GARRIGA GORINA y Pablo Salvador CODERECH (Director)	833
---	-----

II. SENTENCIAS

A cargo de Encarca ROCA TRIAS	863
-------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba</i> , por Antonio CABANILLAS	907
---	-----

<i>Tanteo y opción. Frustración del interés del titular del derecho</i> , por Ana CAÑIZARES LAÑO	921
--	-----

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 II



ABRIL-JUNIO
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

El sistema codificado francés de cesión de créditos

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

SUMARIO: Prólogo. I. Perfección del contrato y entrega del crédito.—II. Producción del efecto traslativo.—III. Situación jurídica del deudor: condiciones del pago liberatorio.—IV. Situación jurídica de los acreedores (del cedente).—V. El privilegio del cedente-vendedor impagado.—VI. La doble o múltiple cesión de un mismo crédito.—VII. La cesión de crédito ajeno.—VIII. Comparación entre el sistema de cesión codificado y sus precedentes.—IX. Cesión de créditos y transmisión de propiedad.—X. La donación del crédito. Conclusión: explicaciones del sentido de la exigencia de notificación o aceptación como requisito de eficacia de la cesión.

PROLOGO

Este estudio es continuación y, quizá, conclusión del que ya presenté sobre la formación del sistema francés de cesión. Aquél fue, en cierto modo, instrumental respecto de éste. Y es que estoy entre quienes consideran que los precedentes constituyen un elemento interpretativo de primer orden para aprehender el sentido del derecho vigente, aunque la conclusión a que pueda llevar al investigación histórica sea la de constatar que el espíritu y finalidad de las normas vigentes es el de apartarse de sus precedentes. Pues bien, el caso es que, precisamente, los precedentes abonan una interpretación del artículo 1.690 del Code, hoy, comúnmente rechazada por la doctrina, cuyos esfuerzos van dirigidos a proporcionar otra u otras bastante despegadas de la historia.

El contenido de este trabajo consta, realmente, de tres partes. La primera, que correspondería a los dos primeros epígrafes, está dedicada a las reglas generales sobre la producción del efecto traslativo en la cesión de créditos. La segunda, que estaría integrada por los epígrafes tercero a séptimo, está dedicada a los diversos conflictos típicos de intereses que la cesión puede plantear entre los sujetos eventualmente afec-

tados por ella. Y la tercera, que comprendería los tres últimos epígrafes, está dedicada a contrastar este sistema de cesión con otros puntos de referencia: con sus precedentes históricos, para ver en qué medida el Code modificó el antiguo sistema de cesión; con el sistema general de transmisión de derechos reales; y con la donación de créditos, por si la gratuitad de la cesión entrañaba alguna modificación en la producción del efecto traslativo. Finalmente, en las conclusiones doy cuenta de las tres explicaciones o líneas de interpretación que del requisito de la notificación o aceptación, pilar básico del sistema francés de cesión, se han hecho.

Aprovecho la ocasión para advertir que, en buena parte, mi atención se ha centrado en la doctrina francesa del siglo XIX. Le he dedicado especial atención porque se trataba de las ideas que pudieron ser conocidas por la nuestra a lo largo del proceso codificador o de elaboración de las decisiones legislativas, que en España tuvieron o tienen que ver con nuestro sistema de cesión de créditos.

Finalmente, reitero mi agradecimiento a las instituciones y a las personas que mencioné en el prólogo de mi anterior estudio sobre la formación del sistema francés de cesión, quienes han contribuido a hacer posible la elaboración o la publicación de estos dos estudios sobre la cesión de créditos en derecho francés.

I. PERFECCION DEL CONTRATO Y ENTREGA DEL CREDITO

La primera norma que el Code dedica a la cesión de créditos es la contenida en el artículo 1.689, que establece que la entrega se produce, entre cedente y cessionario, con la del título (1). Hay pleno acuerdo en la doctrina en señalar que la entrega del crédito no es requisito para la perfección del contrato que sirve de causa a la cesión, sino que es cumplimiento de una obligación del cedente. Así, en ningún momento dejó de afirmarse que la compraventa fuese un contrato consensual, tanto si lo que se vendía era una cosa como un crédito (2). Es decir, si un tipo de contrato es consensual, el hecho de que un crédito sea su objeto no

(1) "Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre" (artículo 1.689).

(2) Vid BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. XIX, 3^a ed., París 1908, pág. 804; COLMET DE SANTERRE, E.: *Manual elementarie de Droit civil*, t. II, 5^a ed., París 1907, pág. 167; Duranton: *Cours de Droit civil Francais suivant le Code civil*, t. XVI, París 1833, págs. 503 y 504; DUVERGIER, J. B.: *Le Droit civil Francais suivant l'ordre du Code*, t. XVII, París 1835, págs. 213 y 214; GUILLOUARD, L.: *Traité de la vente et de l'échéance*, t. II, París 1890, págs. 304-306; HUC, T.: *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, París 1891, t. I, págs. 357; LAURENT, F.: *Princips de Droit civil Francais*, t. XXIV, 3^a ed., Bruselas-París 1878, pág. 465.

lo transforma en real. Y en la cesión de créditos (mediante compraventa) todos admitieron la aplicabilidad del artículo 1.583, donde se sanciona su carácter consensual (3). El artículo 1.689 nada tiene que ver con la perfección del contrato sino con su cumplimiento (4).

Además, también se interpretó el artículo 1.689 en el sentido de que la entrega no era un requisito para la producción del efecto traslativo. La regla general del sistema traslativo francés consiste en que ese efecto se produce con la perfección del contrato; si se trata de una compra-venta, con el acuerdo sobre la cosa y el precio, como establece el artículo 1.583 (5).

El artículo 1.689, según parece, debe ser puesto en relación con el 1.607, según el cual, la tradición de los llamados “derechos incorporales” tiene lugar o por la entrega de los títulos o por el uso que el adquirente hace de ellos con el consentimiento del cedente (6). Ambos preceptos parecen tratar de lo mismo: del cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor o cedente. Sin embargo, no coinciden en su tenor literal ni en su contenido. Así, mientras en el artículo 1.607 se admiten dos formas de entrega, en el 1.698 sólo se menciona una de ellas (la entrega de los títulos, pero no el ejercicio del derecho por el adquirente consintiéndolo el trasmítente).

Por consiguiente, una primera cuestión a resolver podría ser la de si en la cesión de créditos el artículo 1.689 excluye o no al 1.607, porque si la respuesta debiera ser afirmativa, resultaría que la única forma de entender producida la entrega de un crédito sería la consistente en la entrega del título. Sin embargo, téngase en cuenta que en parte alguna se excluye de la cesión aquellos créditos que nacen de actos jurídicos no documentados. Por esto es por lo que parece más razonable entender que el artículo 1.689 no excluye la aplicación del 1.607 (7), en el sentido

(3) “Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé” (artículo 1.583).

(4) Vid. AUBRY, C. Y RAU, C.: *Cours de Droit civil Français*, t. II, 1^a ed., Estrasburgo 1839, pág. 533; MARCADE, V.: *Explication du Code civil*, t. VI, 7^a ed., París 1.875, pág. 339.

(5) Según Laurent, “la délivrance n'est pas requise pour que la propriété du droit passe au cessionnaire soit entre les parties, soit à l'égard des tiers. La délivrance n'est plus que l'exécution du contrat par la mise en possession de l'acheteur” (op. cit., t. cit., pág. 465). Y también que “dans le système du Code la délivrance ou tradition n'a rien de commun avec la transmission de la propriété, ni entre les parties ni à l'égard des tiers, car elle ne concerne que l'exécution de la vente” (op. cit., t. cit., pág. 475).

(6) “La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur” (artículo 1.607).

(7) “La remise du titre au cessionnaire a pour objet lui faciliter le moyen de toucher le paiement, comme preuve de l'acquisition, mais ce n'est point l'unique preuve, car on peut aussi céder des créances qui ne sont pas constatées par des actes” (DURANTION, op. cit., pág. 505).

de que, cuando no sea posible la entrega del título, el cedente cumplirá su obligación de entrega autorizando al cesionario para ejercitar el derecho que se le cede o, simplemente, consintiendo tal ejercicio.

Se puede constatar ya una diferencia o innovación en las reglas específicas sobre la cesión de créditos respectos a la regla tradicional, por lo menos, a la sentada por los comentadores del artículo 108 de la Costumbre de París, mantenida luego tanto por Pothier como por Bourjon, según la cual la entrega del crédito tenía lugar con la notificación al deudor (o con su aceptación). Con esto no quiero afirmar que los preceptos del Code sobre la entrega del crédito carezcan de procedentes. Recordemos que Domat admitía como formas de entrega del crédito no sólo la notificación de la cesión o del título de adquisición, sino también la entrega del título, si lo había, así como el ejercicio del derecho o el goce de la "cosa incorporeal" por el cesionario si el cedente estaba de acuerdo en la toma de posesión. Lo singular del Code es que ni la notificación al deudor ni su aceptación son ya consideradas como formas de entrega del crédito (8).

Esta (relativa) innovación del Code no está desprovista de consecuencias, como se irá viendo a lo largo de esta exposición. Con todo, una primera puede parecer obvia, y es que la entrega del crédito pasa a consistir en una actividad del cedente. Hay que recordar que antes del Code lo que se consideraba entrega podía suceder sin la intervención del cedente, puesto que se admitía como entrega la notificación al deudor instada por el cesionario o la aceptación del deudor. Parece, pues, que el Code salva esa contradicción, a la vez que, en cierto modo, parece conceder una mayor protección al cedente, sobre todo, en las cesiones onerosas. Así, éste puede negarse a entregar el crédito en tanto el cesionario no cumpla su parte (9). Lo que sucede es que, como se ha de ver, el sistema francés de cesión sigue montado en torno a la notificación, que puede instar el cesionario, o la aceptación, de las que depende, como veremos, la plenitud de efectos de la cesión, por lo que la negativa del cedente a hacer entrega del crédito al cesionario no impide a éste ni adquirir el crédito, ya que la entrega no es requisito para la producción del efecto traslativo, ni tampoco ejercitar el contenido del crédito, ya que esto depende de la notificación o aceptación, aunque sí puede poner las cosas difíciles al cesionario para cuando pretenda hacer valer su adquisición. Por lo demás, el cesionario comprador del cré-

"La délivrance de la créance cédée s'opère, soit au moyen de la remise des actes qui en constatent l'existence; soit, quand il n'existe pas de titre, par l'usage que le cessionnaire en fait du consentement du cédant (art. 1.607 et 1.689)" (MOURLON, F.: *Répétitions écrites sur le Code civil*, t. III, 10^e ed., París 1878, pág. 297).

(8) Véanse las consideraciones que sobre la entrega del crédito hago en mi trabajo "La formación del sistema (codificado) francés de cesión de créditos", A.D.C. t. XLIII, fasc. IV.

(9) Vid. artículos 1.612 y 1.613.

dito puede exigir la resolución del contrato si el cedente no lleva a cabo la entrega del crédito (10).

La entrega del título al cesionario le facilita el ejercicio del derecho de crédito y, a la vez, impide o, mejor, hace más difícil que el cedente pueda incumplir el contrato, cobrando él mismo el crédito o, sobre todo, volviendo a cederlo. Así, cuando el crédito está incorporado a un título al portador, la posesión del documento legítima al cesionario para ejercitarse su derecho, reclamándolo al deudor o cediéndolo a otro. Dejando a un lado este supuesto, la entrega del documento en que se refleja el acto de donde nació el crédito, si bien ese documento no prueba la existencia actual del crédito ni la titularidad del cedente, sí permite al cesionario, cuando lo tiene, acreditar su condición de tal cuando insta la notificación de la cesión al deudor o cuando éste le exige que le acredite su condición de cesionario, con todas las consecuencias que de la notificación o de la aceptación se derivan, según el artículo 1.690. Además, quedando el cedente sin tales documentos, el cesionario quedará a salvo ante la eventualidad de que aquél los entregue al deudor, pues si esto sucediera operaría una serie de presunciones de condonación de la deuda (11) que, indudablemente, perjudicarían la posición del cesionario.

II. PRODUCCION DEL EFECTO TRASLATIVO

Como ya se establecía en Bourjon (12), se vuelve a diferenciar dos planos o ámbitos de relaciones en la producción del efecto traslativo, en función de los sujetos afectados: entre las partes, por un lado y, por otro, respecto a terceros. El razonamiento sería el siguiente. De los artículos 711 y 1.138 (13) se desprende que en el Code se sigue el sistema consensualista de transmisión de derechos, en el que la perfección del título es suficiente para entender producido el efecto traslativo. Ade-

(10) Vid. HUC, op. cit., t. cit., pág. 405.

(11) "La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération" (artículo 1.282).

"La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire" (artículo 1.283).

Vid. también artículo 1.284.

(12) Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, op. cit., cap. IV.

(13) "La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations" (artículo 711).

"L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier" (artículo 1.183).

más, del artículo 1.583 parece desprenderse que le contrato de compra-venta es, si se me permite la expresión, doblemente consensual: por un lado, porque se perfecciona por el acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, aunque aquélla no haya sido entregada ni éste haya sido pagado; por otro, porque, perfecto el contrato, se produce el efecto real, salvo aplazamiento o condición suspensiva (14). Sin embargo, cuando se trata de la cesión de créditos, la transmisión de su titularidad con la sola perfección del contrato se considera aplicación de los artículos antes citados, especialmente, del 1.583, si bien del artículo 1.690 resulta una especialidad, que ya conocemos porque ya estaba en Bourjon: los terceros no tendrán por titular del crédito al cesionario más que cuando han sido observadas las formalidades allí previstas, en concreto, la notificación al deudor o su aceptación en documento auténtico (15).

Así, pues, se entiende que la transmisión del crédito se produce entre las partes siguiendo la regla general consensualista, contenida en los artículos 711, 1.138 y 1.583, mientras que a los terceros no afectará esa transmisión en tanto no haya sido notificada o aceptada en la forma prevista (16). Ahora bien, ¿en qué se concreta esa distinción en cuanto a los diferentes requisitos del supuesto de hecho del efecto traslativo? Las cuestiones a plantearse son, realmente, dos: primera, ¿en qué medida cambia efectivamente la situación de las partes —cedente y cesionario— cuando se establece que la perfección del contrato produce el efecto cesión entre ellos, respeto al sistema tradicional, para el que la transmisión del crédito se producía a la vez para todos con la notificación (o la aceptación) de la cesión?; segunda, concretar qué significa que el efecto traslativo no se produzca en relación a terceros sino con la notificación o aceptación.

Por lo que respecta a la primera, circunscribir la eficacia traslativa del contrato a los contratantes (y herederos) quiere decir, lógicamente, que el cedente ha de tener al cesionario por el nuevo titular del crédito y no defraudar su derecho: el cedente no puede negar al cesionario su condición de nuevo titular del crédito, aunque todavía no haya sido notificada ni aceptada la cesión. Ahora bien, ¿en qué mejora esto la posición del cesionario respecto a la que tenía en Domat o en Pothier, donde sin tradición del crédito no se produce para nadie el efecto traslativo? Es decir, ¿qué tiene el cesionario del crédito antes de esa notificación o aceptación, que no tuviera según las reglas del antiguo sistema de título y modo?

(14) Por lo menos, cuando el cumplimiento de la obligación de entrega no está sujeta a condición suspensiva, ni se ha establecido una reserva de dominio.

(15) "Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport fait au débiteur.

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique" (artículo 1.690).

(16) Por todos, vid HUC, op. cit., t. cit., págs. 426 429 y 430.

Consecuencias lógicas de que el cedente haya de tener al cesionario por el nuevo titular del crédito pueden ser las siguientes: si el deudor paga al cesionario, no podrá el cedente dirigirse contra el accipiens, aunque la cesión no haya sido todavía notificada ni aceptada; si es el cedente el que ha cobrado el crédito, el cesionario podrá dirigirse contra él, aunque la cesión no haya sido notificada ni aceptada. Pero, ¿no llegaríamos a las mismas conclusiones con el sistema traslativo tradicional? Si la notificación o la aceptación fuesen requeridas para la producción del efecto traslativo también inter partes, el cedente no podría, en principio, dirigirse contra el cesionario, a quien el deudor hubiera pagado aunque la cesión no le hubiera sido notificada ni él la hubiera aceptado, pero es porque el cedente carece en este caso de acción directa contra el cesionario: el cedente podría, en su caso, dirigirse contra el deudor si el pago no fue liberatorio, o el deudor podría dirigirse contra el cesionario si el cobro fue indebido; o, a lo sumo, el cedente podría ejercitarse por vía subrogatoria la acción del deudor contra el cesionario por cobro de lo indebido. Directamente contra el cesionario el cedente sólo podría dirigirse por invalidez o ineficacia de la cesión, o para exigirle el cumplimiento de la contraprestación si la cesión es onerosa. Pues bien, parece que nada distinto sucede cuando se establece que la perfección del título de la cesión produce efectos traslativos inter partes, de cuando se requiere la notificación para cualquier eficacia traslativa. Y tampoco hay diferencia sustancial alguna cuando es el cedente el que cobra el crédito: el cesionario tendrá acción contra él, no porque haya adquirido inter partes el crédito, sino porque el cedente ha incumplido el contrato, cuya eficacia como fuente de obligaciones es la misma tanto en uno como en otro sistema.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, habría que empezar determinando quiénes son considerados terceros. Hubo coincidencia en tener por tales a quienes no son parte en el contrato que sirve de título a la cesión; concretamente, todos aquellos que pretendiesen tener sobre el crédito derechos que la cesión tiende a debilitar o a extinguir, es decir, el deudor, los acreedores del cedente, y otros cesionarios del mismo crédito en caso de cesión múltiple (17). Pues bien, en relación a estos terceros, ¿es totalmente ineficaz la cesión, ya producida inter partes, en tanto no sea notificada o aceptada en la forma prevista en el artículo 1.690? ¿O es que los que no son el cedente y el cesionario (y sus herederos respectivos) pueden, si les conviene, hacer valer la cesión y considerar al cesionario como al nuevo titular del crédito o, si no les conviene, desconocer la cesión? es decir, ¿han de desconocer los terceros la cesión o pueden desconocerla si les perjudica?

Hay que decir que el tenor literal del artículo 1.690 se ajusta a sus

(17) Vid. HUC, op. cit., t. cit., pág. 425; AUBRY-RAU, op. cit., págs. 593 y 594; COLMET DE SANTERRE, op. cit., t. cit., págs. 169 y 170.

precedentes históricos, es decir, al artículo 108 de la Costumbre de París, en cuanto que mantiene la expresión “à l’égard des tiers”, por lo que parece que el cesionario no puede ser tenido por nuevo titular del crédito por los terceros, en ningún caso, y no sólo cuando la cesión les perjudique. Adelanto ya que esta cuestión se plantea especialmente problemática en relación al deudor. Tanto los acreedores del cedente como los otros eventuales cesionarios del mismo crédito en la cesión múltiple, están objetivamente interesados en retrasar la eficacia de la cesión o de las cesiones anteriores, respectivamente, por lo que no parece que sea precisamente frecuente el caso de que éstos pretendan hacer valer la cesión, que le perjudica, antes de la notificación o de la aceptación formales. En cambio, los acreedores del cesionario sí pueden estar interesados en hacer valer la cesión ya producida inter partes, al objeto de poder embargar ya el crédito; lo que pasa es que si ese embargo debe ser notificado al deudor, los acreedores del cesionario deberán conseguir que previamente o a la vez se notifique la cesión al deudor: de no actuar así, sólo podrían embargar el crédito del cesionario contra el cedente para exigir el cumplimiento de la obligación de entrega o, en su caso, el crédito del cesionario contra el cedente para hacer efectiva la indemnización por incumplimiento.

Es en relación al deudor donde más importancia parece cobrar la cuestión de si un tercero puede hacer valer la cesión que todavía no ha sido notificada ni aceptada. Si el deudor ha pagado al cedente, lógicamente, no estará interesado en hacer valer la cesión, sino en todo lo contrario, en sostener su ineficacia para él. Pero si ha pagado al cesionario sin que la haya sido notificada y sin que él la hubiera aceptado previamente, la cuestión cobra todo su sentido e interés: si luego el cedente le exige el pago el deudor no podrá oponerle el previo pago al cesionario porque el deudor es un tercero y no podía considerar al cesionario como su nuevo acreedor hasta la notificación o aceptación de la cesión, si es que se entiende que ésta es hasta entonces totalmente ineficaz en relación (“à l’égard”) a los terceros; pero si se entiende que la cesión no notificada ni aceptada no les perjudica, el deudor que paga al cesionario sí podrá hacer valer la cesión y el pago frente al cedente que le exigiese el pago. Baste, de momento, con plantear la cuestión, sobre la que se volverá al analizar con más detalle la situación del deudor y las condiciones para que el pago tenga eficacia liberatoria.

La exigencia de notificación o de aceptación provienen, como sabemos, de los precedentes históricos, en concreto, del artículo 108 de la Costumbre de París. La notificación se hace judicialmente, lo cual asegura la autenticidad y la certeza de su fecha (18), y puede instarla tanto el cedente como el cesionario (19), como expresamente reconoce el ar-

(18) Vid. LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 476.

(19) Vid. LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 477.

título 1.691 (20). En cuanto a la aceptación del deudor, se entendió que podía ser coetánea o posterior al contrato, pero que debía constar en forma auténtica para que fuese oponible a los demás terceros distintos del deudor aceptante, si bien no se requería de una determinada forma para que vinculase al mismo aceptante (21). Como se verá al analizar la situación jurídica del deudor, no da igual que haya notificación o sólo aceptación, que sea el cedente o el cesionario el que inste la notificación, que el deudor acepte la cesión en documento auténtico o que lo haga de otra forma...

Recordemos que, a diferencia de los precedentes históricos, el Code ya no exige la entrega para la producción del efecto traslativo, ni siquiera frente a terceros, y que ni la notificación ni la aceptación de la cesión son ya consideradas como formas de entrega del crédito (22). Ahora bien, lo que importa es precisar si de estas diferencias o de estos cambios se desprenden criterios distintos de solución a los conflictos de intereses que la cesión puede plantear, o si se cambia todo esto para que nada sustancial cambie...

Finalmente, siguiendo todavía con las grandes líneas del sistema codificado francés de cesión de créditos, habría que estudiar la posible relevancia que el pago del precio en las cesiones resultado de la compraventa del crédito puede tener en la producción del efecto traslativo. Concretamente, si la falta de pago del precio suspende la eficacia traslativa. Hay que decir que ni entre las normas generales sobre el sistema traslativo ni entre las de la compraventa hay regla alguna que condicione la producción del efecto traslativo al pago del precio. Sin embargo, entre los privilegios del acreedor sobre ciertos bienes muebles hay reconocido uno que tiene que ver con esta cuestión: el del artículo 2.102-4º (23).

De este precepto resulta que el vendedor impagado “des effets mo-

(20) “La signification par huissier est jugée aujourd’hui lourde et coûteuse. Aussi est-il demandé, notamment par les banques, de lui substituer une simple notification par lettre recommandée avec avis de réception. Cette solution a été admise par la loi du 4 janvier 1978 au profit des petites et moyennes entreprises, afin de leur permettre d’obtenir des avances de la Caisse des Marchés en cédant à titre de garantie les créances nées d’un marché public” (GHESTIN, J.: “La transmission des obligations en droit positif Francais”, en La transmission des obligations, travaux des IX Journées d’études juridiques Jean Dabin, Bruselas 1980, pág. 21).

(21) Vid. AUBRY-RAU, op. cit., t. cit., pág. 554; DURANTON, op. cit., t. cit., págs. 505 y 506; MOURLON, op. cit., t. cit., pág. 300.

(22) Vid., por todos, LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 475.

(23) “Les créanciers privilégiés sur certains meubles sont: 4º Le prix d’effets mobiliers non payés, s’ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu’il ait acheté à terme ou sans terme;

Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu’ils sont dans la possession de l’acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que les effets, se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite” (artículo 2.102-4º).

biliers” que ha entregado lo vendido tiene un privilegio para cobrarse del precio adeudado con el producto de la enajenación (forzosa) del bien si éste todavía no se encuentra en poder del comprador. Por tanto, es frente a los demás acreedores del comprador-deudor donde opera este privilegio. Si las posibilidades de actuación del vendedor impagado se limitasen a este privilegio, la conclusión sería que el pago del precio carece de relevancia en la producción del efecto traslativo. Sin embargo, en ese precepto se contempla otra posibilidad adicional en favor del que vendió al contado: éste podrá, incluso, reivindicar lo vendido si está todavía en posesión del comprador e impedir su reventa, siempre que reivindique dentro de los ocho días siguientes a la entrega.

Parece claro, pues, que este precepto tiene como precedentes los artículo 176 y 177 de la Costumbre de París, cuyo contenido e interpretación ya analicé en un trabajo anterior (24). Nos volvemos, por lo tanto, a encontrar con que en la venta de bienes muebles hecha al contado el vendedor continúa siendo propietario de la cosa vendida no sólo tras la perfección del contrato —recuérdese que el sistema traslativo se proclama consensualista—, sino incluso tras la entrega al comprador. Por esto es por lo que este vendedor al contado no sólo puede actuar como acreedor (privilegiado) para hacer efectivo su derecho de crédito para el cobro del precio, sino que incluso puede reivindicar lo vendido frente al comprador, con tal que no hayan pasado ocho días desde la entrega y que el comprador siga siendo su poseedor.

El requisito del plazo —fuese el que fuere— se venía explicando diciendo que en las ventas al contado la propiedad de lo comprado no se transmitía al comprador hasta el pago del precio porque se entendía implícita la condición de suspender su eficacia traslativa al pago del precio, por lo que si el vendedor impagado tardaba en reclamar la cosa o el precio se podía entender que el efecto traslativo no había quedado condicionado al pago del precio, es decir, que la venta no había sido hecha realmente al contado, por lo que el comprador adquirió la propiedad con arreglo a las reglas generales (en el sistema de título y modo, con la entrega, en el consensualista, desde la perfección del contrato).

Exigir que el bien deba estar en poder del comprador puede parecer contradictorio con que el vendedor siga siendo propietario ya que, si lo fuese realmente, conservaría la facultad de reivindicarlo de cualquier poseedor, como claramente se admitía en los precedentes históricos. Creo, no obstante, que es posible encontrar una explicación satisfactoria: no hay tal contradicción si tenemos en cuenta que en el Code la regla “*possession vaut titre*”, contenida en el artículo 2.279 (25) ha

(24) “La formación del sistema francés de cesión...”, cit., cap. I, especialmente.

(25) “En fait de meubles, la possession vaut titre.”

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains

sido interpretada no sólo en el sentido de relevar al poseedor de bienes muebles de la carga de la prueba de su título de adquisición, sino también en el de sancionar adquisiciones a non domino de bienes muebles. Puede ser por esta razón por la que el vendedor impagado de bienes muebles al contado no pueda reivindicar, ni siquiera dentro de los ocho días siguientes a la entrega, si la cosa ya no está en poder del comprador. Por la misma razón, si el bien está todavía en poder del comprador, pero éste ya lo ha revendido a otro, esto no impide que el vendedor del revendedor pueda reivindicarlo, pues lo decisivo aquí es el plazo y la posesión y, en este caso, el tercero comprador del comprador no es todavía poseedor, por lo que ni ha adquirido a domino ni puede invocar la protección que el 2.279 dispensa al poseedor.

Si la venta no fue hecha al contado o sí pero ya han pasado los ocho días para reivindicar, el vendedor impagado sólo puede hacer valer su condición de acreedor privilegiado si el bien está en poder del comprador; privilegio que, por consiguiente, no podrá hacer efectivo si el bien está en posesión de otro, de quien, en principio, nada podrá aquél pretender porque no es su deudor, a menos, claro está, que demuestre el fraude de acreedores y rescinda la enajenación del comprador al tercero ex artículo 1.167. El vendedor impagado también podría obtener la resolución de la venta ex artículo 1.184, pero si la cosa ya no está en poder del comprador la reivindicatoria tendrá como límite el del 2.279 en favor del poseedor de buena fe, a menos que consiga la rescisión por fraude.

Podemos, ahora, preguntarnos qué diferencia hay, en cuanto a la producción del efecto traslativo y la posición jurídica del vendedor impagado, entre el que vendió al contado y los demás. Pues parece que ninguna si el vendedor actúa haciendo valer sólamente su condición de acreedor del precio, porque así sólo puede embargo y cobrarse con preferencia a otros acreedores con el producto de la enajenación forzosa del bien. Pero si lo que pretende el vendedor es recuperar el bien, la diferencia última aparece estar en que el que lo vendió al contado no ha de obtener previamente la resolución del contrato para recuperar su derecho de propiedad y poder reivindicar, porque no dejó de ser propietario, mientras que el que no vendió al contado sólo puede recuperar el bien declarada la resolución del contrato.

Lo que ahora corresponde plantear es si el precepto contenido en el artículo 2.102-4º es aplicable a la venta de créditos. La respuesta ha de ser la afirmativa, puesto que ese precepto está referido a la venta "des effets mobiliers" y, según los artículos 535 y 529 (26), en tal expre-

duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient" (artículo 2.279).

(26) "L'expresión biens meubles, celle de mobilier ou d'effets mobiliers, compren-

sión hay que entender incluido todo lo que comprende al concepto legal de bienes muebles, que abarca también a los créditos. Pues bien, si esto es así, resultará que el cedente-vendedor impagado podrá cobrarse el precio embargando el crédito vendido, si todavía está en posesión del comprador; y si lo vendió al contado puede incluso, "reivindicarlo", es decir, exigir que se le reintegre en la posesión del crédito, si éste está en posesión del comprador. Pero, ¿qué se entiende por posesión de un crédito: la recepción del crédito, resultado de su entrega por alguno de los medios admitidos por los artículos 1.607 y 1689 (entrega de los títulos o ejercicios del derecho con el consentimiento del cedente) o la titularidad aparente del crédito? ¿En qué consiste esa apariencia de titularidad? De momento, estos interrogantes van a quedar sin respuesta, pues antes hemos de analizar ciertas cuestiones cuyo estudio o cuya solución es previa, como por ejemplo, las condiciones de eficacia liberatoria del pago o el conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente... Analizado esto se obtendrán criterios para decidir si el cedente-vendedor impagado puede embargar o, en su caso, reivindicar el crédito vendido si el cesionario lo ha vuelto a ceder.

III. SITUACION JURIDICA DEL DEUDOR: CONDICIONES DE LA EFICACIA LIBERATORIA DEL PAGO

El precepto clave del que se ha de partir para analizar este punto es, además del 1.690, el contenido en el 1.691, en el que se establece que el deudor se libera si paga al cedente antes de habersele notificado la cesión (27).

Una primera, explicación de esta regla es que, como el deudor es un tercero, la cesión no le afecta y no tiene por qué considerar al cesionario como a un nuevo acreedor, en tanto no se observen las formalidades del artículo 1.690, es decir, la notificación o la aceptación de la cesión. Es más, en principio, el deudor sólo puede atender el requerimiento de pago hecho por el cedente, al que no podría oponer la cesión no notificada ni aceptada (28). Es decir, según esta interpretación, el deudor no sólo puede desconocer la cesión no notificada ni aceptada y pagar voluntariamente al cedente con efecto liberatorio, sino que no puede hacerla valer, no puede utilizarla, aunque esté interesado en ello.

nent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies" (artículo 535).

"Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers..." (artículo 529).

(27) "Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré" (artículo 1.691).

(28) Vid. AUBRY-RAU, op. cit., t. cit., págs. 555 y 556. Si el cedente se niega a recibir la prestación, el deudor puede consignarla, ya que no tiene por qué entregarla al cesionario (HUC, op. cit., t. II, pág. 51).

En cambio, una vez notificada o aceptada la cesión, ésta ya es oponible al deudor que, en principio, sólo se libera pagando al cessionario. Ahora bien, esto no impide a aquél hacer valer frente a éste todas las excepciones que se deriven de las causas modificativas o extintivas de su obligación, acaecidas o surgidas antes de la notificación o de la aceptación, como por ejemplo, el pago previo al cedente o la compensación con un crédito del deudor frente al cedente (29), la novación, la condonación, la prescripción, la cosa juzgada, una transacción, etc. (30), quedando, en su caso, al cessionario la facultad de dirigirse contra el cedente por incumplimiento del contrato que sirve de causa a la cesión.

Ahora bien, hay que preguntarse cuál es la razón por la que se concede eficacia liberatoria al pago hecho al cedente cuando la cesión no ha sido (todavía) notificada ni aceptada. Sólo son posibles dos respuestas: porque el accipiens sigue siendo el verdadero acreedor o porque es el acreedor aparente? Creo que, por lo menos, cabe una tercera respuesta independiente de las dos anteriores: porque está autorizado (por la ley o por el verdadero acreedor) para recibir el pago. El precepto contenido en el artículo 1.691, que, junto al 1.690, constituye la base fundamental del sistema francés de cesión de créditos, no sólo ha de ser puesto en relación con los preceptos que contienen la regulación general de las condiciones de eficacia liberatoria del pago en lo relativo a la identidad del accipiens, sino que creo que ha de ser subsumido en alguno de esos supuestos de pago liberatorio. Pues bien, por lo que aquí concierne, esos preceptos generales son, fundamentalmente, dos: los contenidos en los artículos 1.239 y 1.240, según los cuales, el pago es liberatorio cuando el accipiens es el verdadero acreedor, o cuando es una persona autorizada por aquél o por la ley o por la justicia para recibir el pago, o cuando se paga de buena fe al poseedor del crédito, o, por último, cuando el verdadero acreedor se aprovecha o al verdadero acreedor aprovecha el pago realizado a quien no estaba autorizado para cobrar ni estaba en posesión del crédito, así como cuando el verdadero acreedor ratifica (a posteriori) el pago (31). Puesto que en el artículo 1.691 no se alude a autorización alguna del cessionario al cedente para el cobro del crédito, ni que el pago al cedente aproveche al cessionario, sólo quedan, realmente, tres posibles explicaciones de la eficacia libera-

(29) Artículos 1.295 y 1.296. Si el deudor aceptase la cesión perdería la posibilidad de oponer al cessionario la compensación con créditos del deudor frente al cedente, como se dirá más tarde. Vid. nota 46.

(30) Vid. por todos HUC, op. cit., t. II, págs. 49 y 50.

(31) "Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité" (artículo 1.239).

"Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé" (artículo 1.240).

toria del pago hecho al cedente antes de la notificación (o aceptación) de la cesión: porque el cedente sigue siendo el verdadero titular del crédito, o porque está en posesión del mismo, o porque está autorizado por la ley para el cobro.

La respuesta en clave histórica, esto es, acorde con los precedentes históricos y con el tenor del artículo 1.690 es la siguiente: en el artículo 1.691 se reconoce la eficacia liberatoria del pago hecho al cedente antes de la notificación porque el deudor paga al que los terceros —entre éstos se encuentra el deudor— pueden y deben seguir considerando como único y verdadero titular del crédito. Por tanto, en el artículo 1.691 se estaría contemplando un supuesto de pago al verdadero acreedor y no al acreedor aparente.

Ahora bien, quién puede ser, pues, acreedor aparente con motivo de una cesión de créditos. Habría que acudir al artículo 1.240, que es donde se trata esta cuestión en general. Allí se establece que el deudor se libera si de buena fe paga al que está en posesión del crédito. La buena fe del deudor consiste, lógicamente, en creer que está pagando al verdadero acreedor o a una persona autorizada por éste o por la ley o por la justicia para recibir el pago. Sin embargo, puede que no sea tan sencillo precisar en qué consiste estar en posesión del crédito, que es la condición objetiva de eficacia liberatoria de este tipo de pagos.

Fijémonos en que en el artículo 1.691 para nada se menciona la entrega del crédito. Es decir, es perfectamente posible que el cedente haya cumplido con su obligación de entregar al cesionario el título del crédito, como establece el artículo 1.689 que, téngase en cuenta, no está pensado para el caso específico de créditos incorporados a títulos al portador, y que, no obstante esa entrega, el deudor quede liberado pagando al cedente, con tal que la cesión no haya sido notificada. Parece, pues, que la posesión del crédito que se exige en el artículo 1.240 no equivale, salvo en títulos valores al portador, a la posesión del documento en que se contiene el acto jurídico de donde nace el crédito. Además, una interpretación a contrario sensu del artículo 1.691, en el caso de que fuese posible, aunque ya advierto que no está claro que lo sea, no haría sino confirmar esta conclusión: el deudor sólo se libera si paga al cesionario si la cesión es notificada aunque el accipiens ya tuviera en su poder el título, es más, con independencia de ello; del mismo modo, que el deudor, en principio, no se libera si paga al cedente cuando la cesión ya le ha sido notificada, aunque el accipiens siga en posesión del título del crédito.

Podría pensarse, quizás, que la expresión “posesión del crédito” admite o, mejor, vuelve a admitir dos sentidos en el derecho francés: en un primer sentido, equivaldría a la situación que resulta del cumplimiento por el cedente de la obligación de entrega del título, ex artículo 1.689; en otro sentido, equivaldría a apariencia de titularidad sobre el crédito, es decir, su poseedor no es otro que el acreedor aparente. Y decía que

era mejor afirmar que se vuelve a diferenciar entre una y otra porque ya expliqué cómo en Domat el cessionario al que se ha hecho entrega del título del crédito no adquiría, sin más, la condición de titular aparente del crédito, por lo que el deudor no tenía seguridad alguna de liberarse si le pagaba (32). Por consiguiente, es ese segundo sentido de la expresión posesión del crédito, el que ha de servirnos para configurar el supuesto de hecho del artículo 1.240, y que, según creo, es el que explica la relación, bastante problemática, según parece, para la doctrina francesa en general, entre ese precepto y el contenido en el artículo 1.691.

Personalmente estoy convencido de que posesión del crédito, cuando de las condiciones de eficacia liberatoria del pago se trata, no es otra cosa que condición de acreedor aparente o de titular aparente del crédito, puesto que estamos hablando de un deudor que ha pagado a personas distintas del acreedor, pero que no tendrá que volver a pagar si lo hizo de buena fe a quien parecía objetiva y razonablemente que era su acreedor o que estaba legitimado para recibir el pago. Es decir, no basta para que ese pago se liberatorio, con que el deudor, con su mejor buena fe, considere que el accipiens es el acreedor aparente, sino que es imprescindible que esa creencia esté apoyada en datos objetivos, externos al deudor y anteriores al pago, e imputables a una conducta activa o pasiva del verdadero acreedor. De no ser así, no habría apariencia de titularidad o ésta no sería suficiente.

Habrá que dejar claro que no se puede conceptuar la apariencia de titularidad como la posesión del crédito, porque caeríamos en un círculo vicioso. Posesión del crédito consiste en apariencia de titularidad y ésta consiste, en la cesión de créditos, en la concurrencia aparente de todos los requisitos o elementos que configuran el supuesto de hecho de la cesión, esto es, de producción del efecto traslativo. Es decir, acreedor aparente es el titular original del crédito o aquel cuya adquisición reune, aparentemente, todos los requisitos para la producción del efecto traslativo. De esto se desprende ya una primera conclusión: el concepto de acreedor aparente es siempre el mismo, pero quién en concreto lo sea o no dependerá del concreto sistema de cesión del que se trate. En otras palabras, el concepto de acreedor aparente que acabo de dar es, por su contenido abstracto, válido para cualquier sistema, pero su relatividad obliga a precisar primero cuáles son los requisitos para la producción (real) del efecto traslativo, porque esos mismos serán los requisitos que, aparentemente, deberán concurrir para atribuir a una persona en un sistema concreto la condición de titular aparente del crédito, que será el que pueda recibir un pago liberatorio para el solvens de buena fe.

(32) Vid. "La formación del sistema francés de cesón...", cit., cap. II, epígrafes relativos a la entrega del crédito y a la situación jurídica del deudor.

Pues bien, en el Code la producción del efecto cesión depende de la validez del contrato o título que sirve de causa a la cesión (sistema causalista), de que el crédito pertenezca al cedente (artículo 1.599 y 1.693) y, en relación a los terceros, de que la cesión haya sido notificada al deudor o aceptada por éste (artículo 1.690). Pues bien, cuando, aparentemente, concurran todos estos requisitos, el cesionario tendrá la condición de acreedor aparente. Hay que hacer una matización en relación al deudor, puesto que de las condiciones del pago liberatorio estamos tratando: para él no vale la alternativa notificación/aceptación, sino sólo la notificación, puesto que, en efecto de ésta, no podría hacer valer frente al verdadero acreedor un pago hecho al cesionario cuando ha sido el mismo deudor el que, con un acto propio, como es su aceptación, da lugar a una situación no coincidente con la realidad, en la que él mismo luego pretendiese ampararse. En otras palabras, la apariencia de titularidad que permite liberarse al deudor de buena fe no puede ser creada por él mismo, sino que ha de resultar de actos o hechos de otros. Por consiguiente, el deudor que acepta la cesión lo hace a su propio riesgo, es decir, que si luego paga al cesionario y resulta que la cesión nunca existió o fue inválida, deberá volver a pagar, esta vez, al verdadero acreedor.

Así las cosas, no nos hemos de extrañar de que el artículo 1.691 sólo mencione la notificación al deudor, en cuyo defecto éste se libera pagando al cedente. Y también resulta claro, desde la interpretación de la expresión apariencia de titularidad en relación a la de posesión del crédito, que lo que en el artículo 1.689 se considera como entrega del crédito carezca, por sí misma, de relevancia en la decisión acerca del carácter liberatorio del pago hecho por el deudor al cedente o al cesionario. Finalmente, habría que reconocer, desde la interpretación que hasta aquí se ha hecho del artículo 1.690 (notificación o aceptación como requisitos ineludibles de eficacia de la cesión en relación a terceros), que la razón de ser del efecto liberatorio del pago hecho al cedente antes de la notificación de la cesión no es otra que el hecho de que el accipiens sigue siendo para el deudor el verdadero (y único) acreedor.

Por consiguiente, antes de la notificación de una cesión, el deudor tiene la seguridad de liberarse pagando a su acreedor originario. Y no porque éste sea acreedor aparente si le paga cuando ya se ha prefeccionado un título de cesión, sino porque es su verdadero acreedor hasta tanto no se le notifique la cesión o ésta se aceptada por el deudor. Por la misma razón, el cesionario no es acreedor aparente antes de la notificación de la cesión al deudor, por lo que el pago que hasta entonces recibiera no sería liberatorio ex artículo 1.240, ya que este accipiens no reune, ni siquiera aparentemente, todas las condiciones para la adquisición del crédito en relación a los terceros, al faltar la notificación.

Puede haber notificación y, sin embargo, ser también liberatorio el pago del deudor al cedente: cuando la cesión es inválida o ineficaz, o ha sido resuelta o rescindida. En estos casos, ese pago al cedente es li-

beratorio porque el accipiens es el verdadero titular del crédito. Y también puede suceder que, a pesar de la notificación, no sea liberatorio el pago al cessionario. Aquí habría que distinguir si la notificación fue instada por el cedente o por el cessionario. Si lo fue por el primero, está claro que el deudor se libera pagando al cessionario, puesto que, en el caso de que la cesión fuese inválida y el deudor lo supiese, esa notificación valdría también como indicación de pago. Sin embargo, cuando el que instó la notificación fue el cessionario, el deudor ya no tiene esa seguridad, puesto que recibe una declaración favorable al interés de su autor, cuya veracidad corresponde indagar al deudor, a menos que se entienda que es el órgano judicial a quien se encarga practicar la notificación el que debe realizar esa indagación y responder de su veracidad. Y es que considero, como más tarde explicaré, que si bien en principio, la notificación atribuye al cessionario la apariencia de titularidad, por lo que, también en principio, sería liberatorio ex artículo 1.240 el pago que el deudor le hiciese, a lo que esto no puede, en modo alguno, llevar es a considerar como una situación de apariencia de titularidad la que crease el mismo cessionario sin la intervención del cedente (por ejemplo, falsificando el título de la cesión), sin que el deudor esté obligado a indagar la existencia de esa cesión que se le notifica a instancia del que dice ser su nuevo acreedor, indagación que puede consistir, simplemente, en requerir la confirmación del cedente.

Quizá, la cuestión más problemática fue la de si el conocimiento que el deudor tuviese de la cesión le impedía liberarse pagando al cedente, o si le permitía liberarse haciéndolo al cessionario, cuando la cesión no había sido notificada ni aceptada. De lo que se trata, en definitiva, es decir si el conocimiento que el deudor tenga de la cesión (habida inter partes) puede o no suplir la falta de notificación o de aceptación, para lo cual habrá que ver si las formalidades establecidas en el artículo 1.690 lo son con carácter exhaustivo o ejemplificativo.

Ha existido acuerdo en la doctrina francesa en señalar que la ratio de la norma contenida en el artículo 1.690 es la de hacer del deudor un instrumento de publicidad de la titularidad y del contenido del crédito, y de los cambios que experimentase supliendo así la falta de un registro público que, como el previsto para el tráfico inmobiliario, diese publicidad sobre tales extremos. De esta forma, mediante la notificación o la aceptación formal no sólo el deudor sino, a través de él, también los demás terceros podrían tener un medio supplementario de información sobre la situación del crédito y que fuese más creíble que la información que pudiese dar el sedicente titular del mismo (33). Sin embargo, si fue discutida la cuestión de si el conocimiento que el deudor tuviese, por

(33) Vid. COLMET, op. cit., t. cit., págs. 167 y 168; DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 217; GUILLOUARD, op. cit., t. cit., pág. 308: HUC, op. cit., t. I, págs. 430 y 431: LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 298.

medios diferentes de los previstos en el artículo 1.690, podía suplir a la falta de notificación o de aceptación y, por tanto, permitir al deudor liberarse pagando al cesionario o denegar el pago al cedente haciendo valer la cesión frente a la reclamación de este último.

La tesis más ajustada al tenor de los artículos 1.690 y 1.691, así como a sus precedentes históricos (el artículo 108 de la Costumbre de París), es la de quienes sostuvieron el carácter taxativo de la exigencia de ciertas formalidades en el artículo 1.690, por el cual la notificación o la aceptación del deudor son los únicos medios para conseguir que una cesión sea eficaz en la relación a los terceros, siendo, por sí solo, irrelevante el conocimiento que el deudor (o los demás terceros) tuviera de ella. Entre quienes así opinaron se encontraba Huc, para quien el carácter taxativo de las exigencias del artículo 1.690 se basaba en lo establecido en el artículo 1.071 (34): cada vez que el legislador prescribe una cierta forma de publicidad para llevar un hecho jurídico al conocimiento de terceros, es con el propósito de evitar litigios que tengan por objeto determinar si los terceros tuvieron o no conocimiento del hecho no publicado en la forma debida (35). Por lo tanto, así entendido el artículo 1.690, con él se trataría de excluir como cuestión litigiosa si el deudor (y los demás terceros) llegaron o no a conocer por medios distintos de los legalmente establecidos que el crédito había sido vendido, donado, permutado, etc. Y este propósito del legislador quedaría frustrado si se admitiese que el conocimiento por los terceros de esos contratos relativos al crédito fuesen equiparables a la notificación o a la aceptación (36). Y es que, verdaderamente, mientras que el conocimiento es un hecho cuya prueba es o puede ser difícil o estar basado en conjeturas, la notificación judicial o la aceptación en documento auténtico son hechos fácilmente demostrables, así como la fecha en que se produjeron.

Las consecuencias que se derivan de esta tesis son importantes, por lo que revelan acerca del sistema de cesión: el efecto traslativo es o sigue siendo consecuencia de un supuesto de hecho integrado por dos actos, como son, por un lado, el contrato o título de cesión y, por otro, la notificación o la aceptación, aunque, eso sí, estas últimas ya no puedan ser consideradas como tradición o modo consistente en la entrega, porque en el Code la entrega del crédito consiste en otra cosa, como sabemos, en la remisión del título ex artículo 1.689. Por lo tanto, para los

(34) “Le défaut de ‘publication’ no pourra être supplié ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d’autres voies que celles de la ‘publication’” (artículo 1.071).

(35) Vid. HUC, op. cit., t. II, pág. 35.

(36) Vid. HUC, op. cit., t. II, pág. 47. Sin embargo, “il semble que la jurisprudence de la Cour de Cassation est surtout déterminée par l’idée selon laquelle le débiteur qui a déjà été prévenu par le cessionnaire, n’a pas besoin d’être officiellement prévenu par une signification, la loi n’étant pas faite pour ceux qui sont informés, mais pour ceux qui ne le sont pas encore” (HUC, últ. loc. cit., pág. 44).

terceros, el crédito sigue perteneciendo al cedente en tanto no sea notificada o aceptada la cesión. Lo cierto es que, según esta tesis, puede afirmarse que el deudor que, por ejemplo, sabe que el crédito ha sido vendido, lo que conoce es que se ha contratado la cesión, que hay título, pero eso no quiere decir que sepa que el crédito se haya cedido, que se haya producido el efecto traslativo, efecto que requiere para los terceros de la observancia de las formalidades del artículo 1.690. De esto, a su vez, se desprenden varias consecuencias decisivas.

La primera es que el pago que el deudor haga al cedente antes de que se la haya notificado la cesión es liberatorio ex artículo 1.691, porque está pagando a su todavía verdadero acreedor, conozca o ignore el solvens que el accipiens ha contratado la cesión, porque el sólo título no basta para producir el efecto cesión ex artículo 1.690. En segundo lugar, nos encontramos con que si el deudor conoce de la existencia del título de la cesión y paga al cesionario antes de la notificación o de la aceptación, no se libera porque el accipiens no es ni siquiera el acreedor aparente, sino sólo un acreedor de su acreedor, ya que ni siquiera aparentemente concurren todos los requisitos para la producción del efecto traslativo (en relación a terceros y el deudor es uno de éstos), no siendo la cesión no notificada ni aceptada utilizable por los terceros, que no sólo pueden sino que deben desconocerla. Otra consecuencia es que si el deudor paga al que es cesionario en virtud de una cesión inválida o ya resuelta o rescindida, si cuando paga ya le ha sido notificada debidamente, se libera ex artículo 1.240, siempre que el deudor al pagar lo hiciese de buena fe, es decir, no sabiendo que el cesionario-accipiens sólo aparentemente es su acreedor. En cuarto lugar, si el deudor paga al cesionario en virtud de una cesión válida y eficaz y ya notificada, se libera puesto que el accipiens es su verdadero acreedor. Y quinta, si la cesión, le ha sido notificada, pero es inválida o ineficaz y el deudor paga el cedente también se libera porque el accipiens es su verdadero acreedor.

Sin embargo, ya desde una época relativamente temprana, otros autores entendieron que el deudor que tenía conocimiento de la cesión (inter partes), es decir, de lo que antes llamaba conocimiento de la perfección de un título de cesión, se liberaba pagando al cesionario aunque todavía no se hubiesen observado las formalidades del artículo 1.690. Así parecieron entenderlo Duvergier (37) y Guillouard (38). Para esta otra tesis, el artículo 1.691 debe ser leído en el sentido de que el deudor que paga al cedente antes de la notificación de la cesión se libera a me-

(37) Op. cit., t. cit., pág. 240.

(38) "Si le débiteur cédé connaissait la cession mais les formalités de l'article 1.690 ne se sont pas accomplies, et il n'y a pas doute sous la vérité de la cession, il paie mal en payant au mépris de droits dont il connaît l'existence, parce que la signification n'a qu'un but vers le débiteur: l'avertir de ne pas payer au mépris des droits que viennent d'être concédés" (op. cit., t. cit., pág. 319).

nos que se demuestre que cuando pagó sabía que el crédito había sido cedido. Es decir, el deudor que conoce la cesión no puede hacer valer frente al cesionario que no le fue notificada ni aceptada: si la conocía le afectaba y no podía pagar al cedente. Considero que a esta tesis se podría llegar por una de estas dos vías:

La primera es entender que desde que se perfecciona el título que sirve de causa a la cesión se produce el efecto traslativo, de manera que el cedente deja de ser el verdadero acreedor, que pasa a serlo el cesionario. Sin embargo, con la notificación se consigue despojar al cedente de la condición de acreedor aparente, en que había quedado desde que se perfeccionó el título. Se trata, pues, de aplicar el sistema consensuista de transmisión a la cesión de créditos, de forma que desde el contrato el cedente deja de ser titular verdadero del crédito, para pasar a serlo sólo aparentemente, en tanto el deudor (y los demás terceros) no lleguen a conocer la cesión. Según esta explicación, la eficacia liberatoria que el artículo 1.691 reconoce al pago hecho por el deudor al cedente antes de la notificación se debe a que el accipiens es el acreedor aparente, por lo que si el solvens conoce la cesión no es de buena fe y, por consiguiente, no se libera, cualquiera que sea el medio por el que ha llegado a conocerla (de forma segura). Según esto, el artículo 1.691 no supondría otra cosa que una aplicación del artículo 1.240 a un caso concreto de pago al acreedor aparente.

Al mismo resultado, aunque con un encuadramiento diferente del artículo 1.691, se llegaría si se considerase que con el contrato el cesionario no adquiere la titularidad del crédito frente a terceros, sino con el conocimiento que éstos tuviesen de la cesión, aunque éste no resultase de la notificación al deudor. Ahora, el cedente sigue siendo para el deudor su verdadero acreedor, hasta el momento en que conoce de la cesión, a partir del cual sería el cesionario el que pasaría a serlo. Así, el artículo 1.691 es entendiendo en el sentido de que el deudor que paga al cedente cuando no conoce la cesión, que no le ha sido notificada, se libera porque paga a su verdadero acreedor.

Guillouard parece sostener una fundamentación similar a la primera de estas dos que acabo de exponer (39), mientras que la segunda me parece un tanto extraña a la doctrina francesa y, en cambio, más próxima a la helvética, como espero poder poner de relieve en mi siguiente trabajo sobre la formación de los llamados sistemas germánicos de cesión de créditos. Con todo, sí considero imprescindible realizar una matización. Y es que aunque se considerase por esta corriente doctrinal que el conocimiento (seguro) que el deudor tuviera de la cesión le vinculaba con el cesionario y le impedía pagar al cedente, esto no significa

(39) "Le cédant, avant l'accomplissement des formalités de l'art. 1.690 demeure propriétaire apparent de la créance vis-à-vis les tiers et pourra faire tous les actes conservatoires de la créance, et exercer toutes les poursuites pour obtenir le paiement" (GUILLOUARD, op. cit., t. cit., pág. 344).

que se pensara en una total equiparación del conocimiento de la cesión a la notificación o aceptación. Por el contrario, el conocimiento y el momento en que se produjo ha de ser probado, mientras que éste se presume (*iuris et de iure*) si hubo notificación. Además, con la notificación o con la aceptación realizadas en la forma prevista por el artículo 1.690 se consigue que la cesión sea eficaz para todos los terceros, la conozcan o no, mientras que el conocimiento de la cesión sólo permite hacerla eficaz para el que la conoce y no para los demás.

También habría que matizar algo en relación a los que, como Huc, entendieron que el conocimiento que de la cesión tuviese el deudor era, por sí mismo, irrelevante. Y es que admitieron que la cesión no notificada ni aceptada era oponible al deudor que hubiese pagado al cedente, si hubiese actuado dolosa o fraudulentamente (*fraus omnia corrumpit*) (40). Por lo tanto, en estos casos, habría que probar el dolo o el fraude, para lo cual sería requisito indispensable, pero no suficiente, la prueba del conocimiento que el deudor tuviese de la cesión, acompañado del *consilium frudis* con el accipiens. En estas condiciones, el cesionario defraudado sí podría conseguir que se denegase eficacia liberatoria al pago al cedente. Como se dirá al final, entre las conclusiones, lo cierto es que esta admisión de la prueba del fraude ha sido utilizada por la jurisprudencia y hoy lo es por la doctrina para sostener la oponibilidad de la cesión no notificada ni aceptada cuando, simplemente se tuvo un conocimiento seguro de ella, con lo que de la exigencia originaria de la prueba del fraude o del dolo se ha pasado a conformarse con la de la mala fe.

Lo cierto es que tanto el tenor del artículo 1.690 como el sentido de su precedente el artículo 108 de la Costumbre de París, no dejan margen suficiente para admitir que el conocimiento que el deudor tuviese de la cesión sea equiparable a la notificación o a la aceptación, a los efectos de que el deudor deba tener al cesionario como nuevo titular del crédito. Por el contrario, parece quedar bastante claro que, en relación a los terceros, el efecto traslativo es consecuencia de un supuesto de hecho integrado por un doble acto: la validez del título de cesión y la notificación o aceptación, dando por supuesta la pertenencia del crédito al cedente. Desde esta perspectiva, se podría decir que la situación jurídica del deudor poco podía variar o evolucionar en el sistema francés de cesión, recurriendo al conocimiento que él tuviese de la cesión, porque éste, como tal, no tiene asignada operatividad alguna. Es más, podría decirse que la quintaesencia de este sistema de cesión es probablemente, el propósito de prescindir del conocimiento que el deudor tuviese o no de la cesión como tema de prueba, negándole relevancia y atribuyéndola, en cambio, a actos formales y perfectamente demostrables, como lo son la notificación (judicial) o la aceptación (en documento au-

(40) Vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 38 y 42.

tético). Así, pues, el deudor que paga al cedente paga bien y queda liberado de la obligación, aunque conociese que el accipiens había contratado la cesión, con tal que no le hubiese sido notificada o que el mismo deudor no la hubiese aceptado, que es lo que viene a establecer el artículo 1.691, interpretado con arreglo al 1.690 y a los precedentes históricos.

La evolución, con todo, se produjo. La línea de evolución más respetuosa o, mejor, la menos contradictoria con el tenor de los artículos 1.690 y 1.691 y con los precedentes históricos fue la que partió de una interpretación generosa del requisito de la aceptación como alternativa de la notificación. Así se fue extendiendo la idea, según la cual, el deudor queda vinculado y, por tanto, debía tener al cesionario por su nuevo acreedor, cualquiera que fuese la forma en que hubiese aceptado la cesión, admitiéndose también la forma tácita o por actos concluyente (41). Es decir, se consideró que la aceptación sólo debía constar en documento auténtico para que ella misma y, por consiguiente, la cesión fuesen oponibles a terceros que no fuesen el mismo aceptante. Aceptada la cesión el deudor ya no podía, en principio, pagar al cedente puesto que está vinculado por su propio acto a pagar al cesionario, que ya podría exigirle el pago. Pero si esa aceptación no constaba en documento auténtico, los demás terceros, esto es, los acreedores del cedente o ulteriores cesionarios en el caso de que la cesión múltiples siguieran sin resultar afectados por esa cesión, lo cual puede dar lugar a situaciones un tanto complicadas y, sobre todo, arriesgadas para el deudor, como se verá a continuación.

En primer lugar, la aceptación en forma no auténtica de la cesión hace que no sólo el cedente deba respetar la cesión y no exija el pago al deudor, a menos que la cesión sea inválida o ineficaz, sino que también el deudor-aceptante la ha de respetar, no pudiendo esgrimir frente a la reclamación del cesionario la falta de notificación o de aceptación formal. Y también resulta que el deudor sí puede ya negarse a pagar al cedente oponiéndole la cesión producida inter partes y, ahora, también para el deudor.

En segundo lugar, porque se ha llegado a entender que el pago al cesionario es un supuesto de aceptación tácita de la cesión (42), perfectamente oponible, pues, al cedente, aunque no a los terceros distintos del aceptante. Admitir que el pago al cesionario es un supuesto de aceptación tácita de la cesión lleva consigo admitir que la observancia de las formalidades del artículo 1.690 ya no son tanto requisito para que la cesión sea eficaz *en relación* a los terceros (“à l’égard des tiers”), cuanto para que la cesión sea eficaz *en perjuicio* de terceros.

(41) Vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 32 y 33, así como los citados en la nota 21.

(42) Vid referencias en GRANER, K.: Die Forderungsabtretung in der Fortbildung des deutschen und französischen Rechts, 1967, pág. 111.

Como ya dije antes cuando dejé planteada esta cuestión, esta distinción es especialmente relevante para el deudor. Si la notificación o la aceptación son requisitos de eficacia de la cesión en relación a terceros, si no se da una u otra, el tercero no puede hacer valer la cesión aunque le convenga, sino que *debe* desconocerla, ya que es como si no se hubiera producido. Mientras que, si se trata de requisitos para que la cesión sea eficaz en perjuicio de terceros, éstos sí podrá hacerla valer si les interesa aunque no se hayan observado las formalidades del artículo 1.690, porque *pueden* desconocerla pero también utilizarla si les conviene. Pues bien, el tercero que puede estar interesado en hacer valer la cesión es, lógicamente, el deudor, cuando ya ha pagado al cessionario sin que le haya sido notificada la cesión, porque de esta forma podría negarse a pagar al cedente, ya que al pagar al cessionario ha aceptado tácitamente la cesión.

De esta forma, se consiguió salvar una de las más llamativas inconveniencias del sistema francés de cesión, al distinguir entre eficacia traslativa *inter partes*, resultado del contrato, y respecto de terceros, resultado de la notificación o de la aceptación: el deudor que pagaba al cessionario sin que la cesión le hubiera sido notificada o sin que él la hubiese aceptado previamente podía verse obligado a tener que volver a pagar al cedente si éste le exigía el pago, porque el deudor no podía oponerle la cesión ya que para él, como tercero, la cesión no se había producido, mientras que el cedente, que desde que se perfeccionó el título de cesión debía tener al cessionario por nuevo titular del crédito y, en consecuencia, abstenerse de cobrarlo, seguía estando legitimado para exigir el pago al deudor, siendo, además también el único legitimado para recibir el pago en tanto la cesión no fuese notificada o aceptada formalmente. Es decir, el nuevo titular (*inter partes*) del crédito es el cessionario, quien, sin embargo, no está legitimado para exigir ni para recibir el pago en tanto no se observen las formalidades del artículo 1.690, mientras que el cedente, que frente al cessionario no debe cobrar el crédito, es el único que puede exigir y recibir el pago. Además, como el deudor sólo tiene la seguridad de liberarse antes de la notificación pagando al cedente, resulta que puede exigirle que reciba el pago, pero si éste lo acepta incurre en responsabilidad frente al cessionario por incumplimiento, por lo que si el cedente rehusa recibir ese pago, al deudor no le queda otro remedio que consignar la prestación, a cargo de quien resulte ser el verdadero titular del crédito. Pues bien, admitiendo que el pago hecho al cessionario equivale a la aceptación (tácita) de la cesión se logra salvar alguna de estas complicaciones, si bien, como veremos, a costa de que el deudor asuma riesgos adicionales.

Parece como si la separación o el diverso régimen de transmisión de la titularidad del crédito, por una parte y, por otra, de la legitimación para exigir o para recibir el pago fuese la explicación última del artículo 1.690 en cuanto a la situación jurídica del deudor. Así, resultaría que la

titularidad se transmite al cessionario con arreglo al sistema consensuista, es decir, desde que se perfecciona el título, mientras que la legitimación para exigir el pago al deudor sigue correspondiendo al cedente hasta que se notifique o se acepte la cesión. Por consiguiente, en defecto de notificación o de aceptación es el cedente y no el cessionario el único que puede exigir el pago al deudor. Y si el cedente, que cobró el crédito, deviene insolvente, el riesgo lo soportará el cessionario, que no puede dirigirse contra el deudor, que se liberó pagando al cedente antes de que se le notificara la cesión, ex artículo 1.691.

En cuanto a la legitimación para recibir el pago que, voluntariamente, hiciera el deudor, el tenor literal y los precedentes del artículo 1.690 parecen coincidir con la solución que se da a la legitimación para exigir el pago. Si el deudor, antes de la notificación, paga al cedente, paga bien y se libera y el cessionario sólo podrá dirigirse contra el cedente. Pero si, en esa misma situación, paga al cessionario, paga mal y puede verse obligado a tener que pagar al cedente, al que no puede oponer la cesión porque el deudor es un tercero y para él es como si la cesión no se hubiese producido, mientras no se le notifique o la acepte, conservando entre tanto el cedente la legitimación para exigir el pago. Contra quien no puede dirigirse el cedente es contra el cessionario que ha cobrado el crédito, aunque haya recibido el pago antes de la notificación o aceptación de la cesión, puesto que la cesión sí es "plenamente" eficaz inter partes y el cedente no podría ir contra sus propios actos, actos que le obligan frente al cessionario a reconocerlo como el nuevo titular del crédito.

Si el deudor pagó al cessionario sin que se le hubiese notificado la cesión o sin que él la hubiese aceptado previamente, el cedente podría exigirle el pago y este deudor, que ha pagado dos veces, lógicamente, podría dirigirse contra el cessionario, que recibió un pago subjetivamente indebido, que no fue liberatorio para el solvens (43). Posteriormente, el cessionario que ha restituído lo cobrado podría dirigirse contra el cedente por incumplimiento. Así las cosas, el riesgo de insolvencia del cessionario que ha cobrado "independientemente" sería soportado por el mismo deudor, que ha pagado dos veces, riesgo que él debía saber que asumía al pagar al cessionario sin esperar a que se le hubiese notificado la cesión.

Pero la situación podría complicarse y llegar a ser bastante chocante.

(43) "Celui qui recoit par erreur ou sciennet ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu" (artículo 1.376)

¿Es accipiens de buena o de mala fe el cessionario que acepta el pago del deudor antes de la notificación o de la aceptación? La pregunta puede parecer chocante, pero, a la luz de sus precedentes históricos el tenor del artículo 1.690 permite plantearla y, por lo demás, la respuesta no carece de consecuencias prácticas:

"S'il y a eu mauvaise foi de la partie de celui qui a recu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement" (artículo 1.378).

"Si celui qui a recu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente" (artículo 1.380).

te. Si el deudor paga al cesionario antes de la notificación o de la aceptación y, por esto, se viese obligado a pagar también al cedente, que le exige ese pago antes de que se observen las formalidades del artículo 1.690, he dicho que el deudor podría dirigirse contra el cesionario y, luego, éste, a su vez, contra el cedente. Pues bien, si el cesionario es insolvente, resultará que el deudor podría ejercitarse por vía subrogatoria la acción del cesionario contra el cedente, con lo que volveríamos, más o menos, a la misma situación de partida. (44)

Estas son las consecuencias “lógicas” que se derivan de no reconocer al cesionario no sólo la legitimación para exigir del deudor el pago, sino tampoco la legitimación para recibir el pago voluntario. En este punto la evolución de la jurisprudencia y, sobre todo, de la doctrina se ha producido en el sentido de mitigar esas consecuencias o, incluso, mediante interpretaciones más o menos correctoras del derecho positivo, se ha reconocido abiertamente la legitimación al cesionario para recibir y, aun, para exigir el pago antes de la notificación o de la aceptación de la cesión. En la última parte de este trabajo, entre las conclusiones, daré cuenta de estas interpretaciones, llamémosles desafiantes, del derecho positivo. Ahora sólo voy a analizar lo que supuso en esta cuestión la menos desafiante de todas ellas, y a la que ya antes hice referencia, cual es la consideración del pago al cesionario como un supuesto de aceptación tácita de la cesión, plenamente vinculante para el deudor, pero irrelevante para los demás terceros.

Se sigue afirmando, pues, la exclusiva legitimación del cedente para exigir el pago antes de la notificación o de la aceptación. Se mantiene también su legitimación para recibir el pago voluntario del deudor, que es liberatorio ex artículo 1.691 si es anterior a la notificación. Lo que cambia es el reconocimiento de la legitimación del cesionario para recibir, que no para exigir, el pago voluntario del deudor sin previa notificación o aceptación, puesto que se admite que ese pago constituye aceptación (tácita), lo cual ha sido posible porque ya se venía entendiendo que la aceptación vinculaba a su autor cualquiera que fuese la forma en que se hubiese hecho.

Así las cosas, ahora nos encontramos con que, si la cesión no ha sido notificada ni aceptada, sigue siendo el cedente el único legitimado para exigir el pago, aunque, si lo hace y lo cobra incurre en responsabilidad frente al cesionario. Sin embargo, el deudor puede liberarse tanto si paga al cedente como si paga al cesionario: si al primero, porque así lo establece el artículo 1.691; si al segundo, porque ese pago es constitutivo de aceptación (tácita) de la cesión, lo cual permite al solvens oponer al cedente la cesión ya aceptada, si éste le reclamase el pago. Por su parte, el cesionario no puede exigir la cesión al deudor hasta la notifica-

(44) "...les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne" (artículo 1.166).

ción o aceptación, pero sí puede recibir el pago que el deudor le haga voluntariamente.

Ahora bien, esta opción que termina por reconocerse al deudor para pagar válidamente al cedente o al cesionario antes de la notificación de la cesión, no puede, en modo alguno, hacernos creer que la seguridad del deudor en cuanto a la eficacia liberatoria de su pago es la misma, cualquiera que sea su decisión. Pero esta cuestión ha de ser planteada en términos más amplios, para precisar cuál es el grado de seguridad del deudor en cuanto a la eficacia liberatoria en cada uno de los diferentes supuestos posibles: pago al cedente o al cesionario, con previa notificación o sin ella, con aceptación o sin ella, con aceptación en forma auténtica o en otra forma.

1) Cesión no notificada ni aceptada previamente

Si el deudor paga al cedente, está claro ex artículo 1.691 que paga bien y se libera. Para quienes entienden que el cedente sigue siendo el verdadero titular del crédito frente al deudor y demás terceros hasta que se observan las formalidades del artículo 1.690, la explicación de la eficacia liberatoria de este pago la sitúan en que el accipiens es el verdadero acreedor. En cambio, quienes consideran que el cedente dejó de ser el verdadero titular del crédito con el contrato y que hasta la notificación sigue siendo el acreedor meramente aparente, justifican la eficacia liberatoria del pago en que el accipiens está en posesión del crédito.

Y, personalmente, creo que el artículo 1.691 también podría seguir siendo operativo aun cuando se considerase, como hoy se considera en buena parte de la doctrina, de lo cual daré cuenta en las conclusiones, que el conocimiento que el deudor tenga de la cesión excluye su buena fe como requisito para quedar liberado mediante el pago al cedente. Aun así, podría entenderse que el cedente, que dejó de ser el verdadero acreedor desde el contrato o desde que el deudor conoció la cesión, y que ha dejado también de serlo aparentemente si el deudor sabía de la cesión, está autorizado por la ley (artículo 1.691) para recibir el pago voluntario del deudor. Y este pago será liberatorio no porque el accipiens sea acreedor real ni aparente, sino porque está autorizado por la ley para recibirllo, que es otra posibilidad de pago liberatorio que se prevé en el artículo 1.239.1, junto al pago al verdadero acreedor o a quien éste autoriza para cobrarlo.

Es decir, creo que el artículo 1.691 puede y debe mantenerse y sobrevivir a las explicaciones o justificaciones que del mismo se hagan en relación a una interpretación u otra del artículo 1.690 y, en general, del sistema de cesión en su conjunto. En él puede verse una autorización legal para que el cedente reciba el pago del deudor, pago que tendrá eficacia liberatoria para el solvens si es hecho antes de la notificación

de la cesión. No se trata, por tanto, de decidir si el cedente sigue estando legitimado o no para exigir el pago hasta que se notifique o se acepte la cesión, ni tampoco de decidir si el cesionario puede o no recibir el pago en ese momento. De estas cuestiones no se ocupa, realmente, el artículo 1.691, sino el 1.690. En el 1.691 lo que se dice es que el deudor se libera pagando al cedente antes de la notificación de la cesión.

Creo defendible, pues, reclamar una cierta autonomía al artículo 1.691 respecto al 1.690, de forma que cualquiera que sea la interpretación del 1.690, se mantenga la operatividad del 1.691 en sus mismos términos, lo cual hemos visto que es posible, siempre que pongamos en relación a este último con los preceptos contenidos en los artículos 1.239 y 1.240. Así, podremos mantener el reconocimiento de la eficacia liberatoria del pago al cedente antes de la notificación, decisión que, luego, cada uno podrá justificar, en función de su interpretación del artículo 1.690 y de su visión del sistema de cesión, bien en que el accipiens es el verdadero titular del crédito, bien en que es el acreedor aparente, bien en que está autorizado por la ley para recibir ese pago.

Y es que creo que el sentido último del artículo 1.691 no es decidir sobre la producción del efecto traslativo en la cesión —esto es lo que se decide en el artículo 1.690—, sino ocuparse de la situación del deudor en el período anterior a la notificación: puede liberarse pagando al cedente. Y no sería acertado ver en esta regla una norma destinada, en última instancia, a favorecer al cedente. Al contrario, estimo que el destinatario de esa protección es el deudor, que puede exigir del cedente que reciba ese pago, porque si la obligación ya ha vencido ese es el único pago del que puede estar seguro de su eficacia liberatoria. Y no lo es el cedente aunque sólo sea porque se puede ver obligado a aceptar un pago que, si recibe, le va a llevar o le podría llevar a tener que responder por incumplimiento frente al cesionario. Bien es cierto que, como el cesionario también puede instar la notificación de la cesión al deudor, si se retrasa en hacerlo y vence el crédito, si el cedente se negase a recibir el pago el deudor se liberaría consignando la prestación, cuyos gastos deberían quedar a cargo del cesionario o del cedente y del cesionario.

En conclusión, que el artículo 1.691 es una norma de protección del deudor, y que esta regla merece una reflexión separada o autónoma de la que merece el artículo 1.690 y de los resultados de su interpretación, por lo menos, en tanto no se modifique la decisión legislativa sobre el sistema de cesión en su conjunto.

Si el deudor paga al cesionario, según la tesis tradicional, no se libera, sino que paga a su propio riesgo, es decir, asumiendo el de tener que pagar una segunda vez, ésta, al cedente si éste le reclama el pago antes de la notificación o aceptación.

2) Cesión notificada formalmente

Si el deudor paga al cesionario, en principio, se libera porque, ex artículo 1.690, estaría pagando al nuevo acreedor. Ahora bien, el deudor no tiene en todos los casos posibles la misma seguridad.

Para empezar, si la cesión fuese inválida o hubiese sido rescindida o resuelta cuando se produce el pago al cesionario, éste lo recibe como acreedor aparente, por lo que el deudor sólo quedará liberado ex artículo 1.240 si paga de buena fe, es decir, ignorando la invalidez o ineficacia de la cesión (45).

Quiero llamar la atención sobre el diferente tratamiento que se dispensa, por un lado, al conocimiento que el deudor tenga de la perfección del título de la cesión y, por otro, del conocimiento que el deudor tiene de la invalidez o ineficacia de la cesión. El conocimiento que el deudor tenga de que su acreedor ha contratado la cesión es, según el tenor y los precedentes de los artículos 1.690 y 1.691, irrelevante en sí mismo, esto es, a menos que forme parte de la prueba del consilium fraudis. Y es irrelevante en el sentido de que no le impide liberarse pagando al cedente si la cesión no le ha sido notificada y si él no la ha aceptado. En cambio, el conocimiento que tuviese el deudor de que la cesión que le ha sido notificada es inválida o ineficaz ya no cae dentro del supuesto del artículo 1.691, sino en el del 1.240, porque claramente se está ante un caso de pago al acreedor aparente, que requiere de la buena fe del solvens para tener eficacia liberatoria.

De esto no cabe deducir que en el supuesto del artículo 1.691 se admitan pagos hechos de mala fe al cedente por el deudor que conoce que el accipiens tiene ya contratada la cesión del crédito. En primer lugar, porque en ese precepto se prescinde totalmente del conocimiento o desconocimiento que el solvens tuviese del título de la cesión. Y segundo, porque no se puede considerar de mala fe al deudor que paga a la persona que, de momento, sigue siendo la única legitimada para exigirle el pago, en tanto no se le notifique la cesión, resultando, además, ex artículo 1.691 que ese es el único pago con eficacia aseguradamente liberatoria, porque el pago al cesionario lo haría a su propio riesgo y sin garantía alguna de quedar liberado de la obligación.

Aunque la notificación puede ser instada tanto por el cedente como

(45) Considero, pues, inadmisible extraer del artículo 1.691 la regla, según la cual el pago al cesionario es liberatorio para el deudor si ya se le había notificado la cesión, puesto que si el solvens sabía que ésta era inválida o ineficaz, falta el requisito de la buena fe que en el artículo 1.240 se exige para que el pago al acreedor aparente tenga eficacia liberatoria. Y, si el deudor es de buena fe pero ha sido el cesionario el que ha instado la notificación tampoco se libera pagándole si resulta que la notificación no se correspondía con la realidad y era falsa, pues no puede considerarse apariencia suficiente la que se desprende de un acto del mismo que va a resultar favorecido por ella, invistiéndose a sí mismo de la posesión del crédito. En este caso, el deudor debería cerciorarse acerca de la veracidad de la notificación antes de pagar al sedicente cesionario.

por el cessionario como expresamente reconoce el artículo 1.691, esto no quiere decir que dé lo mismo para el deudor quién haya instado la notificación. Si el que la insta es el cedente el deudor puede estar seguro de liberarse pagando al cessionario. En este caso, el deudor nada tiene que temer si paga haciendo caso de la notificación, ya que es su acreedor el que inviste al cessionario con la posesión del crédito, de manera que aunque resultase que la cesión fuese inválida, el deudor habría pagado bien al cessionario, porque podría defenderse frente a la reclamación del cedente oponiéndole un acto del propio cedente, acto que también contiene una indicación de pago, que el deudor se limita a seguir, sin que tenga que indagar sobre la existencia y validez de la cesión. En cambio, si el que instó la notificación fue el cessionario, el deudor no tiene la seguridad de liberarse pagando al cessionario, si resulta que la cesión no llegó a producirse. Lo cierto es que esta notificación es mucho menos creíble que la instada por el cedente, porque ésta supone una declaración contraria al interés de su autor, mientras que la que insta el cessionario le favorece. Puesto que el verdadero acreedor no puede resultar perjudicado por una notificación de una supuesta cesión, creadora de una apariencia que él no ha contribuido activa ni pasivamente a formar, es claro que si el deudor se fía de ella y paga al sedicente cessionario, lo hace a su propio riesgo, ya que debió indagar acerca de la veracidad de la notificación antes de hacer caso de ella.

Por consiguiente, la situación del deudor es un tanto comprometida cuando recibe una notificación de una cesión, cuando el que la insta es el cessionario. Resulta que, por un lado, no está seguro de liberarse pagando al sedicente cessionario, sin antes indagar sobre su correspondencia con la realidad, para lo cual lo más efectivo es que el deudor solicite información al cedente; y, por otro, ya no está protegido por el artículo 1.691 si paga al cedente, puesto que ya le ha sido notificada la cesión. Es decir, en este caso, el deudor paga a su propio riesgo y sin garantía total de liberarse tanto si paga al cessionario como, por supuesto, al cedente. Esta ausencia de garantías de pago liberatorio me parece altamente criticable para un sistema que, como el francés, hace de la notificación de la cesión el elemento crucial y decisivo para la solución de los diversos conflictos de intereses que pueden presentarse. Además, debiendo practicarse judicialmente la notificación, resulta un tanto chocante que deba ser el deudor el que deba indagar sobre su veracidad, cuando, quizás, sería más lógico que esa indagación correspondiese al órgano encargado de realizarla, respondiendo de su propia actuación frente al deudor. Desde luego, esta solución sería más coherente con la protección que parece querer darse al deudor. Lo que también sucedería es que, en caso de adoptarse, se tardaría más tiempo en notificar y, probablemente, sería también más costosa económicoamete.

Si el deudor, a pesar de la notificación, paga al cedente, en principio, no se libera. Sin embargo, sí quedaría libre si la cesión fuese inválida o si hubiese sido rescindida o resuelta antes de ese pago. Es decir,

no me cabe la menor duda de que el deudor que ha pagado al cedente a pesar de habersele notificado la cesión, puede oponer al cesionario la invalidez o ineficacia de la cesión. Si prueba esto, habrá pagado bien porque el accipiens (el cedente) era su verdadero acreedor.

3) Cesión aceptada en documento auténtico

Aceptando la cesión, el deudor se obliga a pagar al cesionario, que ya puede hacer valer su condición de nuevo titular del crédito en relación a terceros, con plena legitimación, por tanto, para exigir el pago.

Sin embargo, el deudor aceptante no tiene garantizada la eficacia liberatoria de su pago al cesionario: si la cesión es inválida o ha sido resuelta o rescindida, tal pago no será liberatorio, según creo. Es decir, en parte alguna está dicho que la aceptación del deudor haga válida y eficaz una cesión que es inválida o que, incluso inter partes, es ineficaz. En estos casos, el accipiens no es el verdadero titular del crédito o no está legitimado para recibir el pago. Si el cedente, demostrando la invalidez o ineficacia de la cesión, exigiese el pago al deudor aceptante que hubiera pagado al cesionario, ¿podría el deudor hacer valor el artículo 1.240 a los efectos de considerar liberatorio ese pago porque el accipiens fuera el acreedor aparente?

La respuesta es claramente negativa si el deudor no pagó de buena fe, es decir, si ya se sabía de la invalidez o ineficacia de la cesión cuando la aceptó o cuando pagó al cesionario. La cuestión puede parecer más complicada cuando el deudor aceptó y pagó de buena fe, esto es, desconociendo la irregularidad de la cesión. Podría pensarse que la respuesta debería ser la afirmativa en este segundo caso, ya que se trata de un deudor que paga de buena fe al que está en posesión del crédito. Sin embargo, alguna objeción cabe hacer a esta solución.

En este sentido, se puede objetar que no se puede equiparar la aceptación del deudor a la notificación, a todos los efectos. Ciertamente, una u otra permiten que la cesión sea eficaz en relación a terceros, como establece el artículo 1.690. Lo que sucede es que, mientras que la notificación es un acto ajeno al deudor que, claramente, cuando la insta el cedente, inviste al cesionario de la condición de acreedor, por lo menos, aparente, esto es, le confiere la posesión del crédito a los efectos del posible pago liberatorio hecho por el deudor de buena fe, ex artículo 1.240, cuando no hay notificación y es el deudor el que toma la iniciativa aceptando la cesión, es él mismo el que está invistiendo al cesionario como nuevo titular del crédito en relación a terceros o, por lo menos, como nuevo poseedor del crédito. Por lo tanto, en el caso de la aceptación es el mismo deudor el que, si la cesión es inválida o ineficaz, está creando la apariencia de titularidad en el cesionario, por lo que sería ilógico que ese deudor pudiera oponer al cedente el haber actuado,

aun de buena fe (en sentido subjetivo), conforme a una apariencia que él mismo ha creado.

Téngase en cuenta que el deudor acepta la cesión sin tener, en principio, necesidad alguna de hacerlo, ya que no ha de aceptar para poder pagar con efecto liberatorio: en tanto no se le notifique la cesión, tiene la seguridad de liberarse pagando al cedente ex artículo 1.691. Sería, por tanto, exigible al deudor que decide aceptar una cesión, que se cerciore antes acerca de la validez y eficacia de la misma. En otras palabras, el deudor aceptante ha de tener claro que acepta la cesión a su propio riesgo, es decir, que su error no deberá tener consecuencias desfavorables para el verdadero acreedor. Y en esto no hay nada de lo que extrañarse, si recordamos que el deudor debía indagar acerca de la veracidad de la notificación, cuando era el cessionario el que la había instado, para estar seguro de liberarse pagándole. Con mucho más motivo, pues, en ausencia de toda notificación, deberá el deudor asegurarse de la validez y eficacia de la cesión, antes de aceptarla.

Así, pues, la situación del deudor aceptante queda mucho menos protegida que la del que no acepta la cesión, sino que espera la notificación o, si nada se le notifica, del que paga al cedente. En primer lugar, porque asume el riesgo de equivocarse. Es decir, una vez aceptada la cesión él mismo se obliga a pagar al cessionario, y si la cesión es inválida o ineficaz no se libera si le paga, pero si el cessionario le reclama el pago el deudor sólo puede negarse a pagarle si él mismo prueba la invalidez o ineficacia de la cesión o de la aceptación. En segundo lugar, la posición jurídica del aceptante también se ve desprotegida en favor del cessionario, puesto que aquél no le podrá oponer la excepción de compensación por créditos del deudor contra el cedente (46), ni podrá anular el acto jurídico, de donde nace el crédito cedido, si estaba afectado por una causa de anulabilidad (47), pues, en este caso, la aceptación haría las veces de la confirmación del acto anulable.

Sin embargo, precisamente por estas inconveniencias que la aceptación de la cesión entraña para el deudor, la cesión aceptada sí puede, en principio, perjudicar a terceros. Y es que al asumir tales riesgos el aceptante su declaración resulta bastante creíble, como prueba, incluso, de que efectivamente se ha producido la cesión. Pero me parece obvio que la apariencia de titularidad que de la aceptación se desprende para el cessionario no podrá ser utilizada por el mismo que la ha creado, sino por los demás terceros, una vez que se demuestre la invalidez o ineficacia de la cesión.

(46) "Le débiteur qui a accepté pure et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant" (artículo 1.295.1).

(47) Vid. AUBRI-RAU, op. cit., t. cit., pág. 554; DURANTON, op. cit., t. cit., págs. 505 y 506; MOURLON, op. cit., t. cit., págs. 300.

4) Cesión aceptada, pero no en documento auténtico

En este supuesto la posición del deudor es, todavía, más vulnerable. Y lo es porque a los riesgos que corre todo aceptante en la hecha en documento auténtico, hay que añadir los que se derivan del hecho de que la aceptación informal es inoponible a los demás terceros. Esta sólo vincula al propio aceptante, el cual se obliga a pagar al cesionario, y puede ya oponer la cesión al cedente, en tanto éste no demuestre su invalidez o ineficacia.

Sin embargo, ni los acreedores del cedente ni, en el caso de cesión múltiple, otros cesionarios quedan afectados por esa aceptación informal y pueden seguir, por ello, actuando como si la cesión no se hubiera producido. Como se verá en epígrafes posteriores, para los acreedores del cedente esto significa que siguen pudiendo embargar el crédito, como si todavía perteneciese al cedente y, para los otros eventuales cesionarios, que adquirirá, en definitiva, el crédito no aquel cuya cesión fuese aceptada informalmente, sino el que la notifique debidamente. Y si un acreedor del cedente embarga el crédito o si se notifica al deudor una cesión diferente a la que él ha aceptado informalmente, resultará que no podrá liberarse o no se habrá liberado pagando al cesionario cuya cesión hubiera aceptado informalmente. Así, pues, al riesgo de aceptar una cesión inválida o ineficaz, que ya corría el deudor en la aceptación en documento auténtico, se añade ahora el de que existan otros terceros a quienes es inoponible la cesión aceptada informalmente, es decir, otros terceros que, a diferencia del cedente, ni siquiera han de probar la invalidez o ineficacia de la cesión para evitar que la aceptación y, a través de ella, la cesión les perjudique.

Lo cierto es, como se ha podido comprobar, que la admisión de aceptaciones informales supuso reconocer explícitamente algo que es completamente extraño al sentido del artículo 1.690, como es la diferente situación jurídica dentro del grupo de los terceros, entre el deudor, por un lado y, por otro, los demás. El esquema del artículo 1.690 era muy claro: con la perfección del título de la cesión, sólo el cesionario puede hacer valer la cesión frente al cedente, en tanto que los demás (los terceros) ni podían (ni debían) considerar al cesionario como nuevo titular del crédito; con la notificación o aceptación formales la cesión es plenamente eficaz para todos y frente a todos. Con la admisión de aceptaciones informales resulta que uno de los terceros (el deudor) puede y debe, antes que los demás terceros, tener al cesionario como nuevo titular del crédito, en tanto que los demás todavía pueden y deben considerar al cedente como el titular del crédito.

¿Quién resulta favorecido con este cambio? Me parece que, sobre todo, el cesionario, puesto que ya no ha de esperar a la notificación o a la aceptación formal de la cesión para poder exigir el pago al deudor que informalmente ha aceptado la cesión. En cierto modo, también fa-

vorece este cambio al deudor porque, aunque con riesgos sobreañadidos a los normales que entraña la aceptación formal, podía oponer la cesión al cedente antes de la notificación, o el mismo pago al cesionario, que se consideró como una forma de aceptación tácita. Me parece, también, que fue el cedente el que salió perdiendo con esta innovación o modificación del sistema.

IV. SITUACION JURIDICA DE LOS ACREEDORES DEL CEDENTE Y DE LOS DEL CESIONARIO

El siguiente conflicto típico de intereses que la cesión puede plantear es entre los acreedores del cedente y el cesionario. Ha venido habiendo acuerdo en señalar que tales acreedores pueden embargar el crédito hasta que la cesión sea notificada al deudor o aceptada formalmente por éste (48). Que esto sea así se debe a que el cedente sigue siendo, hasta que se observan las formalidades del artículo 1.690, el titular del crédito para los terceros. Por lo tanto, sus acreedores estarán embargando un bien que, para ellos, todavía está en el patrimonio de su deudor. Observadas esas formalidades, ya no podrían embargarlo, sin más, puesto que ya han de considerar al cesionario como nuevo titular del crédito.

Esta regla no queda alterada aunque tales acreedores conocieran que su deudor (el cedente) había ya contratado la cesión, si ésta todavía no ha sido notificada ni aceptada (49). Como, por supuesto, tampoco cambian las cosas si se ha producido la entrega del crédito a la que se refiere el artículo 1.689, que ninguna relevancia tiene para la producción del efecto traslativo.

Una vez notificada o aceptada la cesión, los acreedores del cedente ya no podrían embargar el crédito, a menos que, claro está, consiguieran la rescisión de la cesión por fraude a sus derechos, lo que les supondría tener que probar el *consilium fraudis* entre cedente y cesionario (50).

Por otra parte, los acreedores del cesionario no podrán embargar el crédito hasta tanto no hubiese sido notificada o aceptada la cesión, pues hasta entonces deben considerar que tal crédito pertenece al cedente y sólo podrían embargar el crédito de su deudor (el cesionario) frente al cedente en orden al cumplimiento del contrato de cesión o la indemnidad.

(48) Vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 76 y 77.

(49) Vid., por ejemplo, DURANTON, op. cit., t. cit., pág. 510.

Con todo, también hubo quien entendió que los acreedores del cedente no podían embargar el crédito si conocían la cesión, aunque ésta todavía no hubiese sido notificada ni aceptada. En este sentido, vid. DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 240.

(50) Ils (los acreedores) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (artículo 1.167.1).

zación debida por el incumplimiento. Recordemos, por lo demás, que sólo el cedente o el cesionario pueden, según el artículo 1.691, instar la notificación de la cesión al deudor, por lo que la notificación de embargo por parte de los acreedores del cesionario debería ser posterior. Otra cosa es que éstos pudieran instar la notificación por vía subrogatoria ex artículo 1.166.

Hubo también acuerdo en considerar que si un acreedor del cedente embarga el crédito, esto no le atribuía preferencia alguna frente a otros acreedores que pudieran embargarlo. Como el embargo tampoco impide la notificación posterior de la cesión al deudor, o su aceptación. Pero el efecto de este cumplimiento tardío de los requisitos del artículo 1.690 ya no será la transmisión, sin más, del crédito al cesionario. Este no tendrá preferencia alguna respecto a los acreedores del cedente que ya hubiesen embargado el crédito, para los cuales el cesionario será considerado como otro acreedor del cedente, y su notificación (tardía) le valdrá como embargo del crédito frente a aquéllos (51). Que el cesionario debe concurrir en igualdad de condiciones con los acreedores del cedente que han embargado el crédito cuando la notificación o aceptación del deudor ha sido posterior a tales embargos es algo comúnmente admitido y que no suscitó mayores problemas. Donde sí hubo discordancias fue al decidir otras cuestiones.

La primera fue la de si la cesión notificada al deudor o aceptada por éste, pero después de que el crédito hubiese sido embargado por acreedores del cedente, impide o no que otros acreedores del cedente puedan embargar después el crédito. Algunos autores se inclinaron por la negativa, por entender que el crédito ya no pertenece al cedente y que el cesionario ya debía ser tenido por nuevo titular del crédito por aquellos acreedores del cedente que todavía no lo habían embargado (52). Es decir, este cesionario, cuya cesión ha sido notificada o aceptada cuando algunos acreedores del cedente ya habían embargado el crédito, es considerado por estos acreedores como un acreedor más con el que han de concurrir en igualdad de condiciones, pero los demás acreedores del cedente deben considerarle como el nuevo titular del crédito, por lo que ya no pueden embargarlo. Otros autores, en cambio, sostuvieron la afirmativa, es decir, reconocieron a los acreedores del cedente que no habían embargado el crédito cuando la cesión fue notificada o aceptada, la posibilidad de hacerlo si ya otros acreedores del cedente lo habían hecho antes de la notificación o de la aceptación (53).

Estos segundos autores también opinaban, sin embargo, que el ce-

(51) Vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 78-81.

(52) Vid. DURANTON, op. cit., t. cit., pág. 512; DUVERGIER, op. cit., t. cit., págs. 228-234.

(53) Si la notificación o la aceptación de la cesión fue hecha cuando el crédito no había sido embargado, estamos fuera de la hipótesis que se plantea. En este caso, habría acuerdo en afirmar que los acreedores del cedente ya no pueden embargar el crédito.

sionario era el nuevo titular del crédito previamente embargado, lo que pasa es que consideraron que esto no impedía que se produjeran otros embargos. La explicación de esta tesis está, por un lado, en que el embargo del crédito no impide al cedente transmitirlo, ni tampoco le impide contraer nuevas deudas (54) y, por otro, y en esto radica la diferencia con la tesis anterior, en que los embargos posteriores a la notificación o aceptación de la cesión no deben perjudicar al cesionario, sino que recaen, por así decir, sobre la parte del crédito ya embargada por los acreedores que lo hicieron antes de la notificación o aceptación. Recuérdese que la práctica de un embargo no impide la de otros posteriores, es decir, que los anteriores han de hacer un hueco a los posteriores, sin que esto perjudique al cesionario. Pero cómo se hace esto es la segunda cuestión debatida que quería plantear.

Antes de entrar en ella creo que no está de más advertir que esta posibilidad reconocida a acreedores del cedente de embargar el crédito una vez que la cesión ha sido notificada o aceptada y sin tener que rescindir la cesión por fraude a sus derechos, está justificada porque el crédito ya había sido embargado antes de la observancia de las formalidades del artículo 1.690. Es decir, que si no hubiese tales embargos anteriores, los acreedores del cedente no podrían embargarlo una vez notificada o aceptada (formalmente, claro está) la cesión, puesto que cualquiera de esos embargos perjudicarían al nuevo titular del crédito, si cuando él completó su adquisición el crédito no estaba embargado.

La segunda cuestión discutida se suscitó entre quienes admitieron la posibilidad de que el crédito embargado y después cedido fuese nuevamente embargado por otros acreedores del cedente después de la notificación o aceptación de la cesión. Y consistía en cómo distribuir entre los acreedores del cedente y el cesionario el importe obtenido con el cobro o con la enajenación forzosa. La solución consistente en el reparto a prorrata entre todos ellos (55) fue deshechada, por entender que el cesionario no debía resultar perjudicado por los embargos practicados después de la notificación o aceptación de la cesión. Las divergencias surgieron en la forma de compaginar, por un lado, este no perjuicio al cesionario, con la concurrencia en igualdad de condiciones de los acreedores cuyos embargos fueron anteriores a la notificación o aceptación de la cesión y el cesionario, por otro lado.

Así, según Aubry-Rau, primero se ha de calcular lo que al cesionario habría correspondido de haber concurrido sólo con quienes embargaron antes de la notificación o de la aceptación. En segundo lugar, la cantidad restante se repartiría a prorrata entre todos los acreedores del

(54) Vid. AUBRY-RAU, op. cit., t. cit., pág. 556 y 557; HUC, op. cit., t. II, págs. 78-81.

(55) Por ejemplo, si A cede a B el crédito de 300 que tiene contra C que X, acreedor de A por 300, había embargado antes de la notificación de la cesión a C y que, después de ella, Y, que es también acreedor de A por otros 300, embarga también, si la distribución fuese a prorrata, B, X e Y tendrían derecho a recibir 100 cada uno.

cedente, cualquiera que fuese la fecha de embargo. Y, en tercer lugar, se habría de calcular lo que a los acreedores que embargaron antes de la notificación o de la aceptación habría correspondido de haber concurrido todos (acreedores y cesionario) a prorrata, y lo que les faltare para llegar a esa cifra debería descontarse de lo correspondiente al cesionario (56).

Huc criticó esta distribución, por considerar que con ella el cesionario sí resultaba perjudicado por los embargos practicados después de la notificación o de la aceptación de la cesión. Para evitar esto, él proponía lo siguiente: primero, calcular lo que a cada uno correspondería si la distribución se hiciese a prorrata; segundo, calcular lo que correspondería al cesionario si sólo existiesen embargos anteriores a la notificación o aceptación de la cesión, dándole al cesionario lo que le falte para llegar a esa cifra reduciendo en la misma cantidad lo que corresponda a los acreedores cuyos embargos son posteriores a la notificación o aceptación (57).

Con esta segunda propuesta de distribución, los acreedores que embargaron antes de que se observaran las formalidades previstas en el artículo 1.690 percibirían lo mismo que les correspondería si la distribución se hiciese a prorrata entre todos, puesto que sus embargos no impiden otros ni les atribuyen preferencia alguna sobre esos otros. Por su parte, el cesionario recibiría lo que le correspondiese sin tener en cuenta los embargos posteriores a la notificación o aceptación. Ahora bien, este tratamiento del cesionario está exclusivamente pensado para el caso en que la cesión ha sido notificada o aceptada, pero no cuando no lo haya sido pues, en este caso, el cesionario será tratado como un acreedor más del cedente.

Por lo demás, también hubo acuerdo en considerar que la declaración de quiebra del cedente impedía o hacía inútil la posterior observancia de las formalidades del artículo 1.690, aun cuando el título de la cesión fuese anterior (58). La explicación de esta conclusión es que los acreedores del cedente no necesitan, en este caso, practicar embargo

(56) AUBRY-RAU, últ. loc. cit.

Continuando con el ejemplo de la nota anterior, las cosas sucederían de la forma siguiente: 1º) a B le corresponderían 150 si sólo concurriese con X; 2º) los 150 restantes se reparten entre X e Y, correspondiendo 75 a cada uno; 3º) si todos hubiesen concurrido a prorrata habría correspondido 100 a X, por lo que le faltan 25, que se restará a los 150 de B. El resultado sería, pues, el siguiente: 125 para B, 100 para X y 75 para Y.

(57) HUC, op. cit., t. II, págs. 85-94; también MARCADE, op. cit. 5 t. cit., pág. 346

Continuando con el ejemplo de las dos notas anteriores, ahora las cosas sucederían de la siguiente manera; 1º) a cada uno de los tres les correspondería 100 a prorrata; 2º) a B le habría correspondido 150 de haber concurrido sólo con X; 3º) los 50 que le faltan a B han de salir de los 100 de Y. El resultado, pues, sería el siguiente: 150 para B, 100 para X y 50 para Y.

(58) Vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 18, 20.

para ser considerados como terceros (59), de forma que la posterior notificación o aceptación no permitiría al acreedor prevaler sobre aquéllos (60). Al cesionario, en tal caso, no le queda otra posibilidad que la de actuar como un acreedor más del cedente quebrado, pero sin preferencia sobre los demás, por razón de la cesión.

El embargo del crédito también afecta a la situación del deudor, en cuanto que modifica las condiciones de eficacia liberatoria del pago. Así, del artículo 1.242 (61) resulta que el deudor no se libera pagando al que fuera su acreedor —real o aparente—, si este pago perjudica a los que han embargado el crédito. Es decir, el embargo del crédito priva al cedente o impide adquirir al cesionario la legitimación para exigir y/o cobrar el crédito. Ahora bien, para que todo esto pueda perjudicar al deudor que ya ha pagado será necesario que el embargo le hubiera sido notificado antes del pago o, por lo menos, demostrar que pagó sabiendo que el crédito estaba embargado (62), y que el embargo es anterior a la notificación o aceptación formal.

Si se notificó al deudor o si se demuestra que él lo sabía cuando pagó al cedente antes de que se le notificase la cesión, no podrá hacer valer el artículo 1.691 si el accipiens no hizo llegar lo cobrado a sus acreedores. Este accipiens sólo aparentemente estaba legitimado para exigir y cobrar el crédito, pero como el solvens ya no es de buena fe porque

(59) Vid. GUILLOUARD, op. cit., t. cit., pág. 321.

(60) Duvergier da la misma solución porque la declaración de quiebra priva al quebrado de su derecho a disponer de sus bienes (op. cit., t. cit., pág. 269). También Guilloard habla de desposesión del cedente quebrado (últ. loc. cit.).

Creo que estas explicaciones son un tanto discutibles. Si la declaración de quiebra no afecta a los bienes sino sólamente al poder de disposición del cedente, resulta un contrasentido decir que después de esa declaración ya no tienen utilidad alguna la notificación ni la aceptación de la cesión. Es decir, si el cedente había contratado la cesión antes de la declaración de quiebra, parece claro que él no puede ya dar lugar a completar el proceso de transmisión del crédito, instando la notificación de la cesión al deudor. Pero, en tanto el título de la cesión no quede afectado por la declaración de quiebra, resulta que ese proceso traslativo puede quedar completado por un acto instado por el cesionario (notificación) o por un acto de deudor (aceptación), cuyo poder de disposición no quedó afectado por la declaración de quiebra del cedente.

Por lo tanto, me parece que esa pretendida eficacia de tal declaración o sólo hace inútil la notificación instada por el cedente, o si hace también inútil la del cesionario o la aceptación es porque se produce una especie de bloqueo o afección real de los bienes del quebrado, similar a la que produce el embargo de un bien.

(61) "Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisisants ou opposants: ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement son recours contre le créancier" (artículo 1.242).

(62) Creo que no sería difícil sostener que, en este caso, sí bastaría el conocimiento que del embargo tuviese el deudor, y que no es imprescindible la notificación del embargo para que éste le afecte, porque ello requeriría poder aplicar por analogía unos preceptos tan especiales como los contenidos en los artículos 1.690 y 1.691, previstos para la cesión, no para el embargo del crédito.

sabe que el embargo ha privado al accipiens de esa legitimación, no puede invocar tampoco el artículo 1.240, si se viera obligado a pagar por segunda vez, ésta con arreglo al embargo. Si la cesión hubiese sido notificada al deudor, tampoco se liberará pagando al cessionario si conoce o si se le notificó el embargo antes que la cesión, por la misma razón que, en el caso anterior, no era liberatorio el pago al cedente. Y si el deudor había aceptado la cesión, me parece que el deudor tampoco se libera pagando al cessionario, aunque la aceptación contase en documento público y el deudor no conociese el embargo, pues él no podría invocar el artículo 1.240 porque el cessionario no está, en este caso, en posesión del crédito, por lo menos, para el deudor. Es decir, éste no puede decir que pagó de buena fe (sin conocer el embargo) al poseedor del crédito, puesto que ha sido el mismo deudor el que ha investido al accipiens de esa posesión o apariencia. Es decir, que el deudor debió cerciorarse antes de aceptar la cesión o de pagar de cuál era la situación del crédito.

Por consiguiente, entiendo que el artículo 1.242 se aplica y, por lo tanto, el deudor puede verse obligado a tener que pagar otra vez, si paga sin considerar el embargo del crédito, a menos que en tal pago concurren los requisitos del pago liberatorio previstos en el artículo 1.240, es decir: que haya pagado de buena fe al que aparentemente estaba legitimado para recibir ese pago. Esto significa que no ha de habérsele notificado el embargo o que no se demuestre que él lo conocía, por un lado, y, por otro, que el accipiens sea el cedente si la cesión no le había sido notificada o que lo sea el cessionario si se le notificó la cesión a instancia del cedente. Creo que en estos casos, a pesar del embargo, el deudor de buena fe puede estar seguro de pagar con efecto liberatorio. Si fue el cessionario el que instó la notificación de la cesión, el deudor ha de saber que no tiene garantizada la eficacia liberatoria de su pago al cedente cessionario, aunque pague de buena fe, porque no es apariencia suficiente de titularidad la que resulta de un acto del mismo que resulta favorecido por ella. En este caso, el deudor debería dirigirse al supuesto cedente para que le informe acerca de la veracidad de la notificación de la cesión y de los posibles impedimentos del pago al cessionario. Si el cedente no le dice que el crédito está embargado por sus acreedores, el deudor sí se libera pagando al cessionario que instó la notificación de la cesión. Pero es que, en este caso, habiendo sido diligente el solvens, es ya problema de los acreedores que embargaron hacer saber al deudor cuál es la situación del crédito; en este caso serían ellos los que correrían con las consecuencias de su falta de diligencia.

Estas últimas consideraciones sobre la situación jurídica del deudor frente a los acreedores del cedente que embargan el crédito no pueden hacernos olvidar la principal regla sobre la situación de tales acreedores si hay cesión del crédito: si la notificación o aceptación formal de la cesión ya se ha producido y el crédito no estaba embargado, ya no puede serlo por tales acreedores. Por consiguiente, el deudor nada tiene que

temer de ellos si paga al cessionario. En cambio, cuando acreedores del cedente han embargado el crédito antes de la notificación o aceptación de la cesión es cuando hay que matizar, con lo que se desprende del artículo 1.242, las reglas generales sobre eficacia liberatoria del pago en la cesión de créditos. Y si el deudor acepta en forma distinta de la prevista en el artículo 1.690 la cesión, ha de saber que esta aceptación no impide que el crédito sea embargado después por acreedores del cedente, pues, como sabemos, esa aceptación sólo vincula al deudor y es inoponible a los demás terceros.

Finalmente, hay que señalar que si, como consecuencia del embargo, el deudor se viera obligado a pagar una segunda vez, según el artículo 1.242, puede dirigirse contra su acreedor. Precisamente, porque el objeto de esta reclamación es recuperar lo pagado mal, considero que la referencia que en el precepto citado se hace al acreedor, hay que entenderla hecha al accipiens, sea éste el cedente o el cessionario.

V. EL PRIVILEGIO DEL CEDENTE-VENDEDOR IMPAGADO

Una vez analizado el sentido o los sentidos de la expresión “posesión del crédito”, así como la situación de los acreedores, podemos ya retomar la cuestión relativa al privilegio que en el artículo 2.102.4º se concede al vendedor impagado para cobrarse con el valor de lo vendido con preferencia a otros acreedores del comprador e, incluso, para reivindicarlo.

En primer lugar, al vendedor que actúa como acreedor del comprador y exige el pago del precio se le reconoce un privilegio para cobrarse con lo vendido con preferencia a otros acreedores del comprador, pero siempre que lo vendido esté en posesión de este último. En el caso de que lo vendido sea un crédito, esto significaría que el cedente impagado puede embargar el crédito e instar su enajenación forzosa y cobrarse con lo obtenido con preferencia a otros acreedores del cessionario. Pero, para ello, es necesario que el crédito esté todavía en posesión del cessionario. Lo cual, según creo, se concreta en que todavía no haya sido notificada ni aceptada la cesión que hubiera podido hacer el cessionario a otra persona. Creo, por tanto, que por posesión del crédito a los efectos del art. 2.102.4º no se ha de entender lo que resulta de la entrega del crédito, consistente ex art. 1.689 en la del título, sino la notificación o aceptación de una cesión. Si el cessionario-comprador hubiera cedido el crédito y esta segunda cesión hubiera sido ya notificada o aceptada, el cedente-vendedor impagado ya no podría embargar el crédito que su deudor ya ha cedido y del que ha quedado desposeído.

En segundo lugar, si el crédito hubiese sido vendido al contado, el cedente impagado puede, dentro de los ocho días siguientes a la entrega, reivindicar lo vendido y entregado, así como impedir su reventa, siempre que el comprador siga siendo su poseedor. Pues bien, si lo que se

vendió al contado fue un crédito, el cedente impagado podrá, dentro de los ocho días siguientes a la entrega del crédito, esto es, hasta ocho días después de la entrega del título al cesionario (entrega ex artículo 1.689), “reivindicar” ese título, pero también la posesión del crédito si ya ha habido notificación al deudor, a menos que el cesionario haya cedido ya ese crédito y esta segunda cesión ya haya sido también notificada o aceptada.

Ahora habría que preguntarse si estas dos posibilidades reconocidas al cedente-vendedor de un crédito le conceden algo que no tuviera con arreglo a las reglas generales sobre la cesión. Creo que sí. Por un lado, nos encontramos con que el cedente-vendedor puede, para cobrarse el crédito del precio, embargar el crédito vendido aunque la cesión-venta ya haya sido notificada o aceptada, con tal que el cesionario-comprador no haya cedido, a su vez, el crédito y que esa segunda cesión no haya sido notificada ni aceptada. No hay en este punto, pues, algo distinto de lo que todo acreedor del cedente no pudiera conseguir en base al artículo 1.690: el cedente vendedor, como acreedor del cesionario-comprador-cedente puede embargar el crédito que su deudor ha cedido con tal que esta cesión (la segunda) no haya sido notificada ni aceptada. Lo que verdaderamente añade el artículo 2.102.4º al poder de este cedente-vendedor que actúa como acreedor del cedente (el comprador que cede a otro el crédito) es el privilegio o preferencia respecto de otros acreedores del comprador y luego cedente. Por otro lado, el cedente-vendedor al contado puede recuperar la posesión de los títulos o del mismo crédito vendido, sin necesidad de resolver previamente el contrato, si “reivindica” dentro de los ocho días siguientes a la entrega y mientras el cesionario-comprador siga en posesión del crédito.

Creo, finalmente, que a las consideraciones anteriores hay que hacer, por lo menos, dos observaciones o matizaciones. La primera es que límite común a las dos posibilidades de actuación del vendedor impagado es que el deudor-comprador siga en posesión de lo comprado, por lo que cuando de un crédito se trate, este límite no operará si el comprador no había llegado siquiera a poseer el crédito, esto es, si la cesión-venta no pagada no había sido notificada ni aceptada: en este caso, aunque el comprador haya cedido el crédito, no se podrá notificar ni aceptar la segunda cesión sin notificar o aceptar la primera. La segunda observación es que si el deudor paga al cesionario que habría comprado el crédito al contado, y el cedente impagado reivindicase y exigiese el pago al deudor, éste se vería, probablemente, obligado a volver a pagar a menos que el mismo cedente vendedor hubiese instado la notificación de esa venta. Si fue el mismo comprador el que instó la notificación o si el deudor la aceptó, el pago que el deudor haga luego al comprador lo hará a su propio riesgo, en este caso, a riesgo de que la venta haya sido hecha al contado y que el comprador-acciens no haya llegado a adquirir realmente el crédito, como sucede si no paga el precio al ven-

dedor y éste reivindique dentro de los ocho días siguientes a la entrega. Por el contrario, ningún riesgo corre el deudor cuando paga al cessionario “obedeciendo” la indicación que le hace el cedente si es éste el que insta la notificación de la cesión.

VI. LA DOBLE O MULTIPLE CESION DE UN MISMO CREDITO

Cuando el conflicto se plantea entre los diversos cessionarios de un mismo crédito, del artículo 1.690 parece desprenderse como solución que prevalezca aquel cuya cesión fue la primera en ser notificada o aceptada (formalmente) (63). Los demás cessionarios podrán dirigirse contra el cedente por incumplimiento, por lo menos, en las cesiones onerosas. Puesto que, para los terceros, el efecto traslativo no se produce con el título de cesión, sino cuando se observan las formalidades del artículo 1.690 (64), hasta que una de las cesiones no ha sido notificada ni aceptada, ellos pueden seguir considerando al cedente como al (verdadero) titular del crédito. Una vez notificada o aceptada la cesión, la transmisión ya se ha consumado y si, a pesar de ello, el cedente vuelve a ceder el crédito ya no se estará ante un caso de múltiple cesión, sino en otro de cesión de crédito ajeno. La responsabilidad del cedente es diversa en uno y otro caso: en la cesión múltiple responde por incumplimiento frente a los cessionarios que no llegaron a adquirir el crédito, mientras que en la cesión de crédito ajeno responde, en su caso, por la garantía legal del artículo 1.693 (65); además, en este último caso habría un contrato nulo ex artículo 1.599.

Hubo acuerdo en considerar que la entrega del crédito ex artículo 1.689 era irrelevante para la solución del conflicto entre diversos cessionarios: el que prevalece no es aquél a quien se entrega el título, pues esto carece de trascendencia traslativa si no va acompañado de la notificación o aceptación (66).

A lo dicho no puede objetarse lo dispuesto en el artículo 1.141 (67), según el cual cuando alguien se ha obligado a entregar una misma cosa a varias personas, adquiere la propiedad el que primero adquiere de buena fe su posesión, aunque su título fuera de fecha posterior. Y es que se entendió que el ámbito de aplicación de este precepto no era otro que el de las cosas corporales, pues sólo en relación a éstas puede hablarse de posesión real, no así para los créditos, por lo menos, para los

(63) Vid. AUBRY-RAU, op. cit., t. cit., pág. 554.

(64) Vid MARCADE, op. cit., t. cit., pág. 342.

(65) Vid LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 475.

(67) “Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi” (artículo 1.141).

no incorporados a títulos al portador, en los que no es posible una verdadera posesión, por lo que la entrega no puede reemplazar nunca las formalidades previstas en el artículo 1.690 (68).

Y es que tampoco se podría replicar diciendo que la entrega del crédito en la forma prevista por los artículos 1.607 y 1.689 es un caso de tradición simbólica o ficticia, pero conducente igualmente a la adquisición de la posesión por parte del cesionario, lo cual permitiría entender aplicable el artículo 1.141. Pues bien, tampoco podría sostenerse esto porque esa entrega a la que se refieren esos preceptos (artículos 1.607 y 1.689) no conduce, por sí sola, a la adquisición de la posesión del crédito por el cesionario. Recordemos que, en relación a los créditos no incorporados a títulos valores, puede hablarse de su posesión queriendo indicar apariencia de titularidad, y de poseedor del crédito como acreedor aparente o persona aparentemente legitimada para su cobro. Como sabemos, en el derecho francés, de los artículos 1.583 y 1.690, resulta que esa apariencia no se produce o no llega a existir sino cuando la cesión ha sido notificada o aceptada. Así, pues, nos volvemos a encontrar con que lo que en el *Code* se entiende por entrega del crédito es algo que, paradójicamente, no hace del accipiens su poseedor, por lo que tampoco puede tener relevancia a los efectos de entender aplicable el artículo 1.141 a la cesión múltiple de un mismo crédito.

Que la entrega del crédito en alguna de las formas previstas en los artículos 1.607 y 1.689 era, por sí sola, irrelevante para decidir el conflicto entre diversos cesionarios de un mismo crédito acudiendo al artículo 1.141 fue algo indiscutido. Sin embargo, esto no significó que todos estuviesen de acuerdo en rechazar totalmente la aplicación del precepto contenido en dicho artículo a la cesión múltiple de un crédito. Así, hubo quienes defendieron su aplicación, en cuanto fundamento de la exigencia de buena fe del cesionario, esto es, para sostener que adquiere el crédito aquel de los cesionarios cuya cesión sea la primera en ser notificada o aceptada, siempre que tal cesionario fuese de buena fe, es decir, siempre que no conociese que el mismo crédito había sido ya objeto de una cesión anterior, aunque esta cesión anterior no hubiese sido notificada ni aceptada antes.

Duvergier sostuvo esta exigencia de buena fe, no considerando suficiente con que la cesión hubiese sido notificada o aceptada en primer lugar, por entender que el artículo 1.141 era aplicable a la cesión múltiple de un crédito (69). Para él, en la cesión, del mismo modo que se distingue entre una transmisión de la titularidad inter partes, resultado de la perfección del título, y una transmisión en relación a terceros con la notificación o aceptación de la cesión, también puede distinguirse entre una tradición entre los contratantes, resultado de la entrega del tí-

(68) Vid. GUILLOUARD, op cit., t. cit., pág. 324.

(69) Vid. DUVERGIER, op. cit., t. cit., págs. 227, 241 y 243.

tulo ex artículo 1.689, y una tradición con respecto a los terceros, que resultaría de la notificación o aceptación ex artículo 1.690. De esta forma, duvergier parece resolver, no sé si conscientemente, esa paradoja de una entrega que no conduce a la posesión al accipiens: en el artículo 1.690 no sólo se habla de transmisión de titularidad, sino también de entrega del crédito. Con esto se vuelve a los esquemas tradicionales de Domat, Pothier y Bourjon, en los que la notificación de la cesión era considerada una forma o la única forma de entregar el crédito. Es así como parece poder salvarse el principal obstáculo a la aplicabilidad del artículo 1.141 a la cesión múltiple de un crédito: en el artículo 1.141 se establece que prevalece el primero en poseer de buena fe; en el artículo 1.690 se establece cómo se adquiere la posesión del crédito. La conclusión es que no basta con ser el primero en poseer, sino que se requiere, además, no conocer que se está lesionando el derecho a poseer de un cesionario anterior (70).

La mayor parte de los autores pareció entender, por el contrario, que la exigencia de buena fe era completamente extraña al artículo 1.690 y al sistema de cesión de créditos, ya que el artículo 1.141 sólo era aplicable a los bienes muebles corporales, no a los créditos (71). Lo que, en el fondo, se discute es si el conocimiento que un tercero pueda tener de la perfección de un título de cesión le impide poder seguir considerando al cedente como el titular del crédito, cuestión que ya se planteó en relación al deudor al analizar las condiciones de eficacia liberatoria del pago. Aquí valen los mismos argumentos teóricos (72): si a favor de que el deudor que conoce la cesión no se libere pagando al cedente aunque la cesión no haya sido todavía notificada puede invocarse el artículo 1.240, en favor de que en la cesión múltiple sólo prevalece el cesionario cuya cesión ha sido notificada o aceptada en primer lugar si, además, no conoce de la existencia de un título de cesión anterior, puede invocarse el artículo 1.141.

Lo cierto es que ni el artículo 1.690 ni sus precedentes históricos otorgan relevancia alguna al conocimiento que los terceros pudieran tener de la cesión no notificada ni aceptada. La posible "perversidad" de esta solución queda bastante matizada si tenemos en cuenta que el cesionario cuyo título es de fecha anterior pudo haber instado la notificación de la cesión, sin esperar a que lo hiciera el cedente. Esta es una importante diferencia frente a la doble enajenación de bienes corporales, donde la adquisición de la posesión por cualquiera de los potenciales adquirentes depende de un acto de entrega por parte del transmisor, por lo que no es de extrañar que se exija la buena fe para que el primero en poseer prevalezca sobre los demás: no se puede decir que

(70) VID. DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 215.

(71) Vid GUILLOUARD, últ. loc. cit.

(72) Curiosamente, Guillouard, que admitía el carácter vinculante para el deudor del conocimiento del título de cesión, no pensaba lo mismo para el conflicto entre cesionarios.

si el primero en contratar la adquisición no ha sido el primero en poseer ha sido por propia negligencia, ya que la entrada en posesión no dependía de él sino del transmitente. En cambio, en la cesión múltiple de un crédito, la adquisición de su posesión puede resultar de un acto del propio adquirente, que puede instar la notificación de la cesión al deudor, por lo que si éste se retrasa en hacerlo sabe que corre el riesgo de no llegar a adquirir el crédito si otra cesión es notificada o aceptada antes. Creo, por consiguiente, que la irrelevancia del conocimiento que el cessionario pudiera tener de un título de cesión anterior lleva en sí un castigo a la falta de diligencia del primer cessionario en instar rápidamente la notificación al deudor; y estimula la rápida notificación al deudor.

Por otra parte, que el conocimiento de la existencia de un título de cesión anterior sea, en sí mismo, irrelevante, no lleva consigo que no pueda llegar a tener relevancia como parte de la prueba del fraude. Probado que hubo un concierto fraudulento entre el cedente y el cessionario cuya cesión fue notificada en primer lugar, no prevalecerá esta cesión frente a aquellas cuyo título sea de fecha anterior. No es, por tanto, la mala fe del cessionario sino el fraude lo que puede excluir la aplicación de la regla del artículo 1.690 (73).

Según lo dicho, si el deudor pagase a un cessionario cuya cesión no le hubiera sido notificada o él no hubiese aceptado en forma auténtica, no sólo corre el riesgo de tener que pagar al cedente, sino también el de tener que pagar al cessionario cuya cesión le sea notificada antes. Y este riesgo adicional subsiste si el deudor aceptó una cesión de manera no formal, ya que ésta no sería oponible a terceros, por tanto, tampoco a otros cessionarios.

VII. LA CESIÓN DE CREDITO AJENO

Esta es otra situación típica que integra el test de conflictos cuya solución permite conocer el funcionamiento real y efectivo de un sistema de cesión. Ahora, se trata de que se cede un crédito como perteneciente al cedente, cuando no lo es. Si el crédito se cedió como ajeno, no hay otra especialidad que la asunción por el cedente de la obligación de adquirir el crédito para el cessionario. Si este cedente no llega a adquirir el crédito responderá por incumplimiento frente al cessionario, pero sin que éste pueda hacer valor la garantía del artículo 1.693, porque ya contrató sabiendo que el crédito no pertenecía al cedente (74).

Las cosas pueden ser más complicadas cuando el crédito es cedido

(73) Vid. HUC, op. cit., t. II, pág. 35, para quien la finalidad del artículo 1.690 es, precisamente, la de impedir o ahorrar procesos que descansen en una alegación de mala fe (pág. 41). También, AUBRY-RAU, op. cit., t. cit., pág. 555.

(74) Vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 186 y 187.

como propio, resultando ser ajeno. Habría que partir de que en el artículo 1.599 se sanciona con la nulidad la venta de cosa ajena, teniendo derecho el comprador al resarcimiento de daños y perjuicios (75). Cuando lo vendido es un crédito parece que la sanción no debe ser diversa, si bien hay que añadir que la vía para exigir responsabilidad al cedente es haciendo efectiva la garantía legal del artículo 1.693, sobre la que la doctrina ha coincidido en considerar que también comprende la garantía de la pertenencia del crédito al cedente (76). La buena o mala fe del cedente no cambia la sanción, pero entiendo que sí puede ser relevante a la hora de calcular la indemnización.

Queda por determinar, sin embargo, si es o no posible que el cesionario quede protegido frente al verdadero titular del crédito, esto es, si se admite o no una adquisición del crédito, esto es, si se admite o no una adquisición del crédito a non dominio. Y es que en relación a los bienes muebles corporales la respuesta afirmativa se desprende de lo dispuesto en los artículos 1.141, 2.279 y 2.280 (77). Es, por cierto, en relación a las adquisiciones a non dominio y no en relación a la doble venta como el artículo 1.141 encuentra todo su sentido: si, conforme a los artículos 711, 1.138 y 1.583, la venta de una cosa hace propietario al comprador aunque no le haya sido entregada, si después el vendedor-poseedor la vuelve a vender, ya no estaremos ante un supuesto de doble venta, sino de venta de cosa ajena, en la que el vendedor ya sólo es poseedor, pero no propietario, pues dejó de serlo desde la perfección del primer contrato. Por esto es por lo que la regla contenida en el artículo 1.141 es vista como una aplicación o manifestación concreta de la regla “*possession vaut titre*” del artículo 2.279, en su función legitimadora de adquisiciones a non dominio (78).

Pues bien, nada de esto se consideró aplicable a la cesión de crédito ajeno: los artículos 1.141 y 2.279 no son aplicables a los créditos no incorporados a títulos valores al portador (79), no rige para ellos la regla “*possession vaut titre*”, por lo menos en su función adquisitiva (a non dominio). Así, pues, la sanción de nulidad prevista para la cesión de crédito ajeno va seguida de la declaración o del reconocimiento de la titularidad del verdadero acreedor, quedando al cesionario de buena fe la posibilidad de dirigirse contra el cedente, para que haga efectiva la garantía legal del artículo 1.693.

En cuanto a la posible aplicación a los créditos de la regla “*posses-*

(75) “La vente de la chose d'autrui es nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui” (artículo 1.599).

(76) Vid. HUC, últ. loc. cit.; GUILLOUARD, op. cit., t. cit., pág. 367.

(77) Vid. notas 67 y 25.

(78) Ya Guilloard (op. cit., t. cit., pág. 324) decía que el artículo 1.141 no tenía nada que ver con el artículo 1.690 sino con el 2.279.

(79) Estos preceptos sólo se aplican a los bienes muebles que sean susceptibles de posesión real. Por todos, vid. GUILLOUARD, últ. loc. cit.

sion vaut titre”, ahora, en su función probatoria de presunción del título, cabe reiterar lo que ya dije a este respecto al analizar la cesión de créditos en Bourjon (80): de la simple posesión de los títulos de pertenencia no se puede deducir presunción alguna de titularidad del crédito porque, salvo cuando se trata de créditos incorporados a títulos al portador (81), la apariencia de titularidad en que consiste la posesión del crédito ex artículo 1.240, no la tiene el cesionario sino cuando la cesión ha sido notificada o aceptada. Pero es que, además, como ya dije, tampoco el verdadero poseedor del crédito ve mejorada su situación en el proceso frente a quien demostrase la titularidad del crédito en un tiempo anterior, puesto que esta posesión no resulta de un mero hecho como en la posesión de los bienes corporales (la tenencia), sino de que el deudor tenga por acreedor al cesionario, lo cual exigirá la prueba de la notificación o de la aceptación de la cesión, tras una cadena regular de cesiones, en su caso (82).

VIII. COMPARACION ENTRE EL SISTEMA DE CESION CODIFICADO Y SUS PRECEDENTES

Una vez analizadas las soluciones de los principales conflictos típicos de intereses que puede plantea la cesión, estamos ya en condiciones de precisar qué supuso para el cesionario la regla, según la cual él adquiere el crédito inter partes con la perfección del título, cuando los terceros siguen considerando al cedente como al titular del crédito en tanto no se haya notificado o aceptado la cesión. ¿En qué cambian las cosas frente a la situación anterior? Hay que decir, antes que nada, que en esto el Code no fue original, pues ya Bourjon había recogido esa distinción en cuanto a la producción del efecto traslativo, distinción que es totalmente extraña para autores como Domat o Pothier.

Que al cesionario se le reconociese la facultad de ejercitar actos conservativos del crédito no presenta novedad alguna. Es más, sólo faltaba que tampoco se le reconociese esa posibilidad, cuando el mismo acreedor bajo condición suspensiva la tiene reconocida ex artículo 1.180. Ahora bien, del tenor literal del artículo 1.690 se desprende que entre esos actos conservativos no se encuentra la facultad de exigir el pago al deu-

(80) Vid. “La formación del sistema francés de cesión...”, cit., cap. IV.

(81) Vid. HUC, op. cit., t. I, pág. 406.

(82) Si quien dice ser el verdadero titular del crédito exige el pago al deudor y éste se negase a pagar alegando que otra persona es ahora el titular del crédito, el que pretende el pago tendrá que demostrar su titularidad anterior, tras lo cual sobre el deudor recaerá la prueba de que se ha extinguido el derecho del demandante, para lo cual tendrá que acreditar que le ha sido notificada o que él ha aceptado una cesión. Creo que el demandante que prueba ser o haber sido titular del crédito no tiene, además, que probar la pérdida o el robo (?) del crédito, sino que es el deudor el que ha de probar la extinción del derecho del demandante.

dor, a menos que ese requerimiento de pago vaya acompañado de la notificación de la cesión (83). Como también sabemos que, en tanto la cesión no sea notificada al deudor o aceptada formalmente por éste los acreedores del cedente pueden embargar el crédito, así como que si el cedente hubiera cedido el mismo crédito a varios cesionarios no prevalece aquel cuyo título sea de fecha anterior, sino aquel cuya cesión haya sido la primera en ser notificada o aceptada.

Parece, pues, que para los terceros, el cesionario cuya cesión no ha sido notificada ni aceptada no es más que un acreedor del cedente, cuyo crédito nace del título de la cesión. Como tal, puede exigir al cedente la entrega del crédito, puede ejercitar actos de conservación, puede exigir una indemnización al cedente o, en su caso, resolver la cesión por incumplimiento (84), puede hacer efectiva las garantías legales y convencionales frente al cedente, y también puede instar la notificación de la cesión al deudor. Pero nada puede hacer en relación a terceros como titular del crédito cedido.

Hasta aquí, la situación jurídica del cesionario en nada ha cambiado respecto a la que tenía anteriormente, cuando, como sucedía, en Domat o en Pothier, el efecto traslativo se producía en un solo acto con la entrega del crédito al cesionario. ¿Podría verse alguna modificación en la relación interna entre cedente y cesionario? En el antiguo sistema si el cesionario cobrara el crédito antes de que lo hubiese adquirido, podría suceder que el cedente, que hasta la entrega seguía siendo el único titular del crédito frente a todos, exigiese al deudor el pago y éste tendría que volver a pagar (pudiendo dirigirse luego contra el cesionario), pero el cedente carecía de acción (directa) contra el cesionario que había cobrado. Pues bien, con el sistema del Code las cosas también siguen igual en este punto: el deudor que pagó al cesionario antes de que le hubiera sido notificada la cesión corre el riesgo de tener que volver a pagar al cedente, el cual no tiene acción contra el cesionario que ha cobrado, pero no porque éste sea inter partes el nuevo titular del crédito y porque el cedente deba reconocerle esa titularidad, sino porque, sea cual sea el sistema de cesión, el cedente no tiene acción real para perseguir lo cobrado allí donde esté, sino una acción personal frente al deudor.

Es decir, todo acreedor tiene una acción personal contra el deudor con la pretensión de que el demandado execute la prestación debida. También tiene la posibilidad de demandar el reconocimiento de su condición de titular del crédito frente a quien lo discuta. También tiene ac-

(83) Vid. HUC, op cit., t. II, págs. 121-127.

(84) Estas procederían cuando el cedente, después de haber contratado la cesión, aceptare el pago del deudor, o compensare, transigiere, condonare, aceptare un cambio de deudor, volviere a ceder a otro el mismo crédito si esta cesión posterior fuese notificada o aceptada antes, o cuando el crédito fuere embargado por otros acreedores del cedente, como también si el cedente negare la entrega de los títulos al cesionario...

ción para recuperar la posesión del crédito frente al que sólo aparentemente es su titular (acreedor aparente o poseedor del crédito) cuando se ha notificado al deudor una cesión inválida o que ha sido resuelta o rescindida. Todas estas acciones tienen como presupuesto la subsistencia del crédito. Además, esas acciones que tiene el acreedor frente a terceros no tienen por objeto recuperar lo que éstos hubieran recibido del deudor, sino el reconocimiento de la titularidad del crédito y/o su posesión. Por esto es por lo que el cedente, ni antes ni después de la cesión podría dirigirse directamente contra el que hubiese cobrado el crédito para exigir la restitución de lo cobrado, a menos, eso sí, que ejercitase la acción rescisoria por fraude de acreedores, que él deberá demostrar. En tanto esto no suceda, sólo puede dirigirse contra el deudor y exigirle que le pague, si es que el pago anterior no fue liberatorio.

No veo, pues, diferencia sustancial alguna en la solución de los diversos conflictos de intereses entre el sistema codificado de cesión y el de sus precedentes históricos, por lo menos, si nos atenemos al tenor el artículo 1.690. En el último capítulo de este trabajo veremos otras posibilidades de interpretación, que sí conducen a soluciones diferentes a las de los precedentes. De momento, podemos decir que si por titularidad de un crédito se entiende el derecho a ejercitar las facultades que integran su contenido (85) (cobro de intereses, legitimación para exigir o recibir el pago, facultad de extinguirlo liberando al deudor, de transmitirlo...), no puede decirse que el cesionario del crédito sea su titular antes de la notificación o aceptación de la cesión. Y nada se gana diciendo que el cesionario es, desde el contrato, el nuevo titular del crédito, pero bajo condición suspensiva de que la cesión sea notificada o aceptada, porque esto mismo podría decirse del cesionario en el sistema de título y modo, si consideramos el modo como una condición (de derecho) de la adquisición.

A pesar de todo esto, no es extraño leer que el Code había innovado el sistema francés de cesión. El cambio consiste en que ya no se sigue el sistema de título y modo, en virtud del cual se exige la entrega del crédito para la producción del efecto traslativo. El Code ya no exige la entrega del crédito como requisito para la transmisión de titularidad. En el nuevo sistema este efecto ya no tiene por qué producirse al mismo tiempo para todos, sino que frente al cedente tiene lugar con la perfección del título, mientras que para los terceros se produce con la notificación o aceptación de la cesión (86). Y algún autor aclara que el Code adopta un sistema que pretende conciliar los nuevos principios consensualistas con el respeto debido a los intereses del deudor (87).

(85) "La propriété d'une créance est le pouvoir d'exercer les droits et actions qui y sont attachés" (AUBRY-RAU, op. cit. t. cit., pág. 553).

(86) Vid. HUC, op. cit., t. I, págs. 426, 429 y 430.

(87) Vid. SALEILLES, R.: *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, 3^a ed., París 1.925, págs. 80-82.

Sin embargo, otros, quizás, la mayor parte, reconocieron que, en realidad, el sistema de transmisión de créditos que resultaba del artículo 1.690 coincidía en lo esencial con el sistema tradicional contenido en el artículo 108 de la Costumbre de París (88). Y ésta fue la opinión que pareció estar presente en los trabajos preparatorios que condujeron al artículo 1.690, donde no pareció existir un propósito innovador, sino de conservación de la tradición (89). Tanto es así que no faltó quien entendió, como hemos visto, que en el artículo 1.690 no sólo se habla de transmisión de titularidad, sino también de entrega del crédito, con lo que se hace visible la conexión entre el artículo 108 de la Costumbre de París, donde se exigía la notificación de la cesión al deudor (90), y el antiguo sistema de título y modo para la transmisión de los bienes corporales.

Por mi parte, creo que fueron estos segundos los que más se aproxi-
maron al propósito de los codificadores. El sistema de cesión del Code
no es original en la distinción entre efecto traslativo interpartes y frente
a terceros, pues ya se recogía en Bourjon, ni tampoco en las soluciones
efectivas a los diversos conflictos típicos de intereses, pues se mantie-
nen los criterios y las soluciones históricas, como se ha visto. Esto no
significa que nada haya cambiado, lo que sucede es que esos cambios
no afectan al funcionamiento real y efectivo del sistema de cesión de cré-
dito.

(88) "Ce qui autrefois était le droit commun" —se refiere al sistema de título y modo— "est devenu, dans le droit moderne, une exception pour la cession de créances" (LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 473); es decir, una excepción frente al sistema consensualista de transmisión de los demás bienes, recogido en los artículos 1.138 y 1.583.

Vid. también, DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 217; y GUILLOUARD, op. cit., t. cit., págs. 307 y 308.

(89) En palabras de Portalis, "le projet de loi détermine le mode de délivrance et les cas de garantie. Il rappelle à cet égard des maximes trop connues pour que nous ayons besoin d'indiquer les motifs de sagesse et de justice sur lesquels elles sont appuyées" (FENET P.A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, París 1836, pág. 149).

Según Grenier, "la vente ou cession de cette espèce de biens" —se refiere a los créditos y demás derechos incorporiales— "a des principes particuliers, qui sont établis par le projet de loi sur des bases certaines, et qui étaient posées par les lois existentes" (FENET, op. cit., t. cit., pág. 205).

Por su parte, Maleville, al comentar el artículo 1.690, afirma que "cet article est conforme à la loi 3, Cod. de novat., à l'art. 108 de la Cout. de Paris, et à la jurisprudence générale" (Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat, t. III, París 1805, pág. 430).

(90) Claramente, DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 215.

Por lo demás, también en el proyecto de Cambacérès del año V, era explícita la consideración de la notificación como tradición:

"La signification du transport, faite au débiteur d'une créance par celui qui l'a acquise, tient lieu de tradition" (artículo 537).

"La vente ou cession d'une créance n'a d'effet contre le débiteur que du jour où elle a été signifiée" (artículo 855).

ditos, a menos que se haga, como se ha hecho, una serie de interpretaciones algo más que correctoras de los preceptos legales.

El primero de tales cambios consiste en la proclamación del sistema consensualista para la transmisión de bienes (artículos 711, 1.138 y 1.583). Otro cambio, este específico de la cesión, consiste en no considerar ya que la notificación o la aceptación de la cesión sean formas de entrega del crédito. Como sabemos, en los artículos 1.607 y 1.689 se establece que la entrega del título o el ejercicio del derecho por el cessionario con el consentimiento del cedente son las formas de entrega de los créditos. El resultado es que, aunque la solución a los diversos conflictos típicos de intereses siga siendo la misma porque depende de la notificación o de la aceptación de la cesión, sin embargo ya no puede decirse que el sistema de cesión del Code siga siendo el tradicional de título y modo, puesto que ya no se requiere la entrega para la producción del efecto traslativo.

Ahora bien, que la denominación del sistema sea distinta de la tradicional puede no ser más que un intento de "maquillaje" si, como sucede, no se traduce en cambios reales en el funcionamiento del mismo. Lo que se consigue es poder decir que se ha superado totalmente el sistema de título y modo, porque la entrega carece de relevancia en la producción del efecto traslativo. Lo que sucede es que en la cesión esto no supone ningún cambio real, ya que se sigue exigiendo lo mismo que antes (notificación o aceptación), pero sin llamarle entrega. Por lo demás, el sistema de cesión del Code no puede denominarse tampoco consensualista, ya que con la perfección de título no se produce la transmisión, sino que se requiere algo más, aunque ese algo más ya no sea considerado como entrega (91).

Al dejar de considerar la notificación o la aceptación como formas de entrega del crédito, se salvan algunos inconvenientes, pero se crean otros. Así, la entrega vuelve a consistir en un acto del cedente, como es la entrega del título o el consentimiento para que el cessionario ejerza su derecho, de manera que ya no es éste el que toma posesión del crédito por sí mismo instando la notificación, ni es el deudor el que lleva a cabo la entrega mediante la aceptación de la cesión, sino que se requiere la intervención del cedente. Lo que sucede es que esta entrega está desprovista de relevancia en el proceso traslativo. Es más, se trata de una entrega que, como creo haber mostrado, no hace del accipiens el poseedor del crédito, sino sólo del título o documento que se le entrega. El cessionario no adquiere con esa entrega la verdadera posesión del crédito, que consiste en la apariencia de titularidad, que no se consigue con poseer un documento, salvo en los títulos al portador. Esa apa-

(91) Que los cambios parecen afectar a la forma de entender producida la entrega y no a lo esencial del sistema traslativo es algo que parecen apuntar algunos autores: GUILLOUARD, *úit. loc. cit.*; LAURENT, *op. cit.*, *t. cit.*, págs. 465 y 473.

riencia resulta de la notificación de la cesión al deudor, sobre todo si es el cedente el que la insta.

Resulta, pues, que nos encontramos ante una entrega que no confiere al accipiens la condición de poseedor del crédito; condición, que, en cambio, sí confiere la notificación que, paradigmáticamente, ya no es considerada como entrega. Como, además, se sigue exigiendo la notificación o la aceptación para la producción completa del efecto traslativo, legítimo es preguntarse hasta qué punto no puede decirse que el sistema del Code no pueda ser llamado como de título y modo. Todo depende de lo que se entienda por modo. Si por tal se entiende entrega, pues no lo será, pues no se requiere la entrega para la producción del efecto traslativo. Pero si, como parece más lógico, por modo se entiende investidura posesoria o toma de posesión (“ensaisinement”), resultaría que el sistema de cesión del Code podría seguir siendo denominado como de título y modo, si se entiende que la notificación o la aceptación son, ex artículo 1.690, requisitos para la producción del efecto traslativo.

Esta misma idea se vería confirmada por algún comentario de algún autor del Code, para quien la regulación que iba a hacerse de la cesión se centraba en dos cuestiones: las formas de entrega y las garantías, y se mantenían los criterios antiguos (92). Frente a esto, lo que se intentará por la doctrina posterior es no sólo presentar el sistema codificado de cesión como diferente al de título y modo, sino también proponer interpretaciones poco acordes con el tenor del artículo 1.690, para llegar a soluciones reales diferentes para los diversos conflictos típicos de intereses, casi siempre, por la vía de devaluar la relevancia reconocida a la notificación o a la aceptación de la cesión.

Finalmente, se puede concluir diciendo que el sistema de cesión del Code es el resultado de una evolución de, por lo menos, dos siglos, a lo largo de los cuales han ido perfilándose sus distintos elementos característicos. Así, la distinción entre producción del efecto traslativo inter partes y en relación a terceros ya había sido recogida por Bourjon y por algunos comentadores de la Costumbre de París. La relevancia reconocida a la notificación y a la aceptación de la cesión ya fue recogida o formulada en parecidos términos por Pothier, desarrollando el artículo 108 de la mencionada Costumbre. Incluso, las formas de entrega del crédito admitidas por el Code ya lo estuvieron en Domat.

IX. CESION DE CREDITOS Y TRANSMISION DE PROPIEDAD DE BIENES MUEBLES

Finalmente, creo que no está de más intentar la comparación entre

(92) Vid. notas 89 y 90.

la cesión de créditos y la de bienes muebles corporales, pues los créditos son considerados bienes muebles ex artículo 529. Se decía que el sistema de cesión contenido en el artículo 1.690 suponía una excepción o regla especial frente a la general del sistema consensualista proclamado por los artículos 711, 1.138 y 1.583 (93), ya que en aquél no bastaba con la perfección del título, sino que además se requería la notificación o aceptación de la cesión. Además, se dijo también que la entrega no era, en ningún caso, requerida para la producción del efecto traslativo: en relación a la transmisión de propiedad no lo es por aplicación del sistema consensualista, y en relación a los créditos porque ni la notificación ni la aceptación eran consideradas como formas de entrega (94). Así, pues, la diferencia entre el sistema traslativo de una y de otra clase de bienes no se ha de buscar en el papel de la entrega, ya que en ningún caso tiene otro sentido que el de ser cumplimiento de una obligación del transmitente, pero sin eficacia traslativa. La diferencia radica en que para la producción del efecto cesión no basta con la perfección del título, sino que se requiere algo más, como es la notificación o la aceptación.

Algun autor, sin embargo, no coincidió con este parecer general. Así, Duvergier sostuvo que en la cesión la producción del efecto traslativo no estaba sujeta a un sistema distinto del que regía la transmisión en la venta de bienes muebles (corporales). Este autor comienza afirmando la consensualidad de la transmisión, pero seguidamente afirma que, si bien la entrega ya no es necesaria para transferir la propiedad, todavía sigue produciendo importantes efectos: da al comprador los medios para ejercer libre y completamente los derechos que le son transmitidos; y también sirve para advertir a los terceros que la transmisión se ha producido, protegiéndoles frente a fraudes que podrían realizarse, por ejemplo, vendiendo a varios la misma cosa. Y de ello el autor citado deriva como conclusión que en la venta de bienes muebles la propiedad no se transmite frente a terceros más que con la tradición, de lo cual sería prueba el artículo 1.141, pues establece que prevalecerá entre varios compradores el que primero la posea de buena fe (95).

Si nos fijamos, según este autor, en la venta de bienes muebles opera también la distinción entre la transmisión inter partes y frente a terceros, resultando la primera del contrato y la segunda de la entrega. Y entiende que lo mismo sucede en la cesión de créditos: el contrato da lugar a la transmisión del crédito inter partes, pero para que tal efecto se produzca frente a los terceros se requiere la tradición o entrega del crédito al cesionario, lo cual, según Duvergier, se produce con la notificación o aceptación de la cesión, pues él las considera como formas

(93) Vid. LAURENT, op. cit., t. cit., pág. 467.

(94) Vid. LAURENT, op. cit., t. cit., págs. 467 y 475.

(95) Vid. DUVERGIER, op. cit., t. cit., págs. 213 y 214.

de entrega del crédito frente a terceros, mientras que la entrega del título a la que se refiere el artículo 1.689 no sería más que la entrega inter partes (96).

Creo que lo discutible de la opinión de Duvergier no es calificar como entrega la notificación o la aceptación de la cesión. Lo que más me llama la atención es que considere que en la venta de bienes muebles la entrega sea requisito para que se produzca el efecto traslativo frente a terceros. Si esto fuera así, resultaría que la transmisión de propiedad de bienes muebles estaría regida por reglas análogas a las que rigen la cesión de créditos, por lo que las soluciones a los diversos conflictos típicos de intereses deberían ser las mismas en uno y otro caso. Me parece que esto es lo que habría que demostrar. Para ello hemos de ver cuál es la solución que se da al conflicto entre varios adquirentes de una misma cosa mueble, así como al que se plantea entre los acreedores del vendedor y el comprador. Si las soluciones son las mismas que vimos para la cesión de créditos, el sistema traslativo será, realmente, el mismo; en caso contrario, no.

El conflicto entre varios adquirentes de una misma cosa mueble se resuelve, según el artículo 1.141, a favor del primero en obtener su posesión material, aunque su título sea de fecha posterior al de otro, siempre que sea de buena fe. ¿Puede deducirse de esta regla que el sistema francés de transmisión de derechos reales sobre bienes muebles no es, realmente, el consensualista sino que se requiere la entrega para que la transmisión pueda ser hecha valer frente a terceros? Creo que, así, sin más, no se puede llegar a esa conclusión, porque entiendo que la regla contenida en el artículo 1.141 es, a estos efectos, neutra, en el sentido de que no decide si la entrega es o no requisito general necesario para la completa producción del efecto traslativo. Esta consideración merece alguna aclaración.

Si el sistema traslativo fuera el de título y modo, en los casos de doble transmisión la solución puede ser perfectamente la prevalencia de aquel adquirente que es primero en poseer, porque éste es el primero en adquirir la propiedad, puesto que es el único cuya adquisición reune los requisitos exigidos para la producción del efecto traslativo. Con todo, téngase en cuenta que según el artículo 1.141 no prevalece el primero en poseer, cualquier aque sea su posesión, sino que ha de tratarse de la posesión real, es decir, la material, no siendo suficiente la simbólica ni la ficticia. Y si el sistema fuese consensualista, como se dice en los artículos 711, 1.138 y 1.583, el artículo 1.141 no es incompatible con él ni desmiente lo establecido en tales preceptos, porque si una misma persona se obligó a entregar una misma cosa a diferentes adquirentes, el

(96) Vid. DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 215. De aceptar esta opinión, resultaría que el sistema de transmisión de bienes y derechos del Code sería el mismo que el de Bourjon (vid. GAVIDIA SANCHEZ, "La formación del sistema francés...", cit., cap. IV).

que de éstos tenga un título anterior habrá adquirido la propiedad, pero si otro adquirente de buena fe consigue su posesión material, la prevalencia del poseedor frente al propietario se explica por la regla “possession vaut titre”, en su función adquisitiva a non domino. Por esto, se puede decir que una regla como la contenida en el artículo 1.141 no prejuzga cuál sea el sistema traslativo, puesto que en ella se prevé sólamente un caso específico de protección al poseedor de buena fe, que entraña con lo dispuesto en el artículo 2.279, donde se formula la regla general.

En el artículo 1.141 se exige la buena fe del poseedor, para poder prevalecer sobre el adquirente cuyo título sea de fecha anterior. En cambio, en la doble o múltiple cesión de un crédito, como vimos, prevalece aquel cesionario cuya cesión sea la primera en ser notificada o aceptada, siendo irrelevante que conociese que el cedente ya había contratado otra cesión anteriormente, salvo el caso de fraude. Esta diversa consideración del conocimiento que el primero en poseer tuviera de la existencia de un título de cesión anterior ya se daba en Pothier o en Bourjon. Como también he explicado, creo que esta diferencia no es caprichosa, si pensamos que el cesionario puede tomar posesión del crédito sin contar con el cedente, instando la notificación de la cesión al deudor, mientras que para adquirir la posesión material de un bien mueble es necesaria la intervención del trasmitente. Por esto, se explica que no se exija la buena fe del cesionario que es primero en poseer si hay otra cesión de fecha anterior, puesto que el primer cesionario ha podido tomar posesión por sí mismo y, si no lo ha hecho, puede suponerse que ha sido por falta de diligencia. En cambio, la exigencia de buena fe en el adquirente de un bien mueble que es primero en poseerlo pero cuyo título es posterior a otro, es coherente con la protección del primer adquirente, que no pudo por si mismo entrar en posesión real de la cosa, ya que necesitaba de su entrega por el trasmitente, por lo que no hay aquí razón alguna para suponer un comportamiento poco diligente por parte del primer adquirente.

El otro conflicto de intereses cuya solución es reveladora acerca del sistema de transmisión de derechos reales sobre bienes muebles es el que puede existir entre los acreedores del transmitente y el adquirente. Es claro que un sistema verdaderamente consensualista reclama que tales acreedores no puedan embargar aquellos bienes que, aun estando en posesión de su deudor, hayan sido ya, por ejemplo, vendidos, pues la perfección de un título de transmisión hace del adquirente su propietario, aunque todavía estén en posesión del transmitente. Es decir, si tales bienes fueran embargados, el adquirente podría interponer una tercería de dominio. Por las mismas razones, los acreedores del adquirente podrán embargar los bienes adquiridos por su deudor, aunque todavía no le hayan sido entregados. En cambio, en un sistema de título y modo, la perfección del título de transmisión no consiente a los acreedores del ad-

quirente embargar los bienes que todavía están en posesión del transmitente, y sí permite su embargo a los acreedores de éste.

Pues bien, según parece, la solución a este conflicto de intereses fue la que resulta del sistema consensualista: los acreedores del transmitente no pueden embargar los bienes de los que su deudor es poseedor, si ya se ha perfeccionado un título de transmisión (97), con tal que su fecha sea cierta y anterior al embargo (98); los acreedores del adquirente pueden embargar los bienes que su deudor hubiese adquirido, aunque todavía no le hayan sido entregados (99). La regla contenida en el artículo 1.141 no es la que resuelve este conflicto, ni es obstáculo para resolverlo aplicando criterios propios del sistema consensualista (100). Con todo, la regla que niega que los acreedores del transmitente puedan embargar bienes que su deudor posee porque hay ya un título perfecto de transmisión, ha de ser matizada con la que les permite rescindir enajenaciones fraudulentas; lo que sucede es que en el sistema de título y modo no tendrían que acudir a la rescisión, puesto que la transmisión no se ha producido si sólo hay título.

Solución claramente distinta es la que hemos visto que procede cuan-

(97) "La saisie-arrêt de meubles dont le débiteur n'est plus propriétaire ou de sommes dont il n'est plus créancier, est nulle. Dès le jour et par le seul effet de la vente, les meubles vendus n'appartiennent plus au vendeur; ses créanciers ne peuvent, donc, les saisir-arrêter entre les mains des tiers détenteurs" (GARSONNET, E. y CEZAR-BRU, CH.: *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. IV, 3^a parte, vol. I, 3^a ed., París 1913, pág. 415).

(98) "Il faut, seulement, dans tous les cas, que l'acte translatif de propriété, s'il est sous seing privé, ait acquis date certaine avant la saisie mobilière ou la transcription de la saisie immobilière: ainsi le veut l'art. 1.328 du Code civil, au terme duquel les actes sous seing privé ne sont opposables aux tiers que s'ils ont date certaine" (GARSONNET y CESAR-BRU, loc. cit., nota 6 a pie de pág. 157, con cita de Toullier, Demolombe, Aubry-Rau y Larombière).

(99) Tous les meubles saisisables qui appartiennent au débiteur peuvent être saisir-arrêtés aux mains des tiers qui les détiennent.... tels sont les meubles qu'il a achetés et qui sont encore en la possession du vendeur (GARSONNET y CEZAR-BRU, loc. cit., pág. 412).

L'acheteur en est, dès maintenant, propriétaire; les créanciers de l'acheteur peuvent, donc, immédiatement, les saisir-arrêter aux mains du vendeur ou d'un tiers qui les détiennent" (GARSONNET y CEZAR BRU, loc. cit., nota 4 a pie de pág. 412, con cita de Demolombe, Aubry-Rau, Colmet de Santerre y Larombière).

(100) "Les créanciers chirografaires du vendeur de meubles corporels n'ont plus de droit sur ces meubles à partir du jour où ils sont vendus, car, dès ce moment, leur débiteur n'est plus propriétaire: l'art. 1.141 du Code civil dispose, il est vrai, qu'entre deux acquéreurs successifs du même meuble celui-là est préféré et demeure propriétaire qui a été mis en possession, son titre fut-il postérieur en date, pourvu qu'il soit de bonne foi; mais il n'y a là, suivant l'opinion la plus générale, qu'une application de la règle: "En fait de meubles, possession vaut titre", et il ne résulte pas de cet article que la propriété des meubles corporels ne se transfère point par le seul consentement" (GARSONNET y CEZAR-BRU, nota 6 a pie de página 157, con cita de Demolombe, Aubry-Rau, Comet de Santerre y Larombière).

do de la cesión de créditos se trata. En ésta, como sabemos, los acreedores del cedente pueden embargar el crédito cedido, sin tener que rescindir la cesión, si ésta todavía no ha sido notificada ni aceptada formalmente. Por su parte, los acreedores del cessionario no pueden embargar el crédito hasta que la cesión no haya sido notificada o aceptada.

Y, finalmente, por lo que respecta a la venta de cosa mueble ajena, ya sabemos que la sanción es la de nulidad (artículo 1.599), pero también que, por aplicación de la regla “*possession vaut titre*” del artículo 2.279, el adquirente que es poseedor de buena fe adquiere o puede adquirir la porpiedad a non domino. Pues bien, como también sabemos, los créditos no pueden ser adquiridos a non domino, y el cessionario sólo puede hacer valer, en su caso, la garantía legal del artículo 1.693 contra el cedente.

Así, pues, nos encontramos con que las diferencias entre la cesión de crédito y la transmisión de bienes muebles han alcanzado en el Code la suficiente entidad como para que poco tengan ya que ver, por lo menos, en cuanto a los créditos no incorporados a títulos al portador. Esta diferenciación ha sido el resultado de un largo proceso. Si en Domat las diferencias son, prácticamente, inapreciables entre la venta de créditos y la de otros bienes, pues todas ellas están regidas por unos mismos principios, en Pothier y, más aún en Bourjon, se van acentuando, pero sin que el sistema traslativo llegue a ser, sustancialmente, distinto. Sin embargo, en el Code, nos encontramos con que la cesión de créditos continúa, en lo esencial, sujeta a las reglas tradicionales (artículo 108 de la Costumbre de París), en tanto que la transmisión de los demás bienes ha sido evolucionando hasta llegar a un sistema claramente consensualista.

X. LA DONACION DEL CREDITO

No quiero terminar sin hacer referencia, siquiera sea somera, a la donación del crédito. La perfección de tal donación, esto es los requisitos para su validez, se rige por las reglas propias de la donación (101). Se requiere, por tanto, escritura pública so pena de nulidad ex artículo 931 (102), sin que sea posible la donación manual de créditos (la entrega sustituye la escritura pública), porque éstos no son susceptibles de tradición real ni de posesión material en sentido propio, salvo los créditos incorporados a títulos al portador (103).

(101) Vid. HUC, op. cit., t. I, pág. 358.

(102) “Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute sous peine de nullité” (artículo 931).

(103) “Si la cession été faite à titre gratuit, il faudra que l’acte de cession ait été dressé conformément aux règles spéciales établies pour les donations, et il serait impossible d’invoquer les arts. 1.607 et 1.689 pour prétendre que les créances mobilières étant répu-

En relación a la producción del efecto traslativo, rige el sistema consensualista, confirmado por el artículo 938 (104), puesto que no dependen de la entrega de lo donado. Si la donación es de un crédito, lo anterior nos lleva a entender que la transmisión de titularidad no depende de la entrega de los títulos al donatario, o del ejercicio del derecho por el donatario con el consentimiento del donante. Sin embargo, me parece que para que la cesión sea eficaz en relación a los terceros, sí será necesaria su notificación o su aceptación, como establece el artículo 1.690. Considero que este precepto es aplicable también a la donación del crédito, pues en él se viene a decir que la cesión, cualquiera que sea su causa, no es eficaz para los terceros en tanto no haya sido notificada o aceptada.

Así, aunque las normas sobre la cesión de créditos se encuentran en el título de la venta, no por esto son todas ellas aplicables exclusivamente a la compraventa de créditos. Téngase en cuenta que la rúbrica del capítulo relativo a la cesión está redactada en términos más generales: "Du transport des créances et autres droits incorporels". Además, dentro de este capítulo hay normas que especifican su aplicación la venta de créditos, como son las relativas a las garantías del cesionario-comprador (artículos 1.693-1.695), por lo que se puede entender que las demás son aplicable a cualquier cesión. Por lo demás, los precedentes históricos también apoyan esta interpretación, pues exigieron la notificación (o aceptación) de la donación, unas veces como requisito de validez (Pothier), otras para que la cesión fuese eficaz en relación a terceros (Bourjon).

CONCLUSION: EXPLICACIONES DEL SENTIDO DE LA EXIGENCIA DE NOTIFICACION O ACEPTACION COMO REQUISITOS DE EFICACIA DE LA CESION

Podríamos considerar como elemento permanente del sistema francés de cesión, que ha estado presente en todos los autores y textos normativos analizados (artículo 108 de la Costumbre de París y sus comendadores, en Domat, Pothier, Bourjon y en el artículo 1.690 del Code), la exigencia de notificación y, en su caso, de aceptación de la cesión,

tées meubles par la loi, elles peuvent être l'objet d'un don manuel réalisé par la remise des titres: le don manuel n'est donc valable qu'autant que le transprot en est fait dans la forme spéciale à la créance envisagée.

La simple détention par une personne d'un titre de créance ne saurait constituer à son profit une cause légitime de propriété, parce que la règle qu'en fait de mueble la possession vaut titre ne peut s'appliquer qu'aux créances ou droits constantes par des titres au porteur" (HUC, op. cit., t. I, págs. 405 y 406).

(104) "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition" (artículo 938).

como requisito para su eficacia. Cuál sea o haya sido el sentido último de esta exigencia es algo que admite diversas explicaciones, sobre todo, cuando se trata de interpretar el artículo 1.690 del Code. Esas explicaciones son, según creo, fundamentalmente, tres: la notificación o aceptación de la cesión como tradición o segundo acto del que depende la eficacia de la cesión; o como medios de publicidad de la cesión, siendo el deudor el instrumento de este sistema de publicidad; o como protección del interés del deudor. Antes de analizar cada una de estas explicaciones y, sobre todo, sus consecuencias, he de advertir que no las considero incompatibles entre sí, que no son excluyentes, e, incluso, que todas ellas tienen algo o mucho de acertadas, y que se diferencian entre sí en que unas hacen más hincapié en unos puntos y otras más en otros.

1) La notificación o aceptación como traditio o segundo acto del que depende la eficacia de la cesión

No me cabe la menor duda de que esta explicación es correcta, si la referimos a los precedentes del artículo 1.690. Está muy claro que éste es el sentido que tenía tal requisito entre los comentadores del artículo 108 de la Costumbre de París, en Domat y en Pothier. Para ellos, se trataba del requisito de modo que, junto al acto jurídico que sirve de título o causa de la cesión, producía el efecto traslativo. Incluso en Bourjon queda claro que la notificación al deudor es la forma de “ensaisinement” del cessionario como nuevo acreedor. Pues bien, ¿supuso el artículo 1.690 del Code un cambio en el sentido de este requisito?

Si la respuesta a ese interrogante hubiera de buscarse sólamente en el tenor literal del mismo artículo 1.690, me parece que la correcta sería la negativa, pues se sigue hablando en términos de “ensaisinement” del cessionario como nuevo titular del crédito. No olvidemos, por otra parte, que en los trabajos preparatorios del articulado del Code es reiterada la idea, según la cual no se estaba innovando sino manteniendo el sistema tradicional de cesión, y que en el artículo relativo a los requisitos de eficacia de la cesión se estaba hablando de investidura posesoria del cessionario.

Sin embargo, si se tiene en cuenta otros preceptos, la respuesta sería diferente o más matizada. De un lado, se proclama que es el consensualista el sistema general de transmisión de bienes (artículo 711, 938, 1.138 y 1.583), por lo que ya no puede decirse que la exigencia de notificación o de aceptación del artículo 1.690 sea aplicación concreta de una regla general que exige la tradición como requisito para la producción del efecto traslativo, como sucedía antes del Code. Además, el Code ya no considera a la notificación o aceptación como formas de entrega del crédito, pues ahora esa entrega consiste en la de los títulos de pertenencia o en el ejercicio que el cessionario hace del derecho consintiéndolo el cedente (artículos 1.607 y 1.689).

De esta forma, ya puede decirse que el Code ha abandonado en todos los casos el viejo sistema de título y modo, puesto que la entrega ya no se requiere para la producción del efecto traslativo, en ningún caso, tampoco en la cesión de créditos. Así, aunque se sigue exigiendo la notificación o la aceptación para la completa eficacia de la cesión, como ya no son consideradas entrega del crédito, puede decirse que el sistema de cesión no puede ser denominado como antes. Lo que sucede es que, como ya puse de manifiesto, se da la paradoja de calificar como entrega algo que no conduce verdaderamente a la posesión del crédito, mientras que a ésta sí conduce lo que ya no se considera entrega del crédito. Con lo cual, poco ha cambiado realmente, si el “ensaisinement” del cessionario sigue dependiendo de la notificación o aceptación formal de la cesión, como establece el artículo 1.690, esto llevará consigo que las soluciones a los diversos conflictos típicos de intereses que la cesión puede plantear seguirán siendo las mismas, porque el criterio para resolverlas sigue siendo el mismo: que la cesión haya sido o no notificada o aceptada.

2) La notificación o aceptación como requisitos de publicidad de la cesión

La doctrina mayoritaria posterior al Code ha defendido y defiende que en el artículo 1.690 se establece un sistema de publicidad de la cesión, en el que no es un registro público sino una persona, el deudor, su instrumento. De esta forma, tanto el deudor como los demás interesados en el crédito (posibles adquirentes, acreedores del acreedor actual) podrían conocer la cesión, bien directamente (el deudor), bien dirigiéndose al deudor preguntándole si le ha sido notificada una cesión o si él la ha aceptado en documento auténtico. Sería, pues, un sistema de publicidad directa para el deudor, indirecta para los demás (105).

Según esto, con la perfección del título de cesión el efecto traslativo se produce inter partes, pero no puede ser hecho valer frente a los terceros ni tampoco ser utilizado por los terceros. Lo que, a continuación se ha planteado y se plantea es si los medios de hacer pública la cesión previstos en el artículo 1.690 (notificación o aceptación formal de la cesión) son los únicos legalmente idóneos para que la cesión sea oponible a y utilizable por los terceros; concretamente, si el conocimiento seguro que un tercero pudiera tener de la cesión hace innecesaria la notificación o aceptación.

Ya vimos cómo hubo autores (por todos, Huc) que, apoyándose en el artículo 1.071 del Code, consideraron que las formalidades del artí-

(105) Vid. COLMET DE SANTERRE, op. cit., t. cit., pág. 168; GUILLOUARD, op. cit., t. cit., págs. 308; HUC, op. cit., t. I, pág. 430; LAURENT, op. cit., t. cit., págs. 473 y 474; MOURLON, op. cit., t. cit., pág. 298.

culo 1.690 eran insustituibles. Por lo tanto, el conocimiento que el deudor tuviera de la cesión no equivalía a la notificación o aceptación, y que ni él ni los demás terceros podían hacer valer la cesión ni resultar perjudicados por ella, en tanto no se observaran esas formalidades. Esto significó, como puse de manifiesto, que la cesión no notificada ni aceptada formalmente, aunque fuese conocida por los terceros, no sólo no les era oponible, sino que tampoco podían utilizarla si les convenía. Parece, pues, que esta interpretación del artículo 1.690 lleva a aplicar a la cesión de créditos criterios más estrictos que los de un sistema de mera inoponibilidad de la publicidad inmobiliaria registral, pues en este último el tercero sí podría hacer valer la transmisión, si le conviniera. Por lo demás, con esta interpretación, el sistema codificado de cesión sólo nominalmente habría cambiado, pero no sustancialmente, puesto que las soluciones a los diversos conflictos típicos de intereses seguirían siendo las mismas, porque todo sigue dependiendo de si la cesión ha sido notificada o aceptada formalmente o no.

Frente a esta interpretación hemos visto cómo otros entendieron que el conocimiento de la cesión sí podía sustituir las formalidades del artículo 1.690. Lo cierto es que no hubo unidad de criterio entre quienes esto defendieron, a la hora de precisar si esa equivalencia del conocimiento a la notificación o aceptación operaba por igual cuando se trataba del deudor o de los acreedores del cedente o de los demás cesionarios en la cesión múltiple (106). Con todo, esta segunda interpretación es claramente superadora del tenor del artículo 1.690 y de sus precedentes, y sí lleva a soluciones diferentes de las tradicionales para los conflictos típicos de intereses que la cesión puede plantear, puesto que sí introduce un criterio o elemento nuevo, como es el conocimiento que el tercero del que se trate tuviera de la cesión, que le impide hacer que la cesión sea ineficaz en relación a él, aunque no haya sido todavía notificada o aceptada.

Sin ir mucho más allá o sin forzar demasiado el tenor del artículo 1.690, se llegó a admitir, como se ha visto, que el deudor quedase vinculado frente al cesionario si aceptaba en cualquier forma la cesión, llegando a considerar que el pago al cesionario era una forma tácita de aceptación. De esta manera, el deudor interesado en hacer valer la cesión porque, por ejemplo, ya ha pagado al cesionario, podía evitar tener que volver a pagar al cedente si éste le exigía el pago antes de la notificación o aceptación de la cesión. De todos modos, el respeto al artículo 1.690 imponía que esa aceptación no formal del deudor y sus efectos no fuesen oponibles a los demás terceros, para quienes sólo podían ser relevantes la notificación o la aceptación en documento auténtico.

Sin, en principio, romper con los esquemas del artículo 1.690 se sostuvo por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia la relevancia

(106) Vid. GRANER, op. cit., págs. 191-215.

de la prueba del carácter fraudulento (colusorio) de la actuación del tercero que, de acuerdo con el cedente o con el cessionario, hiciese valer la falta de notificación o de aceptación para sostener fraudulentamente la ineffectuación de la cesión. Es decir, se admitió que de la inobservancia de las formalidades del artículo 1.690 no podía valerse quien hubiera actuado fraudulentamente, por lo que en ese caso la cesión sí le sería oponible aunque no hubiese sido notificada o aceptada. Admitido comúnmente esto, en lo que ya no ha habido acuerdo ha sido en concretar el contenido de la prueba de ese fraude. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha dado respuestas diferentes y, además, parece que la evolución no ha sido lineal ni paralela (107).

Concretamente, las divergencias sobre el contenido de la prueba del fraude han girado en torno a la cuestión de si podía considerarse fraudulenta la actuación de un tercero que, conociendo la perfección de un título de cesión, había adquirido un derecho sobre el crédito como si la cesión no se hubiera producido, o si, además de ese conocimiento, era necesario probar el acuerdo colusorio entre ese tercero y una de las partes del contrato causa de la cesión. Y es que, claro está, si bastase ese conocimiento nos encontraríamos con que, en el fondo, estaríamos aceptando que equivale a la notificación o aceptación formales del artículo 1.690, por lo que éstas ya no serían las únicas formas idóneas de publicidad de la cesión.

Pues bien, parece que actualmente, al menos, en la doctrina —la jurisprudencia se muestra más estricta— es frecuente sostener que, del mismo modo que en relación a la publicidad inmobiliaria registral se ha admitido que la prueba del fraude —esta prueba permite oponer un acto no inscrito a los terceros que han actuado fraudulentamente— se consigue con la de la “faute” o mala fe del tercero, para lo cual puede bastar con demostrar que el tercero tenía conocimiento seguro de la transmisión, se ha de admitir también que el tercero que conoce la cesión y, a pesar de ello, actúa como si nada hubiera sucedido, no puede invocar el artículo 1.690 para conseguir que esa cesión no notificada ni aceptada no le sea oponible (108).

También se ha hecho una lectura en clave abiertamente consensualista del artículo 1.690. Se parte de la consideración de este precepto como una excepción al sistema consensualista que, como regla general, fue el adoptado por el *Code* (artículos 711, 938, 1.138 y 1.583). Pues

(107) Vid GRANER, últ. loc. cit.

(108) Vid. GHESTIN, op. cit., pág. 27; MALAURIE, P.: *Droit civil (Les obligations)*, París 1985, pág. 556

La jurisprudencia se viene mostrando más estricta y apegada al tenor del artículo 1.690. Sin embargo, ya en el siglo pasado llegó a admitir la oponibilidad de la cesión, no notificada ni aceptada, a otros cessionarios del mismo crédito que hubieran tenido conocimiento de ella o, incluso, que hubieran debido conocerla (vid. HUC, op. cit., t. II, págs. 44 y 46).

bien, interpretando el artículo 1.690 con arreglo al resto del sistema traslativo (consensualista) y no conforme a sus precedentes históricos (artículo 108 de la Costumbre de París, esto es, título y modo), se puede llegar a defender que el sistema de publicidad que en el artículo 1.690 se establece para la cesión puede ser entendido en el sentido de que el cessionario deberá ser tenido por todos como el nuevo titular del crédito si se ha notificado o aceptado formalmente la cesión y, en defecto de notificación o de aceptación, por aquellos que tengan conocimiento (cierto, seguro) de ella (109).

De esta forma, ya no es necesario acudir a la prueba del fraude para sostener que la cesión no notificada ni aceptada es oponible al tercero que tiene conocimiento (seguro) de ella. Le es opinable sin tener que entrar en la cuestión del fraude, esto es, no porque el conocimiento que de ella tiene haga que, si actúa como si la cesión no se hubiera producido, su proceder sea fraudulento, sino porque ese conocimiento equivale, como publicidad de la cesión, a la notificación o aceptación del artículo 1.690. Es decir, para el que conoce la cesión ésta ya es pública, ya se ha cumplido el requisito de publicidad y él no puede invocar la falta de notificación o de aceptación para que la cesión no le sea oponible. Esta opinión no sólo se apoya en el carácter consensualista del sistema general de transmisión de bienes, sino también y, últimamente, sobre todo, en la evolución que se ha producido en la forma de resolver la misma cuestión en el ámbito de la publicidad inmobiliaria.

Así, son muchos los autores que llaman la atención sobre lo que ellos consideran paradógico. La publicidad de los actos con trascendencia jurídico-inmobiliaria tiene un instrumento mucho más fiable y seguro, como es el Registro, y la jurisprudencia ha admitido la oponibilidad de tales actos a los terceros que tienen conocimiento de ellos aunque no hubieran sido inscritos. En cambio, en relación a la cesión de créditos la posición de la jurisprudencia parece ser la de considerar que la cesión que no reuna el requisito de publicidad formal no es oponible a los terceros que tengan conocimiento de ella, sino sólo cuando se demuestra su actuación fraudulenta. Lo chocante de esto es que este criterio estricto para la cesión no obedece a la existencia de un instrumento de publicidad más fiable, más seguro, mejor organizado que el previsto para el tráfico inmobiliario.

En el artículo 1.690 es el deudor, a quien se ha notificado la cesión o que la ha aceptado, el instrumento de publicidad, con todos los inconvenientes y limitaciones que esto supone. Para empezar, en parte alguna se impone al deudor el deber de informar a los demás acerca de la titularidad del crédito; otra cosa es que se dé por supuesta la existen-

(109) Vid. GHESTIN, op. cit., págs. 29 y 30; VAN OMMESLAGE, P.: "La transmission des obligations en droit positif belge", en *La Transmission des obligations, travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas 1980, pág. 97, con cita de De Page.

cia de tal deber (*ex bona fide?*), o que se piense que será lo que normalmente suceda. Pero es que puede suceder que el deudor no pueda informar por enfermedad, ausencia, incapacitación, etc. Por tanto, ¿cómo se puede seguir exigiendo la observancia de las formalidades del artículo 1.690 para que la cesión sea oponible a tercero cuando se demuestra que éste tenía conocimiento seguro de ella por otros medios, si el sistema de publicidad previsto para la cesión ofrece mucha menor garantía de certeza que la publicidad de las transacciones inmobiliarias donde, en cambio, sí se admite que éstas sean oponibles al tercero que tiene conocimiento de ellas aunque no hayan sido inscritas? Parece, pues, que admitido lo que es más, hay que admitir lo que es menos.

Con todo, la relevancia que se da al conocimiento que el tercero pueda tener de la cesión no notificada ni aceptada formalmente no es ni puede ser la misma que la reconocida a la notificación o aceptación formal. En primer lugar, porque si hubo notificación la cesión ya es oponible a todos, tanto si han llegado a saber de la cesión como si no, de forma que ya no se puede entrar en la cuestión de si realmente llegaron a enterarse o no de la cesión. La prueba del conocimiento de la cesión por un tercero sólo procede cuando o en tanto no se han observado las formalidades del artículo 1.690. Ahora bien, probado que ese tercero tenía conocimiento suficiente de la cesión, ésta sólo le será oponible a él y no a los demás terceros: en defecto de notificación o de aceptación, la cesión sólo es oponible a aquellos terceros que, efectivamente, se demuestre que tuvieron conocimientos de ella.

Ha sido así como se ha propuesto acomodar el artículo 1.690 dentro y no fuera del sistema general (consensualista) de transmisión de bienes, aprovechando la línea jurisprudencial que concede relevancia al conocimiento que el tercero tiene de transacciones inmobiliarias no inscritas: el artículo 1.690 prevé un sistema de publicidad, por el cual se establece una presunción iuris et de iure de que con la notificación o aceptación formal del deudor todos tienen conocimiento o pueden tener conocimiento de la cesión; si ésta no ha sido notificada ni aceptada no por ello es, sin más, inoponible al tercero, pues lo será si se demuestra que éste tuvo conocimiento suficiente de ella por otra vía. Así se propone evitar la paradoja que supone ser más rigurosos con un sistema de publicidad (el de la cesión) que es mucho más imperfecto y deficiente que el de la publicidad inmobiliaria (110).

(110) "Il est alors permis de pousser plus loin la comparaison. La jurisprudence, qui exigeait une fraude pour écarter les règles de la publicité foncière, se contente aujourd'hui soit d'une faute, soit d'une fraude, et tient pour fautif, en principe, le seul fait pour le tiers d'avoir agi alors qu'il connaissait personnellement le contrat méconnu. La Cour de cassation applique même cette solution au cas où le contrat était, lui aussi, obligatoirement soumis à une publicité légale..

La seule fonction des règles de publicité obligatoire est alors d'introduire des présomptions légales et irréfragables de connaissance du contrat.

A pesar de la imperfección del sistema de publicidad previsto para las transacciones que tienen por objeto créditos, tan deficiente para los terceros que no sean el mismo deudor, no es extraño encontrar la opinión de que, con todo, es el mejor sistema posible. Por lo menos, mejor que el que consiste en exigir como requisito para que la cesión sea efectiva frente a terceros que conste en documento auténtico que da certeza de su fecha, porque éste impide los fraudes, pero no da publicidad a la cesión (111). Pero también es cierto que otros autores consideraron preferible el sistema de cesión basado en el documento auténtico, como requisito de eficacia de la cesión frente a terceros, por lo menos, frente a quienes no son el deudor, por considerarlo más coherente con el sistema consensualista de transmisión de bienes, mientras que el basado en la notificación o aceptación formal parecía más acorde con el antiguo sistema de título y modo representado por el artículo 108 de la Costumbre de París (112).

3) La notificación o aceptación como requisito establecido en protección del interés del deudor

El punto de partida de esta tercera explicación del artículo 1.960 parte del reconocimiento de la escasa aptitud o funcionalidad de la exigencia de notificación o aceptación como medios de publicidad de la cesión para aquellos terceros que no sean el deudor.

Conocidas son las severas críticas que de este sistema de cesión hicieron Saleilles y Huc, para quienes sus ventajas no compensan sus inconvenientes. Las ventajas se concretan en la mayor seguridad que permite un sistema que prescinde de la prueba del conocimiento que de la cesión tuvieran o no los terceros, excluyendo esta cuestión del tema de prueba en el proceso. Pero los inconvenientes se derivan de la ineffectividad de la publicidad de la cesión para los demás terceros (otros cesionarios, acreedores del cedente) cuando se hace del deudor el intrumen-

On conçoit dans ces conditions que de formes équivalentes aux formalités légales puissent avoir le même effet que celles-ci. Surtout, le contrat est nécessairement opposable aux tiers lorsqu'il est établi qu'ils le connaissent de façon certaine.

Si l'on admet cette conception, fondée sur le principe d'opposabilité des contrats généralement affirmé aujourd'hui, au moins par la doctrine, la jurisprudence qui refuse de tenir compte de la connaissance effective de la cession, et qui lui préfère l'accomplissement des formalités de l'article 1.690, dont le caractère ilusoire a été si souvent dénoncé, apparaît encore plus contestable. En tout cas, elle n'est guère compatible avec le dernier état de la jurisprudence en matière de publicité foncière. Il est en effet paradoxal, encore une fois, de reconnaître aux formalités rudimentaires de l'article 1.690 plus de valeur qu'à celles, beaucoup plus perfectionnées, de la publicité foncière" (GHESTIN, op. cit., págs. 29 y 30).

(111) Vid. DUVERGIER, op. cit., t. cit., pág. 223.

(112) Vid. DURANTON, op. cit., t. cit., págs. 507-509.

to de publicidad. Y, así, puede suceder no ya sólo que el deudor se niegue a informar a esos otros terceros o que les dé una información falsa, sino que en otros muchos casos el deudor no podrá informar (incapacidad, incapacitación, ausencia, etc.). Además, no hay precepto alguno que imponga al deudor el deber de informar. Y es posible que el deudor pueda y quiera informar, manifestando al que le pregunta que no ha recibido notificación de una cesión, actuando en consecuencia ese tercero que le pide información (por ejemplo, celebrando un contrato de cesión con el supuesto titular del crédito), y que momentos después de dar el deudor esa información se le notifique o él acepte una cesión. Pero todo esto, puede decirse que la pretendida seguridad que ofrece el sistema de cesión del artículo 1.690 no es tal (113).

Es por estos inconvenientes por lo que autores como Saleilles y Huc juzgaron preferible el sistema de cesión adoptado en el derecho alemán, en el que la notificación de la cesión al deudor sólo tiene por objeto impedir que se libere pagando de buena fe al cedente, pero siendo el efecto cesión resultado del sólo contrato, y el conflicto entre diversos cesionarios se decide por la fecha de los contratos respectivos. Este es un sistema consensualista, en el que el deudor se libera pagando al cesionario, o si no conoce la cesión, al cedente, teniendo en cuenta que si hubo notificación se presume *iuris tantum* que conocía la cesión, mientras que en defecto de notificación se presume, también *iuris tantu*, que no la conocía (114).

Respecto del sistema alemán, el francés tiene la ventaja de atajar muchas incertidumbres y dificultades, ya que no puede ser objeto de litis si el deudor conocía o no la cesión: esto es irrelevante porque lo decisivo es si la cesión ha sido notificada o aceptada. Por esto, el sistema francés es más cómodo para los jueces, pues reduce los litigios o los simplifica, pero el alemán es más conforme “aux principes du droit”, pues conduce a soluciones más justas, tanto para el deudor, pues se da relevancia al conocimiento que tuviese de la cesión, como para los demás terceros, pues atiende a la fecha del contrato (115).

Con todas estas deficiencias del sistema, supuestamente de publicidad, del artículo 1.690, se ha considerado que el sentido último del precepto en él contenido no es tanto el establecimiento de un sistema de publicidad, sino que más bien se trata de una norma de protección del deudor cuando se produce un cambio de acreedor. Lo cierto es que si analizamos los intereses en conflicto y su mayor o menor grado de protección en el sistema francés de cesión, pocas dudas caben acerca de cuál es el efectivamente más protegido: el deudor.

No perdamos de vista el precepto contenido en el artículo 1.691, se-

(113) Vid. HUC, op. cit., t. I, págs. 430 y 431.

(114) Vid. SALEILLES, op. cit., págs. 78-88.

(115) Vid. HUC, op. cit., t. I, pág. 433.

gún el cual el deudor se libera si paga al cedente si la cesión no le ha sido notificada. Creo que este precepto goza de autonomía respecto de la interpretación que se haga del artículo 1.690. Es decir, tanto si se entiende que el cedente sigue siendo el verdadero titular del crédito hasta la notificación o aceptación, como si dejó de serlo desde el momento del contrato, el artículo 1.691 sigue ordenando el carácter liberatorio del pago hecho al cedente antes: bien porque el accipiens es el verdadero acreedor, bien porque lo es aparentemente. Y si el deudor tenía conocimiento de la cesión por vía distinta de la notificación, no por ello deja de poder pagar con efecto liberatorio al cedente: bien porque se considera que ese conocimiento es irrelevante ya que el accipiens sigue siendo el verdadero titular del crédito, bien porque, aunque se entienda que el accipiens sólo es ya acreedor aparente y el solvens no se libera si no paga de buena fe, el cedente está autorizado por la ley para recibir el pago. En esto hay que ver una norma de protección del deudor, que sabe que antes de que se le haya notificado una cesión tiene la seguridad de liberarse pagando al cedente, bien porque sigue siendo su verdadero acreedor, bien porque lo siguen siendo aparentemente, bien porque está habilitado por la ley para recibir el pago.

La protección del deudor frente al cedente se vio reforzada al considerarse que el pago que el deudor hiciera al cesionario, sin que la cesión le hubiera sido notificada o aceptada previamente, constituiría un supuesto de aceptación tácita de la cesión. De esta manera, el deudor podrá hacer valer la cesión frente al cedente y evitar, así, tener que volver a pagar. Lo que sucede es que ese plus de protección del deudor frente al cedente va acompañado de una menor protección del deudor frente a otros terceros, a quienes esa aceptación tácita y, por ella, el efecto cesión no esponible.

Sin embargo, un tanto paradógicamente, la explicación del requisito de la notificación o aceptación de la cesión como una norma de protección del deudor, ha sido también utilizada para reforzar la situación del cesionario. Ha habido acuerdo en admitir que el cesionario podía ejercitarse actos de conservación del crédito cedido, aun antes de la notificación o aceptación, lo cual nada tiene de extraño, si se piensa que la misma facultad se reconoce a cualquier acreedor bajo condición suspensiva ex artículo 1.180. Pero es que, además, también se ha llegado a extender la opinión, según la cual el cesionario también puede exigir el pago al deudor, si no hay terceros perjudicados por ese pago, es decir, si el deudor no corre el riesgo de tener que volver a pagar (116).

Esta solución, un tanto sorprendente si se lee el artículo 1.690, ha sido justificada diciendo que la “*assignation en payment*” equivale a la notificación de la cesión, si no hay terceros que hayan adquirido previa-

(116) Vid. esa evolución en GRANER, op. cit., págs. 153-157 y 160-218; GHESTIN, op. cit., pág. 23, con cita de varios autores; MALAURIE, op. cit., pág. 555.

mente algún derecho sobre el crédito (117). En definitiva, la explicación es que si el sentido del artículo 1.690 es proteger al deudor para permitirle no pagar al cessionario si la cesión no le ha sido notificada, para no verse en la situación de tener que volver a pagar, el deudor no debe negarse a pagar al cessionario que le reclama el pago, si no corre riesgo alguno de tener que volver a pagar porque no hay terceros que hayan adquirido un derecho sobre el crédito (118). Parece claro, con todo, que el deudor podrá negarse a pagar al cessionario si ya había pagado al cedente, puesto que el deudor ya se había liberado ex artículo 1.691. Y también podrá negarse a pagar al cessionario si un acreedor del cedente ha embargado el crédito (vid. artículo 1.242), o si otra cesión le ha sido notificada o si él la ha aceptado.

Esta tesis no está exenta de problemas. Para empezar, nos encontramos con que supone admitir que antes de la notificación o aceptación tanto el cedente como el cessionario están legitimados para exigir el pago, lo cual es visto por algunos como una extraña situación, quizás, de solidaridad activa (119). El cedente lo está porque todavía no ha habido notificación ni aceptación, y el cessionario también porque su requerimiento (judicial) de pago hace las veces de notificación si no hay terceros que hayan admitido algún derecho sobre el crédito. Además, habría que determinar cuándo esos terceros han adquirido un derecho sobre el crédito. Los acreedores del cedente lo adquieren cuando embargan el crédito; los demás cessionarios en el caso de cesión múltiple, cuando el deudor recibe la notificación de esa otra cesión o cuando la acepta. Pero esto es una posibilidad, y también sería otra entender que otro cessionario cuyo título de cesión sea anterior al pago del deudor a otro cessionario podría instar la notificación de su cesión y, así, prevalecer frente al cessionario que cobró sin que su cesión hubiese sido notificada o aceptada... ¿o es que el pago al cessionario que le reclama judicialmente el pago hace ineficaz la posterior notificación de otra cesión de fecha anterior? Si se entiende que el requerimiento judicial de pago dirigido al deudor equivale a una notificación parece que se impone la respuesta afirmativa.

Si, según lo anterior, resulta que el deudor sólo podía negarse a pagar al cessionario que le reclama judicialmente el pago a pesar de que su cesión no ha sido notificada ni aceptada, cuando un acreedor del cedente ha embargado el crédito o cuando otra cesión le ha sido notifica-

(117) “Le défaut d’accomplissement de ces formalités ne rend pas le cessionnaire irrecevable à réclamer du débiteur cédé l’exécution de son obligation, quand cette exécution n’est susceptible de faire grief à aucun droit advenu, depuis la naissance de la créance, soit au débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession”; ce que le juge doit rechercher (RADOUANT, citado por Malaury, op. cit., nota 72 a pie de pág. 555).

(118) Pero, ¿ha de ser el mismo deudor el que pruebe la existencia de terceros perjudicados para poder negar el pago al cessionario?

(119) Vid. MALAURIE, op. cit., pág. 555.

da o cuando el deudor hubiera pagado al cedente, se estaría subvirtiendo una regla muy clara del sistema francés de cesión, como es el artículo 1.691: que el deudor paga a su propio riesgo y se expone a tener que volver a pagar si paga a a persona distinta de su acreedor originario sin habersele notificado una cesión.

Tampoco esta tercera explicación del sentido del artículo 1.690, es decir, de la exigencia de notificación o aceptación, como algo que se impone en interés del deudor, da cuenta de todo el sistema de cesión o, si se prefiere, no es llevada a sus últimas consecuencias. Y es que el deudor debe cerciorarse de la validez y eficacia de la cesión si, a pesar de que le ha notificado la cesión, ha sido el cesionario el que la ha instado: el deudor sólo tiene la seguridad de liberarse pagando al cesionario cuando la cesión le ha sido notificada a instancia del cedente. Cuando el deudor acepta la cesión, su situación es más insegura, ya que se ha obligado a pagar al cesionario, pero tanto su aceptación como ese pago son hechos a su propio riesgo, es decir sin garantía alguna de quedar liberado, porque se podrá ver obligado a tener que pagar otra vez si esa decisión resulta ser inválida o ineficaz: si el deudor se precipitó o se equivocó al aceptar y, en su caso, pagar, no será el supuesto cedente el que deberá arrostrar las consecuencias, a menos que él hubiese provocado ese error con su conducta activa o pasiva.

Tras estas reflexiones, puede advertirse que cualquiera de estas tres explicaciones del sentido del artículo 1.690 no es totalmente satisfactoria, quizás, porque en la exigencia de notificación o de aceptación hay algo de cada una de ellas. Así, por un lado, es más que evidente el peso de los precedentes históricos (artículo 108 de la Costumbre de París, traditio ficta). Por otro lado, está claro que se confía en el deudor como instrumento de publicidad de la cesión. Y, en todo esto, está presente la protección del interés del deudor (artículo 1.691, fundamentalmente).

Por lo demás, tanto la jurisprudencia como, sobre todo, la doctrina moderna y no tan moderna parecen decididas a defender soluciones basadas en la idea de la publicidad y de la protección del interés del deudor y, también, del cesionario, así como a deshacerse del peso de los precedentes históricos, y a aproximar, aunque sea forzadamente y con interpretaciones, cuando menos, *praeter legem*, el sistema francés de cesión a los criterios consensualistas. Y es que, en el fondo, no ha dejado de ser un tanto chocante que, precisamente, sea en la patria del sistema consensualista de transmisión de bienes donde se haya conservado, cada vez más como un cuerpo extraño, un sistema de cesión que, quiérase o no, recuerda bastante al (supuestamente) superado sistema de título y modo.

El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

MANUEL LOBATO GARCIA-MIJAN

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Relaciones entre agotamiento comunitario y agotamiento nacional. a) Razones de la particularidad del agotamiento comunitario en relación al nacional. b) El agotamiento nacional como fundamento de la doctrina del agotamiento comunitario.—3. El agotamiento comunitario. a) agotamiento del derecho. La justificación de la doctrina del agotamiento. b) I. El fundamento del principio del agotamiento del derecho en la Comunidad Económica: unidad de mercado y consentimiento. b) II. El principio de remuneración como justificación del agotamiento. Su incidencia para el agotamiento comunitario. b) III. a) El precedente del criterio del consentimiento: el acuerdo colusorio del artículo 85 del Tratamiento de Roma. Casos de agotamiento relativos a marcas. b) III. b) La superación aparente del consentimiento (del artículo 85): el caso Hag. Aplicación del artículo 30 y doctrina del origen común. b) 1. Exposición del caso. b) 2. Aplicación de esta doctrina al fenómeno inverso: Hag II y el caso Pharmon-Hoechst de patentes. b) 3. La solución del caso Hag inverso como un supuesto distinto al de la Sentencia Hag y homologable al caso Pharmon-Hoechst: la armonización del criterio del agotamiento en patentes y marcas. b) 4. El problema de la ejecución forzosa (quiebra y ejecución). Una matización a la solución del caso Hag inverso. b) 5. La revocación del consentimiento como criterio para la determinación del agotamiento. El Dictamen del Abogado General F.G. Jacobs en el caso Hag II (13-3-1990). b) 6. Crítica al Dictamen del Abogado General.—4. El agotamiento en el derecho de patente.—5. El agotamiento en el derecho de Propiedad Intelectual. a) La Sentencia "K-tel". b) El agotamiento de servicios: El agotamiento de la actividad de radiodifusión. c) Relación entre el agotamiento y las facultades que integran el derecho de autor.—6. Interpretación del artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual.—7. El agotamiento en invenciones biotécnicas. a) Introduc-

ción. Las características especiales de las invenciones biotecnológicas. b) Análisis de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre invenciones biotecnológicas. c) La solución al problema del agotamiento de invenciones biotecnológicas en ausencia de normativas específicas.—8. La posibilidad de oposición del derecho de Propiedad Industrial al licenciatario que transgreda los límites de su licencia. a) Planteamiento de la cuestión. Admisibilidad de la oposición. Cláusulas que son oponibles. b) Las normas que recogen la facultad de oposición del derecho de Propiedad Industrial frente al licenciatario que excede de su derecho. c) Análisis de la compatibilidad del límite de la licencia al licenciatario con el Derecho comunitario de la competencia. En especial la cláusula de limitación territorial. d) El concepto de producto original. La posibilidad de soslayar la aplicación de la norma. e) la compatibilidad con la unidad de mercado. f) Problemas particulares por la aplicación del precepto a marcas. g) Problemas particulares en relación al Derecho de autor. h) Propuesta final de solución para cohonestar el tenor de la norma con el artículo 30.—9. Conclusión.

1. INTRODUCCION

La doctrina deducible del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) relativa al agotamiento de derechos de Propiedad Industrial reviste particular interés. Su análisis puede ser útil, a la vez, como criterio interpretativo de nuestro Derecho y como fundamento para la solución de un problema específico: la posibilidad de oposición de los límites contractuales de una licencia al licenciatario y al adquirente del licenciatario.

La libertad de circulación de mercancías, consagrada en el artículo 30 del Tratado de Roma, es una de las cuatro libertades básicas del Ordenamiento Jurídico comunitario. Como piedra angular del sistema puede a veces encontrar escollos en los derechos nacionales, en concreto, en los derechos de exclusiva, que son monopolios legales y, por tanto, restricciones a la competencia. Entre los instrumentos utilizados por el TJCE para afirmar la libre circulación de bienes, la doctrina del agotamiento supone una fórmula de justo equilibrio, ya que, por un lado, salvaguarda los intereses comunitarios en la citada libertad de tráfico de bienes y, al mismo tiempo, garantiza la satisfacción de los intereses privados al no afectar, como veremos, a la primera comercialización del producto.

Se habla de agotamiento de un derecho de Propiedad Industrial (sea marca, patente o modelo industrial) cuando el titular del mismo no puede hacerlo valer para impedir la circulación de los productos que el mismo titular ha introducido en el comercio o bien han sido introducidos con su consentimiento.

El agotamiento, tal y como lo configuran la Ley de Patentes y la Ley de Marcas (1), supone un límite a la extensión del derecho de exclusiva, ya que la exclusiva no abarca la posibilidad de controlar la comercialización del producto que incorpora ese derecho. En otras palabras, significa que el titular del derecho de Propiedad Industrial no será libre para establecer restricciones al comercio (2), sino que solo podrá obtener su remuneración en la primera puesta en circulación del bien.

En el ámbito comunitario el agotamiento es una doctrina que se basa en dos principios capitales: la libre circulación de mercancías y la libertad de competencia. En efecto, la función de garantía de la libertad de circulación de mercancías en el Mercado común la cumple el agotamiento por ser un límite a la potestad de los Estados de configurar los derechos de Propiedad Industrial (potestad reconocida en el artículo 36 Tratado de Roma). Pero también cumple la función de reprimir las prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito comunitario, pues ha servido para evitar también reparto de mercados, etc. por el acuerdo de particulares. Se justifica por consiguiente la complementariedad de ambas categorías de normas (artículos 30 y 36 de un lado, y artículos 85 y 86 de otro).

Bajo el término agotamiento comunitario vamos a encuadrar la solución que ha dado el TJCE a los problemas que le ha planteado el ejercicio de derechos de Propiedad Industrial (en cuanto territorialmente determinado en un Estado miembro) a las exportaciones provenientes de otro Estado miembro. A este problema se le ha buscado soluciones por diversas vías, cuya enumeración y crítica no nos corresponde (3).

(1) Como veremos la Ley de Propiedad Intelectual (17-11-1987) no habla de agotamiento. La Ley de Patentes es de 20-3-1986 (Lpat) y la LMarcas (LM) es de 10-11-1988.

(2) V. REIMER, "Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerbliche Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs", en Grur Int, 1972, p. 225 y 226. Destaca el autor la pugna entre la teoría de la seguridad del tráfico ("Verkehrssicherungstheorie") y la de la recompensa ("Belohnungstheorie"). Por la primera no se puede limitar las vías de distribución con eficacia real. V. también TETZNER, "Die Erschöpfung des Patentrechts", NJW 1962, p. 2.035, sólo se puede obtener una vez retribución por la invención. V. REUTERS, *Territoriale Marktaufteilung mit Hilfe von Warenzeichen, Patent, und Urheberrechten in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Bochum, 1976.

(3) Las vías que ha seguido el TJCE para luchar contra la oposición a las importaciones paralelas han sido: la diferenciación entre contenido y existencia de un derecho (que recuerda al principio del abuso de derecho como límite al ejercicio del mismo); la interpretación conforme al Tratado (que es una traslación del principio de interpretación constitucional de las normas "verfassungskonforme Auslegung"); la vía del artículo 85,1 (prohibición de acuerdos colusorios, que está vinculada a si la licencia es cerrada o abierta, sólo son lícitas las licencias que no dan protección territorial absoluta, esto es, que no protegen contra importaciones paralelas) y la vía de considerar la posibilidad de oposición contra la importación una medida de efecto equivalente a una restricción del comercio en el sentido del artículo 30 Tratado de Roma.

2. RELACIONES ENTRE AGOTAMIENTO COMUNITARIO Y AGOTAMIENTO NACIONAL

a) Razones de la particularidad del agotamiento comunitario en relación con el agotamiento nacional

La pluralidad de soluciones que ha buscado el TJCE evidencia que el agotamiento comunitario es un agotamiento peculiar. Una razón que justifica esta afirmación es que los problemas que resuelven son parcialmente distintos a los que soluciona el agotamiento en un ordenamiento nacional.

Las razones de la particularidad del agotamiento comunitario son fundamentalmente cinco:

1. Ha tenido que hacer frente a un problema de titularidades fiduciarias y patentes paralelas. Ambos supuestos se refieren a la posibilidad de que en varios Estados haya titulares aparentes distintos. Si estos titulares “aparentes”, sean sociedades hijas, cesionarios, concesionarios, agentes, etc., pudieran oponerse a las importaciones de productos elaborados por alguien con el que están vinculados económicamente, se produciría una compartimentación del Mercado Común (4).

2. El TJCE ha tenido que hacer frente a un problema de Derecho transitorio, que es el siguiente: el desdoblamiento de la titularidad de un derecho de Propiedad Industrial realizado en diferentes países (p. ej. A titular en Francia, en Gran Bretaña y en Alemania cede sus derechos a personas diversas en cada país) antes de la ratificación del Tratado de Roma. Si la CEE hubiese tenido que respetar todos los derechos adquiridos —en el caso comentado, todos los derechos de Propiedad Industrial como independientes los unos de los otros—, este respeto habría implicado una eficacia más restringida del Tratado, porque se habrían podido impedir las importaciones paralelas; y en el caso de marcas, ni siquiera a largo plazo se podrían haber conseguido estos objetivos, por-

(4) Problema que será raro que se plantea a nivel nacional, puesto que se ha adoptado el principio de agotamiento nacional, incluso para marcas. Este principio del agotamiento nacional (es decir sólo es relevante a los efectos del agotamiento la introducción en el comercio realizada en el Estado de protección o “Schutzland”) se habría recogido principalmente en el ámbito del Derecho de patentes por el principio de remuneración del titular. En las marcas se aplicaba de ordinario el principio de agotamiento nacional, porque lo relevante era para la idea de producto original. La marca debe cumplir la función de indicación de origen, porque no es un bien que por sí merezca retribución (en la expresión de la doctrina italiana, no es un bien “a sé stante”). Sobre el agotamiento nacional en marcas, v. art. 7 Primera Directiva (21-12-1988 en DOCE n.L. 40 de 11-2-1989) y artículo 32,1 de la LM. La directiva ha adoptado el agotamiento comunitario. La Ley de Patentes consagra el criterio del agotamiento nacional en el artículo 53. De todas maneras, es evidente que en nuestro Ordenamiento rige el agotamiento comunitario. El agotamiento comunitario está recogido en el artículo 5,4 de la Ley de 3 de mayo de 1988 (Ley 11/88) de protección de las topografías de semiconductores.

que la marca es el único bien inmaterial que, aunque de duración limitada, es ilimitadamente renovable (5). Por ello, se han tenido que aplicar las normas retroactivamente, incluso desnaturalizando el sentido de las mismas, pues en principio un acuerdo de cesión de marca antes del Mercado Común no podría calificarse de colusorio (6).

3. Existe la posibilidad de que haya requisitos diferentes para la protección en un país y otro, y también la posibilidad, por el principio de territorialidad, de que haya protección en un país y en otro no (7). Esta disparidad de contenidos no puede llevar a una compartimentación del Mercado Común.

4. En todo caso hay obligaciones de respetar el contenido de los derechos de Propiedad Industrial por el artículo 36 Tratado de Roma. Este respeto se debe conjugar con el principio de libre circulación de mercancías.

5. La interpretación que ha dado el TJCE está dotada de gran rigidez, porque se trata de una interpretación constitucional y por tanto toda modificación comportaría una modificación del Tratado, con los requisitos para su reforma (8).

(5) Si se hubiesen consentido las patentes paralelas, el problema habría cesado una vez que las patentes hubiesen entrado en el dominio público. Pero las marcas, si son renovadas, no entran jamás en el mismo, con lo que, por el principio de territorialidad, podrían coexistir en el Mercado Común marcas de titulares independientes, que podrían oponerse a las importaciones de los otros titulares. Esta posibilidad ese la que ha cercenado el TJCE.

(6) Es el caso "Sirena", STJCE de 18-2-1971, Rec. 1971, 69. El Abogado General Jacobs en su Opinión sobre el caso "Hag II" (p. 42) que luego analizaremos, entiende de una declaración posterior contenida en la Sent. EMI-CBS de 15-6-1976 (Rec. 1976, p. 811) que la Sent. "Sirena" ha sido parcialmente derogada. La declaración decía (respecto a un caso de reparto de mercados por vía de marcas): "sólo se puede considerar que continúe produciendo efectos un acuerdo si por el comportamiento de las personas a las que concierne se puede inferir la existencia de elementos de práctica concertada y de coordinación peculiar al acuerdo (...) Esto no sucede si dichos efectos no exceden del mero ejercicio de derechos de marca nacional". En efecto, esta declaración supondría la revocación de Sirena, porque en Sirena ya no existía un vínculo económico, y, por tanto, a partir de EMI-CBS ya existiría posibilidad recíproca del ejercicio del derecho de marca por parte de la empresa italiana y alemana. Sin embargo, esto no parece que sea así, ya que esta declaración es un "obiter dictum", que no tiene que ver con el caso de fondo. Este consistía en que EMI y CBS se habían repartido el mercado europeo y el americano; EMI ejercía el derecho de marca, pero el artículo 85 no era aplicable, ya que el acuerdo no producía una restricción de la competencia, pues estaba justificado por el artículo 36; y el ejercicio del derecho de marca no era arbitrario, porque no servía para compartimentar el Mercado común, sino para cerrarlo frente a importaciones del Mercado americano; como se ve, era un caso distinto a Sirena, donde la compartimentación era del Mercado común.

(7) Son los casos "Émi Electrola" y "Warner Bros", que más adelante analizaremos.

(8) En cambio, en prácticas restrictivas de la competencia es más flexible, materia en la que es más factible un cambio de doctrina. Su interpretación del artículo 30 Tratado de Roma dio problemas para la formulación de principio del agotamiento de la patente

Por el contrario, el agotamiento a nivel nacional no ha tenido que hacer frente a estos problemas:

1. La posibilidad de “esquizofrenia” de titularidades queda limitada al adoptarse la regla del agotamiento nacional, que supone la irrelevancia de quien sea el titular en el extranjero de un derecho de Propiedad Industrial, aunque lo sea el mismo que en el Estado, se podrá oponer a las importaciones.

2. Los Estados miembros de la CEE han consolidado su unificación nacional (incluso, desde el 3 de octubre de 1990, el alemán) (9), por lo que no pueden producirse los referidos problemas de Derecho transitorio.

3. En un mismo Estado hay unidad de legislación sobre Propiedad Industrial (ni siquiera en los Estados de estructura federal se reconoce competencia legislativa en la materia a los estados federados). Tampoco se admite la posibilidad de obtención o cesión de derechos sólo para un Estado o Región (10).

4. El Estado miembro de la CEE es libre de configurar su legislación nacional para supuestos que no afecten al mercado intracomunitario.

5. En el nivel puramente nacional y siempre que no se afecte al mercado intracomunitario, cada país es libre para formular legal o jurisprudencialmente principios distintos a los formulados por el TJCE.

b) El agotamiento nacional como fundamento de la doctrina del agotamiento comunitario

Pero como se ha indicado con anterioridad, hay que partir de la regulación nacional, porque el concepto de agotamiento es un concepto importado por el TJCE de las legislaciones nacionales.

La formulación originaria del principio del agotamiento se debe al alemán KOHLER. En Alemania se planteaba el problema de evitar que el titular de una patente pudiera restringir la comercialización de los productos que incorporasen la patente (derecho que en principio le correspondía, dada la literalidad generosa de la Ley a la sazón vigente) y de otra parte era viva la necesidad de impedir limitaciones a la circulación en el territorio nacional, puesto que se trataba de un Estado recién uni-

comunitaria, cuya entrada en vigor se pretendía aplazar por los Estados, llegando a amenazar la Comisión con una demanda ante el TJCE si se aprobaba tal redacción del Convenio de Luxemburgo, propuestas de 1970 y 1972, que fueron desechadas (v. REUTERS, op. cit., p. 960).

(9) En Alemania se produjeron problemas parecidos con la unión del Sarre a la RFA (Ley de unión del Sarre en el ámbito de Propiedad Industrial, BG Blatt 1959, I, p. 388).

(10) Una excepción sin embargo son las marcas adquiridas por el uso para una fracción del territorio nacional, fenómeno que no es posible en la legislación española; pero sí en la italiana.

ficado. Tras varias formulaciones alternativas para la solución de estas cuestiones, se optó por la doctrina del agotamiento: el derecho a impedir la circulación del producto que incorpora la patente no puede hacerse valer, en el caso de que haya habido una introducción en el comercio con el consentimiento del titular.

Para comprender el principio de agotamiento —como límite del derecho de exclusiva— conviene determinar el contenido de los diferentes derechos de Propiedad Industrial. A tal efecto, nos referiremos al derecho de patente (como paradigma). El contenido del derecho está regulado en el artículo 50 de la Ley de Patentes, que establece la facultad del titular de prohibir “la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para los fines mencionados” (11).

Se observa que no se ha concedido al titular la facultad de controlar el comercio, sino únicamente de “prohibir la introducción en el comercio”. El reconocimiento de la posibilidad de controlar el comercio o la distribución (12) puede ocasionar inconvenientes graves, dada no sólo la opacidad de la posesión (¿cómo saber si el que vende es licenciatario o ha adquirido de alguien que esté legitimado por el titular?), sino también el problema de la posibilidad de oposición a terceros de las limitaciones que hubiese impuesto el titular del derecho. Unas limitaciones afectarían a todos, si se consideran dentro del límite legal de exclusiva (13) y otras sólo afectarían inter-partes, si están sujetas al principio de eficacia relativa de los contratos (14).

(11) Prescindimos de la extensión de la patente en el caso de patente de procedimiento.

(12) Que es el origen de la doctrina del agotamiento, como hemos indicado anteriormente: en Alemania no había ningún límite legal a la posibilidad de controlar el comercio.

(13) Esta necesidad es más clara en los ordenamientos que no aludan como el español a la primera introducción. Así, p. ej., el holandés, que habla del derecho exclusivo de llevar al mercado, poner en venta, etc. V. VAN BENTHEM, “L'épuisement du droit du breveté et les règles hollandaises”, en *L'épuisement du droit du breveté*, p. 36, Montpellier, 1971.

(14) Un ejemplo de estas limitaciones podría ser que el titular no permitiera un determinado uso del producto patentado que vende.

Por ello antes de la elaboración de la doctrina del agotamiento, fue preciso recurrir a la doctrina de la licencia implícita (es decir, en principio el comercio se consideraría libre por la autorización tácita del titular); esta doctrina encuentra la desventaja de la posibilidad de que hubiera un pacto explícito que la desvirtuara, que si no estuviese prohibido por la configuración legal del derecho de exclusiva, introduciría, como hemos señalado, una gran inseguridad en el comercio (o al menos una restricción). SCHATZ, en “Die Erschöpfung des Patentrechts”, en *Grur Int*, 1970, p. 207 y 208 considera que la teoría del agotamiento es una derivación de la teoría formulada por KOHLER de la conexión de las formas de explotación (“Zusammenhang der Benutzungsarten”). Es una formulación similar a la de la licencia implícita, el uso que hace el comprador es una consecuencia del uso que ha hecho el vendedor al venderle el bien y debe ser considerado un único suceso. No hay por tanto violación de la patente (p. 210). V. también *L'épuisement du breveté d'in-*

El legislador ha optado por la aplicación del principio del agotamiento: artículo 53 de la Ley de Patentes (15), que supone que el titular no puede obtener remuneración más que en la primera comercialización del bien que es protegido por un derecho de Propiedad Industrial.

3. EL AGOTAMIENTO COMUNITARIO

Una vez expuesta la diferente articulación de la doctrina del agotamiento en el ámbito nacional y comunitario, procede estudiar por separado el agotamiento comunitario.

El agotamiento comunitario de los derechos de Propiedad Industrial ha sido objeto en la doctrina española de un análisis pormenorizado, que nos exime de una descripción detallada (16) y nos permite centrarnos en cuestiones específicas del mismo.

Como ya hemos indicado, vamos a comprender bajo la denominación de agotamiento también aquellos supuestos en los que el TJCEE no ha usado el término, pero se trata de un problema de oposición de un derecho de Propiedad Industrial a una importación (17).

vention, op. cit., p. 20 V. REIMER, op. cit., p. 227. Sobre lo que se indica en el texto respecto de la inseguridad en el tráfico , pensemos p. ej. en la manera negativa en que el legislador conceptúa las prohibiciones de disponer y las trabas que encuentra su acceso al Registro de la Propiedad, v. artículo 26 LH.

(15) Esto por cuanto concierne el comercio legítimo, en cuanto al ilegítimo (problema que estudia con detalle SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, Milano, 1984, p. 384 ss) se trata de una cuestión diversa, aunque muy relacionada: si se puede aplicar cierta protección ulterior al adquirente de buena fe que pretende usar la invención para un empleo industrial (es decir excede del uso privado, lícito asimismo para las invenciones ejecutadas en violación de la patente por el artículo 52 a LPat). En realidad es un problema distinto, como destaca MARCHETTI, *Sull'esaurimento del brevetto d'invenzione*, Milano, 1974, p. 5, porque no se trata de la convalidación de una adquisición (el que vende es dueño), sino de oponibilidad de exclusiva. Este tema sobrepasa los objetivos de este artículo y por ello sólo será tratada de modo marginal.

(16) V. en especial BERCOVITZ, "La propiedad industrial e intelectual en el Derecho comunitario", en *Tratado de Derecho comunitario*, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS, MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986 y MASSAGUER, *Mercado Común y patente nacional*, Barcelona, 1989.

(17) La doctrina del agotamiento fue acogida no merced a exigencias teóricas, sino como una vía para lograr un objetivo: la unidad de mercado (cfr. lo que señala REIMER, op. cit., p. 229, el agotamiento funciona de manera distinta en las divisiones territoriales dentro de un mismo Estado) y en ese sentido es acertada la imagen de HEYDT: el agotamiento es un vocablo poético para indicar que hay ciertas limitaciones a los derechos (citado por WINDISCH, "Allgemeine Erschöpfungslehre", en *Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dez. 1981*, ed por HERSCHEL, HUBMANN, REHBINDER, Freiburg, 1982). Creemos además que la vía del agotamiento es superior a la de otros intentos teóricos, como la distinción entre existencia y ejercicio del derecho (concepto que vino impuesto por el tenor del artículo 36, cfr. AXSTER, "Bestand der Kennzeichnungsrechte und ihre Ausbung im Sinne von Artículo 36 EWGV", GRUR 1980, p. 594). Creo que la idea básica

a) El agotamiento del derecho. La justificación de la doctrina del agotamiento

Ya se había notado la peculiaridad que supone la adopción del principio del agotamiento en el Mercado Común, dado que no es un Ordenamiento unitario, sino que coexisten en él los Ordenamientos de los Estados miembros. Nos corresponde también indagar la justificación del agotamiento como limitación al derecho de exclusiva configurado por la legislación de cada Estado miembro según los pronunciamientos de un órgano comunitario (el TJCE). La justificación del principio es necesaria al contar el derecho de Propiedad Industrial con la salvaguardia del artículo 36, puesto que toda excepción al artículo 36 tiene que estar debidamente justificada.

Partiendo de que el Derecho comunitario respeta los derechos de Propiedad Industrial, el agotamiento (18), como límite jurisprudencial de estos derechos, vino impuesto por la necesidad de que los derechos de Propiedad Industrial no se convirtieran en obtáculos al Mercado común (19). Sin embargo, esta necesidad no ha supuesto una anulación del contenido de los derechos de Propiedad industrial, sino que ha obligado a perfilar los conceptos.

debe ser la noción de consentimiento, por ello, la doctrina del ejercicio abusivo, era en realidad una proximación al principio del agotamiento y ahora no tiene sentido plantearse si está superada o no por la jurisprudencia (cfr. FRIDEN, "Recent developments in EEC Intellectual Property Law: The distinction between existence and exercise revisited", en *Common Market Law Review*, 1989, p. 193. Ya destaca la inconveniencia de esta distinción BEIER, "Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten", GRUR Int. 1989, p. 605).

(18) Aceptamos la posibilidad de la aplicación de la teoría del agotamiento también a las marcas, en contra WINDISCH, op. cit., p. 485, pero creo que la crítica del autor es más bien a la concepción de la marca como bien inmaterial, ya que señala que no se puede considerar que hay una incorporación de la marca en el producto, frente p. ej. a la patente o a la obra (además de que es principio del derecho alemán el del agotamiento internacional de la marca).

(19) Especialmente, como se ha repetido, respecto de las marcas por su ilimitada protección en el tiempo. El Derecho comunitario por el artículo 36 TRoma no obsta el que se den requisitos diferentes en cada Estado, p. ej. se permite una exigencia diversa de novedad en el Derecho de patentes (v. Sent. 30-6-1988, en GRUR Int. 1989, p. 669), o se permite que un derecho pueda extinguirse en un Estado y subsistir en otro (Sent. "Emi-Electrola"). No vamos a tratar en este epígrafe otras cuestiones relacionadas con el agotamiento del derecho de marca, p. ej. la posibilidad del titular de oponerse a la importación en el caso de alteración del producto, posibilidad recogida en la jurisprudencia comunitaria y en el artículo 32 de la LM. Puede aquí cobrar relevancia la regulación específica farmacéutica (cfr. para Alemania 84 BGHZ p. 152, para el Derecho comunitario v. casos Hoffmann-La Roche y Pfizer-Eurim-Pharm en BERCOVITZ, op. cit., p. 579 ss).

b) I. El fundamento del principio del agotamiento del derecho en la Comunidad Económica: el principio de unidad de mercado y el principio del consentimiento

El fundamento del principio del agotamiento del derecho de propiedad industrial es el de la unidad de mercado (20). Se ha creado la noción por la necesidad de evitar trabas en el mercado intracomunitario (21), un agotamiento nacional perpetuaría la prohibición de importaciones paralelas.

El agotamiento comunitario supone la superación parcial del principio de territorialidad, caracterizado porque corresponde determinar el

(20) En el caso de marcas no se plantean, p. ej., problemas remuneratorios, que si se dan en relación a las patentes. Por ello, en Alemania se defiende el agotamiento internacional de la marca, solución que AUTERI también defendía para el Derecho italiano (*Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti originali* —Milano, 1973—). Se trata únicamente de cumplir la función de signo distintivo de la marca, evitando que se produzca un engaño sobre el origen de los productos. Por ello, es irrelevante el lugar de introducción en el comercio, siempre que el producto provenga del titular o de alguien autorizado por éste. El agotamiento nacional favorece el aislamiento del Mercado y puede obedecer a razones de protección de la industria nacional. La Directiva sólo ha recogido el principio del agotamiento comunitario, no el del agotamiento nacional, modificando los primitivos proyectos, que sí lo recogían (v. artículo 7). El legislador alemán no tendrá que adecuarse a la directiva en este punto; lo que sería sin embargo conveniente para evitar disfunciones, pues los otros Estados miembros han consagrado el principio del agotamiento nacional. Es, por otra parte, la tendencia de derecho comparado; v. sobre las nuevas tendencias MEESEN, "Intellectual Property Rights in International Trade", en *Journal of World Trade Law*, 1987, vol. 21, p. 67. En los EE.UU. se aplica asimismo el agotamiento nacional, v. CURRY, "Grey Market Imports: A genuine problem for the US trade-mark owner, Customs, Service and Courts", en *Northwestern Journal of International Law business*, 1986, p. 781, un caso curioso de oposición a la importación es el de las muñecas "Cabbage Patch Kids" (muñecas repollo), procedentes de España, en 1987-1 *Trade Cases* (Commerce Clearing House) epígrafe 60, 205. Si bien las tendencias generales son contrarias a un agotamiento internacional (el agotamiento comunitario es un agotamiento nacional, aunque la nación sea la comunidad), hay excepciones: p. ej.: Austria, que aplica para el derecho de autor un agotamiento internacional restringido (a los Estados miembros de la CEE y de la EFTA; v. HODIK, "Die österreichische Urheberrechtsgesetznovelle 1988", GRUR Int. 1989, p. 381). Un intento de lucha, contra la superación del principio de tratamiento nacional en NORDEmann, "Le principe du traitement national et la définition des œuvres littéraires et artistiques", en *Le droit d'auteur* 1989 p. 318 ss.

(21) La posibilidad de que se produzcan trabas en el mercado de un Estado miembro para los propios nacionales es indiferente para el TRoma. Lo importante, según la interpretación del Tribunal, es que no se discrimine a los ciudadanos de otro Estado miembro; así se ha admitido que se aplique la legislación alemana sobre la cerveza sólo a los alemanes (o a quienes fabriquen en Alemania), v. GRUR INT 1989, P. 697-698. Para una explicación de la regla "Cassis de Dijon" y "Dasonville", que señala cuándo una legislación de un Estado miembro se puede considerar una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa de las importaciones, v. WHITE, "In search of the limits to article 30

contenido del derecho y el enjuiciamiento de si hay o no violación de un derecho de Propiedad Industrial al país de protección —“Schutzland”—, con independencia de lo que determinen otros países. Aunque la Comunidad no sea un único ordenamiento, a algunos efectos se va a considerar como un único territorio (será inadmisible la creación de territorios estancos) y no va a ser oponible contra una importación dentro del Mercado Común la disociación de titularidades aparentes o fiduciarias (22). Esta superación del principio de territorialidad es limitada, ya que no supone aplicar el principio del agotamiento internacional. Es un agotamiento nacional “*sui generis*” (en el que la Nación es la Comunidad).

Las diferencias entre el agotamiento nacional y el internacional son obvias. El agotamiento se da dentro de un mercado determinado (el nacional) en un sistema de agotamiento nacional. Si hay un sistema de agotamiento internacional, lo relevante no será determinar el mercado, sino determinar cuándo hay consentimiento del titular: en cualquier mercado que se introduzca el bien se producirá el agotamiento del derecho (23). El agotamiento presupone la noción de mercado interior (el

of the EEC Treaty”, en *Common Market Law Review* 26, 1989, p. 235 ss. Otros casos de admisible discriminación inversa (aplicada a los nacionales y que no afecta el Mercado de los otros Estados miembros) son: a) el de los libros reimportados en Francia, se les vuelve a aplicar la legislación sobre precios fijos (Sent. 23-10-1986 en EWIR (*Entscheidungen für Wirtschaft und Recht*) 1987, p. 685-686; b) el de la mantequilla (se exige más a la producida en el Estado), v. EWIR 1987, p. 687-688, etc. Cfr. en España para la solución al problema de la discriminación inversa el artículo 2,3 de la LPat., que permite que los españoles se acojan a la norma más favorable, lo que, sobre todo, tiene importancia para el CUP, puesto que los derechos especialmente previstos de tratamiento unionista no se aplican a los propios nacionales. Otro intento de solución en el derecho alemán es por el principio constitucional de igualdad, v. KLEIER, “Freier Warenverkehr (Artikel 30 EWG Vertrag) und die Diskriminierung inländischer Erzeugnisse”, RIW 1988, p. 623. Una contradicción aparente podría pensarse que constituye la STJCE 14-7-1988 (Rec. 1988, p. 4567) donde no se permite que se impida a los nacionales adoptar la denominación yogur para el yogur congelado, pero es que aquí se transgredía el artículo 5,3 de la Directiva 79/112 (v. Rec. pp. 4.505 y 4.513). Resulta por otra parte extraño que se permita a un particular invocar el texto de una directiva, lo que va contra la más reciente jurisprudencia.

(22) V. el punto 1 del epígrafe “Razones de la particularidad...”, supra. Cfr. el derecho alemán que, con el reconocimiento del agotamiento internacional de marca, aplica el mismo principio a sociedades integrantes del mismo grupo, p. ej. el caso de los jabones “Maja”. En el mismo sentido AUTERI, “Cessione e licenza di marchio per Stati e diritto europeo della concorrenza”, *Rivista di diritto industriale*, 1972, I, p. 320.

(23) Se comprende por ello que fuera pieza fundamental para la construcción del Mercado común la formulación del agotamiento en el Conv. de Luxemburgo. La definición se encuentra en los artículos 42 y 76, que han cambiado su numeración, aunque no su redacción, tras la reforma de diciembre de 1989. La necesidad de lograr un consenso entre los Estados ha aconsejado la realización de un convenio, por la posible colisión con el artículo 222 TRoma, que garantiza el sistema de la propiedad en cada Estado miem-

relevante, donde se aplica el agotamiento) y de mercado exterior (mercado en el que la comercialización es irrelevante para el agotamiento).

b) II. El principio de remuneración como justificación del agotamiento. Su incidencia para el agotamiento comunitario

Se suele buscar como justificación del agotamiento (normalmente en relación al Derecho de patentes y de Propiedad Intelectual) la remuneración: el titular del derecho de Propiedad industrial debe haber podido obtener una remuneración por la invención que ha puesto a disposición de la colectividad. Pero no se tiene derecho a toda la remuneración posible. El titular tendrá que contentarse con la remuneración que se obtenga al realizar la primera introducción en el mercado del bien.

El principio de remuneración es insuficiente por varias razones. De una parte, puede haber existido remuneración sin consentimiento (24), o consentimiento sin remuneración (25). De otra parte, es difícilmente aplicable a marcas: la marca no se protege porque merezca una retribución, únicamente se tutela para evitar la confusión en el público (26).

bro. A pesar de las posibles objeciones doctrinales y por la necesidad de lograr la realización del mercado único se ha aprobado la directiva de marcas por el procedimiento simplificado del Acta Unica. Para la justificación de la competencia de la CEE v. el análisis de MEIER, NJW 1987, p. 537. Por otra parte no conviene exagerar la importancia de la formulación convencional del principio del agotamiento, como indica BEIER, seguirá sirviendo la Jurisprudencia actual para después del 92 (GRUR Int. 1989, P. 603).

(24) P. ej. una expropiación con indemnización o una licencia obligatoria, que, según la doctrina del TJCE —en materia de patentes—, no producirá agotamiento en el caso de comercialización por parte del expropiante. El artículo 53 de la LPat. y el artículo 32 de la LM exigen siempre el consentimiento expreso y, por tanto, se cumplirán los dos principios: consentimiento y remuneración. Un caso diverso —no hay consentimiento, pero sí remuneración—, es el de la licencia obligatoria concedida de acuerdo al derecho nacional, se aplicará también el agotamiento por el artículo 106 y 75.4 de la LPat.: cuando en el mercado nacional introduce su producto el licenciatario obligatorio “nacional” esa introducción en el comercio produce efectos según el derecho español y puede circular libremente.

(25) En el caso de que el titular de una parte se oponga a la importación de un lugar donde no hubiera patente, parecería siempre justificada, según esta doctrina, la oposición a la importación, aunque hubiese sido el mismo titular el que la hubiera introducido en el país de origen. Esta interpretación está en contradicción con el TRoma (caso Merck).

(26) GOLDSTEIN, “The future of licensing in a common market”, en *Patent Law Review*, 1971, p. 225, lo aplica, porque parte de que el titular percibirá sus regalías de acuerdo a cada unidad vendida, con independencia del lugar de realización de la venta. La marca no es un bien por sí misma que deba ser remunerado. Cfr., sin embargo, las nuevas tendencias, que tienden a reforzar la función publicitaria de la marca (el “merchandising”, el riesgo de asociación, el “sponsoring”, la marca supernotoria o célebre). Hay que señalar que existen intentos de frenar el tráfico de marcas, como en el RRM, artículo 378.2 RD 1599/89 de 29-12. El hecho de que la marca tenga poder sugestivo o sea “ben trova-

En tercer lugar, el principio de remuneración no puede interpretarse en el sentido de que permita al licenciado explotar todos los posibles beneficios derivados de su monopolio (“absolute leverage”); no es lícita la discriminación de precios (práctica restrictiva de la competencia) ni la limitación de la circulación de los bienes (27). Finalmente, el principio de remuneración puede funcionar en un sistema unitario, pero no en un Mercado común, donde no hay concesión única y para todo el territorio de la comunidad de derechos de Propiedad Industrial (28).

Adoptar el principio de remuneración, entendido en el sentido de que se va a reputar agotado el derecho, siempre que el titular haya tenido la oportunidad de obtener una contraprestación suficiente por la primera comercialización del bien en el Mercado común, supone un paso adelante en la fijación de un límite a la posibilidad de los Estados de configurar el derecho de exclusiva: no podrían excluir el agotamiento, si ha habido una remuneración al titular.

Pero si el fundamento del principio de agotamiento fuese la remuneración, no habría agotamiento en el caso de comercialización en un lugar en el que no hubiese protección por patente. Por consiguiente, el mismo que lo ha introducido podría oponerse a una importación en otro Estado miembro, donde sí tuviese esa protección.

Para evitar estos inconvenientes de la justificación del agotamiento

ta”, no tiene porqué remunerarse. La marca “Coca-cola” no se protege por su éxito, sino para evitar la confusión o el riesgo de asociación en el público.

No se puede olvidar, como indica SENA, que la jurisprudencia del TJCE causa perjuicio a los licenciatarios exclusivos, ya que les había sido fijado el canon de acuerdo con la exclusividad (es de suponer que, como ya es jurisprudencia consolidada, se fijarán actualmente las regalías teniendo en cuenta la posibilidad de importaciones paralelas); por otra parte estima contradictorio que haya libre circulación de mercancías y se obligue a los licenciatarios a actuar la patente (entonces no tendría sentido el artículo 5 A del CUP); en fin, indica, que la remuneración que obtiene el titular con la primera comercialización del bien no favorece al licenciatario de otro país que debe sufrir la importación paralela (*I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, Milano, 1984, p. 439).

(27) En ausencia de límites de la exclusiva podría, teóricamente, el titular del derecho de propiedad industrial imponer condiciones leoninas en la distribución y asegurarse en cada tramo de circulación del bien una recompensa, siempre que se tratara de un bien de propiedad industrial de gran valor (marca supernotoria, patente de invención única). Por ello el principio de la remuneración no es el todo adecuado. El agotamiento basado en que ha habido consentimiento parece un buen criterio. Otra posibilidad sería considerar que el titular que opone su derecho ante una importación paralela o intenta controlar el comercio de un bien importante sobre el que tiene la exclusiva abusaría de su posición dominante.

(28) Precisamente la disparidad de legislaciones puede hacer que esté remunerado en unos sitios y en otros no. Para paliar este inconveniente, se trata de ofrecer derechos de Propiedad Industrial válidos para toda la CEE. Así, el convenio de Luxemburgo sobre patente comunitaria —que no ha entrado en vigor—, el Proyecto de Reglamento sobre marca comunitaria, el Proyecto sobre un modelo industrial comunitario elaborado en 1990 por el Instituto Max Planck, etc.

por el principio de la remuneración, el TJCE ha optado por seguir la doctrina del consentimiento.

b) III. La doctrina del consentimiento como criterio para determinar el agotamiento de un derecho de Propiedad Industrial

La idea motriz que impulsa la jurisprudencia del TJCE es la de impedir restricciones al comercio intracomunitario o, si se quiere, servir de garante a la libertad de circulación de mercancías. Sin embargo, no se puede llevar esta idea a una auténtica desaparición de las fronteras: no es inadmisible cualquier restricción a la posibilidad de importación de otro Estado miembro. Esto es así, porque el artículo 36 contiene una enumeración de excepciones a la libre circulación de mercancías, entre las que se encuentran los derechos de Propiedad Industrial.

El punto de conciliación de estas dos exigencias contrapuestas (la libre circulación de mercancías y el respeto de los derechos de Propiedad Industrial) lo encuentra el TJCE en el criterio del consentimiento: si el titular de un derecho ha consentido en la comercialización del bien, no puede oponerse luego a su ulterior circulación de los restantes Estados miembros.

Esta noción de consentimiento está relacionada con la doctrina de los propios actos, de un lado, y, de otro, con la superación del principio de territorialidad dentro de la Comunidad. Pero al exigirse el consentimiento, queda claro que no se produce una lesión injustificada a la garantía de los derechos de Propiedad Industrial: siempre quedarán protegidos los derechos de Propiedad Industrial surgidos con independencia, es decir, sin que haya un consentimiento originario (29).

El consentimiento cubre las titularidades fiduciarias o de sociedades hijas: hay consentimiento recíproco, de tal manera que las sociedades hijas, hermanas o madres no pueden oponerse a las importaciones paralelas de productos provenientes de las otras. Pero también cubre los supuestos de cesión parcial dentro del Mercado común: el consentimiento que sirvió de base al contrato de cesión es el fundamento para que las comercializaciones sucesivas de los que intervinieron (en el contrato) o de sus causahabientes den lugar al agotamiento, se entiende que hay aquí también un consentimiento recíproco y no cabrá la oposición a la importación paralela.

(29) Supuesto excepcional en patentes (que haya inventores independientes de la misma invención); pero que puede darse en las marcas. Esta es la doctrina "Terrapin-Terranova".

b) III. a) **El precedente del criterio del consentimiento: el acuerdo colusorio del artículo 85 del Tratado de Roma. Supuestos de agotamiento relativos a marcas**

Una de las razones que han contribuido a que el concepto de consentimiento (30) se configure como concepto central en la Jurisprudencia, puede hallarse, tal vez, en que las primeras sentencias del TJCE se apoyaban para la represión a la oposición a las importaciones paralelas en la noción de acuerdo entre empresas para la limitación de la competencia (artículos 85,1).

La vía del artículo 85 sirvió para atacar dos casos de agotamiento relativo a marcas, uno el caso “Grundig-Consten” (31) y el otro el caso “Sirena”. El primer caso versa sobre un concesionario que intenta oponer la marca inscrita a su nombre a importaciones paralelas de productos de su principal; se trata de una inscripción fiduciaria de una marca y, por tanto, sí cabría considerar el caso como un acuerdo colusorio en el sentido del artículo 85,1 Tratado de Roma, puesto que hay un acuerdo de reparto de mercado entre personas que actúan de un modo coordinado. Sin embargo, el segundo caso se trataba de una cesión de marca, realizada por el titular originario a dos cesionarios independientes;

(30) El Abogado General Mancini había defendido en el caso “Pharmon-Hoechst” (STJCE de 9-7-1985, en CMLR 1985, p. 775) una interpretación del consentimiento contraria a la que se deriva de la Sentencia. Para Mancini, en el caso de que la concesión de las licencias obligatorias fuera predecible habría consentimiento, ya que Mancini parte del hecho voluntario de la no explotación por parte del titular (puesto que no explota consiente en las consecuencias de su falta de explotación). DEMARET considera que “Pharmon” supone una derogación de “Merck”, pero que no se aplicará a marcas, porque en marcas debe jugar sólo el principio del consentimiento, no el de remuneración, que tendría cabida en Derecho de patentes y en Derecho de autor, “Free Movement of Goods under Community Law”, IIC, 1987, p. 178. A mi juicio, el principio de consentimiento está también ligado al principio de prohibición de comportamiento contra los propios actos. El consentimiento, como hemos visto, no es, frente a lo que señala DEMARET, antítetico con la remuneración, si consiente el titular es porque ha obtenido remuneración. Por ello, “Pharmon” no supone una derogación de la doctrina de Merck y, como dice KOPPENSTEINER, lo importante es que el titular haya tenido una oportunidad de obtener su remuneración (“Zum Erschopfungsgrundsatz im Patent- und Urheberrecht”, *Grur Int* 1972, p. 413). MASSAGUER critica que no adopte el TJCE una noción de consentimiento amplia, p. ej., para el caso de que el titular renunciara a la patente en un país (esto pondría la derogación de la doctrina “Merck”, ¿qué diferencia hay entre no usar el plazo de un año de prioridad unionista o renunciar a una patente concedida?); v. op. cit, p. 267. A mi juicio, esta interpretación va contra el artículo 36 TRoma. Otro argumento que señala el autor a favor de una noción amplia de consentimiento es que merced a ésta no se podrá aislar un mercado.

(31) “Grundig-Consten” (STJCE 13-7-1966, *Recueil* 1966, p. 430). Para “Sirena”, v. nota 5.

aquí no se van a respetar los derechos adquiridos, se va a dar una interpretación retroactiva al artículo 85, cuando faltaba toda intención colusoria, dado que el derecho vigente al tiempo de la cesión se basaba en el principio de territorialidad (32), luego era una acción lícita “ab origine”.

En los dos casos se puede hablar de consentimiento en sentido amplio. En el caso “Sirena”, en concreto, ese consentimiento había consumido sus efectos en el momento de la cesión, a pesar de ello sería homologable con el consentimiento actual que es el que se exige como presupuesto subjetivo del agotamiento.

b) III. b) La superación aparente del consentimiento (del artículo 85); el caso Hag. Aplicación del artículo 30 y doctrina del origen común

b) 1. Exposición del caso

Pues bien, el TJCE dio un paso más en el caso “Hag” (33), donde la idea de consentimiento cede ante la idea de “origen común”. Aquí no sólo se trataba, como en el caso “Sirena”, de dos empresas independientes (en el caso “Sirena”, dos cesionarios son titulares de una marca idéntica), sino que, además, no existía un acto de consentimiento originario de las partes. En efecto, el caso “Hag” consistía en una expropiación sin indemnización de una filial de una empresa alemana (“Hag”) (34) por el Estado belga, que luego vendió la empresa a la sociedad “Van Zuylen Frères”.

(32) Entiende AUTERI que, a partir de esta Sentencia del caso Sirena, hay que entender la nulidad de todos los acuerdos de cesión parcial en la CEE (op. ult. cit., p. 340). Este principio es recogido por el proyecto de Reglamento de la marca comunitaria. A mi juicio, salvo el régimen particular de la marca comunitaria, se deben considerar los acuerdos válidos si lo son de acuerdo con la legislación del país en cuestión, solamente en cuanto a los efectos, habría una limitación, en ningún caso podrían ir contra la doctrina del agotamiento comunitario. No es un fenómeno de conversión, como en el caso de conversión de la cesión nula en la licencia.

(33) STJCE 3-7-1974, Rec. 1974, p. 731. Es instructiva la comparación con la solución que se dio a las expropiaciones de marcas en territorio alemán oriental; p. ej. el caso “Taeschner” (Sent. BGH 15-1-1957, *Gurur* 1957, p. 231). No se permitía la entrada de productos con violación de marca, ni siquiera para la exportación. En Italia hay jurisprudencia contradictoria para el caso de procuración para la exportación (v. DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1985, p. 105).

(34) En Rec. p. 733 se destaca que la expropiación fue del Gobierno Belga como indemnización de guerra. En la p. 737 se dice que el hecho de la desvinculación no sirve “sólo” como objeción a la importación —lo que cabría entender en el sentido de que en el aso de que hubiera otros requisitos, sí se podría alegar—. El fundamento 11 resalta la

Ante las importaciones paralelas no se podía argüir el artículo 85,1 Tratado de Roma, pues no había vínculo contractual ni prácticas concertadas, y, por ende, no se podía recurrir a la doctrina del consentimiento, ya que no había acuerdo entre los titulares independientes o sus causantes. Por ello el Tribunal se desembaraza de la idea de consentimiento, que en este caso, a primera vista no le servía y aplica la noción de “origen común” (35).

El TJCE acude al artículo 30 Tratado de Roma y reputa incompatible con el mismo la oposición de un derecho de marca por parte del titular en un Estado miembro contra la importación de un producto confeccionado con la misma marca, que proviene de un titular de una marca que está relacionada con el titular anterior por tener un origen común (la marca fue originariamente de un mismo titular, titular del que derivan los derechos de los actuales propietarios). Esta oposición es incompatible con el artículo 30 y, por ello, no produce efectos.

necesidad de que se logre una solución para marcas diferentes, porque no hay una “limitación temporal”. Sobre el planteamiento del “Hag” inverso (¿qué sucederá cuando sea el expropiado el que pretenda exportar sus mercancías al país del expropiante?) v. EBENROTH y PARCHE, “Markenaufspaltung und nationale Markenrechte im Spannungsverhältnis zum Grundsatz des freien Warenverkehrs”, en *Grur Int*, p. 739. Se inició el asunto en el OLG Hamburgo (decisión en IIC 1989, p. 231), que consideró que el consentimiento inicial a la constitución de la filial en Bélgica, debía estimarse retirado, también se alegó a “Pharmon” como una derogación de “Hag”. El BGH al formular la cuestión prejudicial según el artículo 177 TRoma ha esgrimido también razones de protección a los consumidores, al ser una marca muy conocida en Alemania. En cuanto a la aplicación únicamente a marcas de la doctrina del origen común (entendida como algo diferente del consentimiento), v. MASSAGUER, op. cit., p. 104; quien, de otra parte, entiende que no se aplica la doctrina del origen común más que a marcas. Da como ejemplo el caso “Keurkoop”. El modelo industrial de un titular en Holanda tenía el “origen común” de que era basado en el modelo industrial de su creador en otro país; situación que era posible, porque en Holanda no hace falta ser creador para ser titular de un modelo industrial, basta con ser el primero en registrar. Dice MASSAGER que falta aquí el origen común, sin embargo, a mi juicio, lo que falta es la transmisión, que sería que luego el presupuesto del origen común (en el caso, el creador del modelo no transmitió los derechos y pasaron los 6 meses de prioridad). Por la misma regla de tres se podría decir que no se aplica el origen común para la marca “Atila” de dos Estados miembros de la CEE, cuando ambos tienen origen en el padre de los hunos. En mi opinión, la doctrina del origen común no es un incompatible con el principio del consentimiento interpretado en el sentido del texto. Tampoco me parece afortunada la mención que hace este autor al caso “Coditel” Cp. 104), como veremos al estudiar el Derecho de autor, la venta de una obra y la reproducción de la misma son facultades diversas y no parece adecuado estudiar la cuestión como una excepción al agotamiento. Por fin, MASSAGUER considera incompatible la doctrina de Pharmon y de Hag (p. 365).

(35) Una primera observación debe notar que es evidente que no le sirve si se apoya exclusivamente en el artículo 85,1 Tratado de Roma; no si utiliza otro concepto de consentimiento.

- b) 2. Aplicación de esta doctrina al fenómeno inverso: “Hag” II y el caso “Pharmon-Hoechst” de patentes

Se produce aquí, a mi juicio, una situación análoga al caso “Pharmon-Hoechst” (36), que comentaremos al tratar el agotamiento en materia de patentes. Es también un caso de expropiación, pero en este caso el que pretendía hacer valer los derechos de Propiedad Industrial era el expropiado, no el beneficiario de la expropiación. Evidentemente, en el caso “Hag” existe una aversión contra la posibilidad de una compartimentación del Mercado común que afectaría a éste para siempre, porque las marcas gozan de protección indefinida, si se renuevan los registros.

A mi juicio, conviene precisar este punto, que es evidente que no fue “ratio decidendi” del Tribunal (37), pero que puede ser decisivo para tener un concepto de agotamiento homólogo en los diferentes derechos de Propiedad Industrial: en el caso “Hag”, el sucesor del expropiante (Van Zuylen Frères, causahabiente del Estado belga) pretendía el ejercicio de los derechos de la marca para evitar la importación del bien por parte del titular original. El caso “Pharmon-Hoechst” ha sido, en cambio, inverso, porque en él se reconoció el derecho del titular de patente de impedir la importación de un bien producido en un Estado del Mercado Común por un licenciatario obligatorio.

- b) 3. La solución del caso “Hag” inverso como un supuesto distinto al de la Sentencia “Hag” y homologable al caso “Pharmon-Hoechst”. La armonización del criterio del agotamiento en patentes y en marcas

Como consecuencia de lo expuesto, cabría plantearse la posibilidad de que el caso “Hag” inverso tuviera una solución diferente a la que tuvo el caso “Hag I”, no porque hubiese cambiado la doctrina del TJCE, sino porque se trataría de un caso diferente al que juzgó por primera vez el Tribunal. Para el enjuiciamiento del caso “Hag” podría reformularse el principio del consentimiento y, de acuerdo con este principio, parece que el beneficiario de la expropiación consiente (de otra manera iría contra sus propios actos), pero no el expropiado (38). El principio

(36) V. nota 30.

(37) Es decir el Tribunal formuló su doctrina en términos generales, pero ello no es óbice a la posibilidad de restringirlo al caso concreto y como en un sistema de “case law”, se trataría de analizar el caso para en supuestos análogos dar la misma solución; v. LARENZ, *Methodenlehre*, 1969, p. 265.

(38) Bien es verdad que, normalmente no se planteará el problema de que el beneficiario de una licencia obligatoria de patente se oponga a la importación de bienes de su titular, entre otras porque son licencias no-exclusivas, hay supuestos excepcionales empero en los que cabe una licencia obligatoria exclusiva, v. artículo 101,1 in fine de la Ley de Patentes. Norma quizás inconstitucional por ir contra el artículo 5,A,4 del CUP —v. ar-

del consentimiento conduciría entonces a una misma solución para los casos de expropiación relativos a marcas o a patentes.

Podría cuestionarse, de otro lado, la licitud de la expropiación sin indemnización, cuestión que implica graves problemas constitucionales, al menos desde el punto de vista del derecho alemán (recordemos que la empresa Hag fue expropiedad por ser alemana), donde el artículo 14 Ley Fundamental configura el derecho de propiedad como un derecho fundamental (39). Otro problema es el de la expropiación con indemnización, que puede plantear problemas por la subsistencia ilimitada (en potencia) de diferentes titulares de la misma marca (40), lo mismo se planteará en los casos de ejecución forzosa y todo ello por el principio de territorialidad.

b) 4. El problema de la ejecución forzosa (quiebra y ejecución). Una matización a la solución del caso Hag inverso

Sin embargo, en los casos de ejecución forzosa sobre un derecho de marca podría defenderse una solución distinta a la defendida para el

título 96 Constitución—. Como señala HOLTMANN YDOATE, esta interpretación no es defendible; entre otras razones, porque, si es admisible la expropiación, no se ve porqué no pueden preverse licencias obligatorias exclusivas (“El artículo 5 del Convenio de París y las licencias obligatorias de patentes en España. Problemas de compatibilidad con el Tratado de Roma”, en *Semanario de Comercio Exterior*, 1990, inédito). En otros países hay declaraciones constitucionales sobre el deber de proteger a los autores e inventores que son alegadas para la mayor protección del titular (no sólo se manejó en “Pharmon” el concepto de consentimiento como “ratio decidendi”, se habló asimismo de “favor inventionis”, principio que no es aplicable para las marcas). V. en España el artículo 20,1,b de la Constitución.

(39) El BGH al plantear el caso “Hag” inverso, ha sostenido tratar estos temas de constitucionalidad, que en relación a las marcas fueron planteados por KRIEGER, “Das Warenzeichen als Eigentumsrechts im Sinne des Artikels 14 des Grundgesetzes”, en GRUR Int. 1980, p. 335-342. La decisión del BGH es del 24-11-1988 (*Grur Int* 1989, p. 401). Los problemas en el derecho alemán vienen por la primacía de la carta constitucional alemana sobre la aplicación del derecho comunitario. La Sent. del Tribunal Federal Constitucional alemán de 29-5-1974 consideraba que el nivel comunitario de protección de los derechos fundamentales no era satisfactorio y por tanto se aplicaría la protección nacional de tanto (“solange”) no fuese alcanzado. No obstante una nueva Sent. de 22-10-1986 (“Solange II”) entiende que ese nivel de protección ha sido alcanzado. V. WOELKER y RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad”, en *Revista de Instituciones Europeas* 1987, p. 667. La Ley 63 de la Alta Comisión de los Aliados que reconoce los atentados a los bienes de alemanes en el extranjero debe estimarse incompatible con la Ley Fundamental, v. EBENROTH y PARCHE, op. cit., p. 747.

(40) Cfr. el caso de la expropiación forzosa de Rumasa, aunque la indemnización no fue previa, que además plantea la cuestión de la incidencia en el extranjero de los actos de soberanía. Por otra parte, la existencia ilimitada de las marcas no es óbice a la entrada de productos competidores, que pueden entrar, aunque con otra marca, por eso se habla de competencia monopolística.

caso “Hag inverso” por dos consideraciones: 1. En el supuesto de ejecución forzosa, correspondería a las sociedades hermanas o madre o hijas intentar adquirir la marca, si no lo hacen no parece que el daño se deba imputar a su adquirente; podría entonces considerarse que hay consentimiento en sentido amplio y 2. está el problema de la protección indefinida de las marcas, ante la necesidad de evitar la perpetuidad de compartimentos estancos en la CEE (originados por la pasividad del titular, pasividad que se da también en una licencia obligatoria de patente, pero que dada la duración temporal de la protección de la patente no es tan grave). Habría entonces una solución parcialmente diferente para marcas y patentes (41).

En cambio, en el caso de expropiación forzosa, el problema se trasladaría a la idoneidad del medio empleado, como medida excepcional y atentatoria en la mayoría de los Estados miembros a un derecho fundamental (el de la propiedad), y se juzgaría en términos de proporcionalidad, aplicándose en algún caso la doctrina “Hag” (según se formuló por primera vez), cuando se apreciara que la expropiación forzosa era un medio racional en esa situación (42).

Sin embargo AUTERI (43) da una solución diferente para el caso de cesiones parciales (en Estados diferentes) que fueran posteriores al Tratado de Roma: estas cesiones serían nulas (44). Por tanto, no se plantearían los problemas que tratamos: no cabría la adjudicación en una liquidación de quiebra de una marca o de una patente limitada a ese Estado donde se desarrolla el procedimiento de la quiebra; no cabría la expropiación para ese Estado, etc. Esta postura parece demasiado radical, e incompatible con la formulación del TJCE sobre la distinción entre existencia y ejercicio de un derecho, el TJCE admite estos derechos diferentes, lo único que no admite es que sirvan para oponerse a las importaciones paralelas (45).

(41) En el caso de adjudicación en la liquidación de la quiebra de una sociedad de un patente, no habría consentimiento y cabría la oposición a la importación paralela por parte de las sociedades vinculadas al quebrando; no así en marcas porque serviría para crear territorios cerrados en el Mercado Común. Tampoco me parece inadecuada la posición que entienda que en el caso de adjudicación en la liquidación de la quiebra de una patente habría habido consentimiento y, por tanto, agotamiento.

(42) Lo que puede plantear la extensión a otros Estados de un acto de soberanía.

(43) Op. cit. V. también “Cessione e licenza di marchio per Stati e diritto europeo della concorrenza”, Riv. dir. ind. 1972, I, p. 320.

(44) Por otra parte habría que estudiar las consecuencias de la nulidad, que son imprecisas. Es ya bastante gravoso que no queda la oposición a la importación paralela: no cabe la oposición a la importación o producción del bien contraseñado con la marca si proviene de otro titular legítimo de la marca. Estos titulares pueden conceder licencias, con lo que se puede multiplicar el número de personas legitimadas y forzar el que se tenga que adoptar un acuerdo delimitativo. V. en el caso “Persil” la Comisión ponderó el acuerdo al que llegaron las empresas interesadas (v. el 7. Informe sobre la competencia de la Comisión).

(45) El TJCE sólo se ha enfrentado a casos de cesiones territoriales producidas con

Consideramos, por tanto, que cabe una cesión parcial dentro del Mercado Común por el artículo 36; si es voluntaria, se producirá el agotamiento ante toda introducción en el comercio por parte de los que hayan intervenido en la cesión (o sus causahabientes) y si es forzosa la consecuencia normal es que no habrá agotamiento (con la matización relativa a marcas supra reseñada, en los casos de expropiación justificada o de liquidación de quiebra).

Estas soluciones tan matizadas en el caso de marcas (a medio camino entre el criterio del consentimiento (46) y el del origen común) no serían tan complejas en el caso de las patentes, donde no se plantearía el problema de la indefinitud del plazo de protección y donde no habría problemas de confundibilidad de los consumidores.

- b) 5. La revocación del consentimiento como criterio para la determinación del agotamiento. El Dictamen del Abogado General F.G. Jacobs en el caso "Hag" II (13 de marzo de 1990)

Ante el nudo gordiano que representa hacer una interpretación conciliadora de todas las Sentencias habidas en materia de propiedad industrial, es de suma importancia estar atentos a las últimas evoluciones del Derecho comunitario en este punto. De muy reciente fecha es el texto provisional del Abogado General en el asunto "Hag" inverso, por lo que su análisis presenta un interés acentuadísimo.

El interés viene dado no sólo por la indudable importancia del caso, sino también porque el Abogado General ha propuesto al TJCE la abro-

anterioridad a la constitución del Tratado de Roma; pero el caso "Grundig" citado es homologable al caso que discutimos, y es posterior al Tratado de Roma: en esta Sentencia no se dice que la inscripción fiduciaria sea nula, sino que no cabe la oposición a la importación paralela.

(46) El criterio del consentimiento puede emparentarse con los criterios del ejercicio abusivo de un derecho —distinción entre existencia y ejercicio del derecho, criterio que se deduce del artículo 36— con lo que perdería la vinculación exclusiva con el artículo 85; a fin de cuentas el que consiente va contra sus propios actos —o ejerce de modo abusivo su derecho— si se opone a una importación paralela. El concepto de abuso de derecho puede ser central p. ej. para la resolución del caso siguiente. Hay un titular de la marca mixta "Nike" (consistente en la denominación mencionada y en el gráfico de la victoria alada) en España con una prioridad que se remonta al año 20 para tejidos; posteriormente intenta el registro en España el titular de la marca de nombradía internacional "Nike"; éste le es denegado. Sin embargo, un empresario obtiene a la vez una licencia exclusiva de marca del titular de la marca española (lo que le confiere legitimación activa, v. en detalle el ejemplar mecanografiado de mi tesis doctoral *Trasferimento e licenza di marchio. Profili di diritto italiano e comparato*, p. 317 ss) y por otra obtiene la concesión de la distribución exclusiva para España de Nike Internacional. Este empresario pretende oponerse a las importaciones paralelas de los productos de su principal, lo que constituye un manifiesto abuso de derecho que quedaría excluido de la cláusula de salvaguardia del artículo 36.

gación de la doctrina "Hag" I; es decir, no defiende una solución como la propuesta en este trabajo de que habría que mantener "Hag" I (con las matizaciones señaladas) y dar una solución distinta a "Hag" II (asimilándolo a la solución dada en "Pharmon-Hoechst"). Entiende que debe prevalecer la doctrina de la Sent. "Terrapin-Terranova", sentencia en la que se defendió que si las empresas eran distintas y no tenían vínculos económicos o jurídicos cabía la oposición a las importaciones (47).

En su crítica a "Hag I", hace hincapié el Abogado General en que la doctrina del origen común de Hag I no tiene fundamento en el Tratado. De otra parte, critica la afirmación de las Sent. "Sirena" y "Hag" sobre la menor protección que deben encontrar las marcas frente a otros derechos de propiedad industrial, y entiende que deben considerarse superadas por sentencias posteriores que sostienen la necesidad de proteger la marca como medio de protección del "good-will" de la misma, y como instrumento para evitar la confusión de los consumidores (Sent. American Home y Centrafarm c. Winthrop).

Dado que la Sent. "Hag" supuso un paso excesivo adelante habrá, en opinión de Jacobs, que volver a los criterios manejados anteriormente por el TJCE: a saber, el criterio de la existencia y ejercicio de derechos (que se deriva de los artículos 30-36), el criterio del agotamiento y el criterio de represión de acuerdos colusorios del artículo 85. Es evidente que en el caso Hag no había un acuerdo colusorio (48); en cuanto a los otros criterios, sostiene el Abogado General que no hay un exceso en el ejercicio del derecho de oposición a la importación, porque se cumple la función de protección del "goodwill" de la propia marca y que de agotamiento no se puede hablar porque son dos titulares independientes.

Tiene también importancia la postura defendida por el Abogado General, porque puede llevar a la superación de la doctrina Sirena, y al carácter retroactivo que ha dado el TJCE al artículo 85. Esto supondría plantear sobre base totalmente nueva el agotamiento.

(47) Con la salvedad de que en algunos casos la doctrina sentada por la Jurisprudencia de algunos Estados miembros, singularmente Alemania, puede ser demasiado estricta a la hora de determinar una semejanza entre marcas y constituir una medida de efecto equivalente al ser un entorpecimiento a la libre circulación de mercancías. Este entorpecimiento sólo opera hacia adentro, porque allende la RFA los productos germanos no se encontrarían con el obstáculo de una legislación restrictiva similar que les impidiera la exportación —p. ej. el caso Terrapin-Terranova "inverso" no habría permitido a la empresa inglesa oponerse a las importaciones de productos provenientes de la empresa alemana, ya que los criterios jurisprudenciales ingleses de apreciación de la confundibilidad son más laxos—.

(48) Por ello se formuló la doctrina del origen común.

b) 6. Crítica al Dictamen del Abogado General

Si bien la exposición magistral de Jacobs —que hemos tenido que relatar de forma muy comprimida— hace que sea muy atrayente su opinión, no podemos menos de hacer alguna crítica:

1. En primer lugar apenas se alude a la Sent. Pharmon y a la compatibilidad con la abrogación de Hag I; ello plantea la posibilidad de dar soluciones diferenciadas según los derechos de propiedad industrial de que se trate, cuando el artículo 36 no hace ninguna distinción entre los mismos (49).

2. El hecho de que quede derogada la doctrina contenida en una sentencia (Hag I) y la posibilidad de que se derogue la doctrina de Sirena, que parece inevitable cuando caiga Hag I, aunque cuente con los precedentes que cita el Abogado General (50), es, sin duda, grave por la inseguridad que genera.

3. Producirá una compartimentación de mercados que ya se suponía superada; sobre todo, si la solución que propone el Abogado General se extiende a Sirena. La contrapartida es que permite que se establezca un límite a la doctrina Terrapin Terranova, impidiendo que los Estados tengan una jurisprudencia irracional sobre la confundibilidad (51).

4. La doctrina del origen común puede ser reformulada en el sentido que proponemos. No parece lógico incluir bajo la rúbrica general de agotamiento, entendido en el sentido amplio de excepción ante la oposición de un derecho de propiedad industrial ante una importación, los supuestos de cesiones realizadas antes de la entrada en vigor de la CEE, pero no aquéllos en que la cesión ha sido forzada, sin distinguir entre las partes de la expropiación. ¿Por qué debe ser de mejor condición el beneficiario de una Expropiación Forzosa que el cessionario? En cambio, parece más adecuado que reformulemos la doctrina del origen

(49) Una justificación a la disparidad de soluciones es encontrada por el Abogado General en la Sent. "Deutsche Grammophon" de 8-6-1971 que señalaba que el artículo 36 sólo permitía limitaciones a la libre circulación de mercancías hasta donde fuera necesario por salvaguardar el derecho, por ello habrá que distinguir la esencia de cada derecho y será admisible hacer distinción entre los mismos.

(50) P. 43, punto 67 de su Opinión.

(51) Sobre los problemas de confundibilidad en Derecho español, italiano y comunitario, v. el ejemplar mecanografiado de mi tesis doctoral *Trasferimento...*, cit, p. 549 ss. La primera Directiva de marcas, como acertadamente señala el Abogado General, no servirá para solucionar los problemas de confundibilidad, porque, en realidad, el principio de prohibición de similitud de marcas está recogido en la legislación de todos los Estados miembros. Sin embargo el TJCE cumplirá, señala Jacobs, una labor fundamental cuando tenga que interpretar el artículo 4,1,b de la Directiva. Niega por otra parte, a mi juicio, con razón que la primera Directiva suponga una derogación de Hag I, ya que no recoge el principio del origen común; esto supondría que la legislación pudiera derogar una interpretación del Tratado, lo cual no es posible; la vía es defender que Hag I no estaba basado en el Tratado (Jacobs) o sostener una aplicación limitada de Hag I.

común como un postulado del principio de prohibición del abuso de derecho: abusa de su derecho quien, apoyándose en su derecho adquirido para un Estado miembro —por el principio de territorialidad—, se opone a la importación de bienes producidos por el cedente o por el expropiado. Esta doctrina del abuso del derecho tiene fuertes connotaciones con la distinción entre existencia y ejercicio del derecho, que fue la primitivamente formulada por el TJCE con base en el artículo 36. Puede también denominarse criterio del consentimiento.

4. EL AGOTAMIENTO EN EL DERECHO DE PATENTE

En el Derecho de patentes hay que señalar que el agotamiento impide que patentes originadas en la misma prioridad, o que sean de la misma empresa en sentido amplio (p.ej. sociedad madre de un grupo), o que sean cesionarios de un mismo titular originario (52) (o de un mismo solicitante de la primera solicitud de patente que de lugar a prioridad unionista) pueden servir como una barrera al comercio entre los Estados miembros (53).

Característicos del agotamiento en patentes ha sido el problema del agotamiento de las licencias de pleno derecho y el de las licencias obligatorias.

El TJCE ha considerado que en el supuesto del licenciatario de pleno derecho hay consentimiento del titular a la introducción del bien que incorpora la patente en el mercado y no lo hay en el caso del licenciatario obligatorio.

La licencia de derecho se caracteriza porque hay una “*invitatio ad offerendum*”, es el titular el que por su acto voluntario inicia una relación precontractual (54). Hay, por tanto, consentimiento y remuneración que son las bases del agotamiento (55).

(52) MASSAGUER, *Mercado común y patente nacional*, nota que específicamente no se ha abordado este último caso por el TJCE, BERCOVITZ es partidario de que se les extienda la doctrina del origen común.

(53) El postulado del agotamiento viene a cumplir una función similar en el Mercado común a la que cumple en el mercado interno: evitar el establecimiento de trabas al comercio y a la distribución de productos; una vez que el titular ha introducido su producto en el mercado ya no está autorizado para controlar la vía que siga. Este principio era especialmente necesario en la Comunidad, para evitar la creación de compartimentos estancos o “cloisonnement” por titularidades fiduciarias o por licencias exclusivas (en los ordenamientos en que se permite que el licenciatario exclusivo tenga legitimación activa contra un licenciatario). En el ámbito nacional será prevalente el intento de evitar que un titular controle la circulación de la invención patentada.

(54) V. ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual”, RCDI, 1971, p. 859.

(55) Si bien, salvo acuerdo de las partes, puede determinarse el canon por el Registro de la Propiedad Industrial (artículo 82,3 de la Ley de Patentes española), aunque se reputa la licencia como contractual (artículo 81,4 de la Ley de Patentes española). El consentimiento padece por ello una ampliación de su contenido normal, como en marcas.

El agotamiento en la licencia obligatoria ha sido la cuestión tratada en la Sent. "Pharmon-Hoechst" citada, que señala que el licenciatario puede oponer al licenciante obligatorio que quiere exportar fuera del ámbito de la licencia, su derecho de patente. Aquí inciden varios problemas, de un lado, la naturaleza jurídica de la licencia obligatoria como expropiación forzosa, que mal se aviene con la noción básica de consentimiento; de otro, está la compatibilidad con el Tratado de Roma de la obligación de usar en un determinado Estado para que no caduque la patente (56). El TJCE y la Comisión muestran desfavor para con este tipo de licencias, que quizás haya justificado el fallo.

BERCOVITZ (57) entiende que este principio supone una excepción al principio de las marcas del origen común y a la doctrina del caso "K-Tel" (v. infra, epígrafe 5.a) y que es sólo aplicable al Derecho de patentes. A mi juicio, no obstante, más bien parece que se trata de una consecuencia de la doctrina del consentimiento, doctrina que también se aplicó en los casos "K-Tel" y "Hag" (en la interpretación de la misma que hemos propuesto).

5. EL AGOTAMIENTO EN EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Un conjunto de sentencias recientes del TJCE ha reafirmado la validez de las normas nacionales en materia de Derecho de autor. El Tratado de Roma no las afecta en principio: caben términos de caducidad del derecho diversos (el titular donde no haya caducado podrá oponerse a la importación) o es lícito que se reconozcan diferentes facultades según los países (p. ej. derecho a obtener una remuneración por el adquiler de videos, etc.) (58). Sin embargo, este reconocimiento de la po-

(56) Se ha puesto en entredicho por la Comisión la facultad de los Estados para aprobar licencias obligatorias. La Comisión ha demandado a Gran Bretaña y ha anunciado su intención de demandar a Italia y a España (v. *Wirtschaft und Wettbewerb* 1989, p. 914, Rs 235/89 Comisión contra Italia). A mi juicio la legislación sobre licencias obligatorias no iría contra el artículo 30 (libre circulación de mercancías) sino contra el libre establecimiento, al obligarse a la fabricación en el Estado nacional para evitar la caducidad de la patente. V. MASSAGUER, que indica que es incompatible con el artículo 30, y que la demanda nacional se puede atender con importaciones de otros Estados miembros, está el principio de libre establecimiento, y asimismo la Sent. "Allen & Hanburys" de 3-3-1988 (op. cit., p. 339).

(57) Op. cit., p. 550.

(58) El primer caso es el de la Sent. EMI de 24-1-1989 (*Grur* 1989, p. 319 o CMLR 1989, p. 473). Se mantiene una postura favorable a los derechos de PI, la STJCE de 11-7-1983 admite que una legislación nacional prohíba la circulación de cintas de video, mientras estén exhibiéndose las películas y durante un tiempo después. No considera aplicado la fórmula "Dassonville" que hubiera una medida de efecto equivalente. Esta Sent. es importante porque sitúa el tráfico de videos como circulación de mercancías y no de servicios. A mi juicio, podría intentarse una solución conciliadora: la venta del video ad-

testad del Estado para regular el Derecho de autor no puede servir para eludir la libre circulación de mercancías.

Al igual que hicimos con los derechos de marcas y de patentes, no vamos a proceder a un análisis de todos los problemas, sino que nos limitaremos a comentar los puntos de más interés en la Jurisprudencia, dentro de esta relación de tensión: derecho de exclusiva-libre circulación de mercancías.

5. a) La Sentencia K-tel

El principal problema que vamos a tratar es si la Sentencia “Pharmen-Hoechst” supone la derogación de la Sentencia “Gema-K-tel” (59). El caso “K-tel” versaba sobre los siguientes hechos: la sociedad para gestión de derechos de autor alemana “Gema” cobraba un porcentaje sobre el precio final del disco mayor que el que percibía la sociedad de autores británica, y, ante una importación de discos procedentes de Inglaterra, pretendía obtener la diferencia entre ambos porcentajes. La Sentencia establecía la imposibilidad de exigir la diferencia del canon alemán y el británico.

La cuestión de si la doctrina “K-tel” ha sido derogada por la doctrina “Pharmen”, viene dada porque en el caso “K-tel”, se dice, hay un supuesto de hecho afín a la licencia obligatoria (como se recordará, la licencia obligatoria no era óbice para que el titular de la patente pudiese oponer ese derecho frente a las importaciones de bienes producidos por el licenciatario obligatorio) (60).

quirido en otro país comunitario es posible, pero no el alquiler (porque el alquiler es un derecho de explotación que por el artículo 36 el Estado miembro puede adoptar o no). El caso “SACEM” es importante (v. infra). El caso “Warner Bros” —segundo de los ejemplos citados en el texto— (STJCE de 17-5-1988, *Grur Int.* 1989, p. 668 y EWIR 1988, p. 995) trata de la admisibilidad de que en un Estado se reconozca el derecho independiente de alquilar videos y en otro Estado no. En cuanto al derecho de tener legislación diferente para pionteros, v. Sent. 30-6-1988 (*Grur Int.* 1989, p. 669), para modelos industriales v. Sent. 14-9-1982 (Keurkoop, Rec. p. 2853, sobre el concepto de novedad). También v. las diferentes Sentencias de 5 de octubre de 1988, que permiten que una legislación nacional no prevea licencias obligatorias para modelos industriales.

(59) Sent. de 20-1-1981, Rec. p. 147, *Grur Int.* 1981, p. 229.

(60) Así BERCOVITZ, que sin embargo no cree que haya sido derogada, sino que simplemente se aplican principios diversos para patentes y para derechos de autor (op. cit., p. 575 y 591). Más acertada nos parece la posición de MASSAGUER, que no lo califica de licencia obligatoria. DEMARET considera que son incompatibles (op. cit., p. 172). El BGH al plantear la demanda prejudicial partía de que era un supuesto de licencia obligatoria. El TJCE no estudia si se trata de licencia obligatoria o no, simplemente no admite esa interpretación de la ley alemana. El Tribunal se basa en la noción de consentimiento (fundamento 2). También parece que aprecia una posición abusiva de la sociedad de autores alemana, se dice que una entidad privada no puede establecer una especie de arancel (en el caso “SACEM” también se alegó abuso de posición dominante). La única posibilidad

Para determinar si es un supuesto afín a la licencia obligatoria, es preciso partir del análisis de la legislación británica, en la que existía una norma que permitía a cualquier interesado obtener una licencia obligatoria para la edición de una obra protegida por un derecho de autor a un determinado porcentaje que fijaba la Ley. Este hecho motivaba que las licencias contractuales no se concedieran por un canon superior al porcentaje establecido por la Ley para las licencias obligatorias; en efecto, nadie querría pagar una licencia voluntaria por un porcentaje superior si cualquiera puede conseguir la licencia con posterioridad por un precio inferior. En el caso que nos ocupa había habido en Gran Bretaña una licencia contractual cuyo precio era idéntico al porcentaje legal.

El análisis del caso nos indica, por tanto, que no había habido una actividad administrativa supletoria del consentimiento (característica de la licencia obligatoria), sino que se trataba de un supuesto asimilable “de facto” (pero no “de iure”) al precio legal o de tasa (61). Jurídicamente las partes de la licencia voluntaria podían estipular el precio que creyeran conveniente. Sin embargo, por el sistema británico que hemos explicado, el titular que hubiera concedido licencias podría ser obligado a otorgar otra a un canon determinado a un tercero que lo solicitara, como el precio para ese tercero era un porcentaje fijado por la Ley de Propiedad Intelectual, nunca se concedía por un porcentaje superior una licencia voluntaria.

Como quiera que fuera, lo cierto es que el titular del derecho de autor no tiene derecho a una remuneración concreta a fijar en cada país (no puede por ello pretender que se le pague la diferencia del canon establecido por cada sociedad de autor en cada Estado miembro). Lo mismo sucede con el Derecho de patentes: basta para el agotamiento el dehecho del consentimiento, aunque la comercialización fuera en un país donde no estuviese protegida la patente y no se considera relevante el hecho de que el titular no hubiese obtenido el óptimo nivel de remuneración (62).

que queda al titular es la de elegir el país en donde puede comercializar su producto. Otra posibilidad es atacar a Inglaterra aplicando la regla “Dassonville”, al no permitir el juego de la libre competencia en los precios y ser medida de efecto equivalente al favorecer a los productores británicos.

(61) Si aceptamos esta terminología un tanto confusa para el precio impuesto, que parece mezclar la categoría de precio público y de tasa, que han sido bien delimitadas por la ley de Tasas y Precios Públicos de 15-4-1989.

(62) Basta el consentimiento para esa inmisión en el comercio. El titular no queda desprotegido, porque cualquiera explote la patente en el territorio donde no hay protección no podrá exportar porque se encontrará con la oposición del derecho de Propiedad Industrial. El inconveniente es que “estirando” la noción de consentimiento se podría afirmar que la existencia del licenciado obligatorio también se basa en el consentimiento del titular, en su inactividad, porque no quiere producir el objeto o el procedimiento patentado (puesto que si hubiera fuerza mayor o causa justificativa, no se produciría la caducidad). Igualmente se puede señalar que si no se protege la patente en el Estado de Pro-

A mi juicio cabrían dos soluciones ante la doctrina "K-tel" relativa a la diferencia de cánones entre los Estados miembros:

1. Se reputa que la única facultad del titular es realizar la primera introducción en el comercio, con la consecuencia de que posteriormente no podrá exigir la mayor remuneración que obtendría la obra en otro lugar y con la facultad de oponerse a las importaciones de ediciones obtenidas por licencias obligatorias, con lo que se tendría la misma solución que en el caso de patentes (63). Además, en la hipótesis de que el precio fuera obligatorio (fijado por la ley) únicamente serviría para aislar un sector del mercado, pero solamente "ad extra" (impediría que el licenciatario obligatorio pudiera exportar), porque las importaciones, por el principio de la libre circulación de mercancías, serían libres (doctrina "Pharmon"). El titular decidirá si conceder una licencia en el país de legislación restrictiva o no (64).

2. La segunda interpretación llevaría a buscar una solución menos lesiva para el titular. En este caso se debería interpretar que se tiene que pagar la diferencia de regalías (65), o bien entender que la diferencia de cánones sólo cabe exigirla si ha habido un factor distorsionante en el mercado (como lo podría haber por una legislación de un Estado miembro), pero no si surgen de la autonomía contractual de las partes (66).

tección es por la voluntad del titular en otro Estado, puesto que no ha querido patentarla en este Estado.

(63) Obsérvese que al licenciatario voluntario inglés se le permitiría fijar un canon más alto, que a lo mejor servía para compensar la posibilidad de exportación al extranjero. Posibilidad que está vedada al licenciatario obligatorio inglés, a quien podría ser opuesto el derecho de autor ante una importación paralela.

(64) Esta alternativa puede ser la más veces irrealista, sin embargo no se debe perpetuar la diferencia de precios, v. LIEBERKNECHT, "Erschöpfung von Patentrechten und Exportverbote in Patentlizenzverträgen nach europäischen Recht", en *Festschrift F. Möhring*, 1975, p. 469, que señala que es instructiva la comparación de diferencias de precios en el sector farmacéutico; también en Inglaterra era más bajos los precios de fármacos, pero esa alegación no se admitió en el caso "Centrafarm". La legislación restrictiva puede conceptualizarse, además, como medida de efecto equivalente.

(65) Esta solución es ciertamente loable, porque el hecho de que las regalías fueran más altas en Alemania provenía de un acuerdo con la GEMA, sociedad de autores, que es más fuerte en Alemania y lo que trata de lograr el Tratado de Roma es que se eviten estos mayores precios locales por el principio de las ventajas comparativas.

(66) Con la misma razón entonces se debería abrogar la doctrina del caso "Merck", donde el factor distorsionante del Mercado consistía en la imposibilidad de proteger en Italia los medicamentos. Otro tema que estaba latente en este caso es la posibilidad de fraude de ley (de la ley alemana), por la circulación de las mercancías dentro del grupo. El TJCE rechazó esta alegación, porque según las circunstancias del caso se deducía que no se trataba de una puesta en el mercado fraudulenta, en Inglaterra "Ktel" había intentado distribuir sus discos sin lograrlo; pese a ello consideramos que se trata de una economía de opción y que por tanto es un acto en puridad lícito. Es el titular del derecho el que debe cuidar a quién y en dónde autoriza para la explotación de su derecho. Se planteó también el problema de la circulación de la marca en un grupo en el caso "Deutsche

5. b) El agotamiento de servicios: el agotamiento de la actividad de radiodifusión

También se ha planteado a nivel comunitario el agotamiento, pero no del producto, sino del servicio de radiodifusión; aquí no se puede hablar de agotamiento más que en sentido impropio (67).

Un ejemplo es el caso "Coditel", que trataba de la recepción de un programa emitido por una emisora y luego la posterior grabación y difusión sin autorización de ese programa por una red local (68). Había, por tanto, desfase cronológico entre la primera emisión y la segunda y, de hecho, una nueva explotación. El TJCE aplicó los principios del artículo 36, cada Estado puede configurar el derecho de Propiedad Industrial de la manera que quiera, sin que ello constituya una limitación al principio de libre circulación de mercancías o de servicios.

Se advierte que en el caso "Coditel" se trataba de facultades diversas que integran el derecho de autor y no habría lugar, por consiguiente, a la aplicación de la doctrina del agotamiento (el hecho de que se

Grammophon", v. REUTERS, OP. CIT., P. 9.811-982. Conviene destacar que el BGH consideró, interpretando la doctrina del TJCE que sólo eran admisible si no era consecuencia de un reparto de papeles dentro del grupo de sociedades.

(67) A mi ver, otro caso de agotamiento impropio es el del agotamiento del derecho a conservar la obra inédita, del que habla FERNÁNDEZ NOVOA, "El derecho moral de los autores", ADI 1987-1988, p. 23. En cuanto al agotamiento en radiodifusión es de interés el artículo de GOURLAKIS, "Erschöpfung des Senderechts?" Zum 1986, p. 640 ss. El autor trata los diferentes supuestos de agotamiento del derecho de distribución para lo cual analiza las diferentes posiciones jurisprudenciales del BGH. El autor defiende el derecho de repetición de las emisiones de TV siempre que estén dentro de la zona de cobertura de la emisora, y a que como los televíidentes alemanes deben pagar un impuesto, se llegaría a una doble imposición ("Doppelbelastung") si no fuera lícita la repetición dentro del área de cobertura (no jugaría en este caso la confianza ni la seguridad del tráfico). El autor defiende parcialmente la doctrina del BGH, publicada en *Gur* 1981, p. 413, con nota crítica de NORDEMANN. Una posición distinta a la de GOURLAKIS es la HUBMANN: el agotamiento sólo tiene sentido en relación con objetos materiales, no con servicios ("unkörperliche Wiedergabe") —"Der Erschöpfungsgrundsatz und das Recht der öffentlichen Wiedergabe", en *Festschrift Roebert zum 10. 12. 1981*, p. 181—. En el mismo sentido WINDISCH, op. cit., p. 481. La imposibilidad del agotamiento evita, según DIETZ, el "community shopping", se aprovecharía la legislación más benéfica para desde allí emitir con impunidad ("Copyright and Satellite Broadcast", IIC 1989, p. 149). En España hay regulación específica: artículo 116 y 117 de la LPI, v. BOTANA AGRA, ADI 1987-1988, P. 74 y 75. En derecho español se aplica también la L 3-5-1988 (L 10/1988) sobre TV privada, que prevé en su artículo 6 como contenido de la concesión la emisión y transporte de señales. Asimismo se debe aplicar la normativa sobre antenas colectivas (L. 31/1987 de 18-12).

(68) Es el caso "Coditel", STJCE 18-3-1980; en la nota de MESTMAECKER (en SCHULZE, *Rechtssprechung*, P. 33) se destaca la postura de la Comisión que pretendía que sólo estuviera el autor legitimado a solicitar una compensación adecuada. En España un estudio de un caso similar a Coditel en GUERRERO ZAPLANA, "Los llamados videos comunitarios y los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por éstos", La Ley, 1989, p. 811 ss.

tenga derecho a la recepción de una emisión no implica que se tenga también derecho a volver a exhibir esa emisión o a reproducirla “ad libitum” en un canal privado). Se puede configurar o no como facultad autónoma la exhibición y por tanto esto será un hecho lícito o ilícito según el Estado miembro de la CEE de que se trate, pero —mientras subsista el principio de territorialidad— el que sea lícito en un Estado miembro no implica que lo sea también en otro (69).

5. c) Relación entre el agotamiento y las facultades que integran el derecho de autor

El problema del alcance de las facultades del derecho, que hemos visto que se ha planteado en primer lugar en relación a la radiodifusión (libre circulación de servicios), cobra en Derecho de autor gran relevancia también para la circulación de mercancías que incorporan el derecho de autor, y se ha planteado en otros casos que examinaremos.

La razón de esta relevancia es que todavía no se ha producido una armonización de legislaciones en materia de Derecho de autor, por lo que las diferencias en el contenido del Derecho de autor que configuran los ordenamientos de los Estados miembros son notables (70). De otra parte la diferencia en cuanto a las facultades del derecho de autor, que no encuentran parangón en los derechos de propiedad industrial, hacen que el agotamiento actúe de un modo restringido, como veremos.

Analizaremos en primer lugar el caso SACEM (71): se trata de la adquisición en Italia de un disco —donde no se reconoce por la legislación un derecho independiente de exhibición de las obras del autor— y su importación a Francia —donde sí se reconoce—. La consecuencia es que el autor podrá prohibir la exhibición —facultad no reconocida en

(69) Puede haber, además, derechos asimilados al derecho de autor (como el del productor de fonogramas, el del editor de obras inéditas, etc.) que se reconozcan o no, según las diferentes legislaciones de los países miembros.

(70) En cambio en patentes los Estados miembros han modificado sus legislaciones y hay una práctica uniformidad de contenidos, de otra parte, los Estados miembros —con excepción de Portugal y de Irlanda— son todos parte del Convenio de Munich sobre la patente europea; además está el Convenio de Luxemburgo. Por otra parte la Primera Directiva de Marcas abre la puerta para la armonización en este sector. Además las facultades características en este sector. Además las facultades características del Derecho de autor (que son las problemáticas) no tienen correlato en el Derecho de patente (como el derecho de persecución, el derecho de ejecución pública).

(71) También se ha planteado como abuso de posición dominante (v. STJCE 13-7-1989, en EWIR 1989, p. 1.005). En el ámbito comunitario se han planteado problemas por la diferente regulación de la publicidad televisiva como medida encubierta de restricción de la competencia (v. STJCE 26/1988 en RuF 1989, p. 305, que deroga la doctrina de la Sent. anterior 52/79 —UFITA 1981 (91), p. 340). La protección no va a por el artículo 30, sino por el artículo 56.

el Derecho italiano, pero sí en el francés— en Francia si no se le paga una remuneración. Por tanto, no se produce en apariencia la consecuencia normal del agotamiento. Parece que el objeto que incorpora la patente no se libera (no está, como dicen los alemanes, “patentfrei”), sino que se halla expuesto a la prohibición de su titular. A mi juicio, hay que destacar que sí se produciría un agotamiento para la facultad de venta (que es la facultad común del derecho de Propiedad Intelectual con el de Propiedad industrial) pero no respecto de las facultades independientes que se reconozcan.

Esta doctrina no es incompatible con la de K-tel (72). Se podría decir que en “K-tel” la entidad alemana de gestión de derechos de autor se oponía a la importación de unos discos (en realidad, ni siquiera eso, sólo pedía la diferencia de regalías que se aplicaban en un país y en otro), pero no se trataba del ejercicio de una facultad diferente (calificar de facultad diferente del derecho de autor la posibilidad de exigir la diferencia de canon sería arbitrario); por tanto, no había ninguna razón para no aplicar la doctrina del agotamiento.

El caso “Warner Bros” es un caso homologable: se adquiere un video en Gran Bretaña y se traslada a Dinamarca. En Gran Bretaña no se reconoce un derecho separado a la remuneración por alquiler, que sí se reconoce en Dinamarca. El hecho de haber adquirido en Inglaterra

(72) Obsérvese p. ej. que en el caso “Coditel”, ya examinado, no había remuneración al autor. Era, además, un supuesto cualitativamente distinto a la circulación de un producto (que no se puede multiplicar indefinidamente, es finito, no así las ondas electromagnéticas). Pretender que puedan retransmitirse libremente las transmisiones ajenas es como defender que quien compra un producto patentado pudiera, por este mero hecho, fabricarlo. Además, había habido una transformación, no era una antena de repetición, sino que se aprovechó para la explotación por un canal distinto al originariamente emitido por el titular.

Por consiguiente, son facultades diversas del derecho de autor. Este principio está también en SACEM, pero es ajeno a K-tel.

Porque en K-tel no se trataba de facultades diferentes (o de derechos diferentes en los términos de la Ley de Propiedad Intelectual española), sino del mismo derecho (la venta del disco), sólo que había una divergencia en cuanto al contenido del precio. En el caso SACEM no se habría tenido derecho a evitar la circulación del bien, sólo a impedir la ejecución pública. Otro caso de discrepancia en cuanto al contenido del derecho de autor es en el caso “Warner Bros”, en Gran Bretaña no se reconoce un derecho al alquiler independiente y en Dinamarca sí. Se aplica el principio de territorialidad. Por tanto en estos casos de facultades independientes del derecho de autor no nos hallamos ante excepciones al agotamiento (que es un límite a la exclusiva), sino, si se quiere, ante derechos independientes de exclusiva. Puede, como planteaba el Abogado General en el caso “Warner Bros”, darse una legislación que arbitrariamente discriminase y entonces ser una medida de efecto equivalente a las restricciones a la importación. Un poco lo que sucedía en “k-tel”, donde la interpretación jurisprudencial de la Ley alemana reconocía el derecho de exigir la diferencia de canon. SACEM I es de 9-4-1987. Se trata de derechos diferentes, el de ejecución pública y el de reproducción, es de destacar que no se cobra aquí por la introducción en el mercado, sino por la exposición pública (luego no afecta a los consumidores, sino a un sector de empresarios).

no implica que se tenga también derecho a explotar en Dinamarca, sino que la facultad no reconocida por la Ley inglesa cobra su vigor al entrar en Dinamarca —otra cosa es que que pueda revender libremente, lo cual sí sucede, porque el agotamiento se extiende a este ámbito—.

La cuestión estribará en cada caso en determinar los límites del derecho de exclusiva según cada legislación (73); p. ej. hay países donde no se contempla la obligación de los usuarios de pagar por el uso de la TV o de las emisoras, en otros países se considera lícita la repetición por antenas de emisiones dentro de la zona de emisión o “sombreado” (“Abschattung”), porque p. ej., la transmisión queda dificultada por montañas, edificios, etc. En estos casos, dado que se debe aplicar el principio de territorialidad, no se aplicará el agotamiento: el derecho de que se pueda realizar una actividad en un Estado no implica la posibilidad de hacerla en otro.

Antes de abordar el estudio del derecho español, parece conveniente extraer alguna conclusión del análisis hasta ahora realizado:

1. Una conclusión primera es que se ha utilizado el concepto de agotamiento de un modo excesivamente amplio, así p. ej. se habla de agotamiento cuando en realidad se trata de diferentes facultades del derecho (la facultad de exhibición, la de distribución, la de reproducción). De agotamiento en sentido estricto sólo se puede hablar referido al derecho de distribución de obras (por ello tampoco se puede hablar de agotamiento de un servicio), y en relación a la venta de obras que incorporan un derecho de autor: una vez que se han introducido en el comercio con el consentimiento del titular pueden circular libremente.

2. La segunda conclusión es la dificultad de formulación del principio del agotamiento al estar formado el derecho de autor por facultades heterogéneas en relación a las de los derechos de propiedad industrial.

3. La tercera conclusión es que la más fácil reproducibilidad de la obra (p. ej., photocopies, pirateo de programas de ordenador) en relación a las patentes pueden hacer conveniente dar una solución distinta para el agotamiento o para la regulación del uso privado o de la reproducción personal.

6. INTERPRETACION DEL ARTICULO 19 DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA

El Derecho español parte en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual del agotamiento del derecho de distribución. Dice el artículo 19: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público

(73) Va a tener importancia el Proyecto de televisión sin fronteras, que propiciará una legislación uniforme.

del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera”.

De tenor del artículo 19 caben dos interpretaciones: 1. “Cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera”, se entendería como que el derecho se agota exclusivamente para las ventas, es decir que el titular conservaría el derecho de distribución para el alquiler, préstamo o cualquier otra forma, como se indica en el párrafo 1.^o del artículo 19, 2) o bien entender que el derecho que se agota es el de distribución como tal, por tanto con la primera venta el adquirente tendría derecho al posterior alquiler sin tener que remunerar al titular.

En favor de la primera interpretación (74) se pueden aducir la expresión “este derecho”, que puede aludir a la distribución mediante venta; también el que falte un mecanismo de retribución como el del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual; el que haya preferido hablar la norma de extinción en lugar de agotamiento; también una interpretación del artículo 43, que permite que en el contrato de edición se limite éste a las modalidades expresamente previstas (75); los antecedentes históricos legislativos⁷⁶ del texto (76); el hecho de que si no se reco-

(74) Interpretación que sigue DELGADO ECHEVERRÍA, (Rida 1988, p. 218 ss); POLLOWAUD DULIAN “Das Bestimmungsrecht”, en GRUR 1989, p. 820; “Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley de Propiedad Intelectual”, ADI 1987-1988, p. 37; DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Munchen, 1989, p. 143; KRAWCZYK, “Erschopfungslehre und Vermietungsrechte im niederländischen Urheberrecht”, GRUR Int. 1990, p. 202.

(75) El artículo 43 se relaciona con el principio del derecho alemán de la transmisión ligada al fin (“Zweckübertragung” y con el principio francés del “droit de destination”. Pero una cosa es ver en qué medida se han transmitido los derechos y otra cosa el agotamiento del derecho de distribución. El segundo caso presupone que se ha transmitido la posibilidad de vender objetos que incorporan la obra; si no se ha transmitido esa posibilidad, sino sólo la facultad de producir objetos para alquilar, no habrá agotamiento, porque no ha habido venta. En Francia, sin embargo, el derecho de destino sirve para que el autor pueda controlar el uso de sus obras (v. p. ej. GOTZEN, “The right of destination in Europe”, *Copyright* 1989), del mismo modo se utiliza para evitar la reproducción por fotocopias, para controlar la difusión territorial, etc. Es una posibilidad de control amplísima, que va contra la normativa española (que prevé el uso privado del copista, agotamiento, etc.) y cuya compatibilidad con el TRoma hay que dilucidar en cada caso. La cesión de la obra ligada a un fin puede cobrar importancia en los casos en que se afecta al derecho moral de autor, pej. el autor permite que su obra sea reproducida en unos calendarios y, posteriormente, alguien recorta esas reproducciones, las plastifica y las enmarca y las pone a la venta. Es evidente que si bien los calendarios como tales podían circular libremente en el mercado, se ha producido una alteración de la obra que exige el consentimiento del autor; por ello no se puede hablar en este caso de agotamiento (el caso está tomado de la jurisprudencia holandesa, v. KRAWCZYK, cit., p. 197).

(76) BOTANA, cit., p. 64, señala que el agotamiento se extiende a las ventas ulteriores. El texto se refiere, según BOTANA, no a la primera venta, sino a todas las ventas. A mi entender, esta interpretación es innecesaria, una vez agotado el derecho, no tiene sen-

noce el derecho a impedir el alquiler quedaría reducido el derecho de explotación económica del autor, que es reconocido en términos amplísimos por la Ley en su artículo 2: “La propiedad intelectual está integrada por derecho de carácter personal y patrimonial, que atribuye al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley” (77) y, por último, el artículo 56,1: “El adquirente de la propiedad del soporte al que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última”: es decir, que la venta del “*corpus mechanicum*” no sirve para autorizar la explotación de la obra (78).

En sentido contrario (79) parece que se daría una interpretación distinta a la que se da en otros sectores del Ordenamiento (p. ej. en patentes, en marcas) donde no se puede controlar el comercio, como hemos señalado en este estudio; “este derecho” puede aludir al derecho de distribución, cuanto más puesto que la ley (artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual) habla de derechos (80) de reproducción, distri-

tido hablar de secusivos agotamientos. El argumento más relevante del autor es el de la historia legislativa: el Proyecto decía que el derecho de distribución “no podrá ejercerlo para sucesivas ventas respecto del mismo objeto”, por el arg. “a contrario”, si no se trata de ventas, sí puede ejercerse.

(77) Este último argumento olvida que el artículo 19 es norma especial en materia de explotación económica y debe prevalecer sobre el tenor excesivamente amplio del artículo 2. De otra parte, recordemos que la teoría del agotamiento nació, precisamente, como modo de poner un freno a normas que contenían facultades de explotación tan amplias como las enumeradas en el artículo 2. Además señalar que queda muy menguado el derecho de autor es una verdad a medias, ya que puede variar su vía de distribución (excepto en el caso de discos y discos compactos, donde la situación puede ser más preocupante) y no es una situación excepcional en derecho comparado, pues ni Gran Bretaña, ni Italia —cfr. sin embargo el artículo 69 de la Ley italiana sobre Derecho de autor que diferencia entre comodato y alquiler, exigiendo este último autorización del Consejo de Ministros—, ni Holanda reconocen al titular del derecho de autor un derecho independiente de prohibición del alquiler. De todas maneras la legislación no me parece adecuada y sería conveniente la introducción de un mecanismo compensatorio o de una norma expresa que admitiera el “*ius prohibendi*” cuando se trata de alquiler con ánimo de lucro.

(78) Pero una cosa es que el adquirente de un libro no pueda hacer fotocopias y ponerlas a la venta y otra que no pueda venderlo o alquilarlo.

(79) Esta interpretación la defiende RIVERO HERNÁNDEZ, que indica frente a la posibilidad de aplicación del artículo 43,1: “la doctrina del destino (...) sólo puede autorizar una reserva de control a favor del autor, *en caso de arrendamiento o préstamo*, cuando se haya hecho expresa salvedad”, y esta doctrina es inaplicable a la ley española —*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1989 (AAVV), p. 382—. También AMAT LLARI, como solución esta autora propugna la reforma de la ley (o una interpretación correctora: hay agotamiento para el consumo privado, pero no para uso industrial) —“El control del autor sobre el destino de la obra”, RCDI 1989, p. 1941 s—. De otra parte, en el cap. IV del Libro Verde de la Comisión de las CE se señala la conveniencia de que se adopte una legislación que admite el “*ius prohibendi*” del titular para el caso de alquiler de sus obras.

(80) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, que señala como característica de la legislación que se llame derechos a las facultades del derecho de autor (op. cit., p. 348).

bución, comunicación pública y transformación, pero no de derecho de distribución mediante venta, derecho de distribución mediante alquiler, etc.; por ello el 19.2, al referirse al derecho de distribución, lo hace al derecho de distribución "in toto"; el hecho de que no se obtenga retribución es una petición de principio, lo que muestra es una deficiencia de la Ley, para cuyo subsanamiento habría que enmendarla; la existencia de un régimen específico para los programas de ordenador (81) hace que el mal quede relegado sustancialmente al alquiler de videos y de discos; la solución contraria facultaría a los titulares a impedir el préstamo en bibliotecas y demás entidades sin carácter lucrativo; se llegaría a un sistema de ilimitación del derecho de exclusiva, con los problemas de la licencia implícita característica de los ordenamientos anglosajones (82); la doctrina alemana (83) con una norma bastante similar ha llegado a

(81) El "Green Paper" de la Comisión, como hemos dicho, favorecía la existencia de una normativa protectora para este sector. No obstante, muchas veces la calificación de arrendamiento o de cesión de uso de los contratos de "software" es arbitraria. Las limitaciones al uso personal en programas de ordenador son admitidas por la Ley (en cambio no son admisibles en Derecho de patentes por el agotamiento, v. SCHATZ, "Die Erschöpfung...", GRUR 1970, p. 210). Las limitaciones de uso no son oponibles en el caso de venta, por haber agotamiento (por ello no habrá venta del programa de ordenador). En los demás derechos como la vía de distribución es la venta, sí habrá agotamiento. Un caso interesante aparece en EE.UU. en 11 USPQ 2 d. 1989, p. 1.548, Court of Appeals, 4. Circuit, de 18-7-1989, se adquirió en Japón un videojuego con la indicación de que no se podía usar en el extranjero. Se utilizó en EE.UU., y la doctrina de este Tribunal señala que lo que no cabía era el derecho de ejecución pública ("public performance"), con lo que se aplica la misma doctrina que en "Warner Bros" (Cfr. también CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, AAVV, cit., p. 1.234). Es interesante la cuestión del agotamiento de los programas de ordenador en el caso de integrar el programa en una red de usuarios (la Ley española la excluye este supuesto).

(82) P. ej. en los libros de las editoriales inglesas se contiene una lista interminable de limitaciones al adquirente de un libro. Esto sería muy oneroso para el comercio y no se cumpliría el fin del agotamiento.

(83) REIMER afirma que la indicación en los videos de la prohibición de alquiler, no tendría efecto alguno (op. cit., p. 227), v. en este sentido la Sent. de 6-3-1986. La polémica doctrinal se recoge en "Die gewerbliche Nutzung von Videokassetten durch Vermietung", FuR 1982, p. 292, v. BRINKMANN, "Die Vermietung von Videokassetten aus urheberrechtlicher Sicht", NJW 1983, p. 599. La constitucionalidad de esta interpretación ha sido puesta en entredicho por LUETJE por la explotación masiva a la que podía dar lugar (este arg. no parece admisible, de la misma manera son lícitas las fotocopias, pagando un canon), *Die Rechte der Mitwerkenden am Filmwerk*, Baden-Baden, 1987, p. 148 ss. HARTLIEB equipara esta interpretación del par. 27 a una licencia obligatoria, *Handbuch des Film, Fernseh, und Videorechts*, Munchen, 1984, p. 424. El BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) ha señalado la irrelevancia de la cláusula por el principio del agotamiento (v. GRUR 1986, 736). La sentencia del Tribunal constitucional alemán de 3-10-1989 señala que si bien el derecho de autor es propiedad en el sentido del artículo 14 de la ley Fundamental; no se lesiona este derecho por el reconocimiento del agotamiento en los términos señalados. Esta sentencia tiene importancia porque p. ej. una sentencia anterior obligó a modificar la legislación de fotocopias por ser muy permisiva (v. GRUR 1990, p. 183).

la solución de que el derecho de distribución por alquiler se agota con la venta, aunque los alemanes cuentan con una norma, el par. 27 UrhG, que concede al titular una compensación; la doctrina de la eficacia relativa de los contratos, los pactos no tienen porqué afectar al subalquiler de un bien.

Adoptar esta última solución, que, aunque insatisfactoria, me parece más congruente con el texto de la Ley, supondría la necesidad de cambiar la forma del tráfico de los vídeos, porque se impediría la venta de los mismos (no se querría vender vídeos porque implicaría la imposibilidad de obtención de un canon por alquiler); los titulares del derecho de autor sobre los videogramas tendrían que realizar la distribución únicamente por alquiler, esto no impediría p. ej. que los consumidores tuvieran su colección de vídeos, porque la copia para uso personal es lícita, pero esta copia no puede introducirse en el mercado, precisamente porque es para uso personal (84). Más difícil sería seguir la misma vía para los discos; pero creo que el mayor daño para los productores de discos se produce por la posibilidad de la reproducción para fines personales, que está amparada por la Ley, y no por las empresas dedicadas al alquiler de discos.

7. EL AGOTAMIENTO EN INVENCIONES BIOTECNOLOGICAS

7. a) Introducción: las características especiales de las invenciones biotécnicas

Este último problema, que muestra la necesidad de variar el sistema de distribución, nos introduce con la cuestión del agotamiento de las invenciones biotecnológicas y de certificados de obtención vegetal, en el sentido de que también se plantea la necesidad de una adecuada retribución del titular del derecho, que puede ser puesta en peligro por una aplicación cerril del agotamiento. En relación a las cintas de vídeo, lle-

(84) Una regulación específica han recibido los programas de ordenador en la Ley de Propiedad Intelectual (y por las intenciones del "Green Paper" de la Comisión, esta regulación no se opone a normas comunitarias). No se aplica la doctrina del agotamiento de un modo general y sobre todo no se permite que se hagan copias para uso personal (excepción al artículo 31). Algunos intentos de restringir la calificación de los contratos como de compraventa deben considerarse fraude de ley y, en cualquier caso, el nomen iuris (arrendamiento, cesión de uso) que se encuentre en estos contratos es irrelevante, si es una compraventa se tendrá que aplicar el agotamiento. Si lo asimilamos a otras modalidades de protección se tendrá que aplicar la teoría de la licencia implícita (que parece que es la idea de la que parte la Ley de Propiedad Intelectual, cfr. el artículo 99,1,2 que dice que el uso será para las necesidades del usuario (usuario que es también el cesionario) y artículo 99,4 sobre la adaptación para el uso).

gábamos a la conclusión de la necesidad de cambiar el sistema normal de distribución; el problema se plantea de modo similar en una invención biológica, porque éstas son ilimitadamente reproducibles (por la reduplicación del DNA) y sería inadecuado exigir toda la remuneración en la primera puesta en el mercado (85), que sería un precio altísimo, puesto que luego se reproduciría libremente, más, como los subadquirientes del primer comprador podrían a su vez reproducir "ad libitum" ese bien, se llegaría a una situación en que nadie querría comprar en esa primera compra al titular, con lo que se quedaría sin aliciente la investigación en este sector.

Conviene recordar que las invenciones meramente biológicas están excluidas del Convenio de Munich sobre la Patente europea y de la Ley de Patentes (artículo 53b Conv. Munich y 51,b; 51,c y 51,d de la Ley de Patentes) (86). Hay que destacar la diferenciación entre procedimientos biológicos y microbiológicos, estos últimos patentables (v. DT 1,4 de la Ley de Patentes), en ambos casos se trata de la patentabilidad de materia viva y, por ello, se ha destacado la arbitrariedad de la distinción. De otra parte, las tendencias de derecho comparado más avanzadas proponen la protección (singularmente los EE.UU.).

La peculiaridad del agotamiento de la invención biológica se pone de manifiesto en que es inescindible el "make" del "use" (87). Imagine-

(85) Presentan por ello analogía con los derechos de autor, que quedan incorporados a soportes de fácil reproducibilidad: discos, libros, etc. Se diferencian en que muchas veces la única manera de usar las invenciones biotecnológicas es por la reproducción (p. ej. semillas), mientras que en el derecho de autor es sólo una posibilidad más, que está generalmente excluida, salvo para el consumo privado. Hace falta para las invenciones biotecnológicas una normativa "ad hoc", como indica STAMM. Está en especial desajustada la normativa sobre el agotamiento y sobre las patentes de procedimiento.

(86) Se excluyen los procedimientos meramente biológicos, pero no se consideran como tal los entrecruzamientos, etc., cuando hay una actividad humana relevante que se manifiesta en la selección sucesiva de animales. La protección de productos biológicos (razas de animales y variedades vegetales) queda excluida del Derecho de patentes por el momento; pero la propuesta de directiva va encaminada a lograr una protección a semejanza del Derecho de patentes; está además en consonancia con la tutela de los productos microbiológicos (los inconvenientes dogmáticos contra la patentabilidad de la materia viva tendrían que valer también para los productos microbiológicos).

(87) El uso de la propia planta como material de propagación es característico, v. ROTH, "Current Problems in the Protection of Inventions in the Fields of Plantbiotechnology", IIC 1987, p. 50, v. STAMM, "Biotechnologische Erfindungen" Stampfli, Bern, 1988, p. 161. Tiene importancia sobre todo para el caso de las novedades vegetales el contrato de propagación como autorización específica, v. SCHIRMER, *Die Zulässigkeit von Beschränkungen des Lizenznehmers in Sortenschutzlizenzen*, Munster, 1975, p. 86-87. Compara el autor esta autorización a una licencia de obra, a mi juicio se trata de un supuesto similar al de la licencia de patente de sola fabricación. Para variedades vegetales, v. también BUECHTING, que trata del problema de la ilicitud de la exportación sin autorización y del agotamiento (*Sortenschutz und Patent*, p. 61). La licencia en obtenciones vegetales se aproxima a la licencia implícita (v. p. 107). Las dificultades de protección subsisten cuando no se trata de la venta de material de reproducción, una vía que se ha seguido en Ale-

mos una invención normal, se aplicaría el principio “*pecunia non parit pecuniam*”, es decir, que de una máquina no salen “maquinitas”; por tanto, el principio del agotamiento juega únicamente en el ámbito de la difusión en el comercio de un objeto patentado concreto (una cosa es utilizar la invención y otra cosa es fabricar el objeto patentado basándose en la invención) y quedan las invenciones biológicas y otros derechos sobre seres vivos, como las novedades vegetales, necesitados de una regulación especial.

Además, conviene recordar la posibilidad de recurrir a la doctrina de la licencia implícita —doctrina anglosajona que hizo de equivalente de la teoría del agotamiento, cuya aplicación a invenciones biotecnológicas viene auspiciada por la Comisión—, necesaria en particular para la venta de material de propagación. Esta doctrina establece que se entenderá cedido el derecho en la medida necesaria para el “uso normal” del cesionario.

7. b) Análisis de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre invenciones biotecnológicas

Es interesante analizar, siquiera someramente, las disposiciones que se contienen en la Propuesta de Directiva sobre invenciones biotecnológicas (88), porque muestra la inadecuación de la doctrina general sobre agotamiento para este sector.

En la Propuesta se exige que se cumplan los requisitos generales de patentabilidad; se aplican principios distintos a los que se encuentran en el sector de las obtenciones vegetales, con el resultado de que la protección de que goza es mayor; no cabe la utilización de una invención biotecnológica para obtener una invención nueva (sin obtener una licencia), si la nueva invención se utiliza para un uso que no sea el privado o experimental —artículo 10— (89).

El artículo principal para el tema que nos ocupa es el 11: “Si un pro-

manía para protegerlo es considerarlo competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno (v. GRUR 1959, p. 241). Esta vía es impracticable en Derecho español. Es muy esclarecedor el artículo de CHRISTIE, “*Patents for Plant Innovation*”, en EIPR 11 (1989), p. 394 ss. Analiza el concepto de licencia implícita (p. 406) según a quien se da licencia de propagación. Es instructiva la posición de WINDISCH: el agotamiento no significa libertad para multiplicar: el cassette agotado por la venta no se puede copiar libremente, ni la plante reproducir, el que adquiere un producto que incorpora una patente de procedimiento, no puede luego utilizar libremente el procedimiento, op. cit. p. 487-488. Sobre estos problemas, v. MASSAGUER, ADI 1987-1988, p. 163-164.

(88) El texto en 20 IIC 1989, p. 55 ss. V. STRAUS, “*AIPPI and the Protection of Inventions in Plants*”, IIC 1989, p. 617, el autor defiende el Proyecto de directiva frente a las críticas de la AIPPI.

(89) Nótese que es cabalmente el principio contrario al que se encuentra en la Ley española de Certificados de Obtención Vegetal. Es irrelevante que la obtención vegetal

ducto que disfruta de protección por patente y que ha sido introducido en el mercado por el titular de la patente o con su consentimiento es autoreproducible (“self-replicable”), los derechos conferidos por la patente nacional no se extenderán a actos de multiplicación y propagación, salvo que esos actos de multiplicación y propagación fueran inevitables para usos comerciales distintos de la multiplicación y propagación”.

Vemos que no se aplica, por las razones esgrimidas antes, el principio del agotamiento, sino que se aplica un principio similar a la “implied licence”. De todas maneras, no se permite por este artículo 11 un control excesivo del titular de la patente respecto de todos los actos de explotación de la misma, porque siempre queda la excepción de que los actos comerciales diferentes de la reproducción quedan permitidos, que es un modo de conciliar los intereses contrapuestos y puede servir para proteger p. ej. al agricultor que compra semillas (90), etc.

El artículo 13 establece que la misma regla se aplicará a los casos de invenciones de procedimiento, es por ello importante la inversión de la carga de la prueba que se impone al que utiliza un producto que coincide con el derivado del procedimiento. Son las mismas razones que se dan para las patentes ordinarias de procedimiento (cfr. artículo de la Ley de Patentes), agravadas con la dificultad de prueba cuando se trata de seres vivos (posibilidad de existencia de mutaciones, del azar en los entrecruzados, etc.) (91). Se contempla también en el Proyecto la posibilidad de licencias obligatorias por dependencia (cap. 3).

posterior se base originariamente en otra obtención vegetal, basta que luego pueda reproducirse sin necesidad de acudir a la planta madre, lo que, por otra parte, se derivaría del requisito es la estabilidad u homogeneidad de los caracteres necesarios para lograr la protección como obtención vegetal. Otro problema de la UPOV es que el titular tiene sólo el derecho de impedir la producción de material de propagación y la introducción en el comercio de éste (v. ROTH, op. cit., p. 50). Además en la mayor parte de los países es incompatible esta protección con la protección por patentes. GREENGRASS indica las propuestas de modificación de la norma de la UPOV. La insuficiencia de la norma es, como hemos mencionado, porque la venta de plantas sólo está prohibida si van a utilizarse como material de reproducción, también porque se excluye al agricultor que adquiere para fines no de propagación. En la propuesta se distinguen dos derechos, el primero se refiere al derecho a excluir a terceros de toda la reproducción o propagación de la variedad (derecho que en la propuesta no está sujeto a agotamiento) y el segundo se refiere a la venta del material (que está sujeta a agotamiento). Por tanto sólo se agota en cuanto a la introducción en el comercio, pero siempre subsiste el monopolio de la reproducción; GREENTRASS, “UPOV and the Protection of Plants Breeders”, IIC 1989, p. 629.

(90) Lo que tradicionalmente ha sido una excepción en el ámbito de las variedades vegetales, v. artículo 18,1,a y 18,2 Ley 12/1975 de Protección de las Obtenciones Vegetales.

(91) Se echa en falta una norma como la que preconiza en *Kernprobleme des Patentrechts*, de que bastará para considerar violado un procedimiento de obtención de un ser vivo el que se haya utilizado un ser originado por este procedimiento, porque dada la reduplicación del DNA, sería insuficiente la protección ordinaria de las invenciones de procedimiento. En Alemania tuvo importancia el problema de la dificultad de repetición del procedimiento la Sent. “Paloma roja”, bastaría la mera posibilidad teórica de repetibili-

Esta solución que hemos reseñado de la Directiva, es decir, la protección por medio de una norma “ad hoc” basada en la patentabilidad es la que nos parece más adecuada, también el abandono (parcial) de la teoría del agotamiento por el principio de la remuneración y de la licencia implícita. Es además una protección de más valor que la que hasta ahora dispensan los certificados de obtención vegetal y la UPOV.

7. c) La solución al problema del agotamiento en invenciones biotecnológicas en la ausencia de normativa específica

Otra solución para el problema, en tanto no se apruebe la normativa específica, es algo similar a la vía que habíamos pergeñado para el caso de la explotación de videogramas; es la que ha apuntado la doctrina americana (92) y que se apoya en la exclusión del concepto de venta o de venta condicionada para la transmisión de derechos sobre material biológico y la subsunción de todos los negocios bajo la especie de arrendamiento (“bail”). Esto es, en buena medida, lo que hacen los fabricantes de software, calificando todos los contratos de transmisión “sub specie locationis”, pues consideran todos como cesión de uso reservándose la propiedad (93).

dad (“Wiederholbarkeit”), v. GRUR 1969, p. 672. Para la patentabilidad de una selección de plantas madres en derecho alemán, v. BLATT für PMZ 1959, p. 70. La protección de las invenciones microbiológicas ha permitido la ampliación de la protección para casos de invenciones macrobiológicas en las que se aplicaran los microorganismos (decisión “Tollwutvirus”). Para la aplicación a plantas, v. ROGGE, GRUR 1988, p. 653 “Zur Anwendbakeit des Tollwutvirus Beschlusses des BGHs auf makrobiologische Erfindungen, insbesondere im Bereich des Pflanzenzuchtungen”. Con “Tollwutvirus” el problema de la “repetibilidad” pasa a un segundo plano, el depósito del microorganismo completa la descripción de la invención patentada.

(92) KIRN, “The use of Common Law Bailments in connection with the licensing of living organisms”, en *Technology Licensing*, 1987 (ed. por SOBEL), p. 299. Sostiene el autor que para las licencias sobre organismos vivos es conveniente usar la forma jurídica de los “law bailments”. Estos principios se aplican también a contratos sobre programas de ordenador, v BENDER, “The licensing of computer software” *Technology Licensing* 1988, vol. 2, p. 72-80.

(93) DELGADO admite la duración por tiempo indefinido, destaca que la regulación del artículo 99 es una novedad excepcional en la Ley, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, AAVV, cit. p. 1.399. Como critica a este autor se puede recordar la jurisprudencia del TS que, con arreglo al artículo 1.581 C.c., en el caso de indefinitud de la duración del contrato de arrendamiento de cosa (lo que pasa también en los contratos de arrendamiento de software), fija el plazo de duración según el modo de pago (p. ej. si el pago es anual el contrato durará un año). Admite DELGADO que en algún caso se pueda hablar de “venta del soporte a que se incorpora el programa, con agotamiento de la exclusiva de uso”, cuando no haya relación duradera (nota 9, p. 1.400). Puede tener importancia la doctrina (“Zweckübertragungstheorie”, ya citada en la interpretación del artículo 19 de la LPInt) que defiende que sólo se van a adquirir en los casos de licencia de derechos de PInt el contenido del derecho necesario para el fin del contrato (aunque no se

La razón de esta actividad es evitar la aplicación del agotamiento o de la teoría de la "implied licence". Por ello, o bien se excluyen taxativamente todos los actos posibles de utilización, salvo el personal (para evitar la aplicación de la doctrina de la licencia implícita) o bien se califica de arrendamiento y por tanto no ha habido una transmisión de la propiedad y no ha habido una introducción del bien en el mercado (cfr. el artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual, que sólo alude a la venta como determinante del agotamiento del derecho de distribución). Esto lleva a soluciones absurdas, porque las partes, sobre todo una (94), no pueden calificar a su libre albedrío los contratos que realizan; y si se ha obligado el comprador a pagar una cantidad determinada ("una tantum"), no tiene obligación de restitución del objeto del contrato (sea semilla o sea programa de ordenador), y las obligaciones del "vendedor" se agotan en el momento de la entrega, no se puede calificar más que como compraventa (95).

Como hemos indicado, la doctrina americana se inclina por la idea de considerar los contratos de cesión de material biológico como arrendamientos, con lo que pueden establecer cuantas condiciones estímen oportunas. Esto puede llevar a soluciones, al menos desde el punto de

porqué se debe proteger a la empresa titular del derecho, que normalmente es más fuerte que el consumidor); v. MERKEL, *Möglichkeiten und Grenzen einer Anwendung der Zweckübertragunstheorie im Erfinder, Patent, und Gebrauchsmusterrecht*, Berlín, 1974. Este autor considera que la idea de transmisión limitada al fin es extensible a los demás derechos de Propiedad Industrial. El hecho de que en la duda se cede lo menos posible no se aplica en el artículo 36,2 TRLSA de 22-12-1989, lo que puede dar lugar a colisiones. A mi juicio, en contratos de "cesión de uso" debería jugar la "interpretatio contra stipulatorem" del artículo C.c. En Derecho alemán hay una literatura abundante sobre las posibles restricciones al uso (que es también un tema del derecho de licencias de patente, cfr. la decisión Velco-Aprix de 12-7-1985), v. JUNKER, *Computerrecht*, Baden-Baden, 1981, p. 158 ss.

(94) Entra en juego la legislación de protección al consumidor y de lucha contra cláusulas abusivas o sorprendentes en las condiciones generales.

(95) La distinción que apunta DELGADO, no con mucha convicción, (p. 1.399-1.400; v. también RIVERO, op. cit., p. 381) sobre el "corpus mechanicum" y el "corpus mysticum", aparte de traer a colación una nomenclatura ajena sobre los bienes immateriales, puede ser engañosa. El "corpus mysticum" (la idea inventiva que es objeto de protección por la patente, la obra en sí) nunca está sujeto al agotamiento, cuando se vende un objeto patentado no se vende la patente, sino sólo un objeto. La patente o la marca (como objeto que son de un monopolio estatal por concesión) pueden ser cedidos o licenciados, pero en relación al agotamiento nadie habla de contratos sobre el "corpus mysticum", sino que se trata de determinar el ámbito legal que se concede a la exclusiva, que, como hemos visto, no es el del control del comercio. Esta distinción entre "corpus mechanicum" y "corpus mysticum" nos ayuda a entender la diferencia en el contenido de los derechos, el hecho de adquirir el corpus mechanicum, no nos dice nada sobre la extensión del derecho de exclusiva (ámbito de protección del "corpus mysticum"). Por ello en "Warner Bros" el hecho de haber adquirido una cinta de video no implicaba que se pudieran explotar facultades inherentes a la extensión del ámbito de protección del "corpus mysticum".

vista del “civil law”, abstrusas: el campesino que siembra una semilla no está utilizando simiente que le pertenezca, aunque la cosecha sí va a ser suya (cfr. la figura de la accesión en la Cc: artículo 358).

Normalmente y de un modo más correcto habrá que considerar estos contratos como de cesión de “know-how”, cuando no se haya procedido a una protección especial por patente (que, como hemos visto, está de momento vedada a las especies biológicas). La asimilación al “know-how” tiene como consecuencia que la prestación del licenciatario se debe mantener secreta, lo que, desde el punto de vista del interés común, no parece adecuado.

8. LA POSIBILIDAD DE OPOSICION DEL DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL AL LICENCIATARIO QUE TRANSGREDE UN LIMITE DE LA LICENCIA

8. a) Planteamiento de la cuestión. Admisibilidad de la oposición. Cláusulas que son oponibles

El último problema que vamos a tratar en relación con el agotamiento es la posibilidad del ejercicio de las acciones derivadas de la patente o de la marca respecto al licenciatario que viola el ámbito concedido por la licencia (p. ej. el ámbito territorial, ámbito de uso de una patente o de una marca). Si calificamos esta extralimitación del licenciatario como violación de un derecho de Propiedad Industrial, afectará la misma al tercero subadquirente del licenciatario y puede servir para lograr una compartimentación del mercado común. Por tanto, también se trata en esta cuestión de la compatibilidad de la calificación como violación de la extralimitación del licenciatario con el principio de libre circulación de mercancías en el Mercado Común.

En primer lugar vamos a considerar las normas del Tratado de Roma que son el marco para el caso, esto es, el artículo 30 y el artículo 36, dentro de la interpretación que ya ha sido comentada a lo largo del artículo. Conviene recordar la cuestión de las licencias abiertas y cerradas: la Comisión no ha concedido una exención a los efectos del artículo 85,3 Tratado de Roma (ni en los Reglamentos aprobados de exenciones por categorías) para aquellos supuestos de licencias que se caracterizan por conceder una protección territorial absoluta al licenciatario que puede impedir las importaciones paralelas y las importaciones por parte de otros licenciatarios anteriores a él (96). Estas licencias se denominan cerradas.

(96) Es la Sentencia “Nungesser”, que por primera vez contiene la afirmación de que la licencia exclusiva abierta (esto es, la que no impide la importación de terceros y de licenciatarios anteriores) no va de por sí contra el artículo 85,1, con lo que se consagra la

El respeto del artículo 36 no debe llevar a una trasgresión del artículo 30 y, en este sentido, ha jugado la regla del agotamiento. La cuestión es ver si las normas que configuran la extralimitación del licenciatario como violación (en principio respetables por el artículo 36) son compatibles con el artículo 30 (libre circulación de mercancías).

La Comisión (97), al discutir el Convenio de Luxemburgo, señaló que la norma que se aprobaba —que sancionaba la consideración de violación de la transgresión contractual del licenciatario— podía ser incompatible, en la hipótesis de infracción de un límite territorial, con el principio de libre circulación de las mercancías en los casos en que no hubiera intermediarios, en decir, que, de hecho, al ser un mercado restringido, no se producirían importaciones paralelas. También planteaba la posibilidad de compartmentación del mercado por medio de conductas paralelas ex artículo 85 del Tratado de Roma, además amparadas por el texto de la Ley.

Por otra parte, una vez admitida la compatibilidad de la norma con el artículo 30, habrá que partir del examen de las diferentes cláusulas del contrato y discernir cuándo la transgresión de una de ellas determina también la violación del derecho de Propiedad Industrial. Sin embargo, antes de examinar las diferentes cláusulas, vamos a explicar las normas que permiten la oposición de derecho.

8. b) **Las normas que recogen la facultad de oposición del derecho de Propiedad industrial frente al licenciatario que excede de su derecho**

Señalada la cuestión que vamos a tratar, corresponde en primer lugar indicar las normas que permiten al licenciante condicionar su consentimiento y oponer los límites de su derecho al licenciatario que los viola. Se pueden citar las siguientes normas:

1. La Ley de Patentes: artículo 75,2 que permite el ejercicio del de-

validez de las licencias exclusivas (tan necesarias para la introducción de nuevas tecnologías o en el ámbito de las marcas para evitar el engaño del consumidor). V. el análisis de MASSAGUER, *Mercado común y patente nacional*, cit., p. 418 ss. que defiende que es admisible la obligación por parte del licenciante de imponer en los contratos sucesivos la prohibición de exportar (cláusulas que no está considerada por el Reglamento de exención de licencias de patentes, donde sólo se admite la prohibición de exportación por un período no superior a 5 años desde la primera comercialización y cuya licitud se deriva de que no puede ser inadmisible la cláusula por la que una parte se obliga a insertar en sus futuros contratos una cláusula lícita).

(97) V. GRUSZOW y REMICHE, *La protection des inventions*, Bruselas, 1968, p. 389-390. La Comisión decía que se podía lograr una protección territorial absoluta al poder evitar las importaciones directas. Resulta revelador recordar que en el Proyecto de 1962 sobre el Convenio de Luxemburgo se señala que aunque el licenciatario vendiese fuera de su territorio, el producto se convertiría en libre (“patentfrei”), v. también REUTERS, op. cit., p. 961.

recho de patente contra el licenciatario que transgreda algún límite establecido en el artículo 75,1, que son el límite territorial, la exclusividad y que se refiere a la totalidad o parte de las reivindicaciones o de las aplicaciones;

2. la Ley de Marcas: artículo 42,2 que establece la amplísima posibilidad de oposición para todos los límites contractuales transgredidos, y añade innecesariamente la Ley de Marcas, a semejanza de la Ley de Patentes, la posibilidad de oponer los límites del 42,2 —equiparable al artículo 75,1 de la Ley de Patentes—, límites que, obviamente, ya estaban comprendidos;

3. la Primera Directiva de Marcas: artículo 8,2 el derecho de la marca puede hacerse valer contra un titular que transgrede el contrato en cuanto a su duración, la forma del Registro, la naturaleza de los productos, el territorio y la calidad (98);

4. el Convenio de Luxemburgo, que no ha entrado en vigor, (redacción de diciembre de 1989): artículo 42,2 que coincide con el artículo 75,2 de la Ley de Patentes (99);

(98) Es sintomático que el Reglamento de exención de acuerdos de franquicia (Reg. n. 407/88 de 30-11-1988) no contemple la posibilidad de la oposición del derecho de propiedad industrial que forma parte del paquete de la misma. Hay libertad de aprovisionarse con distribuidores autorizados y entre los mismos miembros de la franquicia. El art. 2 c) admite la licitud de la obligación de no “buscar” clientes en la zona de otro franquiciado (licitud de una actitud pasiva de competencia). Pero la cláusula más significativa es la del artículo 5 g) que incluye en la “black list”, esto es, en la lista de obligaciones que no son susceptibles de exención, el caso en que los afiliados a la red del franchising estén obligados a no comercializar en el interior del Mercado común los productos o servicios objeto de la franquicia a los consumidores finales en función de su lugar de residencia.

El artículo alude a la posibilidad de suministro “en el ámbito del mercado común”, lo que parece indicar la licitud de responder a pedidos fuera del área; bien es verdad que se puede dar una interpretación restrictiva a la expresión “en función de su lugar de residencia”, si entendemos que se refiere a que el franquiciado dentro de su área no puede negarse a contratar con alguien porque no resida en su zona; que sería un modo de hacer imposible las importaciones paralelas. Parece que es este último el sentido de la norma. Dado que la franquicia se caracteriza muy principalmente por el empleo de derechos de propiedad industrial, como indica HOLTmann YDOATE, “Franquicia: Pautas para la redacción del contrato”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1989, n. 6, p. 65, es bastante sintomático que no se haya previsto la posibilidad de la oposición de derechos.

(99) Es interesante el que el Reglamento de exención de licencias de patente (Reg. n. 2.349/1984 de 23 de julio) determine que es válida la prohibición de exportación por un período de 5 años (artículo 1,6). El artículo 3,11 no admite la exención en el caso de que impidan las importaciones paralelas, pero no alude a las consecuencias si el licenciatario exporta. Preceptúa el reglamento que no se aplicará la exención (está en la “lista negra”) si una de las partes se obliga a: a) negarse sin razón objetiva a satisfacer la demanda de usuarios o de revendedores establecidos en su respectivo territorio (obsérvese que no se menciona la posibilidad de que los usuarios sean de otro territorio, lo cual es lógico, dado que se admite la validez de la prohibición de exportación), que vayan a dar salida a los productos en otros territorios del mercado común (la “ratio” es luchar contra las licencias cerradas); b) “restringir a los usuarios o revendedores la posibilidad de comprar

5. en las diferentes redacciones de los proyectos de reglamento de marca comunitaria, donde se ha pasado de la imposibilidad de oposición del derecho de marca contra las transgresiones “territoriales” a la posibilidad de hacerlo.

La norma es clara en el sentido de que todo licenciatario que transgreda cualquier límite (en el caso de licencia de marca) y unos límites indicados en el artículo 75,2 de la Ley de Patentes (licencia de patente), comete una violación del derecho de Propiedad Industrial y, por tanto, aquél que adquiera del licenciatario cometerá, en el caso de utilización industrial, una violación del derecho de Propiedad Industrial (100).

8. c) Análisis de la compatibilidad de la oposición del límite de la licencia al licenciatario con el derecho comunitario de la competencia. En especial la cláusula de limitación territorial

Hemos visto, por tanto, de un lado el juego de los principios de la libre circulación de mercancías (epígrafe 8.a) y de salvaguarda de los derechos de exclusiva; de otro, acabamos de ver la posibilidad —que consagran las normas comunitarias y nacionales— de oposición del derecho de exclusiva frente al licenciatario que excede los límites contractuales (que como contenido del derecho está en relación con el artículo 36).

Sin embargo, como se trata de la posibilidad de oposición de un límite que ha sido fijado contractualmente, tenemos que examinar si la licencia es un acuerdo que restrinja la competencia en el sentido del ar-

los productos dirigiéndose a otros revendedores del Mercado común y en particular a invocar los derechos de Propiedad industrial y comercial para obstaculizar el abastecimiento, fuera del territorio (...) de productos lícitamente comercializados (...) por el titular de la patente o con su consentimiento”. Es decir, que no se puede oponer el derecho de patente una vez que se ha agotado, lo que a contrario puede servir para defender la idea contraria a la que sostengamos en el texto (sólo se agota cuando hay comercialización dentro del límite territorial impuesto). También puede interpretarse la norma como que la posibilidad de hacer pedidos signifique la licitud de la competencia pasiva; estando legitimada, en todo caso, la negativa por parte del licenciado a suministrar fuera de su territorio de acuerdo con el apartado a) y, entonces, el apartado b) podría entenderse en el sentido de que la petición del usuario es lícita y no se podría invocar el derecho de patente contra él.

(100) MASSAGUER entiende que violación del derecho de patente es sólo la transgresión territorial según el artículo 75,2, yendo contra el tenor de la Ley. Indica que es también violación de la patente la prohibición de fabricar (pero que la violación nace de la fabricación ilegítima). “En torno al artículo 53 LP: El agotamiento del derecho de patente”, ADI 1987-1988, p. 141. A mi juicio, por las mismas razones se debe añadir la licencia que consista en la facultad de fabricar únicamente, pero no en la de distribuir (sería similar a un contrato de obra). Considero este autor que en los demás casos no hay violación de patente y en todo caso, para que hubiera prohibición de exportar (limitación territorial) sería necesaria una disposición expresa en el contrato (*Mercado común...*, cit., p. 303).

título 85. Una vez determinado si es lícito en relación al derecho de la competencia la fijación de tal límite, se podrá aplicar la norma (salvaguardada por el artículo 36) que permita la oposición del derecho de propiedad industrial; ya que presupuesto del ejercicio del derecho es la licitud de la obligación de que se trate.

Por ello, hay que analizar si la norma es compatible con el Derecho de la competencia.

El problema se planteó en Alemania en relación a los acuerdos de licencia de patentes; dado que el derecho de la competencia no podía afectar los derechos de propiedad industrial, se consideraron que eran lícitas todas las obligaciones impuestas al licenciatario que descendieran del contenido de la patente. Este principio se recoge en el Par. 20 de la Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia (cuya última redacción es de 22-12-1989): “(1) Los contratos sobre adquisición y uso de patentes, modelos industriales, topografías, o derechos especiales de protección de vegetales son ineficaces, en tanto impongan en el tráfico negocial al adquirente o licenciatario limitaciones que excedan del contenido del derecho; las limitaciones relativas a modo, ámbito, cantidad, territorio o ejercicio no exceden del contenido del derecho” (101).

Esta norma es el origen del conjunto de normas que hemos examinado en el epígrafe 8. b). Se puede considerar por ello que las normas citadas configuran el contenido del derecho y, por tanto, el Derecho de la competencia debe respetarlos. Indisolublemente unido al derecho de la competencia (102) está el principio de libre circulación de mercancías. Aunque quede configurado el derecho por la facultad mencionada, ésta no puede ser una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa: se debe respetar el artículo 30. Pero, en principio, sólo las restricciones no enumeradas se considerarán que “pueden” afectar al derecho de la competencia, lo que se habrá de determinar en cada caso (103).

(101) La expresión “contenido del derecho” recuerda la distinción manejada por el TJCE de existencia y ejercicio del derecho.

(102) Como en las primeras Sentencias del TJCE, cuyo instrumento de ataque frente a las restricciones a las importaciones paralelas fue el artículo 85 (v. supra al tratar el agotamiento en marcas).

(103) Está el problema previo de que si la enumeración de limitaciones oponibles, que contienen las normas comunitarias y nacionales citadas, es taxativa o no; cuestión que no presenta, p. ej. la ley alemana, ya que sólo enumera las limitaciones que, en todo caso, se consideran dentro del contenido del derecho, pudiendo haber más que no se enumeran (ello ha planteado en Derecho alemán si por pactos se puede convertir una limitación obligacional en limitación real). No creo que sean taxativas, sino que habrá que estar a la naturaleza de las cosas y al contenido del derecho. En este sentido, se puede recordar la máxima “odiosa sunt restringenda” y no permitir lo que no esté autorizado, para dar más vigor al principio de libre circulación de mercancías.

En general, los límites que se reconocen como incluidos en el contenido del derecho son para las patentes:

- la exclusividad (cuya transgresión no plantea problemas) (104);
- el límite territorial (que será estudiado con detenimiento);
- que se refiera a la totalidad o parte de las aplicaciones o reivindicaciones (p. ej. se permite sólo usar la patente de producto químico para elaborar un medicamento determinado, se permite el empleo de un procedimiento reivindicado independientemente, pero no de un dispositivo, etc.):

En cuanto a las marcas (tomando como modelo la Primera Directiva, ya que la Ley de Marcas permite erróneamente la oposición de todas las limitaciones) son:

- la duración (limitación que es también evidentemente oponible en materia de patentes);
- la forma del registro —alude p. ej. a la licencia de marca sólo referida a elementos gráficos (105)—;
- la naturaleza de los productos —se permite sólo para un sector de productos de entre los varios protegidos—;
- el territorio y
- la calidad.

Nos parece que no es exorbitante el hecho de que la infracción contractual de estas limitaciones se convierta en violación del derecho, con excepción del caso de la limitación territorial (106). En cuanto a otras posibles limitaciones (dado que defendemos el carácter no taxativo de la norma) nos parecería que se podrían incluir en el grupo de las limitaciones reales (aquéllas cuya imposición, según la terminología alemana, no excede del contenido del derecho) la prohibición de sublicenciar (107), el hecho de que el licenciatario explote la patente después

(104) Normalmente será la fabricación en territorio de otro, con lo que se solapa con la cuestión de las transgresiones de limitaciones territoriales (que normalmente se produce en relación con la comercialización en territorio ajeno, no con la fabricación). En el terreno donde está autorizado para actuar el licenciatario, no cabe que viole la exclusividad. Si, además de la suya, el titular ha concedido una licencia exclusiva a otro, se tratará de un supuesto de responsabilidad del titular y de colisión de derechos de acuerdo con el artículo 79,2 de la Ley de Patentes.

(105) Equivaldría a la licencia en patentes de una o varias reivindicaciones independientes. Sobre reivindicaciones independientes, v. la Regla 30 Convenio de Munich.

(106) Nos referimos siempre a que se viola una limitación territorial dentro de un mismo mercado, porque, en principio, se parte del agotamiento nacional, o bien del agotamiento comunitario, puesto que la pretensión del Mercado común es crear un mercado unitario.

(107) El sublicenciado injustamente no tiene porqué estar mejor considerado que un infractor cualquiera, ya que el principio general es la prohibición de sublicenciar, v. p. ej.

de la extinción de su contrato, etc. (108). Nos centraremos en el análisis de la limitación territorial.

El principal problema resta, empero, el de la compatibilidad de las normas comunitarias y nacionales —que permiten la oposición de la limitación territorial— con el artículo 30 —libre circulación de mercancías— y con el artículo 85 —acuerdos colusorios—.

Acierta, por ello, Massaguer (109) cuando indica que el proble-

el artículo 75,3 de la Ley de Patentes —que no tiene sentido cuando la licencia sea exclusiva.

(108) Considera MASSAGUER (que, por otra parte, interpreta del mismo modo que el artículo 75,2 LPat el Convenio de Luxemburgo —entonces artículo 43, que no ha sido modificado en la última revisión) que también afectan al derecho de la patente (apartándose de la interpretación generalizada por la doctrina alemana) las normas de calidad (pero en este caso no se puede encima perjudicar más al adquirente del licenciatario, ya que además de adquirir un producto de inferior calidad, puede ser privado de él), la transgresión de la prohibición de sublicenciar (pero sólo respecto del sublicenciatario, que es el usurpador, porque obra sin autorización del titular) y campo de aplicación de la patente (que es a lo que alude el artículo 75,1 LPat). Por tanto no es que el autor citado repute únicamente violaciones de la patente las transgresiones de la limitación territorial (como parece deducirse de su exposición). A mi juicio, la posición de MASSAGUER está ajustada al sentido de la Ley, que parte (al haber recogido las normas comunitarias) del concepto acuñado por la doctrina alemana de cuánto las transgresiones contractuales afectan al contenido del derecho de patente y cuándo no. Cuando afecten al derecho de patente, serán además de violaciones contractuales, violaciones de patentes (op. ult. cit., p. 327).

Teniendo en cuenta que, al menos respecto de las patentes, no se produce esta problemática de la conciliación derecho sustantivo-derecho de la competencia, porque por el par. 20 EWG siempre que descienda del contenido del derecho de patente la limitación, ésta estará justificada según el derecho de la competencia. Parece, en este sentido, rechazable la postura de LUEDECKE, quien entiende que se puede convertir por pacto una limitación obligacional en obligación real, porque puede servir para eludir el derecho de la competencia, *Lizenzverträge*, Weinheim, 1957, p. 382-283. Los límites que la doctrina alemana considera reales son: los tipos de licencia ("Betriebslizenzen", p. ej. alquiler para uso en un establecimiento; licencia de producción, de distribución —que plantea un problema de delimitación con la distribución por agentes o concesionarios—), la duración de la misma (con la posibilidad del pacto de un tiempo de liquidación o "Aufbrauchfrist"), las limitaciones territoriales, las cuotas de producción ("Quotenlizenzen" no se recogen en la LPat ni en el C. de Luxemburgo, porque introducen una gran inseguridad en el comercio), etc. El ejemplo típico que da la doctrina alemana sobre limitación meramente obligatoria es la imposición de precios. Creemos que es admisible esta clasificación salvo la consideración de las limitaciones territoriales y de cuotas de la producción como limitaciones reales. V. sobre estas cuestiones el ejemplar mecanografiado de mi tesis doctoral *Trasferimento...*, cit., p. 181 ss.

En cuanto a las marcas en principio nos parece adecuada la posición del artículo 8,2 de la Directiva; son limitaciones reales la duración, la forma del registro (p. ej. el tipo de marca: emblemática, mixta, etc.), naturaleza de productos, territorio y calidad. No nos parece adecuada la inclusión del territorio y de la calidad; en cuanto a la calidad no nos parece conveniente que el subadquirente tenga que pechar con la falta de control —que es carga legal que establece la Directiva sobre el licenciatario— del licenciatario y pueda ser privado de lo que adquiere porque es demasiado malo.

(109) *Mercado común y patente nacional*, p. 325.

ma previo es un problema de compatibilidad de la cláusula territorial con el derecho comunitario de la competencia. Si ésta se considera nula por el derecho de la competencia, no será posible la oposición de la misma y no habrá mayor problema.

En relación con la compatibilidad en abstracto de las cláusulas contractuales de limitación territorial con el Derecho de la competencia, indica Massaguer que únicamente en el caso de que aquéllas sean lícitas de acuerdo con el Derecho de la competencia, podrán ser opuestas al licenciatario y al subadquirente. Sin embargo, al entenderse por la práctica actual que recaen en la prohibición del artículo 85,1 habrá que esperar a que sean declaradas exentas de acuerdo con el artículo 85,3, declaración que tendrá efectos retroactivos según el Regl. 17/63 pero nunca más allá de la fecha de solicitud (110). Es evidente que esta situación de pendencia crea una inseguridad jurídica y un freno al comercio excesivamente gravoso que lo hace incompatible con los fines del agotamiento. Por otra parte, en los reglamentos de exención por categorías aprobados merced al artículo 85,e no se ha admitido hasta ahora una prohibición indefinida de exportación y la cláusula típica que estima la Comisión “en principio” susceptible de exención, es la de no desarrollar una política “activa” de exportación (111), pero se han exigido por la Comisión que el licenciatario pudiera responder a pedidos.

La imposibilidad de exportación sería asimilable a una licencia cerrada y por tanto incompatible con el artículo 85,1 (v. STJCE “Nungesser”, de 8-6-1982). Se nos puede citar (además del reglamento de exención de licencias de patente) como excepción el artículo 1,6 del Reglamento de 30-11-1988 de exención de los acuerdos de licencia de “know-how” (112), que admite durante cinco años —al igual que el Reglamento de exención de las licencias de patentes— la licitud de la obligación del licenciatario de abstenerse de comercializar el producto objeto de la licencia en el territorio de otros licenciatarios. Pero (113) hay que seña-

(110) Salvo que se tienda a la búsqueda de una “rule of reason” en el artículo 85. Se ha experimentado una evolución en el Derecho de la competencia. El TJCE maneja criterios más amplios y benévolos (p. ej. en materia de exclusividad, de cláusulas de no impugnación), mientras que la Comisión continúa reputando estas cláusulas prohibidas en principio bajo el artículo 85,1, con lo que los particulares, si no están amparados por un Reglamento de exención por categorías, se ven forzados a solicitar la exención individual del artículo 85,3.

(111) Cfr. art. 3 c) del Regl. n. 1983/83 sobre distribución exclusiva; v. artículo 3,8,b) del Regl. n. 123/85 sobre distribución de vehículos.

(112) DOCE n.L, de 4-3-1989. La admisibilidad de la prohibición de política pasiva es justificada en el Preámbulo del Reglamento de exención en los siguientes términos: “Los usuarios de productos tecnológicamente nuevos o mejorados que requieren mayor inversión, no suelen ser consumidores finales, sino industrias intermedias que están bien informadas acerca de los precios y las fuentes alternativas de suministros”, con lo que la prohibición de política activa no sería suficiente. De ser coherente con el argumento, la Comisión tendría que admitir las licencias cerradas.

(113) Aparte de la incertidumbre del plazo, una vez que pase éste, ¿ya no se pueden

lar la radical direrencia con la transgresión de una licencia de un verdadero derecho de Propiedad Industrial, porque en ningún caso esta transgresión afectará al adquirente del licenciatario, ya que aquí no hay violación de un derecho de Propiedad Industrial —el derecho al “know-how” no es oponible “erga omnes”— y, por ello, las únicas acciones con las que se cuenta son contractuales. Sin embargo, el problema sigue en pie respecto del reg. de exención de las licencias de patente (aunque tampoco se contiene una norma categórica que excluya el agotamiento).

8. d) El concepto de producto original. La posibilidad de soslayar la aplicación de la norma sobre limitación territorial

Conviene en el análisis de la cláusula territorial partir de la noción de producto original (114). El producto se considerará original cuando sea imputable al titular del derecho de Propiedad Industrial y, así, una cláusula de duración (el licenciatario sólo lo será hasta una determinada fecha) es determinante de la originalidad del producto, mientras que no considero que lo sea una cláusula de limitación territorial, sea de fabricación o de distribución (115). En el primer caso, no se puede afectar a terceros, porque el titular del derecho de Propiedad Industrial puede actuar de un modo más eficiente atacando a la raíz (116). Y, en cuanto al segundo caso, hay formas de soslayar la protección territorial, simplemente realizando la entrega en el lugar de comercio lícito, aunque luego el transporte se produzca fuera del territorio. Es por otra parte cláusula habitual en las ventas de plaza a plaza (ventas a la salida o al

oponer los derechos de propiedad industrial? ¿si el contrato determina esta posibilidad es nulo? ¿habrá una conversión de la cláusula a la que no hacer política activa? ¿qué pasa si hay sólo posibilidad de hacer competencias pasivas y se hace competencia activa, se pueden oponer los derechos de propiedad industrial?

(114) La noción de la originalidad del producto cobra importancia por el principio de agotamiento internacional de la marca, cfr. AUTERI, *Territorialità...*, cit., *passim*.

(115) La originalidad se dará con independencia de que la limitación territorial se refiera a la distribución o a la fabricación. En general, la transgresión de la prohibición de fabricar en otro lugar del asignado contractualmente no plantea problemas, porque el licenciatario no afrontará los gastos, ni las acciones que pudiera interponer el titular caso de que fabrique fuera del lugar autorizado. Pero siempre será una persona legitimada por el titular, tan “Nestlé” es el “Nestlé” español como el suizo. El tiempo, por el contrario, es decisivo, un “Nestlé”, desde el momento en que rompe el vínculo con la sociedad madre, deja de serlo y, por tanto, sus productos no serán nunca originales. Me inclino por considerar producto original también el caso de fabricación fuera del límite territorial, por el principio de libertad de establecimiento en un mercado nacional. La prohibición del licenciatario será un límite contractual, más no parece adecuado que sea oponible respecto de tercero (sobre todo, por la evidente pasividad del titular que permite que se fabrique).

(116) Ese es el sentido del artículo 70 de la Ley de Patentes, llamado, por lo general, de agotamiento del derecho de indemnización.

embarque) que el bien se entienda entregado (y por tanto transmitido el riesgo) antes de iniciar la actividad de transporte (117).

Una interpretación diferente a la aquí preconizada. Llevaría a considerar lícitas las compartimentaciones dentro de un mismo territorio nacional, o a buscar el fraude de la ley (que es fácil de conseguir en las cláusulas de los contratos de ventas de plaza a plaza). De acuerdo con la interpretación criticada, el derecho de Propiedad Industrial estaría agotado si el licenciatario vende a uno en su territorio que luego se encarga de transportar fuera del territorio; en cambio, si es el mismo licenciatario el que lo hace, el derecho no se habría agotado. Además la situación es grave para los subadquirentes del licenciatario, ellos no van a tener modo de conocer la originalidad de los productos, porque además deberían conocer los límites contractuales, etc. (118).

Considerar que el consentimiento relativo al agotamiento puede ser restringido territorialmente, nos lleva a ir contra el fundamento de la doctrina del agotamiento (119). Unicamente no cabría que el consentimiento no fuera condicionado en las ventas que realiza el mismo titular; pero la posibilidad de condicionamiento indirecto de las licencias introduce un factor de inseguridad jurídica, sobre todo el condicionamien-

(117) PAUL, "Inverkehrbringen nach Patent, und Warenzeichenrecht", NJW 1963, p. 980, destacó que dependía del titular del derecho de Propiedad Industrial hacer que el bien que exportaba agotase también su derecho nacional de patente, si lo entregaba para su exportación en territorio alemán se debía considerar agotado su derecho de patente; si la cláusula previese la transmisión del riesgo y la entrega en el extranjero, no quedaría agotado el derecho de patente. BEIER reputa esta construcción como alambicada y errónea al importar conceptos del derecho mercantil, cuando la introducción en el comercio se debe juzgar con criterios económicos (*L'epuisement...*, cit., p. 20). En España al respecto puede verse la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24-11-1988 (caso Schweppes) por las que no se podía evitar, de acuerdo con el derecho de la competencia, el que un concesionario entregara en su establecimiento mercancías que iban a ser entregadas fuera del área de distribución. Esta forma de soslayar —por los INCOTERMS— la prohibición del contrato, será justa causa al licenciatario para denunciarlo, por atentar contra la buena fe. Sobre las causas de extinción de las licencias, v. el ejemplar mecanografiado de mi tesis doctoral *Trasferimento e licenza di marchio. Profili di diritto italiano e comparato*, p. 490 ss.

(118) Es importante una protección a la buena fe del que no tiene medio de conocer estas restricciones contractuales, muchas de las cuales no tienen acceso al Registro de la Propiedad Industrial. En este sentido BERCOVITZ defiende una protección para el subadquirente del "licenciatario notorio" (op. cit., p. 550). También podría intentarse la vía de la "usucapio libertatis". El agotamiento supone por otra parte algo similar a la protección de la buena fe, que implica adquisición autónoma del bien ("a non domino"), como en la letra de cambio, ya que ni siquiera van a afectar al que adquiere el bien —una vez agotado el derecho de Propiedad Industrial que incorpora— las condiciones que se incluyan por el titular, serían como las cláusulas sin relevancia cambiaria que se tienen por no puestas.

(119) V. REUTERS, op. cit., p. 959, las partes no pueden excluir el agotamiento, sobre este problema v. REIMER, op. cit., p. 222.

to del consentimiento del titular a que el licenciatario comercialice en un determinado territorio.

8. e) La compatibilidad con la unidad de mercado

Otra crítica es que parece incompatible la naturaleza real de la limitación territorial con el principio de unidad de mercado, porque sirve para crear territorios estancos dentro de un mismo mercado, que estarían constituidas por los respectivos territorios de actuación lícita de los licenciatarios (lo que sobre todo tendrá importancia en los mercados supranacionales).

Según la interpretación que criticamos (que admite la posibilidad de oposición del derecho de Propiedad Industrial al adquirente del licenciatario que viola un límite territorial de su licencia), si el licenciatario vende dentro de su territorio a alguien que lo vende fuera, el derecho se ha agotado, pero si el licenciatario vende fuera a alguien que lo revende, el derecho no se ha agotado. Esta interpretación es, a mi juicio, incompatible con el principio de unidad de mercado y con el principio de libre circulación de mercancías. En otros casos de violación de patentes por parte del licenciatario (p. ej. licencia sólo de fabricación, o de sólo algunas reivindicaciones —lo que es difícil por el principio de unidad de invención—, o de duración del acuerdo) esos productos con independencia de su lugar de comercialización serán violación de la patente, y son violación de la patente, porque son productos no-originales, no-imputables al título del derecho. Si el licenciatario no puede vender fuera de su territorio (como puede hacerlo el que adquiere de él, “nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet”), no se puede deber a la patente (¿por qué no se aplica entonces la prohibición al adquirente?), sino que se debe sólo al contrato, que es el que impone la restricción territorial, por consiguiente, la violación será sólo una violación contractual (120).

8. f) Problemas particulares para las marcas de la consideración como real de la limitación territorial

En todo caso, nos parece particularmente desafortunada la aplicación del precepto a las marcas (121). Puede que en patentes se haya adoptado la norma para remunerar al titular, pero en marcas no hay nin-

(120) No nos parece adecuado que se repute un producto original o no, porque haya sido comercializado en un sector de un mismo mercado y no en otro. V. el art. 139.2 de la Constitución y la STC 64/1990 de 5 de abril.

(121) Indica REUTERS, op. cit., p. 772, que el Proyecto de Convenio sobre Marca Comunitaria no admitió la posibilidad de que las limitaciones territoriales tuvieran eficacia real. Sin embargo la evolución en marcas es en otro sentido por la Directiva.

guna necesidad de remuneración (122). Por otra parte, en marcas se acentúa más que en patentes la idea de originalidad: el producto es original, porque viene de la empresa del titular o de alguien vinculado a él, y esto no depende del lugar en el que el bien se introduce en el mercado. En patentes la originalidad, en sentido estricto, no existe, ya que la violación se lleva a cabo al reproducir la invención de otro, luego los productos son idénticos, salvo que sea una mala copia (123). En marcas además la interpretación criticada acercaría la licencia a la cesión parcial, figura que es en nuestro Derecho ilícita por el artículo 41,2 de la Ley de Marcas, puesto que se crearía derechos independientes de marca. En patentes existe el mismo principio en el artículo 74,3 de la Ley de Patentes (124).

Desde otra perspectiva, la literalidad del artículo 42,2 de la Ley de Marcas (que permite la oposición de cualquier límite contractual) es excesiva y contraria al tenor de la Primera Directiva sobre Marcas (lo que obliga a la modificación antes del plazo fijado en el artículo 16 de la misma), porque lleva a consecuencias absurdas: si es violación del derecho de marca toda transgresión del contrato, serán productos que violen la marca los productos del licenciatario que no haya pagado el canon, o

(122) Se debe recordar que el concepto de producto original es central, ya que la función de indicación de origen es la única legalmente protegida para las marcas. El Abogado general Jacobs, parte en la opinión citada al caso "Hag II" de que al protección de la marca puede entenderse como "reward" para el que coloca en el mercado bienes eficientes.

(123) Desde este punto de vista, puede defenderse que los problemas en patentes no son de indicación de procedencia (todos los inventos reproducen la misma idea inventiva manifestada en los inventos reproducen la misma idea inventiva manifestada en la patente) y, por ello, no hay engaño al consumidor: siempre, por hipótesis, estaremos ante una reproducción fidedigna; sino de justicia, el que ha inventado tiene derecho a una remuneración. En marcas, por el contrario, la cuestión es la protección al consumidor, ya que se adquiere un producto por provenir de un titular. Sin embargo, se puede transgredir una patente sin que haya engaño al consumidor, p. ej. añadiendo una marca diferente.

(124) A mi entender, el supuesto de hecho de patentes normalmente será distinto, porque por el principio de unidad de invención se partirá de la indivisibilidad de las reivindicaciones. No parece normal en cambio que se divida la marca (p. ej. el gráfico, el emblema, etc.) más que territorialmente. Me parece significativo que los autores alemanes hablen de la licencia de patente como "Teilübertragung" (cesión parcial) y por eso se justifica su construcción sobre las limitaciones que derivan de la patente y las meramente obligaciones, pero niegan esa calificación de cesión parcial ("Teilübertragung") a la licencia de marca, precisamente por la necesidad de que la marca cumpla la función de indicación de proveniencia. Por esta razón SIECHE niega la posibilidad de que las cláusulas territoriales tengan en una licencia de marca eficacia real. En Italia la doctrina no se plantea el problema, en el caso de marcas hay que partir del concepto de originalidad y del artículo 15 legge marchi, en consecuencia, siempre que la licencia no conlleve poderes autónomos podría limitarse territorialmente, pero el producto podrá circular libremente y si los conlleva no podrá concederse la licencia más que para toda Italia, porque la norma italiana prohíbe las cesiones parciales.

que haya concedido una sublicencia, o que no respete el precio impuesto, etc.

8. g) Problemas particulares en relación con el Derecho de autor

En cuanto al Derecho de autor no pueden plantearse los mismos problemas que en marcas, ya que no se da el problema de la originalidad del producto —al igual que sucedía en patentes—.

La Ley de Propiedad Intelectual no contiene ninguna norma sobre la posibilidad de oposición de los límites de la licencia. El artículo 43 admite la posibilidad de una transmisión restringida, que parece que deberá tener eficacia “*erga omnes*”. Dice el artículo 43,1: “Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos inter vivos, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y *ámbito territorial* que determinen”.

En Derecho alemán (al igual que sucede con las marcas y a diferencia de las patentes) no son oponibles en Derecho de autor las limitaciones territoriales dentro del Estado alemán, aunque no se aplica el agotamiento internacional (es decir que se aplica para el Derecho de autor y de marcas de interpretación que propugnamos para todos los casos) (125).

8. h) Propuesta final de solución para cohonestar el tenor de la norma con el artículo 30

El tenor de la Ley es claro, en el sentido de que la transgresión de un límite territorial establecido en el contrato es una violación de un derecho de Propiedad Industrial (126). Creemos, sin embargo, que se puede dar una interpretación que satisfaga el tenor de la Ley y además no vaya en contra del derecho de la competencia y del principio de la unidad de mercado. Esta interpretación se puede basar en la literalidad del

(125) V. REIMER, op. cit., p. 228. DEUTSCH admite incluso una parcial aplicación para Derecho de autor del agotamiento internacional. No habría por otra parte agotamiento si se siguió una vía de distribución no autorizada. Es algo similar a la limitación real de la licencia de mera fabricación en derecho de patentes (v. Sent. “Heiligenhof” en GRUR 1959, p. 200).

(126) Además no se puede olvidar que esta posibilidad está recogida en los ordenamientos de los Estados miembros de la CEE (*L'epuisement...*, cit., p. 37). Se indicó en las discusiones del Convenio de Luxemburgo que no tenía sentido apartarse de una norma que se contenía en la legislación de los Estados miembros. A mi juicio, el hecho de que exista una norma de este tipo no significa que deba subsistir, si va contra principios como la seguridad del tráfico y la libre circulación de mercancías. Lo que tampoco tendrá sentido es que se excluya a nivel intracomunitario y se admita a nivel nacional.

precepto (127): hay violación si el licenciatario transgrede los límites, “a sensu contrario”, sólo hay transgresión para el licenciatario y es una norma que se aplica a él sólo. Por consiguiente, se excluiría la aplicación al subadquirente, que no aparece mencionado en la norma. Esta conclusión puede recordar los orígenes históricos del principio “Hand wahre Hand”, que, en cierto modo, están recogidos en el artículo 464 c.c. La culpa de haber confiado en el licenciatario es del licenciante y por tanto sólo tendrá acción contra él quedando a salvo los adquirentes de buena fe. La consecuencia será que el licenciante no tendrá únicamente las acciones contractuales (con la aplicación de las normas generales del derecho de obligaciones), sino que además tendrá las acciones más eficaces de las Leyes especiales de marcas y de patentes y, por otra parte, tendrá la posibilidad de exigir el resarcimiento de acuerdo con las normas más favorables que se contienen en las leyes especiales, pero solo contra el licenciatario, no contra el subadquirente.

La solución consiste, por tanto, en una “*fictio iuris*”: el licenciatario es violador en relación al licenciante, pero no lo es en cuanto transmisor del bien al adquirente del mismo.

En conclusión, consideramos (como resultas de un argumento “a contrario”, que sirve para restringir una norma prohibitiva) que la norma en cuestión (artículo 75,1 de la Ley de Patentes y equiparables) es una agilización procesal, que servirá al licenciante para servirse de unas acciones energéticas y eficaces que se contemplan en la Ley de Patentes y en la Ley de Marcas, pero que no debe considerarse violación o usurpación del derecho para los subadquirentes que quieran utilizar la invención o el objeto contraseñado con la marca para fines industriales (en el caso de marcar, el uso industrial sería la reventa). La buena fe —es decir que el subadquirente sepa o no si el licenciatario transgrede los límites de la licencia— sería irrelevante en la interpretación que defiendo, porque no sería admisible que el titular pudiese controlar la distribución. Tampoco es relevante para la interpretación que conceptúá la transgresión del límite territorial como violación del derecho, ya que para la violación de un derecho de Propiedad Industrial no hace falta la mala fe (128) (ésta será sólo un criterio agravante de la responsabilidad).

(127) En el iter legislativo no se menciona nunca la posibilidad de la oposición del derecho al adquirente del licenciatario. El problema es que el artículo 50 LPat habla de la utilización de la patente como violación de la misma, el artículo 30 de la LM es más impreciso, porque habla de utilización en el tráfico económico, por lo que apunta a la libertad del uso industrial, a diferencia del Derecho de patentes. La LPat sólo excluye el uso personal y hay varios artículos que presuponen que les afecta a los adquirentes: artículo 70 y 63c de la LPat.

(128) La falta de culpa eximirá de abonar el enriquecimiento en el uso industrial (en el que la consecuencia básica es la acción de cesación) por el artículo 64,2 in fine de la LPat. Creo, de todas maneras, que, en el caso de uso industrial culposo (cuya prueba incumbe al titular de la patente), se deben atenuar los criterios indemnizadores del artículo

dad), por el principio de protección absoluta del que gozan (129); de la misma manera la lesión del derecho de propiedad es independiente de la buena o la mala fe, aunque las consecuencias resarcitorias varían.

En todo caso, la validez de las normas que tratamos, siempre que afectaran al mercado comunitario, dependería de su compatibilidad con el artículo 30 Tratado de Roma. El Convenio de Luxemburgo establecía expresamente (artículo 93) que sus normas no perjudicarían el Tratado de Roma (130), esta disposición ha sido suprimida en la redacción de 15-12-1989 por innecesaria. La posibilidad del efecto contra terceros de la limitación territorial podría chocar contra el artículo 30 o contra el artículo 85 (que se aplica también por el TJCE a los acuerdos verticales) (131). Destacar además que nuestra interpretación se refiere sobre todo al caso de limitación territorial, ya que las demás limitaciones no plantean un problema tan grave, siendo en este punto uniforme la doctrina.

9. CONCLUSIONES

Hemos analizado en este trabajo los problemas que se plantean en

lo 66.2 LPat (a semejanza de la norma de Ley de Propiedad Intelectual). El enriquecimiento injusto se podría moderar a imagen del artículo 125 de la LPInt. La LPat contiene un criterio de moderación en el artículo 66.3 (v. el artículo 37 de la LMarcas). El enriquecimiento injusto puede ser demasiado riguroso, v. DÍEZ-PICAZO en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., p. 1.695 ss, v. MASSAGUER, que es crítico al respecto, *Mercado común...*, cit., p. 76. La indemnización en Alemania es con independencia de la culpa, v. Sent. BGH de 30-11-1976, GRUR 1977, p. 250. KRIEGER resalta que el principio de oposición del derecho de Propiedad Industrial al licenciatario que sobrepasase los límites de su contrato sería sin perjuicio de los artículos 85 y 86, GRUR Int. 1976, p. 213. ALBRECHTSKIRCHINGER da cuenta de la polémica y propone una interpretación similar a la que da JOLIET para la licencia de marca, no es limitación de competencia de por sí la cláusula territorial, GRUR Int. 1976, p. 257.

(129) Es la "Sperrwirkung" del derecho de las invenciones en la regulación alemana; que no se da en otros derechos de Propiedad Industrial, como en el derecho de los modelos industriales. En España no hay motivo para no aplicar la "Sperrwirkung" también a los demás derechos de Propiedad Industrial, aunque se aplicará el principio de especialidad tanto a las marcas como a los modelos industriales, por la discutible interpretación del TS.

(130) V. GRUR Int 1974, p. 225. Por ello se tuvieron que suprimir las normas que regulaban el agotamiento en el período transitorio. La norma de compatibilidad se encuentra en los Protocolos en la redacción actual.

(131) La prohibición de exportación va en principio contra el artículo 85.1; como muestran los reglamentos de exención aprobados hasta ahora (la prohibición de hacer política activa de exportación era el máximo de restricción autorizado). En este sentido LIEBERKNECHT, op. cit., p. 476 (que alude a la intención de la DGral de Política económica de reprimir estas cláusulas). Se reproducen por el tenor de las normas los problemas de coordinación del Derecho alemán entre las normas del Derecho de patentes y el derecho de la competencia (v. REIMER, op. cit., p. 227). Se admitió no obstante la licitud de la prohibición de exportación en la STJCE de 19-4-1988 (GRUR Int 1989, p. 663).

relación al agotamiento de los diferentes derechos de Propiedad Industrial e Intelectual. Se ha procurado lograr una solución uniforme en la interpretación, lo que, no cabe duda, viene dificultado por la heterogeneidad de los derechos y por las diversas Sentencias sobre la materia. Si bien hay una jurisprudencia consolidada del TJCE, no se puede excluir el cambio futuro de la doctrina jurisprudencial. Un aviso de ello puede encontrarse en las Conclusiones del Abogado General para el caso "Hag II".

De otra parte, quedan problemas pendientes de resolución, como la compatibilidad de la norma "antitrust" con la cláusula de salvaguardia del artículo 36. En este sentido, hemos analizado en el trabajo la compatibilidad con el artículo 30 de la pasibilidad de oposición del derecho de Propiedad Industrial al licenciatario que transgrede una cláusula territorial que limita, dentro de un mismo mercado, su ámbito lícito de actuación.

NOTA FINAL

Ya enviado el trabajo a la Redacción de esta Revista, ha aparecido la tan esperada Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "Hag II", con fecha de diecisiete de octubre de 1990 y siendo ponente el Magistrado Rodríguez Iglesias.

La Sentencia resuelve el caso a favor de las pretensiones de la empresa alemana "Hag", derogando la doctrina establecida en el caso "Hag I". No se ha intentado ofrecer una interpretación conciliadora, una "concordatio oppsitorum" como la que he defendido en este trabajo. Merece la pena resaltar los puntos fundamentales del discurso de la Sentencia.

En el Fundamento 10 establece el TJCE la necesidad de reconsiderar la doctrina sostenida en Hag I. Este replanteamiento de la doctrina anterior lo elabora en los fundamentos de Derecho siguientes con el apoyo de la cláusula de salvaguardia de la Propiedad Industrial del artículo 36 del Tratado de Roma. Al estar protegido el derecho de marca por el artículo 36, se trata de determinar cuál es el objeto específico del mismo (Fundamento 14), porque nos indicará el límite para hacer valer los derechos de marca (ante importaciones paralelas). Es decir, se trata de determinar en qué supuestos el derecho de marca ampara la oposición a la importación paralela (por estar cubierta por el objeto específico). De acuerdo con anteriores Sentencias, el TJCE señala que el objeto de la marca es garantizar una procedencia empresarial uniforme de los productos contraseñados con una misma marca. Siempre que se cumpla esta función de indicación de origen empresarial, estará justificada la alegación de los derechos de marca.

Otro punto de importancia en la Sentencia es la mención que se hace a la doctrina el consentimiento: "(...) el hecho determinante es la ausencia de todo consentimiento de parte del titular del derecho de mar-

ca protegido por la legislación nacional ante la puesta en el comercio en un Estado miembro distinto, con una marca idéntica o confundible, de un producto similar fabricado y comercializado por una empresa que no tenga ningún vínculo de dependencia jurídica y económica con el titular". Por tanto, vemos que se prescinde de la diferenciación "expropiado-beneficiario" de la expropiación (recuérdese la Sentencia "Pharmen") como cuestión previa al discernimiento de si hay consentimiento o no. Se debe destacar en este punto que no se ha acudido a la doctrina "Kodak", que entiende que, en un supuesto de decisión "intra-grupo", no habrá práctica colusoria, con tal que las sociedades filiales no tengan ámbito de decisión propio. Esta doctrina se planteará, sin embargo, cuando se plantea un problema de compartimentación de mercados. Si se va a solucionar con el respeto al derecho de marcas, habrá que entender que en el caso de que haya un ámbito de decisión autónoma, cada miembro del grupo podrá oponerse a las importaciones paralelas de productos elaborados por otro miembro. La única vía para solucionar este problema será la de la imposición de multas por la Comisión, o bien entender, conforme a la postura de AUTERI, anteriormente expuesta, que las cesiones o intestaciones parciales, dentro del Mercado Común, son nulas.

En el Fundamento 17 se aparta expresamente de la doctrina del origen común: es, por consiguiente, irrelevante que las empresas hayan tenido en alguna ocasión vínculos jurídicos, si éstos han dejado de existir.

La consecuencia (fund. 19) es que, tanto la beneficiaria de la Expropiación Forzosa como la expropiante, no van a poder oponerse a las importaciones al territorio en el que ostenten sus respectivos derechos de marca. Con ello, se va más allá de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán, puesto que únicamente preguntaba si el expropiado de la marca se podría oponer a la importación de productos contraseñados con la marca expropiada por parte del beneficiario de la expropiación.

Los problemas, sin embargo, quedan en pie, ya que, como hemos tratado de poner de relieve en las líneas anteriores, pueden surgir múltiples cuestiones como consecuencia de la subsistencia de derechos de Propiedad Industrial otorgados por los Estados miembros de modo independiente, como expresión del principio de territorialidad.

El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas

Interpretación sistemática de la Ley 21/87

BARTOLOME VARGAS CABRERA

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Guadalajara

INTRODUCCION

La Ley 21/87 ha suscitado junto a importantes expectativas y sensibilidades en materia de protección de menores, notables dificultades interpretativas. Su eficacia, de alguna manera está condicionada a que se delimita con precisión el concepto de desamparo que es punto central de referencia de toda la reforma y las consecuencias jurídicas que de él se desprenden y que se traducen en competencias para las entidades públicas y exorbitantes efectos en algunos casos en las relaciones jurídico-familiares. A tratar de ayudar al esclarecimiento de estas cuestiones se orienta el presente trabajo instrumentando sobre un estudio sistemático y de índole técnico-jurídica de los nuevos preceptos. No puede olvidarse, sin embargo, que la problemática del menor excede con mucho a los estrictos cometidos del derecho que sólo desempeña un limitado papel en relación con la misma. Los conocimientos científicos, los medios humanos y materiales y una adecuada política de asistencia social son los verdaderos protagonistas de la temática que va a abordarse. En cualquier caso el interés del menor ha de ser el principio orientador de todas de las opciones que se asuman. Incluimos reflexiones sobre el acogimiento, adopción y otros problemas procesales que presentan una íntima relación con las conclusiones que aquí se exponen. Se inicia este estudio con el análisis de los criterios de orden general que han de servir para una razonable interpretación de las disposiciones legales y a continuación se inquiere sobre el concepto legal de desamparo y sus consecuencias jurídicas más relevantes, la tutela y la guarda de los entes públicos.

I. CRITERIOS GENERALES DE INTERPRETACION

1. Naturaleza jurídico-familiar de las relaciones reguladas en la Ley

La primera constatación que debe hacerse es la de que estamos ante una materia regulada por el Derecho Civil de Familia. La reforma hace referencia a todo el contenido del capítulo V, del Título VII del Libro I del Código Civil, a algunos preceptos del título X, referidos a la Tutela y otros de los títulos XI (mayoría de edad, emancipación), así como a modificaciones aisladas del título regulador de las relaciones paternofamiliares, primeramente mencionado (arts. 160, 161, 164 y 165). Se opera una reestructuración de las normas procesales que permiten hacer valer las oportunas pretensiones en el proceso civil (arts. 1.825 a 1.832 L.E.C. y arts. 63.16 y disposición final y adicional primera) y sólo de manera fragmentaria se contienen preceptos de orden jurídico-administrativo y laboral (disposición adicional primera y cuarta) relativos a la infraestructura de medios exigida por las previsiones legales, para lograr su viabilidad material. En definitiva, nos hallamos en el mundo del Derecho Privado y del Proceso civil, que sirve de instrumento para su realización. Estos recordatorios, que pueden parecer innecesarios, van sin embargo, a servirnos para sistematizar adecuadamente y medir el preciso alcance de las consecuencias jurídicas que se desprenden de las nuevas normas. Téngase en cuenta que algunas materias en particular han cambiado manifiestamente su ubicación en el ordenamiento jurídico. La guarda y el acogimiento de menores, como recoge la Exposición de motivos, han pasado de estar regulados en el ámbito del Derecho Administrativo (sobre todo en Ordenes de 30 de diciembre de 1936, 1 de abril de 1937 y Textos Refundidos de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores) a ser disciplinadas jurídicamente por el Derecho Civil de Familia a través de su inserción en los arts. 172 y 173 del Código Civil.

Consecuencia obligada de lo anterior es que los nuevos institutos y preceptos de la Reforma no pueden interpretarse en desconexión con las vigentes instituciones del Derecho de Familia (Patria Potestad, Filiiación, Tutela, Minoría de edad, etc.), tanto en su vertiente jurídico-civil como en la significación constitucional que revisten a partir de 1978. La Ley 21/87 no puede considerarse como un cuerpo extraño, sino que debe someterse a una hermenéutica integradora con el resto del ordenamiento de Familia, sin perjuicio de las singularidades y nuevas perspectivas que la actual regulación imponga sobre los cánones tradicionales. La colocación sistemática de las novedades introducidas debe jugar así un importante papel para su recto entendimiento y la delimitación de los ámbitos de actuación y facultades de los agentes intervenientes, Administración, Ministerio Fiscal, Órgano Jurisdiccional, Familia y Menor, debe hacerse con sujeción a los principios del Derecho de Familia y de la protección constitucional que han movido a nuestros constituyentes.

Por lo que respecta a la Administración, no puede olvidarse que su intervención en estos temas se inscribe en el contexto de la política de asistencia social, que de manera global desarrolla y uno de cuyos capítulos es la atención a los menores desamparados. Su presencia en los Títulos VII y X del Código Civil y su peculiar estructura y fines originarán algunas modalizaciones del tradicional ejercicio de las potestades familiares de orden tuitivo, pero no debe olvidarse que a partir de la Ley 21/87 toda su actividad de intervención en la Tutela, Guarda y Adopción de menores está plenamente sometida al Derecho Privado, sustutivo y procesal. Al margen de los aspectos de organización y aplicación de medios personales y materiales que siguen regulados por las normas jurídico-administrativas, desde que inicia su actividad de investigación, valoración y tratamiento de los supuestos de Desamparo, sus comportamientos pertenecen a la órbita del Derecho de Familia. Por ello en las relaciones jurídicas que entabla a consecuencia de los preceptos que estudiamos no ostenta una posición de preeminencia, como ocurre cuando se trata de disciplinas integradas en el Derecho Administrativo. Las importantes facultades que sin duda alguna le confiere la Ley deben reducirse a estos esquemas y coordinarse con las potestades que el Derecho de Familia otorga a los demás sujetos de la relación familiar, cuyo respeto aseguran los propios preceptos constitucionales. Sería equivocado trasladar la estructura de eficacia jurídica del acto administrativo, propia del ordenamiento regulador de sus consecuencias, al campo del Derecho de Familia. Presunción de legalidad, coactividad, ejecutividad y control jurisdiccional posterior de significado revisor, son propios de la actividad de los entes públicos en el mundo del Derecho Tributario, Administrativo-sancionador, etc., pero en ningún caso puede tener razonable aplicación en el terreno de la Patria Potestad, Tutela y demás instituciones del Derecho de Familia, al menos en la configuración que han revestido hasta el presente. Lo contrario sería convertir al Derecho de Familia en un capítulo del Derecho Administrativo, con todas las dudas que la constitucionalidad de esta operación plantearía y no parece que la intención del legislador haya sido llegar tan lejos con el mero instrumento de una Ley Ordinaria y sin explicar mínimamente tan trascendentales novedades en la Exposición de motivos.

Las ideas anteriores no tienen porqué concluir en un proceso de mayor privatización del Derecho de Familia. Las intervenciones judiciales y administrativas son necesarias para preservar los intereses del menor y constituyen exponentes de un orden público familiar de amplio contenido. Pero insistimos una vez más en que la demarcación de los campos de actuación de unos y otros debe hacerse de acuerdo con los principios inspiradores del ordenamiento de familia, en el que sin duda subyacen relevantes intereses públicos. Tampoco debe ser óbice lo expuesto para que aceptemos un marco de desenvolvimiento a la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Es difícil encontrar preceptos que diseñen un principio general (autonomía de pacto), con las con-

siguientes excepciones (materias normadas de orden público). En todo caso debe admitirse que la reforma ha convertido a los controvertidos pactos de delegación de facultades paternas (construidos por la doctrina al amparo sobre todo de los arts. 156, 103-1.^º y 2.^º y 211 del Código Civil) en uno de los instrumentos con los que en supuestos tasados (guardia administrativa, acogimiento con ciertas limitaciones) se opera para abordar la problemática de los menores desamparados.

2. Intervención de la Administración y eficacia de sus actos en pro de los intereses de los menores

Es indudable que la Ley 21/87 ha otorgado un protagonismo de primera línea a los entes administrativos con competencia en materia de protección de menores. Han asumido *ex novo* potestades y atribuciones antes confiadas a los sujetos privados familiares. Bajo el punto de vista de política administrativa puede decirse que se ha abandonado el principio de subsidiariedad en la asistencia a menores desamparados para asumir la atención prioritaria y directa de los problemas que aquellos plantean. Son buena muestra de ello su necesaria legitimación para las propuestas de adopción (art. 176), su imprescindible consentimiento para el acogimiento (art. 173), su legitimación para concordar con los padres y acogedores las fórmulas de guarda (art. 172.2.^º y 173.2.^º), para pedir su cesación o constitución forzosa (art. 1.828 L.E.C.) y muy particularmente la titularidad que ostenta de potestades tuitivas de orden familiar como tutor o guardador legal de los menores desamparados. Conviene profundizar en el significado último de éstas novedades legislativas. Observamos en primer lugar que la Ley confía en las entidades administrativas como la mejor preparadas para atender con prontitud y eficacia y subvenir a las necesidades de los menores privados de la necesaria asistencia moral o material. Parece entenderse que la operatividad de los órganos administrativos acudirá con la solución adecuada a los supuestos que se planteen. Se trata de ofrecerle a los entes administrativos un abanico de posibilidades de actuación con el que, desde la óptica de un tratamiento individualizado y duradero en el tiempo, aborden realmente las necesidades de los menores. Nada puede objetarse a la legitimidad de estas intervenciones desde el momento en que, como veremos más adelante, se concibe a la familia como una organización funcional al servicio del desarrollo de la personalidad del menor y en la que están en juego los intereses mismos de toda la sociedad. Late en la Reforma un mandato implícito de flexibilidad dirigido a las entidades públicas para que busquen la fórmula de asistencia adecuada a las necesidades del menor y a los medios personales y materiales con que se cuenta. En definitiva nada más lejos que una jurisprudencia de conceptos para entender la problemática jurídica de los menores; debe partirse de la realidad (el derecho es para la vida) y nunca con mayor justifica-

ción que en éste terreno en el que los protagonistas de verdad son los seres más indefensos e importantes para el futuro de la sociedad. A esta tarea de composición favorable para el menor de las situaciones que se plantean debe añadirse la necesidad del control previo en los procedimientos de constitución de guardas y adopciones como otra de las finalidades con las que el legislador quiere justificar la acción pública en ésta materia. Dice expresamente la Exposición de motivos que todo ello se orienta a evitar el odioso tráfico de niños y la intervención necesaria prescrita por los arts. 173 y 176 es expresiva de lo que venimos diciendo. Algun sector doctrinal ha criticado el "monopolio" administrativo en éstas propuestas y consentimientos, y aquí nos limitaremos a constatar cuáles son estas otras finalidades perseguidas que deberán servirnos para una adecuada interpretación de los preceptos estudiados.

Por último la intervención de la Administración debe también postularse en la *mens legislatoris* como un supuesto de disjudicialización para asistir de modo inmediato y eficaz a los menores desamparados en casos de especial urgencia por los riesgos que se derivan para la esfera material o moral de su personalidad. Se considera el ente administrativo como el mejor dotado para estas rápidas actuaciones y proveerlas de cobertura jurídica suficiente es instrumento indispensable para el fin propuesto. Repárese en que en la Exposición de motivos el párrafo en que se alude a la tutela automática, guarda y acogimiento está todo él dominado por la idea de atender a situaciones urgentes. Habrá que esbozar, sin embargo, un inmediato control judicial posterior que ratifique éstas actuaciones a veces limitativas de derechos. Y es que, y retornando a razonamientos anteriormente expuestos, no podemos perder de vista las exigencias derivadas del sector del ordenamiento sobre el que estamos haciendo éstas disquisiciones. En torno a sus premisas habrá que precisar el ámbito concreto de poder atribuido a la actuación administrativa y su posición respecto a los demás órganos que intervienen en la regulación de las relaciones familiares.

3. Multiplicidad de las instituciones tuitivas y rechazo del ritualismo jurídico

La Ley 21/87 ha progresado en el camino impulsado por la Reforma de la Tutela operada en la Ley 13/83 de 24 de octubre. El texto del art. 215 ya daba a entender que el legislador no cree en modelos cerrados cuando se trata de diseñar los mecanismos de protección de menores en defecto de la patria potestad. Las necesidades del menor y la realidad social van determinando la amplitud de las fórmulas que se prevean. La Ley que comentamos, tal y como se apuntaba en el apartado anterior, diseña nuevos marcos tutelares y viene a introducir una quiebra más en los sistemas tradicionales del Código Civil. Composición privada y puntos de referencia amplios a la hora de regular las institucio-

nes protectoras, pretenden ofrecer a las instituciones públicas instrumentos suficientes para adecuarse a las variables hipótesis de hecho que sugiere el desamparo del menor. Como ha señalado algún autor hay relativamente un progresivo rechazo del ritualismo jurídico ya observado en la aludida Ley de Reforma de Tutela. Ahora es patente en la configuración constitutiva de la adopción, acogimientos y guardas, donde se aligeran notablemente las trabas formales con el fin de que la burocratización de estos actos constitutivos no retrase las soluciones exigidas la mayoría de las veces por situaciones caracterizadas por la inmediatividad y urgencia a que antes hacíamos referencia. Con este talante abierto debe interpretarse la constitución de las relaciones jurídicas reguladas en la presente Ley.

4. El principio de protección jurídica de la familia

El art. 39 de la Constitución nos muestra un criterio vinculante en la materia objeto de estudio. Podemos aproximarnos a este enunciado constitucional desde una doble perspectiva. En primer lugar la familia supone una organización íntima de relaciones que requiere un ámbito de privacidad bien delimitado y protegido frente a terceras personas, sean los particulares o los poderes públicos. Pero de otra parte no tiene un fin en sí misma y se orienta nuclearmente al desempeño de funciones asistenciales en relación con personas especialmente necesitadas de protección. De ahí la legitimidad de las intervenciones públicas (judiciales y administrativas).

En la interpretación de los preceptos que examinamos debe así conciliarse la intervención protectora de la Administración ante el “fallo de la familia” con la defensa del ámbito de privacidad que corresponde a los titulares de las potestades-deberes familiares, y la garantía jurisdiccional que les asiste por mandato de los arts. 39 y 24 de la Constitución. Pero la Ley 21/87 además avanza en las ideas de amplitud y libertad con que debe concebirse y protegerse por el derecho el modelo familiar. Sabido es que a lo largo de la historia y en las diferentes culturas éste ha presentado variables muy diversas de sujetos integrantes y contenido. Entendemos que la Constitución no legitima la reconducción del concepto de familia a la pareja heterosexual formalizada y estable con nexos biológicos de filiación, sino que diseña un paradigma familiar de mayor extensión. Otras organizaciones íntimas, sin las características apuntadas y a las que confía la Ley a personas en trance de desarrollar sus posibilidades humanas y sociales en una atención directa y personalizada, deben beneficiarse de la protección jurídica de la familia a que alude el art. 39. En todo caso tiene que afirmarse respecto de los contenidos, la libertad de elección de modelo familiar exigida por el necesario pluralismo de la vida social proclamado por nuestra norma fundamental, con la limitación del sentido instrumental del grupo familiar de la que son

exponentes las normas de orden público del Derecho de Familia. Este en la sociedad actual ha dejado de ser un mero vehículo transmisor de privilegios y patrimonios basado en un modelo estrictamente jerarquizado para convertirse en función social de primer orden orientada a la satisfacción de las necesidades del menor. La Ley 21/87 sin perder del todo el modelo de familia biológica, subraya en sus preceptos éstas ideas otorgando consideración familiar a la mayoría de las instituciones que regula.

5. El principio de protección integral del menor (“tout pour l’enfant”)

Este principio enunciado en la doctrina del Derecho comparado desde hace ya años, no es una mera afirmación programática, pues se desprenden de él importantes virtualidades interpretativas de los preceptos de Derecho de Familia. Sin especiales dificultades podemos derivarlo del art. 39 de la Constitución, párrafo segundo, y de los Acuerdos Internacionales que velan por los derechos de los niños y que son complemento necesario de la prescripción constitucional, entre ellos y muy especialmente la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Encuentra su primera plasmación legal con claridad en la reforma de la patria potestad operada en 1981. En el art. 154.2.^º se dice: “que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad” y en el art. 170, entre otros, lo hallamos también expresamente proclamado al prescribirse que la recuperación de la patria potestad se podrá acordar “...en beneficio o interés del hijo”. La Ley reformadora de la Tutela, y en relación con las instituciones tuitivas lo proclama también de modo solemne en el art. 216 al decirse que “las funciones tutelares... se ejercerán en beneficio del tutelado...”. Finalmente en la Ley que comentamos se regula de modo expreso en sede de constitución de la adopción (art. 176.1.^º) “...que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado...”; en el art. 180 en el que se dispone que la impugnación de la adopción allí regulada no debe “perjudicar gravemente al menor” y art. 172.4.^º en el que se prescribe que el acogimiento o guarda de los hermanos se “confía a una misma persona siempre que redunde en interés del menor”.

¿Qué consecuencias prácticas pueden obtenerse?, entendemos que de orden superlativo, pues como dice Díez Picazo, el ejercicio de la patria potestad y funciones tuitivas se modaliza por esta finalidad legal que viene a constituirse en causa de los correspondientes actos realizados por el titular de las potestades familiares, con todos los efectos que deben producirse en el ámbito de la nulidad o anulabilidad de las actuaciones ejecutadas. El interés del menor determinará además las opciones y decisiones que deben adoptarse por los titulares de los deberes fa-

miliares y por la autoridad judicial o administrativa. Primará de modo preferente, como sostiene el autor citado, el interés del menor sobre el del padre o guardador y el interés de futuro sobre el estrictamente planteado en el momento en que se enjuicia. En todo caso esta gama de intereses pasa por el principalmente encomendado en la Constitución a los titulares de potestades tuitivas: “el libre desarrollo de la personalidad del menor”.

El problema se plantea a la hora de concretar quien decide lo que en cada momento es objeto de este interés. A lo largo de este estudio procuraremos definir los ámbitos competenciales al respecto de los padres, tutores o guardadores, de la Administración y de la autoridad judicial. Sí debe resaltarse en este punto que a ellos, como agentes definidores de tales intereses, se ha unido ahora de manera clara el propio menor, cuyo concurso ya empezó a ser exigido en la reforma de 1981 de la patria potestad cuando se impuso a los padres la obligación de oírlos “si tuviesen suficiente juicio”. El legislador de 1987 exige su necesario consentimiento para la constitución del acogimiento y adopción (art. 173.2.º y 177.1.º). Hay así un salto cualitativo en las reformas emprendidas ya hace años. El menor de 12 años se convierte en agente definidor de su propio interés e instrumento necesario de conformación de la relación tuitiva en determinados y trascendentales supuestos.

II. CONCEPTO LEGAL DE DESAMPARO Y SUPUESTOS QUE COMPRENDE

1. Antecedentes legislativos y de Derecho Comparado

El Código Civil antes de la reforma de la adopción operada por Ley 4 julio 1970 y a efectos de privar a los padres del derecho de consentir la adopción, formulaba un concepto de abandono de menores de corte subjetivista y con las exigencias de determinados plazos (primero tres años, después seis meses y finalmente un mes en la reforma operada), transcurridos los cuales sin asistencia de los titulares de la potestad familiar, se producía el supuesto de hecho regulado. La Ley innovadora de la adopción diseñó un concepto absolutamente objetivizado que ha estado en vigor hasta la Ley 21/87, considerándose abandonado “el menor de 14 años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación”, siendo irrelevante que se haya producido “por causas voluntarias o involuntarias”. Pese a los esfuerzos de algunos autores y de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 abril 1971, era suficiente la situación de carencia objetiva sin exigirse actuaciones de desinterés o descuido basadas en principios culpabilísticos. En principio quedaba excluido de su ámbito la entrega de menores a terceros cuando éstos les aseguraban la pertinente guarda, alimentación y edu-

cación, bien se hiciera con intención de abandono o para auxiliarse justificadamente en el ejercicio de los deberes tuitivos. Por ello se entendió por algunos que los pactos de delegación de facultades paternas quedaban así sancionados por esta vía indirecta, precisándose que, en todo caso, aún no procediendo el abandono, sí sería factible el ejercicio de la acción de privación de patria potestad en los casos en que se constatará el ánimo de desentenderse del cumplimiento de obligaciones familiares. En los párrafos siguientes del art. 174 se completaba el concepto con la regulación del abandono por entrega en casas o establecimientos benéficos. Aquí, sin embargo, se formulaba de modo culpabilista la situación de carencia del menor, y ésta se originaba cuando antes o después del ingreso en el Centro se constatará la intención de los padres, guardadores o parientes de desinteresarse por la suerte del internado, bien porque se entregara sin datos identificativos o con la manifiesta expresión de abandono y exigiéndose en todo caso el transcurso de 30 días sin mostrar efectiva voluntad de asistencia (por encima de los requisitos legales parece latir la nueva exigencia de constatar una persistente voluntad de abandono). Debe hacerse notar que al igual que en la legislación italiana bastaba el interés de los parientes para impedir la apreciación de la situación, y que la entrega en el establecimiento tanto podía efectuarla el padre como el guardador.

Los demás preceptos del ordenamiento jurídico civil y penal ofrecen un concepto de abandono o desamparo de raíces marcadamente subjetivistas y en el que basta el incumplimiento de los deberes paternos o tuitivos, aunque el menor de hecho goce de un suficiente nivel de asistencia porque se ocupen de él terceras personas. Así el Código Penal en el art. 487 construye un tipo de abandono de familia basado en el incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o tutela que, según la doctrina penal, es de pura omisión. No se exige el efectivo perjuicio del menor basado en objetiva situación de desasistencia, sino la mera infracción de estos deberes en las previsiones típicas de los núms. 1.^º y 2.^º del citado precepto a cargo de los titulares de deberes familiares y con las correspondientes exigencias de culpabilidad. El art. 756 del Código Civil en sede de indignidad para suceder utiliza la expresión abandono a la que la doctrina jurisprudencial ha asignado al mismo carácter subjetivizador. Pero es especialmente expresa de lo que venimos diciendo la regulación por el Código Civil en el art. 170 de las causas de la privación relativa de la patria potestad tras la reforma de 13 mayo 1981. Antes de ella se distinguía: suspensión por incapacidad, ausencia o interdicción y privación o suspensión por "tratar a los hijos con excesiva dureza o darles órdenes, consejos o ejemplos corruptores", con una posible graduación de las facultades objeto de exclusión. El espíritu de la vigente redacción es el mismo, y en la expresión legal "incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad" (obsérvese la identidad con la fórmula penal), debe incluirse el derivado de los supuestos de incapacidad o ausencia, y la tradicional pri-

vación-sanción originada por una actitud culpable (culpa o dolo civil) de desinterés o falta de responsabilidad, concebida ahora con términos más amplios que la anterior redacción que constreñía el supuesto a los malos tratos y conducta corruptora de la moralidad del menor. El incumplimiento generador de privación de patria potestad vigente en el Código es referible a todos los deberes inherentes a la misma (y no sólo a lo relacionado con la guarda personal), y la introducción del precepto interpretativo del interés del hijo, que hemos afirmado con carácter general, conlleva algunas matizaciones. Bajo esta perspectiva habrá de tratarse de un incumplimiento grave (la expresión deberes en plural parece hablar de un descuido u omisión generalizados), y, en todo caso, el juez, como se desprende de la expresión "podrá" (más que de discrecionalidad tiene un significado de flexibilidad), habrá de valorar, conforme a la doctrina jurisprudencial al respecto, más la realidad material que la formal de las infracciones y muy particularmente el interés y los perjuicios que puedan causarse al menor. Debe añadirse de otra parte, que la privación en –ese contexto de flexibilidad apuntada– puede ser total o parcial y que tiene un carácter marcadamente temporal en función de la subsistencia de las causas que la motivaron, como se desprende del párrafo segundo. En todo caso, los supuestos de incumplimientos forzosos deben limitarse, como antes de la reforma de 1981, a las declaraciones de incapacidad y ausencia que quedan incluidas ahora en la genérica expresión de incumplimiento de "los deberes inherentes a la patria potestad". Por lo demás, la estructura de la norma sigue siendo la de incumplimiento, sanción basada en el descuido, desinterés, en la ausencia de la responsabilidad media que debe exigirse a un buen padre de familia. La configuración de la hipótesis fáctica determinante de la privación por el art. 170 se hace fundamentalmente en razón de la actuación de los padres hacia el hijo, sin demandarse un resultado específico de carencias y perjuicios materiales y morales en éste, como sucedía en el concepto de abandono del art. 174 en vigor hasta la Ley que comentamos. Por ello y "ex" art. 170, la entrega del menor a particulares o instituciones que le dispensen las atenciones requeridas para el libre desarrollo de su personalidad, origina la privación de las facultades paternas cuando *ab initio* o posteriormente se observa una actitud o comportamiento caracterizados por la despreocupación, abandono y, en definitiva, falta de presencia efectiva en los procesos de formación y atención al hijo. Cuando tal entrega o delegación se hace con suficiente justificación y manteniendo los padres el cumplimiento del deber de vigilancia e intervención en las funciones de los delegados, nos encontramos ante pactos o situaciones lícitas y no generadoras de los efectos previstos en el art. 170. La gravedad del incumplimiento, (un argumento "*a malore ad minus*" se contiene en el art. 82.2.^o), ha de conectarse con una cierta duración temporal y persistencia de las actitudes de irresponsabilidad paterna (el art. 82 a efectos de causalizar la separación formula la alternativa gravedad o reiteración, y la unión de ambas viene exigida por

los mayores y más consecuentes efectos descritos en el art. 170).

Viene señalándose, como antecedente de Derecho comparado e inspirador de la nueva legislación, la Ley núm. 184 de 4 de mayo 1983 del Parlamento Italiano, habiendo incluso coincidencias textuales en algunos de sus preceptos (arts. 1 a 5 y 8 especialmente). Sus disposiciones exponen una doble conceptuación según que las consecuencias jurídicas sean posibilitar los acogimientos, con la consiguiente privación temporal de las facultades paternas, control judicial y finalidad de reintegración a la familia (acogimiento ordinario en su doble modalidad de "ricovero y familiar"), o con los mismos planteamientos posibilitar y emprender el camino de la adopción, que supondrá la privación definitiva de la patria potestad (acogimiento preadoptivo). En el primer caso la Ley exige la privación temporal de un ambiente familiar idóneo y, como puede observarse, se trata de un concepto de enorme amplitud, y así lo ha puesto de relieve la doctrina civil italiana. Dos notas destacan en la descripción legal: en primer lugar que ha de tratarse de una situación temporal con visos de reversibilidad, y a continuación se requiere la mera inidoneidad, sin más precisiones, del ambiente familiar que rodea al menor, siendo indiferente las causas y sujetos que lo motivan, no exigiéndose una especial intensidad en la conformación del supuesto ni concretos perjuicios y carencias para el menor en cuyo interés se actúa. Basta con que el ambiente familiar no sea el adecuado, el ideal para el desarrollo de la personalidad de aquél. El art. 8 por el contrario, formula un concepto de mucha más intensidad y mayores consecuencias jurídicas, en el que parece haberse inspirado o querido inspirar el legislador de 1987. El art. 8 regula la declaración de adoptabilidad cuando los menores se hallan en situación de abandono en el sentido de "privados de asistencia moral y material de parte de los progenitores o parientes obligados a alimentarles precisando el párrafo segundo que "la situación subsistirá siempre que concurran las condiciones previstas en el párrafo anterior, e incluso cuando los menores sean acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar"; manteniéndose la fuerza mayor de carácter temporal como excluyente del estado de abandono. Como puede fácilmente apreciarse, la fórmula legal está dominada por las tonalidades subjetivas, asimilando a los progenitores, los parientes con obligación de alimentos. En principio se exige una actuación de descuido culpable, pero junto a ella generan también la declaración de adoptabilidad los supuestos de fuerza mayor (incumplimientos forzados de los deberes de asistencia) caracterizados por su permanencia e irreversibilidad. Hay que resaltar que aunque se requiere un específico resultado de privación de asistencia material y moral en el párrafo primero del art. 8, éste se subjetiviza notablemente en el párrafo segundo cuando lo refiere a las consecuencias necesarias que dinman de la actitud de inasistencia de los padres. Por eso aunque el menor reciba de hecho la suficiente atención en institutos de asistencia o a través de acogimientos familiares, procederá la declaración de la si-

tuación. Más controvertidos en la doctrina italiana son los pactos de delegación de facultades paternas. Conforme a los preceptos citados y al art. 9-6.^º, en principio, la entrega del menor a los parientes alimentantes y a terceros (por plazo no superior a 6 meses), no supondrá incurrir en situación de abandono. Este tendrá lugar en todo caso, cuando *ab initio* o posteriormente los titulares de la potestad familiar se desentiendan de sus obligaciones de vigilancia y procura de asistencia, aunque el menor, de hecho, tenga suficientemente cubiertas por otras personas o entidades sus prestaciones asistenciales. La Ley requiere culpabilidad en el abandono o en caso contrario irreversibilidad de la situación, de ahí que se excluyan los incumplimientos forzados de carácter temporal. En definitiva la configuración objetiva del supuesto legal es sólo aparente, y la exigencia del específico resultado de privación de la necesaria asistencia moral y material se conecta, en todo caso, con un juicio de valor sobre la actitud de los que ostentan los deberes familiares.

Debe reconocerse en general que con los últimos años se ha desarrollado un proceso de objetivización de los casos legales de abandono o desamparo que conllevan la adopción y privación de la patria potestad, siendo un claro exponente de ello, por ejemplo, la Children Act inglesa de 1975. Estas líneas de progresión legislativa se establecen en beneficio del menor para juridificar guardas de hecho y proveer a la atención de menores desamparados con fórmulas que permitan la solución urgente, y si es posible definitiva de sus necesidades. Se subraya así la función social de las instituciones tutivas y su exclusiva adscripción a la finalidad de subvenir a las carencias de los menores. En este contexto debe ubicarse, con los antecedentes estudiados, el examen de la vigente definición del desamparo.

2. Análisis de la definición legal. Supuestos que comprende

La fórmula del art. 172-1.^º viene a caracterizarse por la imprecisión de sus contornos, siendo un concepto jurídico relativamente indeterminado que necesita complementarse con juicios de valoración. Sobre ella, en buena medida, giran algunas instituciones creadas y modeladas por la Ley 21/87, e infunde su espíritu a los demás preceptos innovadores. La atención a los menores desamparados se ha convertido en la razón de ser y la finalidad última de la reforma, y determina el punto de partida y alcance de la nueva intervención de la Administración en la materia. Por todo ello debe hacerse un esfuerzo por dibujar con la mayor concreción posible los rasgos definidores de la situación de desamparo. Hay que destacar dos términos en el concepto estudiado: el incumplimiento de hecho de los deberes de protección y la privación de la necesaria asistencia material y moral, unidos por una indudable relación causal. Estudiamos ambos requisitos.

1. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho “*a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores...*”

Analizamos la expresión legal estudiando sus requisitos desde diferentes perspectivas.

A) *Grado de incumplimiento*

La nueva definición es de mayor ámbito que la contenida en el art. 170 del Código Civil regulador de la privación de la patria potestad. Como en éste, se utiliza la expresión incumplimiento de deberes pero se añade una alternativa: el inadecuado ejercicio de los mismos. El incumplimiento debe relacionarse con una ausencia de ejercicio caracterizada por una omisión general. El inadecuado ejercicio supone que los deberes se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o inidonea. En definitiva caben en la hipótesis legal los incumplimientos totales o parciales, aunque entendemos, como exponíamos en sede del art. 170, que debe formularse una exigencia de gravedad al respecto. Este era el límite de las facultades del Juez en dicho precepto, y venía exigido por el principio del interés del menor y el argumento sistemático derivado del art. 82-1 del Código Civil, todo lo cual debe darse aquí por reproducido. El mencionado principio de “tout pour l’enfant” inspira la Ley como se desprende de su Exposición de Motivos, y la expresión “de hecho”, impone un modo de indagación que conduce a lo que venimos sosteniendo. Ha de tratarse no de la mera infracción formal de deberes, sino del incumplimiento real, material de los mismos cuya gravedad justifique, en interés del que sufre la situación, las importantes consecuencias jurídicas que más adelante examinaremos. El concepto legal está sin duda máspróximo al enunciado del art. 8 de la Ley Italiana de 1983 (coincide literalmente en parte la dicción), que al formulado en artículos anteriores cuando se trata de posibilitar los acogimientos ordinarios. El desamparo no es la privación del ambiente familiar idóneo, sino una situación de bastante mayor intensidad por sus perjuicios para el menor y determinante, como la del art. 8 de la citada Ley Italiana, de exorbitantes efectos jurídicos en el mundo de las relaciones paterno filiales y tuitivas. La privación de la patria potestad y la atribución de tutela o guarda a la Administración que regula nuestro derecho positivo, no pueden referirse a situaciones de mera inidoneidad en el medio familiar. En la mayoría de las familias se producen distorsiones y desajustes propios de la condición humana y social, que no deben provocar sin más la intervención de las entidades públicas, so pena de confundir la moral con el derecho e invadir el ámbito de privacidad con el que constitucionalmente se protegen las comunidades familiares. La propia Exposición de Motivos de la Ley 21/87 utiliza la expresión “atendiendo a la urgencia del caso” cuando se refiere a la tutela automática y guarda

de los menores desamparados. Sólo los supuestos urgentes basados en graves incumplimientos de los deberes de protección deben incordarse en la definición que estudiamos.

B) *Naturaleza de los deberes incumplidos*

Puede plantearse la cuestión de si los inadecuados cumplimientos de deberes familiares son o no los que hacen relación con todos los que integran el contenido personal y patrimonial de la patria potestad y tutela (art. 154 a 168; 259 a 285 y concordantes). En una primera toma de postura habría que valorar no sólo los estrictamente personales de los arts. 154, 269 y ahora 173-1, sino todas las demás potestades familiares que se contraen a los capítulos de representación legal y administración de bienes. Este es el sentido de la hipótesis del art. 170 que, en la expresión deberes inherentes a la patria potestad no hace diferenciación de contenidos (con más claridad aún en el texto anterior que hablaba de privar del usufructo de los bienes de los hijos o adoptar las providencias correspondientes al respecto). El enunciado legal obliga ahora a pensar sólo en la descripción de los arts. 154, 269 y 173-1, sustancialmente coincidentes si bien con mayor alcance la atribuida a la patria potestad. El art. 172-1 utiliza la expresión “deberes de protección” que es omnicomprendible a la que se añade “establecidos por las leyes para la guarda de los menores”, que fuerza a valorar sólo aquellos deberes tutivos que integran el contenido moral o espiritual de la potestad familiar. La palabra guarda tiene este inequívoco carácter, tanto en el Código Civil antes de la Ley que comentamos (por ejemplo art. 1903), como sobre todo en los preceptos introducidos en 1987, bastando el examen de los arts. 172 y 173 para comprobar que la misma está teñida de tintes personalistas. Como veremos más adelante, la guarda se ha convertido además en una categoría jurídica con autonomía propia que identifica los supuestos en que, en interés del menor, se asumen los deberes de asistencia material y moral en el entorno de la convivencia con el mismo. Tales deberes son los incluidos en las enumeraciones de los artículos antes citados y en definitiva:

a') *Velar por el menor*: Que comprende la vigilancia de sus actos para evitar situaciones de peligro físico y moral y, en todo caso, requiere una actitud de interés, preocupación y atención por la persona de aquél, sus comportamientos y procesos formativos.

b') *Tenerlo en su compañía*: Es la obligación de convivencia material y puede suspenderse temporalmente cuando por causas justificadas sea conveniente la entrega a terceras personas sin perder el contacto ni el interés con el sometido a las facultades tutivas. No se impone al tutor quien si está obligado a determinar la persona o entidad con la que se conviva y a vigilar la conveniencia de la relación para el sometido a tutela.

c') “*Alimentarlos*” procurándoles la asistencia alimenticia, higiénica y material que necesitan para su desenvolvimiento.

d') *Educarlos* procurándoles una formación integral. Exige tanto el contacto personal para orientar al menor en sus comportamientos y valoraciones, como procurar que reciba la formación cultural idónea en centros adecuados, ejercitando cuando sea preciso el derecho de corrección a que alude el art. 154 del Código Civil y contando siempre con la opinión de los que tengan suficiente juicio.

C) *Causas del incumplimiento y casos concretos incluidos*

Las expresiones “incumplimiento o inadecuado ejercicio” hacen referencia a actuaciones culposas de los titulares de las potestades-deberes familiares, y son reconducibles a la idea de abandono, descuido, desinterés, despreocupación y, en general, falta de la debida responsabilidad. La gama de posibilidades es muy amplia y sin carácter exhaustivo podemos aproximarnos a su enumeración:

a') Comportamientos externos contrarios a las exigencias ético-sociales que impidan una adecuada asistencia al menor, bien por su valor ejemplificador de modelo perjudicial o porque resulte incompatible con la atención que aquél requiere. Así las conductas delincuenciales o asociadas de los padres o guardadores sin que tampoco puedan establecerse inferencias necesarias y sea preciso realizar un examen ad casum.

b') Comportamientos internos en el núcleo familiar caracterizados por la agresividad y violencia, el desequilibrio, la desviación de conductas o la total omisión de afectos y de atenciones. Las hipótesis más relevantes serían los malos tratos de obra y psicológicos, estos en casos de especial significación y perjuicio para el niño, las situaciones de explotación del menor de orden sexual, laboral o para la mendicidad y las actitudes de absoluta indiferencia y omisión que hacen prácticamente inexistente la relación con los hijos o personas sometidas a las potestades tuitivas. En todas ellas debe hacerse una valoración global del supuesto y determinar si, dadas las circunstancias limitadoras de orden económico, socio-cultural o personal, podría exigirse a los titulares de los deberes un comportamiento diferente basado en las actitudes de interés y atención. Es, en definitiva, indagar si concurren la culpa o el dolo civil, cuya presencia determinará la cualificación de las consecuencias jurídicas.

Junto al incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, el legislador sitúa ahora la imposibilidad de ejercerlos. Este amplio término origina una extensión de las causas de privación de la patria potestad, como veremos más adelante, basadas en la infracción forzosa de los deberes tuitivos. Apuntábamos anteriormente que solamente la incapacidad y ausencia declaradas judicialmente podían hacer

entrar en juego las previsiones del art. 170, cuando no se encontraba un fundamento culpabilístico de descuido o desinterés. En el art. 172 se incluyen, por el contrario, todas las hipótesis de no ejercicio de los derechos-deberes familiares que traigan su origen de causas distintas a la voluntad de sus titulares. Así no será necesario que la incapacidad o ausencia estén judicialmente constituidas, sino que basta que concurran de hecho. Y habrán de incluirse, así mismo, todas las demás hipótesis de impedimento forzoso; los supuestos, entre otros, serán: a) enfermedades físicas y mentales aún no determinantes de la incapacidad. Situaciones de drogadicción, alcoholismo, etc. que impidan el ejercicio de deberes tutelares. b) necesidad económica provocada por el paro o emigración. c) déficit socio-cultural caracterizado por su intensidad. Todo ello es consecuencia de la objetivización antes aludida de las situaciones de desamparo, manteniéndose la misma estructura que la del antiguo art. 174, en sede de adopción, que hablaba expresamente de causas voluntarias o involuntarias. La fórmula utilizada en el párrafo segundo viene a corroborar lo dicho, pues junto a la “enfermedad” se sitúan “otras circunstancias graves” sin exclusión de supuestos, y con la gravedad que venimos exigiendo en estos comentarios.

D) *Sujetos del incumplimiento*

A diferencia de lo que ocurre en el art. 8 de la Ley italiana de 1983, el legislador de 1987, considera que el desamparo puede proceder de todo aquel que ostente deberes de guarda sobre el menor. En el citado cuerpo de Derecho Comparado, los padres y parientes con obligación de alimentar son las personas a las que taxativamente hay que referir la situación de abandono del menor que dá lugar a su declaración de adoptabilidad, y la misma idea latía en los preceptos del Código Civil reguladores de la adopción hasta la reforma de 1970. El art. 172 vigente, al igual que el art. 174 definidor del abandono tras la citada modificación de la adopción, se conforman con exigir que el menor se halle privado de la necesaria asistencia, sin que sea preciso establecer conexión alguna con el incumplimiento de deberes tuitivos por parte de los padres. Como veremos más adelante se maneja aquí un concepto de guarda legal o jurídica, que adquiere autonomía en la Ley 21/87, centrado en el contenido personal de la patria potestad y cuyos titulares van a ser los sujetos activos del desamparo. En definitiva éste procederá sin exclusión de supuestos de toda persona física o jurídica a la que la citada Ley atribuya facultades jurídicas en orden a la guarda de menores. En este apartado hay que incluir, en primer lugar, a los padres y tutores, y aunque éstos últimos no tienen el deber de convivencia sí que ostentan, conforme al art. 269, la titularidad de todas las atribuciones personales de la patria potestad, debiendo dirigir, vigilar y controlar, en todo caso, el cuidado material del sometido a tutela (todo ello referido a los casos en

que el tutor no conviva con el pupilo, que son los que podrían presentar alguna dificultad). En esta misma línea de no exigir la convivencia personal pero sí la titularidad de deberes de guarda, no habría obstáculo para incluir al defensor judicial (art. 299 y 302), en aquellos casos en el que el Juez le haya concedido una potestad tuitiva de orden general sobre los intereses personales del menor. El curador debe quedar fuera de la órbita del precepto, dado que sus funciones radican en la potestad de asistencia referida a actos de tipo negocial o patrimonial. El guardador de hecho se encuentra también dentro del radio de acción de la norma, pues igualmente ejerce deberes de guarda, con protección legal, que quedan sometidos al control y vigilancia del Juez, (art. 303), cuando éste tenga conocimiento de la situación. Por las mismas razones, el delegado paterno en los casos de acuerdos válidos sobre delegación de las facultades que integran la patria potestad, (cuando los padres no pierden el contacto con el hijo ni la dirección de su proceso de formación y atención), puede ser, así mismo, por su conducta negligente o forzosa, sujeto originador de la situación que venimos estudiando. Los acogedores formales del art. 173 pueden, por el incumplimiento de sus deberes de protección hacia el menor, colocar a éste en estado de desamparo dando origen a las consecuencias jurídicas que más adelante examinaremos (cesación del acogimiento, reasunción de la guarda por la Administración). El texto del art. 172 no permite dejar fuera tampoco a las entidades públicas de protección de menores cuando éstos se encuentren, de hecho, por descuido de los directores de establecimientos o casas en los que el menor es internado, privado de la necesaria asistencia material y moral. Posteriormente estudiaremos los efectos de este peculiar desamparo en el ámbito de la tutela y guarda administrativas de la patria potestad. No debemos terminar este apartado sin matizar que en la expresión padres que hemos utilizado deben entenderse comprendidos no sólo los biológicos, sino los adoptivos a los que la reforma coloca en idéntica posición jurídica. El desamparo producido por la conducta de estos dará lugar, y también será objeto de nuestra atención posterior, a los especiales mecanismos del art. 179 reformado. La total objetivización del concepto impide realizar ningún tipo de exclusión en el capítulo sobre el que venimos razonando.

Las causas de las que procede el incumplimiento de los deberes de protección son sólo los que afectan a los que hemos denominado sujetos activos del desamparo, y ello resulta claro, en nuestra opinión, del párrafo 2 del art. 172. Cuando se concretan las razones de la imposibilidad para ejercerlos y el legislador se refiere a enfermedad u otras circunstancias graves, está pensando justamente en aquellas padecidas o experimentadas por los titulares de los deberes de guarda, dejando para otros ámbitos jurídicos el tratamiento de las causas impeditivas que tienen su origen en el mismo menor, (enfermedad de éste, rebeldía, etc.).

2. "...Cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral..."

Nos encontramos ante el elemento determinante del concepto de desamparo, pues éste, en el contexto de la idea objetivizadora que ha presidido la reforma, se contrae a un determinado resultado específico de inasistencia con irrelevancia de las causas que lo hayan producido (al menos con el limitado papel de concreción que acaba de exponerse). Es la misma fórmula que la del criticado concepto de abandono del art. 174 vigente hasta la Ley que comentamos, y que radicaba el perfil de la situación en la carencia en el menor de 14 años de persona que le asegurara la guarda, alimento y educación. Comentaremos la expresión legal en los siguientes apartados.

A) *El desamparo en las guardas de hecho y la entrega del menor a instituciones públicas*

El análisis de estas hipótesis de hecho nos van a dar la medida de la eficacia objetivizadora del concepto legal que venimos estudiando. A estos efectos podemos centrar nuestra reflexión en los tres casos que a continuación se examinan:

a') Guardas de terceros o instituciones sin convención con los titulares de la potestad familiar. De modo espontáneo y por diversas circunstancias estos terceros asumen de hecho la guarda de los menores, sin título constitutivo legal o convencional. Desde la reforma de 24 octubre 1983 los arts. 303 a 306 ofrecen una regulación para supuestos de ésta índole. El ejercicio de hecho de las facultades tuitivas sobre la persona y bienes de los menores tiene la cobertura jurídica que ofrecen estos preceptos, que, como es sabido, han provocado honda discusión doctrinal. Los actos realizados por estos guardadores de hecho son válidos en tanto beneficien al menor, y desde la intervención judicial del art. 303 se opera una provisional juridificación de la situación fáctica tuteladora. Cuando se ejercitan debidamente las potestades tuitivas y el menor recibe adecuada asistencia material o moral, no habrá situación de desamparo, al no haberse producido el resultado específico exigido en el art. 172-1. Nada impide, sin embargo, que la Administración ponga en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal la situación para que se adopten las medidas de control del art. 303, que tiene un marcado carácter provisional, y para que se proceda, en su caso, en los términos del art. 228 a la constitución de la tutela, estando asimismo abierta la posibilidad de adopción de genéricas medidas de protección conforme al art. 158 del Código Civil.

b') Entregas del menor con pactos de delegación de facultades paternas o tutelares. Los controvertidos pactos de delegación de faculta-

des paternas han encontrado un nuevo fundamento en la conceptuación de desamparo (si bien por vía indirecta), y en el espíritu que subyace en la regulación de guardas y acogimientos convencionales. No encontramos obstáculo en el ordenamiento para que, respetando los contenidos de orden público familiar se admita el libre juego de la autonomía de la voluntad en la configuración de negocios jurídicos de derecho de familia. Los referidos pactos deben reunir los siguientes requisitos:

- Estar justificada la entrega del menor por la incapacidad de los padres para atenderlo y en su propio beneficio (incapacidad en el sentido de inidoneidad para prestarle la debida asistencia en todas o algunas de las facetas de desarrollo de su personalidad).
- Temporalidad de tal entrega.
- Que con ella los padres no se desentiendan de sus deberes de protección cuya titularidad es intransmisible, conserven la dirección general del proceso de formación y atención al menor, manteniendo su competencia en la toma de decisiones básicas, y no pierdan el contacto personal con el mismo (visitas, llamadas, etc.). En resumidas cuentas los delegados actúan como auxiliares en el ejercicio de las facultades de la patria potestad, si bien sus comportamientos tienen consecuencias jurídicas (indemnización en el caso de incumplimiento de obligaciones, responsabilidad del art. 1903, etc.). Es evidente que cuando se ejercitan con corrección los deberes tuitivos y el menor está atendido, no se produce la situación de desamparo dado el carácter objetivo que venimos atribuyendo a éste. La validez del pacto impedirá asimilar su naturaleza jurídica a las de los guardas de hecho, pero al menos podrán aplicarse por analogía las normas reguladoras de ésta.

Los pactos de delegación devienen ilícitos cuando no reúnen los requisitos apuntados, es decir, que hay transmisión no sólo de ejercicio sino también de titularidades, fundamentándose en una actitud de abandono y desentendimiento acerca de la suerte del menor, pudiendo tratarse de una ilicitud originaria o sobrevenida. En tales casos estamos ya en el ámbito de la guarda de hecho al haber dejado de tener validez jurídica el acuerdo, procediendo la asimilación a la hipótesis examinada en el apartado anterior. De acuerdo con lo dicho respecto al art. 170 podrá ejercitarse la acción de privación de patria potestad por el Ministerio Fiscal, en cuyo conocimiento pondrá los hechos a estos efectos la entidad pública protectora de menores, adoptándose, entre tanto, las medidas previstas en los arts. 303 y 158. No hay, sin embargo, desamparo, pese a ello, al no encontrarse el menor privado de la necesaria asistencia material y moral.

De todos modos el desamparo puede producirse, a pesar de la adecuada asistencia de los terceros al menor, por la actitud obstrucciónista de los padres. Si éstos dificultan la situación retirando, por ejemplo, pe-

riódicamente al menor a su arbitrio, (esto es frecuente en la hipótesis de padres drogadictos o emocionalmente inestables), e interrumpiendo el tratamiento asistencial de él, será de aplicación el núm. 1 del art. 172. La falta de estabilidad en el esquema asistencial supone privar a su beneficiario de la necesaria asistencia material o moral.

c') Entrega del menor en virtud de la guarda y acogimiento familiar de los arts. 172 y 173. Los padres o titulares de las potestades tuitivas lo entregan a las instituciones públicas, o a las familias acogedoras con la intención de desentenderse del cumplimiento de las obligaciones que supone el contenido de la patria potestad o tutela, o bien, sin esta finalidad inicial, surgen posteriormente actitudes de total despreocupación. Es el supuesto que contemplaba, con distintos campos de aplicación, el antiguo art. 174 del Código Civil. Aquí si subyacía la visión subjetivista del abandono. Aunque el menor estuviera debidamente atendido en las casas o establecimientos benéficos, se aplicaba el precepto cuando los padres o guardadores manifestaban ab initio o posteriormente una actitud de abandono y desentendimiento de sus obligaciones en los términos que antes analizábamos. La Ley italiana de 4 mayo 1983 contempla específicamente los datos fácticos que incluimos en éste apartado en el ya citado párrafo 2 del art. 8, afirmando el desamparo o abandono en los casos de affidamento ricovero o familiar cuando los menores estén acogidos en institutos de asistencia o por familias, si los padres o parientes alimentantes les tienen privados de asistencia moral y material. La finalidad del precepto es impedir los fraudes que pueden cometerse al utilizar las instituciones públicas y legales para desconectarse de los comportamientos de atención al menor.

En virtud de estos antecedentes y por las razones apuntadas, entendemos que los casos objeto de examen deben estimarse como integrados en el concepto legal de desamparo. Este sólo se impedirá cuando los terceros a los que se entrega el menor y lo asisten debidamente son particulares, y no cuando se trata de las propias entidades públicas protectoras de menores, y en el ejercicio de las facultades y posibilidades asistenciales previsto en los arts. 172 y 173. De lo contrario las instituciones creadas por la Ley 21/87 serían el mejor instrumento para que los padres negligentes e irresponsables eludieran las consecuencias jurídicas de las conductas que perjudican a sus hijos.

B) Naturaleza y grado de la inasistencia

La primera afirmación que debe hacerse al respecto es que a diferencia de la Ley italiana, art. 8, los resultados determinantes del desamparo se presentan en la alternativa privación de asistencia material o moral; recuérdese que el citado precepto exige conjuntamente la inasistencia en ambos planos. En nuestro derecho positivo tanto podrá producirse el desamparo por sus incidencias en la esfera material (alimentos,

higiene, vestidos, cuidados y vigilancia para impedir riesgos físicos), como en el orden espiritual o moral (afectividad, relación personal, dirección del proceso de formación cultural y personal, etc.). El perfil de los supuestos incluidos debe formularse, como hacíamos para el grado de incumplimiento de deberes, exigiendo asimismo una determinada gravedad en la situación de inasistencia, y ello por las mismas razones antes apuntadas. La expresión “privados” tiene un cierto sentido de totalidad y “necesaria” puede entenderse como mínima, imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad. El principio de interés del menor y la protección constitucional del ámbito de privacidad de la familia, induce a legitimar la acción pública administrativa y judicial sólo cuando sea indispensable para evitar graves repercusiones en la esfera personal de los menores. De esta manera, en el expediente administrativo de desamparo y posterior revisión judicial debe contarse con datos probatorios suficientes acerca del grave peligro o daños que justifiquen las urgentes actuaciones públicas. Estas por otra parte se priorizarán y concentrarán con la cobertura de las situaciones de auténtico desamparo social. Los informes periciales sobre la personalidad del menor y su evolución, los estudios psicológicos, psiquiátricos y médicos, los referidos al desarrollo cultural y escolar, los trabajos sociológicos de campo sobre comportamientos y actitudes sociales del menor, deben ser componentes esenciales, en todo caso, del expediente administrativo o judicial y valorar en función de estos si la inasistencia produce la gravedad de perjuicios presentes o temidos que justifique la intervención estatal.

C) *Duración temporal requerida*

Algunos autores requerían para el abandono del art. 174 una determinada duración temporal. La reforma del 87 nada dice al respecto limitándose a hablar de situación de desamparo que “se produce de hecho... en cuando éstos queden privados...” La dicción del precepto no excluye situaciones de inmediata aparición y que no es preciso que pervivan en el tiempo para la configuración del supuesto. De todos modos, como se hacía para el concepto de abandono, habrá de exigirse un mínimo mantenimiento de los hechos originadores en el decurso temporal; así se desprende de la palabra situación. De otra parte, el párrafo 2 del art. 172 impide descartar los desamparos futuros cuando la inasistencia al menor, sin ser aún actual, va a producirse en un inmediato futuro "...no poder atenderlo...”.

D) *Nexo causal entre el incumplimiento de deberes y la privación de asistencia*

La estructura gramatical del precepto que comentamos pone a los dos términos de la relación lógica en relación de conexión causal, como

lo revelan las frases “a causa del incumplimiento ...cuando éstos queden privados...” La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento voluntario o forzoso de los deberes tuitivos. Por esto, si se procede a su riguroso cumplimiento y pese a todo el menor queda privado de asistencia por causas a él imputables, no es de aplicación el concepto legal de desamparo. En tales casos habrá de acudirse a otros preceptos del ordenamiento tuteladores de los intereses del menor. Así cuando éste padezca una enfermedad grave física o mental que obstaculice el efectivo ejercicio de la asistencia tuitiva. En algunas hipótesis se tratará de situaciones de incapacidad del menor que habrá de declararse judicialmente bajo el remedio de la patria potestad prorrogada o de la tutela, y en otros casos la intensidad de las deficiencias del menor demandará medidas asistenciales de apoyo de orden jurídico-administrativo. Las conductas inadaptadas, rebeldes o delincuenciales del menor pueden constituirse de hecho, también, en causa de imposibilidad del ejercicio de los deberes de protección. Por las razones dichas no constituirán desamparo y su ubicación sistemática corresponde a los textos refundidos de 1948 y, en definitiva, a la acción competencial de los jueces de menores. Cuando en la realidad de los datos de hecho se entremezclan conductas asociales e incumplimientos de deberes tuitivos generadores de inasistencia, el problema se hace complejo. El criterio delimitador ante la falta de claridad legislativa (la legislación vigente de 1948 es incompleta y en algunos puntos inconstitucional), puede establecerse en base a estas dos premisas: a) si el menor tiene una edad y nivel de formación que justifique las medidas que adoptan los juzgados de menores (basados algunos de ellos en la formulación de exigencias de comportamientos). En torno a los doce años y al comienzo de la adolescencia, en general, con límites flexibles en todo caso, debe plantearse la actualidad de esta observación; b) que por el menor se realicen conductas con trascendencia en el medio social en que vive, caracterizadas por la agresión o rechazo a los valores de ética social asumidos por la comunidad (trascendencia que supere el ámbito íntimo de la familia en todo caso). Cuando concurran ambos presupuestos deberá siempre reconocerse la competencia exclusiva de los juzgados de Menores. Sea cual sea la postura que se adopte se hace imprescindible la coordinación de medidas adoptadas en una y otra jurisdicción.

E) *Sujetos pasivos del desamparo*

Algún autor ha considerado incursos en el concepto legal no sólo al menor de edad sino también al incapaz que sufre similar inasistencia. Sin discutir la bondad teórica de esta asimilación, es incuestionable que los arts. 172 y 173 se refieren a los menores de edad, a los que se cita expresamente como tales en las rúbricas del Capítulo V del Título VII, en su Sección I y en la definición del art. 172-1, siendo en estas condi-

ciones inaplicable la analogía. Es asimismo obvio que deben incluirse a los menores con incapacidad presunta o declarada, y plantea mayores dudas el límite de edad hasta el que desplegarán sus efectos las consecuencias jurídicas protectoras derivadas del desamparo. Volveremos más adelante sobre la cuestión y baste aquí decir que cuando hay tutela del ente público ésta se extenderá en los mismos términos que para la tutela ordinaria señala el art. 276 del Código Civil, y cuando lo que se asume es sólo la guarda, ésta por su contenido estrictamente personal dejará de tener sentido en los casos de emancipación de los arts. 316 y siguientes, dado que el menor emancipado queda habilitado para regir su persona como si fuera mayor (art. 323), conservando los padres o tutores las demás potestades tuitivas hasta la mayoría de edad. No debe tampoco establecerse una regla fija sino actuar en interés del menor al que interesará que hasta los 18 años, por ejemplo, le sean garantizadas las prestaciones alimenticias y materiales.

3. El Desamparo y su consideración en otros preceptos del ordenamiento jurídico

Como ya hemos visto, la misma hipótesis de hecho generadora del desamparo lo es, en algunos casos, (incumplimientos culpables), de la privación de patria potestad del art. 170 C. Civil. La especificidad del art. 172 obligará a que en estos casos primen las consecuencias jurídicas y procesales previstas en los preceptos que estudiamos en este capítulo. En los demás procederá el ejercicio de la acción de privación de patria potestad con los efectos y modos previstos en el art. 170 y concordantes de la L.E.C. (el art. 179 establece una excepción para la adopción que más adelante examinaremos).

En los casos de reforma (menores con conductas asociales), debe afirmarse la competencia de los Juzgados de menores con la adopción de medidas a ellos atribuidas (básicamente la suspensión de los derechos de guarda). Decíamos que cuando simultáneamente concurran los presupuestos del desamparo, nada impedirá el despliegue de las pertinentes consecuencias jurídicas. Así sucederá con la privación de patria potestad y tutela de la entidad, que habrán de sobreponerse por su mayor eficacia jurídica a las meras suspensiones de los derechos de guarda acordados por los jueces de menores. Cuando el ente público al que está encomendada en el territorio la protección de menores asuma sólo la guarda, en los términos que posteriormente examinaremos, entendemos que la competencia preferente y exclusiva debe corresponder a la jurisdicción de menores por tratarse de medidas de similar entidad y ser más específica la conformación del supuesto en la legislación que regula la actividad reformadora. Insistiremos más adelante.

Los incumplimientos culpables con abandono malicioso del hogar conyugal o familiar, o conducta desordenada a cargo de padres o tuto-

res dan lugar también a responsabilidad penal (art. 487), debiéndose además tener en cuenta los comportamientos específicos del art. 489 generadores de responsabilidad penal. La aplicación de los correspondientes tipos penales debe ponderarse en los desamparos caracterizados por malos tratos, explotación sexual o laboral, etc, y generalmente en las hipótesis de mayor gravedad incluidas en el art. 172-1. La entidad pública instructora del expediente de desamparo deberá dar cuenta al Ministerio Fiscal en cuanto hay indicios de comisión de infracción penal. Deberá tenerse en cuenta que la jurisdicción penal es preferente y las medidas que adopte particularmente sobre patria potestad y guarda del menor (art. 13 L.E.Cr. por el que se puede encomendar provisionalmente la guarda del menor a terceros, y privación de patria potestad acordada en sentencia conforme a los arts. 488 y 452 bis G C. Penal, entre otros), son en todo caso prevalentes. Si los mismos hechos investigados en el proceso penal son objeto del conocimiento⁹ del juez civil en procedimiento contencioso, deberá este último suspender las actuaciones en los términos del art. 114 L.E.Cr. Las actuaciones administrativas y las judiciales de jurisdicción voluntaria pueden realizarse sin impedimento, dado que no hay efectos de cosa juzgada y que tienden, por lo general, a buscar una solución provisional al desamparo del menor. En todo caso su validez dependerá de que no contradigan las resoluciones judiciales sobre medidas cautelares o los mandatos de la sentencia que finalmente recaiga.

III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DESAMPARO

1. Introducción

El concepto legal de desamparo presenta unos contornos de notable amplitud, en los que caben supuestos caracterizados por la diversidad de las circunstancias que determinan la estructuración de las causas que lo producen y su proyección sobre el nivel de riesgos y perjuicios que recaen en la personalidad del menor. Aun dentro de las coordenadas de gravedad y urgencia que requeríamos para selectivizar la hipótesis legal, se hace necesario distinguir los incumplimientos culpables de los forzados y las situaciones temporales de aquellos otras dominadas por la nota de probable irreversibilidad. Con estas diferenciaciones no agotamos de todos modos la realidad de los casos incluidos en la definición legal, y las variables deben ponerse en relación con los sujetos activos y pasivos del desamparo y la multiplicidad de matices que pueden teñir de uno u otro modo los datos fácticos sobre los que diseñar las consecuencias jurídicas de los arts. 172 y 173. La respuesta, en todo caso, como veíamos al principio, ha de ser singular y flexible, adaptándose a las necesidades del menor desamparado. Ya apuntábamos que los mecanismos tuitivos

establecidos por la Ley 21/87 deben interpretarse con carácter abierto, correspondiendo a la pluralidad de hipótesis de hecho la diversificación de efectos jurídicos consecuentes. Si el tratamiento no puede ser único, tampoco las incidencias en las potestades-deberes familiares y la posición que al respecto ocupen las entidades públicas de protección de menores. Con excesivo simplismo unas y otras vienen englobándose bajo la rúbrica de "tutela automática", "tutela de hecho", "guarda de hecho", "tutela provisional", etc., como si el desamparo y sus efectos sólo admitieran un entendimiento de univocidad. La realidad obliga (y así lo ha hecho el legislador), a distinguir entre aquellas privaciones de asistencia que tienen su origen en actitudes de culposa inhibición de los padres o guardadores, de aquellas otras en las que, pese a su buena voluntad, no pueden ejercitarse debidamente los deberes de guarda. Al margen de los argumentos legales diferenciadores que después expondremos, no sería justo parificar en consecuencias jurídicas la actuación del padre negligente, que puede y no quiere, de aquél otro cuyas adversas circunstancias externas le impiden hacer efectiva su sólita voluntad hacia el menor. Tampoco son asimilables bajo el punto de vista del principio "tout pour l'enfant" que debe presidir las reflexiones que se hagan, aquellas situaciones de privación asistencial temporal o provisional de aquellas otras en el que el futuro de aquél está gravemente amenazado. Tratamientos diversos y regímenes jurídicos diferenciados deben formularse entre las dos instituciones, guarda y tutela de entes públicos, con las que el legislador ha querido glosar estas distinciones. Dentro de cada uno de ellos hay que hacer, a su vez, importantes matizaciones para aproximarlas a la compleja realidad de las necesidades del menor.

2. La guarda de las entidades públicas de protección de menores

A) Ambito de aplicación

El art. 172.2 del C. Civil reformado prescribe que "la entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario...", y dá a entender con claridad una primera diferenciación de supuestos: Los generadores de tutela por Ministerio de la Ley y aquellos en que se "asume sólo la guarda". Estos últimos vienen determinados en el citado número seguido bajo la fórmula "justifiquen no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves", que revela la íntima relación de inclusión entre las hipótesis de uno y otro precepto, pues las del número segundo estaban ya previstas en la definición legal de desamparo, de cuyo ámbito son extraídas para asignarles unas determinadas consecuencias jurídicas (la guarda) de menor intensidad cualitativa. Dos son las características que enmarcan la situación de desamparo originadora sólo de la guarda:

a) El incumplimiento forzoso de los deberes de protección establecidos por la Ley para la guarda de los menores. Los casos que pueden cobijarse en el ámbito de este núm. 2 del art. 172 son los de imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección, definidos como una de las alternativas típicas del párrafo 1 del que se extrae, en una fórmula de estilo más expresiva y ejemplificadora, para regular sus efectos específicos en torno a la guarda. “No poder atenderlo” es gramaticalmente equivalente a imposibilidad, y “por enfermedad u otras circunstancias graves” viene a enumerar las causas de la misma. La relación de subordinación-inclusión de las previsiones de los párrafos 1 y 2 hacen que deban darse aquí por reproducido lo que dijimos acerca de los requisitos del desamparo, respecto del que el tan citado párrafo 2 ahora comentado se limita a disciplinar los peculiares efectos de las hipótesis de imposibilidad de ejercicio de los deberes tutivos. “Otras circunstancias graves” comprenderá todas las demás variables fácticas y jurídicas que, junto con la enfermedad y en el contexto de la gravedad que antes requeríamos, impiden a los titulares de la potestad familiar ejercitirla privando a los menores de la necesaria asistencia material y moral (“no poder atenderlos” hace referencia sin duda a la atención que supone la necesaria asistencia material y moral). El legislador de 1987 se refiere aquí pues a supuestos en los que la despreocupación, desinterés o descuido están ausentes en la actitud de los padres o guardadores, pensando sin duda, con el mismo espíritu del art. 170, que no puede equipararse, en cuanto a las consecuencias jurídicas de sus actos, el padre responsable y el que no lo es. Una interpretación distinta sería contraria a los fines perseguidos por el legislador. Las familias que viven en la marginalidad y que carecen de los mínimos medios para proveer a sus hijos de asistencia, se verían doblemente castigadas y discriminadas: primero por la carencia de una adecuada política social que subvenga a sus necesidades y segundo por la privación completa de la patria potestad, derivada justamente de estas carencias. Se las castiga sin medios asistenciales y sin hijos, acentuándose los efectos de la situación de marginación. No se olvide, por otra parte, que el desamparo del menor surge, la mayoría de las veces, en este contexto de carencias económicas y socio-culturales y por tanto personales impeditivas de los deberes de guarda. Sin las distinciones que venimos formulando se corre el riesgo de convertir a esta Ley en un instrumento para ahondar en las injusticias del sistema. El espíritu que late en el párrafo 4 del art. 172 obliga a caminar en la misma senda de evitar que la privación total de las facultades tutivas sea un castigo a la pobreza económica y social. Sólo excepcionalmente y en interés del menor y cuando ha fracasado el plan de apoyo familiar, deberán producirse los importantes efectos de la tutela por Ministerio de la Ley que examinaremos en el Capítulo siguiente. De ese modo surge en el razonamiento legal el segundo de los requisitos de la situación de desamparo prevista en el párrafo 2 del art. 172.

b) Temporalidad. “Durante el tiempo necesario” tiene un carácter resueltamente temporal. El caso contemplado no ha adquirido todavía las dimensiones de irreversibilidad o al menos no se ha constatado suficientemente la misma con un pronóstico fundamentado en los datos probatorios que se manejan. Se construye así la guarda como un mecanismo de apoyo provisional ante las graves dificultades que los titulares de los deberes familiares tienen para ejercitarios. Es un trasunto de las prescripciones de la aludida Ley italiana de 1983 en la que, comentábamos, se excluye del abandono la fuerza mayor de carácter temporal, expresión legal de similar contenido a la que es objeto de nuestro estudio.

Deberá tenerse en cuenta además que en buen número de casos y ab initio, las entidades públicas de protección de menores sólo asumirán la guarda aunque posteriormente resulte acreditado un incumplimiento culposo de los que ostentan deberes tutivos. Ante la privación de asistencia al menor por no ejercitarse los mismos, habrá de presumirse, salvo datos probatorios suficientes en contrario, que no hay culpa ni dolo civil y las indagaciones posteriores habrán de delimitar su existencia y alcance. Lo normal es que aparezcan entremezcladas circunstancias objetivas de impedimento forzoso y actitudes subjetivas de descuido cuya efectiva trascendencia debe medirse en el expediente incoado. En todo caso, se requerirá un suficiente material probatorio y un juicio de valor fundado en el mismo sobre la intensidad de la negligencia paterna o tutelar, atendiendo al contexto global de orden personal, económico y socio-cultural en que se desenvuelven las funciones de protección. Mientras no haya constancia fundamentada de una actuación tuteladora basada en el desinterés y la irresponsabilidad y contraria a las exigencias mínimas que han de formularse de acuerdo con el medio vital, la Administración protectora asumirá sólo la guarda, a no ser, como veremos más adelante, que en cualquier caso se haya acreditado una situación de irreversible inasistencia. En el expediente se seguirá indagando acerca de tales comportamientos que aboquen a supuestos de mayor intensidad en los efectos jurídicos que deben producirse.

B) *Llamamiento legal. Titularidad y ejercicio de la guarda*

Trás la aparición de una situación de desamparo del núm. 2 del art. 172, el legislador hace un llamamiento a la Administración para que asuma la guarda del menor y ejercente el contenido personal de la Patria potestad, en similares términos a como se recoge en los arts. 154 y 173-1 del C.C. Hay un cierto parecido con las facultades del llamado por Ley a la tutela de los arts. 234 y 229 del C.C., pero la categoría que examinamos ofrece un contenido notablemente superior. En ambos casos la estructura del concepto radica en que la vocación legal a desempeñar cargos tutelares crea una expectativa que despliega determinados efectos jurídicos (así, por ejemplo, los del art. 229). Ante el desamparo se

atribuye a las entidades públicas una titularidad formal de guarda construida, desde el principio, como legitimación de intervención inmediata para remedir la urgente situación. Quedan así ex lege investidas de un poder jurídico, de un título legal, para el ejercicio de facultades tuitivas de orden personal sobre el menor, que adquirirán materialmente por los modos que examinaremos (ope legis, convención, decisión judicial). Y ello además por la propia naturaleza, que seguidamente vamos a estudiar, del instituto de la guarda cuya eficacia jurídica se despliega, al menos nuclearmente, bajo la premisa de un contacto personal, material, con el menor en cuyo beneficio se plantea. Por eso la Ley habilita al ente público, con diversos procedimientos, a crear el estado material de guarda del que derivarán los efectos sobre los que reflexionaremos. Mientras tanto hay mero llamamiento, legitimación para actuar y en definitiva titularidad aún vacía de contenido pero destinada a poseerlo. La institución, insistimos en ello una vez más, se configura con carácter abierto y ofrece matices que van desde esta llamada legal, al pleno ejercicio de los deberes tuitivos personales, pasando por otras situaciones en las que, sin esta plenitud, se desempeñan algunas de las potestades de los arts. 173 y 154 que implican una titularidad no ya formal como la que examinábamos al principio, pero sin alcanzar al contenido esencial del régimen personal de los institutos protectores (supuesto de los acogimientos). Para acabar de completar el proteiforme aspecto que muestra al observador esta institución baste pensar además, en todas aquellas hipótesis en las que en el ejercicio de tales potestades familiares de orden personal, toma parte además de la Administración, y de modo principal, el padre o tutor (reserva de decisiones básicas, amplia comunicación con el hijo sometido a guarda, etc.). Las categorías de titularidad y ejercicio, tan denostadas por algunos autores por su imprecisión diferenciadora, son el único remedio para intentar sistematizar la riqueza de casos que pueden plantearse. Asistimos una vez más a la quiebra de las instituciones tradicionales del Derecho de Familia que obliga, con mayor fundamento, a tratar de aproximarse a la naturaleza jurídica del instituto sobre el que reflexionamos, como punto de referencia ante la diversidad comentada.

C) *Naturaleza jurídica de la guarda*

Para centrar el planteamiento del problema comenzaremos por analizar la estructura que hasta la entrada en vigor de la Ley 21/87 presentaban otros supuestos tuitivos en el C.C. con los que podría guardar relación el instituto ahora disciplinado.

a) Antecedentes de derecho positivo.

1. El art. 103-1-2.^º El juez en medidas provisionales de nulidad, separación y divorcio, puede encomendar al hijo excepcionalmente a un

tercero o institución idónea, confiriéndole funciones tutelares ejercidas bajo su autoridad. La doctrina ha sostenido, con diversos argumentos, que se trata de una tutela *sui generis*, de la institución del defensor judicial y algunos, con más acierto, que de un supuesto de guarda legal o jurídica. Lo cierto, es que hay un ejercicio provisional por terceros de las facultades tuitivas (bien de orden personal o patrimonial al no excluirse éstas últimas), asumiéndose en todo caso las estrictamente personales y muy particularmente el deber de tener a los hijos en su compañía (este parece el sentido de la expresión “encomendándolos”). El poder de decisión ordinaria que exige el ejercicio de estos deberes se atribuye a los terceros; ante el interés del menor el juez determinará según los casos- el modo en que los padres se relacionarán con ellos, pudiendo reservarles la toma de decisiones básicas y la participación circunstancial en el proceso de atención de sus hijos.

2. Los arts. 156, 92, 93 y 94. Regula aquí el C.C. supuestos de distribución del ejercicio de las funciones tuteladoras de ámbito personal y patrimonial entre los progenitores. Se establece una gradualización que, en interés del menor, puede llegar a la atribución exclusiva a uno de los padres de todo el ejercicio de la patria potestad (con límite máximo de dos años en el párrafo 2 del art. 156, y sin ese límite, aunque con cierto sentido de temporalidad, en los demás). Es el que convive con el hijo quien asume este ejercicio en exclusiva que se conecta así, de modo necesario, a la idea de guarda personal (aunque se ejerzan además facultades patrimoniales). El privado de dicho ejercicio conserva, sin embargo, una titularidad construida en torno a los deberes de velar y alimentar (ex art. 111), y al derecho de relacionarse con el hijo (art. 160) que puede suspenderse, y no suprimirse de acuerdo con las prescripciones del art. 94, en las sentencias de separación y divorcio y ejecución de sus mandamientos. Como en el caso anterior nos encontramos ante el fenómeno de escisión de las potestades familiares que, con diversas gradaciones, debe explicarse a través de los controvertidos conceptos de titularidad y ejercicio, conectando éste último al cuidado personal y directo del hijo.

3. Pactos de delegación de facultades paternas. Responden a usos sociales y suele fundamentarse su validez en la amplia disponibilidad que sobre el modo de organizar el ejercicio de la patria potestad atribuye a los progenitores del art. 156, citándose igualmente el art. 211, aplicado analógicamente a los menores, y con menos fortuna el 1.255 dados los módulos marcadamente patrimoniales y de contenido económico a que responde la regulación de los contratos en el C.C. Exigímos para que desplieguen eficacia jurídica una suficiente justificación, temporalidad y mantenimiento por los titulares de deberes tuitivos de una actitud de interés y vigilancia. La facultad de revocación *ad nutum* es conservada en todo caso por los progenitores, a cuyas instrucciones están sometidos los delegados. A diferencia de los dos supuestos anteriores,

res en los que el tercero detenta un poder de dirección en los asuntos ordinarios al menos, con autonomía frente a los titulares de la patria potestad (en el art. 156 y concordantes de un padre respecto del otro), aquí se configura una situación de auxilio instrumental en el ejercicio de los deberes tuitivos dimanantes de ésta institución, como lo revela el poder revocatorio y el taxativo sometimiento a todas las instrucciones emanadas de los que detentan las facultades familiares. De todos modos la convivencia material con el menor y su atención diaria generan consecuencias jurídicas de las que no podemos ocuparnos aquí con la necesaria amplitud (derechos de retribución así como obligación de indemnizar daños y perjuicios, ejercicio de los derechos-deberes del art. 154, etc.).

4. Los confiamientos de la legislación protectora de menores de 1948. Los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de su facultad protectora o reformadora tenían competencia para encomendar a terceros o instituciones la guarda del menor protagonista de estas situaciones. Aunque con un sentido de provisionalidad no había limitación temporal, y la guarda se configuraba como el ejercicio de modo exclusivo por estos terceros sólo del contenido personal de la patria potestad. Cuando el Tribunal entendía la procedencia de privar además a los padres de las facultades de representación legal y administración de los bienes de los hijos debía remitir los testimonios indicados en la citada legislación. Nada se oponía a que se concediera a los padres una reserva sobre decisiones trascendentales, y un grado de participación en la atención al menor concorde con sus intereses. En cualquier caso debía afirmarse la autonomía de decisión ordinaria en estos guardadores frente a los titulares de la potestad familiar si bien limitada al campo de lo personal. Es evidente además la conexión entre ejercicio de estos deberes y guarda material y atención directa y personal del menor afectado por las facultades protectora y reformadora. Los jueces de menores ostentan la competencia ahora para decretar estas medidas en relación con la llamada actividad reformadora. Este creemos que es el antecedente más próximo a la guarda reseñada en el art. 172, que tiene concomitancias indudables en cuanto al contenido, con la descrita en el art. 1903 para fundamentar la responsabilidad extracontractual de los padres o tutores guardadores. La guarda de hecho de los arts. 303 a 306 tiene diferente alcance pues puede referirse al ejercicio, de facto, de toda la patria potestad o tutela, porque además no está amparada en título legal o convencional (la intervención judicial opera de todos modos una relativa juridificación con finalidades de “control y vigilancia”).

b) La guarda en la Ley 21/87: caracteres.

La guarda del art. 172 párrafo 2 viene dominada, en la propia definición legal, por la idea de duración temporal en un espíritu de neta provisionalidad. Gira en torno al ejercicio por las entidades públicas de todo el contenido personal de la patria potestad o tutela, como veremos más

adelante. Los padres o tutores conservan sus facultades de representación legal y administración de bienes de los menores a ellos sometidos. La idea de guarda se conecta asimismo a la de custodia material y atención directa al beneficiario de la medida, y en su interés debe ofrecer las mismas posibilidades de graduación que contemplábamos en supuestos anteriores. Esta institución que estudiamos convive con el ejercicio de la patria potestad o tutela de que no han sido privados sus titulares, y la coexistencia ha de estructurarse sobre lo que sea más conveniente para el menor. La entidad guardadora en cualquier caso ostentará lo que hemos denominado poder de dirección ordinario (en definitiva el relacionado con la cotidianeidad), dado que no se ha transcrita en nuestro Derecho el precepto de la Ley italiana de 1983 que imponía a los acogedores la obligación de seguir, en principio, las instrucciones de los titulares de la potestad familiar. Estos que en nuestro derecho conservan en todo caso los deberes de velar y alimentar, pueden tener reservada por convenio o decisión judicial las decisiones sobre temas básicos trascendentales para el menor, y un modo más o menos amplio de participar en los procesos de educación y atención al menor desamparado. Una vez más el principio “tout pour l'enfant”, dada la amplitud de la fórmula legal, dirimirá los ámbitos competenciales del guardador y de los que ostentan la titularidad de los deberes tuitivos. Téngase en cuenta que estamos ante el desamparo forzoso y la actitud no descuidada del padre o tutor justificará su intervención en el ejercicio de la guarda.

D) *Títulos de adquisición del ejercicio de los deberes tuitivos comprendidos en la guarda*

Exponíamos que el despliegue de las consecuencias jurídicas de este instituto requería en cuanto a su contenido nuclear, la asunción de la guarda material y directa sobre el menor con el que se establece un contacto personal. La situación de desamparo per se origina un llamamiento legal que se traduce en legitimación para acceder al ejercicio de estos deberes tuteladores de orden personal. Examinemos los modos que los posibilitan:

1. *Por convención con los titulares de la potestad familiar.* El párrafo 2 del art. 172 sólo se refiere a una de las formas de establecer el acuerdo entre titulares de potestad y entidades públicas de protección de menores, pero nada impide que sean éstas quienes adopten la iniciativa de contactar con aquellos y solicitar la entrega del menor. La Administración rechazará la solicitud cuando no estén justificadas o acreditadas las graves circunstancias de impedimento forzoso de los deberes tuitivos definidores de la hipótesis de desamparo objeto de la guarda. Cuando los padres o tutores traten con la entrega del menor de desentenderse de sus obligaciones tuitivas, o el desinterés por el menor aparezca posteriormente, nos hallaremos ante supuestos de desamparo generadores no

ya de la mera guarda, sino de la privación de la patria potestad y constitución de la tutela que posteriormente examinaremos. Por ello en estos casos la Administración debe aceptar la guarda e indagar un posible desamparo culposo de mayores consecuencias jurídicas. Frente a la negativa injustificada de entregar o de recibir al menor, podrá acudirse al juez por la Administración o titulares de la potestad. También podrá instar la guarda en vía judicial y en base al desamparo el Ministerio Fiscal, el propio hijo o cualquier pariente en los términos del num. 3 del art. 158.

Los legitimados para formular solicitud al ente público y convenir con él son los que “tienen potestad sobre el menor” (art. 172-2), en cuyo ámbito hemos de incluir a los padres y tutores. El guardador de hecho de los arts. 303 y siguientes no puede quedar excluido dado que la expresión “tienen potestad” no requiere título legal de atribución, sino la mera tenencia o ejercicio de los contenidos que la integran, al que los arts. citados ofrecen suficiente virtualidad; por las mismas razones el delegado paterno en los pactos varios de delegación. Los acogedores formales del art. 173 están, sin duda, en la órbita de la prescripción aunque la solicitud de guarda administrativa estará sometida a los requisitos y efectos del régimen de estos acogimientos. El curador por el limitado poder de asistencia que le confiere la Ley estará fuera del alcance de estas previsiones, de las que tampoco podrá excluirse, por el contrario, al defensor judicial, cuando se le hayan conferido por el Juez amplias potestades de defensa de los intereses de orden personal del sometido a su acción tuteladora.

El convenio o acuerdo no requiere forma *ad solemnitatem* como en el acogimiento, aunque será conveniente que *ad probationem* se formalicen con precisión las concretas estipulaciones. La libertad de pacto es amplia y sólo deberá mantenerse, por las razones apuntadas, el poder de dirección ordinario del ente público sobre la esfera personal del menor. Es particularmente conveniente concretar el régimen de comunicación y visitas de los titulares de la potestad y su intervención en el proceso de atención y educación del menor. La flexibilidad e interés de éste serán las pautas orientadoras. Nada se opone a la estipulación de un plazo de duración, como en la legislación italiana, que cederá en eficacia ante la desaparición de la situación de desamparo.

2. Por decisión judicial. A las guardas judiciales se refiere el inciso 2 del párrafo 2 del art. 172 “en los casos que legalmente proceda”. Para algunos autores estamos ante una reserva futura de Ley para otros supuestos en que el legislador estime procedente la constitución de la guarda. Entiendo que nos hallamos ante todas las hipótesis en las que el ordenamiento civil permite la constitución judicial de la guarda. Como dijimos en el apartado anterior y ante la ausencia de entrega convenida, los legitimados para el pacto podrán acudir al Juez con fundamento en la situación de desamparo del art. 172; el Ministerio Fiscal con la que

le ofrece el art. 173-2 y los parientes y el hijo (por analogía el menor en general) con la que en todo caso proporciona el núm. 3 del art. 158.

En sede de medidas provisionales de nulidad, separación y divorcio y cuando concurren los presupuestos del desamparo que venimos examinando, es claro que conforme a los arts. 103-1-2 y 172, el juez podrá encomendar la guarda al ente público y sus decisiones tendrán preferencia —dada la especificidad de la crisis matrimonial que le hace intervenir— sobre las que puedan adoptarse por la autoridad administrativa o también judicial en jurisdicción voluntaria conforme al art. 172. ¿Puede el juez en virtud del citado art. 103-1-2 encomendar la guarda a la entidad pública aunque no haya desamparo? Desde luego es posible que la institución a que se refiere el precepto sea de carácter público y de las gestionadas por el ente público de protección de menores. Lo que inquirimos es si este provisionalmente mientras se tramita la separación o divorcio puede ser titular de la guarda. La solución afirmativa habrá de darse en función de que la legislación de la Comunidad Autónoma faculte a la entidad para asumir guardas más allá de las hipótesis del desamparo.

Idéntico planteamiento deberá hacerse en torno al ámbito de aplicación del núm. 3 del art. 158 en relación con lo que venimos diciendo. Obsérvese que “apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios” no coincide con la definición de desamparo, de mayor intensidad.

Las guardas acordadas por Jueces de menores en el ejercicio de su facultad reformadora, aunque están genéricamente aludidas en el párrafo 2 del art. 172, tienen un régimen diferenciado que más adelante examinaremos brevemente.

3. Por Ministerio de la Ley. El llamamiento legal y la legitimación de intervención inmediata que subyace en el espíritu de la reforma y en concreto del art. 172, deben posibilitar este modo de adquirir el ejercicio de los deberes tuitivos de guarda. En este punto hay que comprender dos hipótesis:

a) La oposición explícita de “los que tienen potestad sobre el menor” con la significación antes expuesta de esta expresión legal. Hay que reconocer a las entidades públicas protectoras una capacidad de actuación coercitiva como instrumento para hacerse con la guarda material del menor, y poder ejercitar los correspondientes deberes tuitivos en el orden personal de éste. Todo ello con carácter cautelar y para evitarle perjuicios de gravedad. El régimen de esta intervención no está regulado en el art. 172 aunque tanto del contexto de la Exposición de Motivos como de este precepto, se desprende sin dificultad la legitimidad de estas potestades coactivas. La laguna del legislador puede colmarse dada la analogía con el régimen preescrito en el art. 211 del C.C. para el internamiento de presuntos incapaces. La solución analógica viene fundamentada en los dos siguientes argumentos:

- La recogida por la vía coactiva del menor del domicilio familiar y su ingreso en un centro contra la voluntad de los titulares de la potestad y el mantenimiento de la situación coercitiva, es equivalente al internamiento del presunto incapaz incluso contra la voluntad de los que ostentan poderes tuitivos de orden familiar sobre él y la del sometido a la medida cuando discrepa abiertamente de ella. Hay en resumidas cuentas una privación de libertad ambulatoria con la consiguiente coerción sobre unos y otros que es la ratio esendi del sentido garantizador del art. 211.
- El art. 211 diseña un régimen de garantía frente a esta exorbitante medida dado también el estado de indefensión del sometido a la misma. Idéntica razón de ser recomienda la aplicación analógica, pues el menor también se encuentra indefenso por su incapacidad real y jurídica (con más razón porque no es presunta), frente a estas imposiciones coercitivas. La doble finalidad del art. 211 tiene pleno sentido en el nuevo ámbito que se propone para su cumplimiento. Legitimar una actuación coactiva en pro de los intereses públicos ab initio (evitar perjuicios al presunto incapaz y evitarlos al medio social por su comportamiento), y prescribir un sistema de garantías en su favor frente a posibles abusos de la legitimación conferida. Permitir la acción forzoso del ente público en pro del interés del menor y de la sociedad y la necesaria garantía de sus derechos y de los de sus guardadores justifican del mismo modo, la analogía propuesta.

Los requisitos que conllevará el ejercicio de la facultad que examinamos se contraen a:

1. La urgencia del caso. Ya la Exposición de Motivos de la Ley 21/87 en su párrafo 5 justifica las que denomina tutela automática y guarda “atendiendo a la urgencia del caso”, y creo que es justamente éste el espíritu de la reforma. Son los supuestos en que se están produciendo graves perjuicios en la esfera material o moral del menor y en los que la inminencia o proximidad de peligros justifica la coerción.

2. En las 24 horas siguientes la entidad pública protectora o el Ministerio Fiscal “que ejerce la superior vigilancia de la guarda”, deberán dar cuenta a la autoridad judicial a efectos de la pertinente autorización en los términos que posteriormente veremos.

Ope legis pues, se asume válidamente ab initio y de modo coactivo por el ente público la guarda del menor, pero es necesario el complemento de la autorización a posteriori del órgano jurisdiccional. Se concilian así las exigencias de eficacia y protección del menor desamparado en casos urgentes con la necesaria garantía de los derechos del propio menor y de su familia. Matizar por último que el mandamiento judicial de entrada en el domicilio cuando sea necesario no conlleva un examen de la legalidad material de la intervención administrativa, sino sólo del

título legal aparente con el que se ejercitan las facultades que venimos considerando en este apartado.

b) Ingreso del menor sin constancia de oposición expresa de padres o guardadores. Son los casos en que, al margen de la convención que antes examinamos, los titulares de la potestad no discrepan abiertamente de la intervención pública o el menor se encuentra en un estado material de abandono y desconexión con aquellos. La actuación pública de recogida e ingreso de estos menores antes de la reforma estaba amparada en las normas jurídico-administrativas que examinábamos, y ahora la materia pasa a ser regulada en el art. 172 C.C. en sede de Derecho de Familia. También sin dificultad alguna deben reconocerse estas facultades en el ámbito del art. 172 que, por lo que respecta a la guarda, las ha trasladado del campo del Derecho administrativo al campo de las normas jurídico-civiles. Estos supuestos urgentes, a diferencia de los del apartado anterior, no requerirán la autorización judicial a posteriori y ope legis, por tanto, se ejerce el contenido de la guarda. La excepción pueden conformarla aquellas hipótesis en las que dada la edad del menor (en todo caso mayor de 12 años por analogía con la consideración que esa edad merece en la reforma y preceptos anteriores), y la manifiesta oposición a permanecer bajo el control de la entidad, sea necesario crear una situación de coerción con privación de libertad ambulatoria que justifique la aplicación del art. 211. En cualquier caso la entidad pública estaría en la misma posición que padres y tutores, como veremos más adelante, en lo que respecta a las facultades de internamiento de menores.

E) *Modalidades de ejercicio de la guarda*

Al igual que en la tutela, es la persona jurídica pública a quien debe referirse la titularidad y ejercicio en la institución que comentamos y las consecuencias jurídicas que se originan. Ella será el guardador y no el concreto organismo, servicio, centro o directores de éstos a quienes se encomienda materialmente el menor. Es obvio que la persona jurídica necesita valerse de otras organizaciones o personas para poder desarrollar el cumplimiento de sus deberes tuitivos. El catálogo de modalidades no es, por ello, cerrado, y lo esencial es que, en cualquier caso, sea el ente público, a través de sus representantes, quien asuma la responsabilidad y dirección de las cuestiones de índole personal que afecten al menor y correspondan a los deberes tuitivos de los que es titular. Puede tratarse de un centro o establecimiento público o privado (entidad colaboradora), en cuyo caso la responsabilidad inmediata la asume su director. Pero nada impide que la persona pública ejerza materialmente la guarda a través de otras organizaciones o personas particulares, y en este último caso con el auxilio de núcleos familiarmente estructurados. La única exclusividad que otorga la Ley es la referida a las funciones de

mediación por acogimientos familiares o adopciones (Disposición adicional 1-4). Las familias de apoyo y personas particulares en general, actúan en calidad de colaboradores de los servicios públicos de asistencia social en el área de protección de menores. Este es el amplio sentido que hay que dar a la expresión legal “la guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública por el director del establecimiento o casa en que el menor es internado...”. En todos estos supuestos la nota distintiva y diferenciadora con los acogimientos familiares en que en ellos los deberes tuteladores del párrafo 1 del art. 173 se ejercen con autonomía decisoria y de responsabilidades por la familia acogedora. Aquí por el contrario, es en la persona jurídica pública y sus representantes en quien recae el peso de la responsabilidad, un omnicomprendensivo poder de dirección y la revocación ad nutum sin necesidad de justificación de la situación de guarda material creada, aunque debe reconocerse, como más arriba razonaba, que el contacto personal con el menor origina consecuencias jurídicas que por lo que decimos, revestirán menor entidad.

F) *Régimen jurídico-efectos*

No hay otras prescripciones en la reforma más que las relativas al modo y supuestos en que se constituye la guarda (art. 172-2), y a las modalidades de su ejercicio (art. 172-3) que ya hemos comentado. En lo demás estamos ante un vacío legal que es preciso cubrir de nuevo a través de la analogía. La Ley italiana de 1983 remite expresamente a las normas del acogimiento familiar, y en nuestro Derecho es procedente idéntica remisión si bien en él en base a los principios analógicos. No puede negarse la similitud y casi coincidencia exacta de una y otra institución en cuanto a los contenidos, siendo el único matiz diferencial el que el legislador ha querido expresar con la fórmula “plena participación del menor en la vida de familia”, alusiva de un personalismo e intimidad lógicamente ausente en el supuesto que examinamos. No surtirá efectos la analogía, sin embargo, en lo que hace referencia a los requisitos que determinan la validez del acto constitutivo (escritura, consentimiento del menor de 12 años y de los padres no privados de la patria potestad), pues las ausencias que en la comparación se observen deben tenerse por no previstas por el legislador. Este sólo requiere el consentimiento de la entidad pública y de los que tienen potestad sobre el menor para la validez del negocio de constitución, no siendo ninguno de ellos imprescindible en las hipótesis de guarda judicial. Tampoco será forzosamente aplicable el régimen de cesación de los efectos del acogimiento, pues lo integran requisitos que afectan a la misma eficacia de la relación jurídica constituida, y que deben constar de modo expreso como los requisitos de validez, dado el carácter esencial de unos y otros. Los contenidos si que son básicamente trasladables a la guarda y con este entendimiento los examinamos a continuación:

1. *Deber de velar por el menor.* Concurre una vigilancia inmediata a cargo de la entidad y otra de carácter mediato en los padres o guardadores. Estos deben mantener una actitud de interés y preocupación por el menor incluido en la expresión “velar”, cuya inexistencia podrá dar lugar a que se perfile la hipótesis de desamparo productora de tutela a cargo de la entidad pública.

2. *Deber de alimentarlo.* La obligación alimenticia incumbe a la entidad pública lo mismo que al acogedor. El art. 111 induce a colocar junto a ella la correspondiente a los padres (y por extensión al tutor), que en ningún caso pierden este deber como tampoco el aludido en el párrafo anterior. Ambas deudas alimentarias deben configurarse como obligaciones solidarias con los efectos que el C.C. les anuda. El razonamiento no será de aplicación, por obvias razones, cuando el motivo de la guarda haya sido, con carácter exclusivo o concurrente, la penuria económica familiar. En los demás casos el ente público podrá repercutir la cuota correspondiente en el patrimonio de los padres o del menor, con aplicación a este en su caso de lo previsto en el art. 165. En cualquier caso habrá de tenerse en cuenta la normativa jurídico-administrativa reguladora del carácter gratuito u oneroso de estas prestaciones asistenciales.

3. *Deber de tener en su compañía al menor.* La persona jurídico-pública lo ejerce con las modalidades a que nos referimos en el apartado anterior. Comprenderá como en la patria potestad y tutela, la facultad de reclamar al menor de terceras personas que lo retienen indebidamente o en los casos de fuga del domicilio en el que debe permanecer, recabando a tal efecto el auxilio de la autoridad gubernativa. Las facultades de internamiento al menor con fines educativos, asistenciales o correccionales, al igual que en los supuestos de acogimiento como más adelante veremos, habrán de regularse al menos por los preceptos relativos a la tutela (art. 271-1), casi coincidentes con los de la patria potestad, ante la aplicación analógica del art. 211 a los menores. Internar a un menor en un establecimiento de salud mental o de educación especial requerirá la autorización judicial, que no será precisa cuando el centro en cuestión lo sea de atención física (hospital), o de educación ordinaria (por ejemplo, un internado). Además entiendo con un sector doctrinal que el art. 211 es aplicable a los internamientos de menores, por lo que los padres requerirán el control judicial posterior en los mismos casos que los tutores (ingreso en establecimiento de salud mental o de educación especial). En esta misma línea doctrinal opino, asimismo, que esta prescripción del art. 211 es también una garantía en todos aquellos otros supuestos en los que aún no tratándose de un centro asistencial de salud mental, la situación de coerción ejercida sobre el menor, dada su edad y las circunstancias de control, suponga la efectiva privación de su libertad ambulatoria. En estas hipótesis, como ya veíamos, se requerirá posterior autorización judicial. Por último el internamiento en establecimientos de carácter correccional requiere siempre la previa

decisión judicial, que habrá de adoptarla, conforme a la legislación de 1948, el juez de menores. Estas distinciones no resuelven todos los supuestos y además de manejar los conceptos de centro educativo especial, correccional o asistencial, hay que atender ad casum a la realidad concreta de la situación, cuya mayor o menor intensidad provocará también un mayor o menor sistema de garantías.

4. *Educárlos y procurarles una formación integral.* La persona jurídica pública asume este deber educativo en toda su dimensión y con el auxilio de las personas a que anteriormente nos referíamos como instrumentos del ejercicio de la guarda. Los padres o tutores tendrán la participación que se haya conferido por convenio o resolución judicial. Puede reservárseles la toma de decisiones trascendentales ya que, en principio las de dirección ordinaria en la educación y atención al menor corresponderán a la entidad pública. No habiendo privación de patria potestad y conforme al art. 27 de la Constitución y 3 C de la L.O.D.E., corresponde a los padres y tutores el derecho a educar a sus hijos o pupilos en la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Examinando ahora hipótesis de incumplimiento forzoso de los deberes tuitivos y de guarda orientada a la reinserción familiar, no parece prudente que los padres y tutores pierdan este derecho que debe enmarcarse en el capítulo de las decisiones básicas o trascendentales para el menor. En todo caso habrá de estarse a lo convenido o resuelto por el juez, y en las demás hipótesis la entidad pública procurará al menor sometido a su guarda una formación no condicionada ideológicamente y de acuerdo con los principios constitucionales.

Las controversias en el ejercicio de estos deberes tuitivos entre padres o tutores y Administración habrán de resolverse, por analogía, con los mandatos del art. 156 C.C. De otra parte no hay obstáculo en admitir que la entidad pública guardadora pueda ejercer limitadas facultades de representación legal del menor y administración de sus bienes, cuando se hallen íntimamente conectadas con el desempeño de los deberes tuitivos de orden personal, que son la base de la guarda. Será de aplicación analógica el art. 304 y los actos realizados tendrán validez en tanto en cuanto beneficien al menor.

La responsabilidad extracontractual dimanante de daños ocasionados por el menor hay que afirmarla también de las entidades públicas que han asumido la guarda. El art. 1903 C.C. hace descansar el deber de responder en la idea de guarda. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos “que se encuentren bajo su guarda”, y los tutores “cuando están bajo su autoridad y habitan en su compañía” los menores e incapacitados. A contrario sensu padres y tutores no responden en las hipótesis objeto de nuestro estudio, en las que la persona jurídica pública ostenta la condición de titular de la guarda. Pese a la interpretación jurisprudencial de fuerte sentido objetivista y de numerus clausus en torno al art. 1903, el deber de velar por el menor y tenerlo

en su compañía carecerían de virtualidad jurídica sin el pertinente correlativo de responsabilidad por daños y perjuicios, y en base a tales potestades-deberes hay que sostener esta última.

G) *Extinción de la guarda*

Habiendo convenio cesa por decisión del ente público o de los padres o tutores cuando han desaparecido las causas que la justificaban. Determinado un plazo temporal habrá que estar a él, salvo que antes de su cumplimiento desaparezcan asimismo las circunstancias originadoras del desamparo.

En los casos de guarda judicial la cesación se producirá a petición de los legitimados para ello (padres, tutor, el propio menor, parientes, Administración, Ministerio Fiscal), y procederá por nueva resolución judicial cuando de la misma manera dejen de concurrir las circunstancias originadoras de esta hipótesis de desamparo, y en todo caso teniendo en cuenta el interés del menor.

En lo que hemos denominado guarda por Ministerio de la Ley la intervención judicial posterior es de mera autorización, no constitutiva y por ello y conforme a las previsiones del art. 211, aplicado por analogía, el ente público cesará en la guarda por la propia decisión de sus representantes cuando dejen de tener actualidad los presupuestos que la motivaron. En caso de disconformidad los interesados podrán pedir la constitución judicial de la guarda administrativa.

H) *Guardas acordadas por los antiguos Tribunales de Menores en el ejercicio de su facultad protectora*

Los expedientes en cuestión han sido transferidos a las Comunidades Autónomas tras la Ley 21/87 y plantean numerosos problemas acerca de la validez y alcance actual de las medidas acordadas conforme a la anterior legislación. La primera premisa que es necesario sentar es que estas guardas tienen validez jurídica y siguen desplegando las oportunas consecuencias mientras no queden sin efecto en virtud del art. 172, aplicado a ellas por los cauces procesales que más adelante estudiaré y en base a una investigación de la actual situación de desamparo que pueda producirse. La retroactividad de la Ley 21/87 sólo alcanza, según la disposición transitoria 1.^a, a los expedientes de adopción plena pendientes cuando los solicitantes lo interesen, y al sobreseimiento que se produce automáticamente de los de adopción simple cuando aún no ha recaído resolución judicial. La disposición transitoria 2.^a revela que en lo demás rige el principio general de irretroactividad de las leyes, pues se dice expresamente que las adopciones simples “subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior”. Eaden ratio debe llevar a

afirmar que las guardas que estudiamos subsistirán también en los términos de eficacia reconocidos en el texto refundido de 1948.

El segundo postulado que debe orientar la actividad de los entes públicos a los que se transfiere, hace referencia a la necesaria investigación que deben realizar ex nunc acerca de la concurrencia o no de las hipótesis de desamparo. Si éste se produce en el momento actual la Administración ejercerá sus facultades en el modo en que lo venimos examinando. Si por el contrario el menor no se encuentra privado de la necesaria asistencia material o moral en los términos que más atrás comentábamos, nos hallaremos ante una guarda con validez legal respecto de la que únicamente hay que examinar si procede o no la constitución de la tutela ordinaria.

I) *La guarda acordada por los Juzgados de Menores.*

Conviene precisar algo más los razonamientos expuestos en el Capítulo II y afirmar, por su mayor especificidad, que cuando se trate de delitos o faltas o bien de menores “prostituidos, licenciosos, vagos o vagabundos” del art. 1 del Texto Refundido antes citado, la competencia preferente y exclusiva será del Juez de menores aunque estemos en presencia además de una de las hipótesis del desamparo. Exclusividad que se reduce sólo a la suspensión del contenido personal de la patria potestad o tutela, y a decidir en definitiva a quien se atribuye la guarda material del menor sometido a la actividad reformadora con el fin de su reinserción social. Tratándose de los supuestos de desamparo generadores de la privación de patria potestad y de la tutela delente público, el Juez de menores deberá remitir los oportunos testimonios al Ministerio Fiscal para que promueva, en el modo que seguidamente analizaremos, la constitución de la tutela en favor de la persona jurídico-pública, con la consiguiente privación plena de derechos a los titulares de la potestad familiar. Constituida aquella, el Juez de menores seguirá conservando la competencia para adoptar las decisiones relativas a la mencionada guarda material orientada a los fines propios de la actuación reformadora mientras la siga ejerciendo.

3. La Tutela de las Entidades Públicas de Protección de Menores

1. *Ambito de aplicación*

Vendrá determinado por las demás hipótesis de la situación de desamparo no comprendidas en el Capítulo anterior (p. 2. del art. 172), y que pueden ampararse, residualmente, en la definición legal del núm. 1. Ya veíamos que en el citado párrafo 2 el legislador destaca los supuestos de incumplimientos forzosos de carácter temporal para atribuir-

les un tratamiento jurídico estructurado a través de la institución de la guarda. Los demás son objeto aquí de nuestro estudio y originarán propiamente la privación de patria potestad y constitución de la tutela pública. Debemos agruparlos en dos apartados:

A) *Incumplimientos culpables de los deberes de protección referentes a la guarda de los menores cuando ocasionen a éstos privación de la necesaria asistencia material o moral*

Concurrirá el dolo o culpa civil traducidos en una actitud de inhibición, desinterés, descuido, despreocupación, palabras todas ellas definidoras de una actuación negligente e irresponsable en la guarda de menores. Veíamos que el “incumplimiento o ienadecuado ejercicio” de los deberes tuitivos ha de ser grave y ponderarse, en todo caso, la entidad de los perjuicios materiales o morales que se están produciendo al menor. Así se desprende de la utilización como criterio interpretativo del principio “tout por l'enfant”, y de la necesaria proporcionalidad entre gravedad de comportamientos y gravedad de consecuencias jurídicas correlativas. En esta misma línea habrá que exigir una cierta duración temporal que traduzca la persistencia de aquellas actitudes de irresponsabilidad de los padres o tutores, y justifique la importancia de las medidas que de ella van a derivarse. Los incumplimientos instantáneos originarán una atenta investigación de la Administración acerca de la entidad de los comportamientos despreocupados o negligentes en los padres o tutores, y en todo caso la asunción sólo de la guarda para impedir la continuación del estado de privación asistencial del menor. Este sí que no requiere requisitos de extensión temporal para provocar la inmediata intervención protectora de las entidades públicas. A idéntica conclusión interpretativa se llega cohonestando los arts. 172 y 170, y teniendo en cuenta que éste último no ha sido modificado por la Ley 21/87; en el apartado siguiente desarrollamos tal punto argumental.

Hay que excluir de las hipótesis generadoras de privación de patria potestad los desamparos producidos por la actuación de terceros que no sean los padres o tutores. Cuando el sujeto del que proceda el desamparo legal es el guardador de hecho o el delegado paterno, el específico resultado carencial en la esfera personal o espiritual del menor conllevará, en la línea argumental que desarrollamos, la realización de las previsiones del núm. 2 del art. 172, con la asunción de la guarda administrativa, y una investigación esclarecedora acerca de la conducta asistencial de los titulares de la patria potestad.

B) *Incumplimientos forzados con pronóstico de irreversibilidad o estabilización temporal*

En interés del menor es razonable que se produzca aquí también la privación de la patria potestad o tutela dada la permanente imposibili-

dad de ejercicio de los deberes tuitivos. El perfil de estos incumplimientos requiere un puntual seguimiento de la situación y una precisa recopilación de datos probatorios referidos al perjuicio para el menor y a la naturaleza de la infracción de los deberes tuteladores. Cuandose formule un pronóstico de futuro debidamente, fundamentado en las notas de irreversibilidad o estable proyección temporal, y se acrediten graves perjuicios al menor derivados de todo ello, nos hallaremos ante los casos encuadrados en este apartado.

2. *Naturaleza jurídica de la tutela de entidades públicas. Subsistencia del régimen de causas de privación de patria potestad en el C.C. (Art. 170)*

La primera pregunta que suscita el art. 172.1 es la de qué institución se cobija realmente bajo la expresión "...tiene por ministerio de la Ley la tutela..." Han sido varias las respuestas en la doctrina civil, en la que se ha estimado su naturaleza como próxima a la de la actividad pública general de protección de menores desamparados (tutela equivalente a actividad tutelar de la Administración protectora con connotaciones jurídico-administrativas), frente a otros posicionamientos que conducen sus contenidos a los de una tutela *sui generis* con variadas acepciones: tutela de hecho, tutela provisional, guarda legal; no faltando la polémica relativa a si la reforma del 87 ha configurado una tutela ope legis en profunda innovación de los principios del Derecho de Familia o más bien se trata de una modalidad de la tutela judicial de autoridad instaurada como modelo definitivo en 1983. De ésta última disputa doctrinal nos ocuparemos en el apartado siguiente. Aquí baste con afirmar que el art. 172.1 regula una verdadera tutela en el significado estructural que le atribuyen los preceptos del Título X del Libro I del C.C. y en la conceptuación que merece a los estudiosos del Derecho de Familia. La tutela que a las entidades públicas se encomienda de los menores desamparados es una potestad tuitiva de orden general, que se extiende a los aspectos tanto personales como patrimoniales de la vida del menor y que es incompatible con la patria potestad cuya privación total supone. El primer argumento es semántico pues la palabra tutela en el articulado del Código tiene, en su comparación diferenciadora con otras instituciones protectoras del menor (defensor judicial, curatela, guarda), una precisa significación de totalidad extendiéndose básicamente al contenido personal y patrimonial de la patria potestad con la que no puede convivir simultáneamente. Si su inclusión en el art. 172 (Capítulo V del Título VII) pudiera suscitar dudas, la modificación correlativa de los arts. 222, 229 y 239, resuelve en vía de exégesis sistemática el problema de la naturaleza de la institución que venimos estudiando. El art. 222 es expresivo al respecto y en el n 4 prescribe que "estarán sujetos a tutela los menores que se hallen en situación de desamparo"; la reflexión so-

bre los tres números anteriores suscita la idea de que este precepto diseña la institución tutelar bajo el supuesto de la ausencia o privación plena de la patria potestad. Si a ello añadimos que el mentado artículo está en el Capítulo II del Título X, rubricado justamente “De la tutela” y en cuya sección tercera (Arts. 267 a 270), se describen las amplísimas facultades personales y patrimoniales del tutor (guarda, representación legal y administración de bienes), incompatibles con el ejercicio de la patria potestad, comprenderemos la bondad del esquema argumental utilizado. De todos modos y como se verá más adelante, la tutela de entidades públicas presenta algunas especialidades derivadas del carácter del sujeto titular de la relación jurídica que despliega la tutela, y de la peculiar configuración de provisionalidad con que el legislador caracte-
rízca a la intervención pública frente al desamparo (art. 172.4).

La Ley 21/87 no ha reformado expresamente el contenido del art. 170 C.C., pero el art. 172 introduce sin duda una regulación que incide en el régimen de las causas de privación de la patria potestad (acabamos de ver que la tutela pública supone justamente esta privación total). Podría pensarse que al ser el art. 172 Ley posterior y especial induce a una tácita derogación de la disciplina de la privación de la patria potestad contenida en el art. 170. Creo, sin embargo, que el legislador, al no modificar éste último precepto obliga al intérprete a coordinar los ámbitos de actuación de unas y otras prescripciones. El nuevo precepto definidor del desamparo y de la tutela y guarda públicas produce una ampliación de los supuestos que originan la privación de las facultades tuitivas que venimos estudiando, e introduce novedades en el tratamiento procesal y constitución tutelar en hipótesis doblemente previstas en ambos preceptos, con mantenimiento de la peculiar estructura procesal y sustantiva de aquellas otras comprendidas en el art. 170 y fuera del alcance de los preceptos innovadores. Exponemos estos puntos de vista en la clasificación y matizaciones subsiguientes:

A) *Incumplimientos culposos de los deberes de protección establecidos en las Leyes para la guarda de los menores*

Al estudiar el concepto legal de desamparo veímos que éste sólo podía relacionarse con los deberes de contenido personal (guarda equivalente al ámbito de los arts. 173.1, 154 y 269), mientras que el art. 170 permite basar la sentencia de privación en el no cumplimiento de cualesquier deberes inherentes a la patria potestad”, sean éstos los personalizados o los de contenido patrimonial. De otra parte la previsión legal del art. 170 no requiere un resultado específico de inasistencia material o moral del menor a diferencia de lo que ocurre, como ya expóniamos, con la definición del art. 172.1. Por tanto cuando el incumplimiento de deberes por parte de los padres se refiera a las facultades de representación legal y administración de bienes o no conlleve la inasis-

tencia del menor (guardas de hecho o delegaciones convencionales con la actitud o negligente desinterés en los titulares y menor suficientemente atendido), nos hallaremos ante una hipótesis que cae fuera de la órbita del art. 172 y que está sometida plenamente al régimen del art. 170. El cauce procesal será el juicio ordinario de menor cuantía y la tutela se constituirá por las reglas ordinarias. Coexisten ambos preceptos, manteniendo su autonomía reguladora, en aquellas previsiones que caen sólo bajo la esfera de influencia exclusiva de alguno de ellos.

¿Qué sucederá en los casos de desamparo culposos? Están contemplados en el art. 172.1 y, sin duda, también en el art. 170 que no ha sufrido modificación; es evidente que este último incluía tanto el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad que origina un desasistimiento al menor como aquellos otros en los que éste tiene sus necesidades cubiertas. El carácter de norma posterior y especial debe hacer prevalecer el art. 172.1, y por tanto la constitución de la tutela seguirá el cauce del art. 239 y la coetánea privación de patria potestad el procedimiento especial de jurisdicción voluntaria diseñado en los arts. 1.825 y siguientes de la LEC, aplicables por analogía conforme a reflexiones que haremos en el último capítulo.

B) *Incumplimientos forzados*

En el Capítulo I sosteníamos que el art. 170 respondía a cánones subjetivizadores y que sólo la declaración judicial de incapacidad o ausencia excepcionaba el carácter de incumplimiento-sanción que latía en la redacción legal. De acuerdo con las ideas expuestas en el párrafo anterior y en relación con estos últimos supuestos, cuando la incapacidad o ausencia de los padres declaradas judicialmente no hayan producido en el hijo privación de la necesaria asistencia material o moral surtirán eficacia las previsiones del art. 170 que opera con autonomía reguladora, y así de igual modo la pretensión se deducirá en juicio de menor cuantía en su caso y la tutela se constituirá con la disciplina de los arts. 234 y siguientes. Si por el contrario hay desamparo en los términos del art. 172.1 prevalece el régimen de éste y se impondrá la tutela pública y los procedimientos especiales de la Ley 21/87.

Las demás hipótesis (incapacidad o ausencia de hecho o presuntas, y cualesquiera otros impedimentos forzados), caen como es obvio, de lleno en la esfera de aplicación del art. 172 pues no están siquiera contempladas en la descripción legal del art. 170. Es aquí donde se ha producido una ampliación de las causas que dan lugar a la pérdida por parte de los padres de los derechos de patria potestad. Junto a las resoluciones judiciales de incapacidad y ausencia aparecen en la Ley 21/87 otras hipótesis en las que sin negligencia o culpa de los titulares de la patria potestad, queda ésta en imposibilidad permanente para ser ejercitada. En el Capítulo I decíamos que la expresión legal “imposibilidad”

no es excluyente y que caben todos los casos (sea su origen personal, económico, social, etc.), imaginables de impedimento inculpable. Su tratamiento procesal y el régimen de la tutela se regirán, como es obvio, por los nuevos preceptos que analizamos.

3. *La apreciación del desamparo y la constitución de la tutela*

En este punto hay planteada una interesante controversia en la doctrina civil cuyos términos trataremos de analizar. Con el tenor literal de la Ley se entiende por algunos que en el ordenamiento civil de familia ha surgido una tutela “ope legis”, en la que es la entidad pública la que aprecia el desamparo del menor, no siendo necesaria la intervención judicial para que se produzcan los efectos jurídicos anejos a la privación de la patria potestad. Otros autores entienden, por el contrario, que la tutela se constituye en todo caso por decisión del juez que es quien aprecia el desamparo y declara las pertinentes consecuencias jurídicas. Consideran que un adecuado entendimiento de los nuevos preceptos, a la luz de su ubicación sistemática en el Derecho de Familia y la significación constitucional del núcleo familiar, abogan por la segunda de las opciones expuestas. Comenzaré por resumir los argumentos que se esgrimen en pro de la tutela ope legis o automática del ente público de protección de menores:

A) *Antecedentes legislativos*

El antiguo art. 212 C.C. decía “que los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas”. Parece regularse aquí una tutela ope legis, en el supuesto contemplado por el precepto, para cuya validez no se precisaría declaración de ningún organismo o autoridad: “son” equivale a “tiene”, expresiones ambas reveladoras de que la condición de tutor se adquiere por la nueva prescripción legal y sin otras intervenciones constitutivas.

B) *Discusión Parlamentaria y Exposición de Motivos*

Se argumenta que en el trámite parlamentario fue rechazada una enmienda del grupo Popular en la que expresamente se exigía en los preceptos reformados la apreciación judicial del desamparo, y de otra parte las manifestaciones del grupo parlamentario Socialista, impulsor de la Ley 21/87, se produjeron en el sentido de subrayar el carácter automático y al margen de decisiones judiciales de esta nueva tutela. La Exposición de Motivos emplea la palabra tutela automática y ello viene a corroborar la trayectoria parlamentaria sobre el automatismo legal que se pretende.

C) *El antiguo art. 174* exigía expresamente para la estimación del abandono que daba lugar a la adopción sin necesidad del consentimiento de los padres, la correspondiente resolución judicial. Si en el art. 172, que regula el desamparo, y permite también proponer la adopción sin el consentimiento de los titulares de la potestad familiar al haber una tutela pública con privación de la patria potestad, no se contiene esta prescripción es porque la actuación judicial ha dejado de ser necesaria para la estimación del supuesto, dado el paralelismo de ambos preceptos.

D) *El art. 172* no ofrece dudas al decir que el ente público “tiene por ministerio de la Ley la tutela”, y no cabe otra interpretación más que la de que se configura la postulada tutela ope legis. Cuando el C.C. emplea la expresión por Ministerio de la Ley en otros lugares del Libro I, otorga a la expresión un claro sentido de adjudicación de consecuencias jurídicas sin necesidad de que éstas sean declaradas por los órganos jurisdiccionales.

E) *Los nuevos artículos modificados en el Título X* abundan en la idea que se defiende. El art. 222.4 no señala exigencia constitutiva alguna a la tutela pública que estudiamos y dice que están sujetos a esta institución: “Los menores que se hallen en situación de desamparo”, dándose a entender que basta con encontrarse en tal situación sin necesidad de posteriores reconocimientos. El art. 229, regulador de las personas obligadas a promover la constitución de la tutela, ha suprimido de su prescripción al director del establecimiento público en que se encuentre acogido el menor, y si ello se hace así es porque el ente público no puede estar obligado a pedir que se forme la tutela porque ya la tiene “ministerio legis”. Finalmente el art. 239 vuelve a decir claramente “que la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad pública”, y con ello vuelve a repetir con más claridad que no le corresponde por decisión judicial sino por mandato del propio legislador. La mens legis desarrolla esta configuración en el párrafo 2 al decir que se procederá al nombramiento del tutor “conforme a las reglas ordinarias...”, con lo que está manifestando que la tutela estudiada excepciona las reglas ordinarias de constitución judicial de la tutela y supone una constitución extraordinaria por designación directa de la Ley.

Creo que una mayor profundización en el debate mueve a efectuar importantes matizaciones a los razonamientos doctrinales expuestos. Y así puede afirmarse de contrario:

A) *El antiguo art. 212* no era sino un supuesto de la tradicional tutela legítima, de honda raigambre histórica y que no supone una quiebra del sistema de constitución de la tutela en el contexto del cuerpo normativo en que se insertaba.

B) *El antecedente inmediato e inspirador de la Ley 21/87* es la ya citada Ley italiana de 4 mayo 1983, hasta el punto de que las fórmulas legales de los arts. 172 y siguientes vienen calcadas literalmente en algunos pasajes. Esta norma inspiradora contiene como presupuesto ineludible de la atribución de potestades familiares a los entes públicos la previa decisión judicial constitutiva. Sólo se atribuyen deberes tutivos a la Administración sobre los menores ya recogidos en el establecimiento público, en disposición de similar estructura al antes mencionado art. 212, en vigor hasta la Ley 13/83. En el Derecho Comparado no se observan preceptos del alcance de los instaurados por Ley 21/87 en la tesis que debatimos. En las legislaciones francesa y alemana, por ejemplo, cualquier supuesto de privación de patria potestad y de constitución de la tutela requiere la resolución judicial constitutiva, y con más claridad aún cuando se trata de conflictos expresos entre el titular de la potestad familiar y la entidad pública que pretende hacerse con las facultades tutivas sobre el menor.

C) *Los datos derivados de la vida parlamentaria son de difícil interpretación* dada la complejidad de los correspondientes procesos, la diversidad de grupos, negociaciones y planteamientos que se entrecruzan y la coincidencia doctrinal en entender la hermenéutica jurídica como una ciencia que debe centrarse más que en la indagación de la voluntad del legislador, en los mandatos que se desprenden de la Ley como cuerpo de preceptos autónomo y con vida propia. La supresión de la enmienda antes citada creo que nada prueba. Primero porque puede entenderse que el no mencionar la antigua declaración judicial del art. 174 obedeció a su innecesariedad, y en segundo lugar porque la enmienda transacional que finalmente se acordó hace aún más difícil el indagar la real voluntad parlamentaria respecto del cuerpo legal en trámite de aprobación.

D) *La Exposición de Motivos* utiliza ciertamente la expresión tutela automática pero no vuelve a repetirla en el articulado de la Ley y sobre todo es inconciliable con la coherencia legislativa que una innovación de tan trascendental significado no se justificase con una sola línea por el autor de la Ley en la explicación de motivos. En efecto, la tutela ministerio legis significa que por un acto de la Administración (declaración de desamparo), quedan los padres o tutores privados automáticamente de todo el contenido personal y patrimonial de la patria potestad o tutela, que desde ese instante es asumida por la Administración declarante, incumbiendo a los afectados p9or esta grave medida la carga de impugnarla a posteriori ante el Juez civil, y con la posibilidad de que antes de ello las entidades públicas arrebaten coactivamente al menor de quien ya no ostenta facultades sobre él. Este es el esquema del Derecho Administrativo trasladado sin más explicaciones al campo del Derecho de Familia. Acto administrativo, presunción de legalidad, coactividad, ejecutividad y control jurisdiccional posterior y revisor de dicho

acto, serían de facto las consecuencias sustantivas y procesales de admitir esta singular tutela. En ella la Administración actuaría así en una posición de preeminencia, con prerrogativas exorbitantes al modo como lo hace en Derecho tributario o cuando ejerce las potestades de autotutela. Proponer esta interpretación de la Ley 21/87 no es otra cosa que convertir el Derecho de Familia en un capítulo del Derecho administrativo. Aún discutiendo la precisión de estos asertos, es innegable que cambios tan trascendentales de haberse querido realmente realizar habrán sido mínimamente explicados y justificados en su necesidad en la amplia Exposición de Motivos. El legislador en un sólo párrafo se limita a hablar de la guarda y de la tutela automática “atendiendo a la urgencia del caso” sin ningún comentario más de su fundamento y alcance. Entiendo que el autor de la Ley no quería llegar tan lejos y únicamente pretendía establecer para los casos urgentes mecanismos de intervención administrativa auxiliadora que atendería con eficacia al menor desamparado, sin subvertir tan profundamente las categorías del Derecho de Familia.

E) *No tiene consecuencias operativas la comparación entre el antiguo art. 174 y el actual art. 172.* En el precepto derogado la expresa prescripción de declaración judicial era un instrumento de simplificación procesal, en virtud del cual en el propio expediente de adopción se procedía a declarar la privación de patria potestad en virtud del abandono. Por ello el análisis comparativo debe efectuarse con los actuales arts. 177 C.C. y art. 1.827 L.E.C. en virtud de los cuales en el expediente de adopción puede procederse a conocer de la privación de patria potestad cuestionada por los trámites del juicio verbal. En el art. 172 no se alude a decisiones judiciales porque son otros los preceptos del Código que ya fijan su necesidad.

F) *Los artículos que han reformado la tutela (arts. 222, 229 y 239) no subvierten los principios constitutivos de la misma dada su colocación sistemática y el haber permanecido intactos otros arts. que dan carácter general a los mismos.* Del art. 222 nada se desprende ni en un sentido ni en otro y el precepto sólo dispone que está sujeto a tutela el menor desamparado, sin precisar el modo de constitución porque no es el cometido de esta norma sino de otras del Capítulo II, del título X. El art. 229, argumentado en pro de la tesis discutida, tampoco permite formular consecuencia alguna en su favor y entiendo que se ha modificado por meras exigencias técnicas. El Director del establecimiento público deja de estar obligado a promover la constitución de la tutela porque ya, conforme al art. 172, no es el guardador legal del menor. Recorremos que en la hipótesis de menores sometidos a la guarda, la persona jurídica pública es quien ostenta la titularidad de los deberes integrados en la misma, y a ella incumbe pues las obligaciones prescritas en el precepto que comentamos. La expresión “persona bajo cuya guarda se en-

cuentre el menor” incluye, como no podía ser menos, tanto a las personas físicas como a las jurídicas (ponderemos que el art. 242 permite ser tutores a las personas jurídicas) y entre estas últimas tanto a las privadas como a las públicas, que ejerciten de hecho o de derecho las facultades-deberes del orden tutivo personal. No olvidemos tampoco que el art. 229 tiene como finalidad regular la responsabilidad solidaria de indemnizar daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de promover la constitución de la tutela, y por eso el ente público sólo la contrae cuando ostenta la guarda material del menor. Habrá que entender que desde que se produce el llamamiento legal, que antes estudiábamos, a la entidad pública para que ejerzte los deberes de guarda, surge ya la obligación regulada en la disposición comentada.

Finalmente el art. 239 debe interpretarse en función del lugar que ocupa en el sistema de normas de la tutela. Se encuentra en la Sección II, del Capítulo II, del título X, y bajo la rúbrica “De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor”. La primera observación es que esta Sección II regula las condiciones para ser tutor, la remoción y excusas de la tutela y en los arts. 234 al 238 el régimen de delación de la misma, dando reglas acerca del modo en que se efectúan los tradicionales llamamientos testamentarios, legítimo y dativo y diseñando un sistema en que la decisión final siempre corresponde al órgano jurisdiccional. De ello se induce que el art. 239 establece un régimen especial de delación de la tutela diciendo que ésta corresponde por llamamiento legal a la entidad pública, exceptuando la regla del art. 234 situado con anterioridad. Por eso el párrafo 2 del citado 239 cuando habla de reglas ordinarias se refiere a las del art. 234, cuyo orden ha sido alterado por el párrafo 1 al atribuir la tutela por delante del cónyuge, padres, tutores testamentarios y descendiente, ascendiente o hermano, a la entidad pública. En definitiva los cuatro órdenes del art. 234-1 a 4 vienen sustituidos por el llamamiento único a la Administración, si bien el párrafo 2 atenúa el rigor de la prescripción atribuyendo la facultad última de decisión al Juez conforme a los esquemas de tutela de autoridad instaurada por Ley 13/83.

En todo caso en la exégesis del art. 239 estamos refiriéndonos a la delación de la tutela que es lo regulado en la Sección II, es decir, a cómo se efectúa el llamamiento para ser tutor. En este sentido el art. 239 consagra un sistema de tutela legítima, si bien debilitado por el mandato del párrafo 2. Pero delación no es constitución. El Código regula esta última en otros lugares indicando cómo, tiene lugar de acuerdo con el orden de llamamientos; de los art. 218, 219 del Capítulo I, del Título X, “Disposiciones generales”, ya se da a entender que hay una resolución judicial constitutiva, y de modo específico se prescribe en el lugar más adecuado sistemáticamente para ello que es la Sección I, del Capítulo II, “De la tutela en general”, en la que se formulan principios y reglas de carácter general reguladoras de esta institución y aplicables a todos los supuestos. En esta sede el art. 231 preceptúa que “el juez constituirá

la tutela..." Sienta este precepto, de conformidad con el sistema de tutela de autoridad que rige nuestro ordenamiento, el principio de constitución judicial de la tutela, a partir de la cual despliega los efectos jurídicos a ella anudados. El art. 259, que como el anterior tampoco ha sido modificado, ordena que "la autoridad judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado", y es el art. que encabeza la Sección III rubricada "Del ejercicio de la tutela". En definitiva esta supuesta tutela ope legis del art. 239 está regulada en sede de delación y tiene por delante toda la normativa general de la institución que, entre otras cosas, regula el modo de constituirse, y por detrás (Sección III), los preceptos que regulan su ejercicio. En unos y otros que le son de aplicación por razones sistemáticas se prescribe la decisión judicial constitutiva.

G) *La fórmula por Ministerio de la Ley utilizada en el art. 172 y 239 es un modo de reflejar un supuesto de tutela legítima;* en definitiva quiere referirse a la delación legal que se hace de la institución tutelar en favor de las entidades públicas. En los casos en los que en el Derecho de Familia se originan consecuencias ex lege, la estructura de los correspondientes preceptos es bien diferente a la del art. 172. Así en los arts. 156-4, 237 bis, 238, 278 y 171, entre otros, la norma decide efectos jurídico familiares sin necesidad de declaración judicial nada más darse el supuesto de hecho regulado, que es directamente apreciado por el llamado a ser titular de tales consecuencias jurídicas. El art. 171 relativo a la patria potestad prorrogada, emplea idéntica expresión "por Ministerio de la Ley" que la que comentamos del art. 172. La técnica legislativa de estas disposiciones es de todo punto inaplicable al art. definidor del desamparo; la ratio esencial de este automatismo legal obedece a finalidades que no se cumplen en absoluto en el precepto objeto de nuestra reflexión. En las prescripciones legales citadas se configura un presupuesto de hecho cuya simplicidad y facilidad de percepción mueve al legislador a proveerlo de eficacia jurídica sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional. En el art. 172, por el contrario, la hipótesis de hecho es un concepto jurídico relativamente indeterminado –el desamparo– que requiere sin duda adecuados procesos de valoración. De otra parte la intensidad en la producción de efectos jurídicos desborda aquí con mucho la comparación con los preceptos aludidos basados en el automatismo legal. El art. 171 determina la continuación de las facultades de la patria potestad, el art. 278 en las de la tutela, pero es que en la tesis discutida el art. 172 se originaría ex lege la privación de todo el contenido de la patria potestad o tutela en perjuicio de los que han ostentado hasta el momento las pertinentes potestades, y la adjudicación de su conjunto a la entidad pública por la propia valoración y decisión que ésta hace de la situación de desamparo. Entender así el precepto significa desnaturalizar la técnica legal de producción automática de efectos jurídicos, y pretender resolver el conflicto de derechos subjetivos por una vía diferente a la prescrita por los principios de Derecho de Famili-

lia en cuya sede analizamos esta problemática. Insistiendo en la idea anteriormente expuesta conllevaría todo ello la aparición de mecanismos estructurales del Derecho Administrativo caracterizados por su exhortitancia en el campo de las relaciones jurídico-familiares reguladas en el Derecho civil y cuyo ámbito de privacidad, frente a invasiones extrañas protegen las normas constitucionales con la garantía jurisdiccional.

H) *La admisión de la tutela ex lege en la acepción de la que venimos disidiendo supone consecuencias perturbadoras para la actividad tutelar y puede colocar al menor en situación de indefensión.* Si no hay posesión del cargo ante el Juez conforme al art. 259 desaparecen todas las garantías patrimoniales que, en interés del menor, formula los preceptos que subsiguen. Al no formarse inventario, por ejemplo, en los términos del art. 262 queda sin determinarse el importe económico sobre el que versará la responsabilidad de la Administración en la gestión de los intereses del sometido a tutela. Desaparece también la garantía que para los bienes de mayor valor establece el art. 265, y en definitiva será la propia Administración quien diga cuales son las pertenencias económicas de las que se ha hecho cargo y responde, y en qué estado se encontraban. Si hay automatismo legal en los términos denostados, el ente público podrá además, de modo coactivo y sin las garantías contenidas en los arts. que comentamos, acceder a la posesión civil del patrimonio del sometido a tutela, presupuesto indispensable para ejercer las facultades-deberes de representación legal y administración de los arts. 267 y 270 que ope legis se le confían. Y lo que nos parece más grave es que, al no ser posible la inscripción en el Registro Civil dado los términos de los arts. 218 y 219, y el que no se ha modificado la legislación reguladora del Registro Civil que exige en todo caso resolución judicial, no tendrán efectos frente a terceros los actos de representación y administración de los intereses económicos del menor (tampoco frente a los propios padres o tutores), con lo que se coloca a sus intereses patrimoniales en estado de indefensión. Lo anterior hará inútil la tutela ex lege en los aspectos jurídico-patrimoniales a los que nos referimos últimamente. Por lo expuesto considero que aunque falto de cierta claridad legal, el art. 172 debe interpretarse en el sentido de que regula una tutela legítima en favor de las entidades públicas con las características que seguidamente examinaremos. Esta conclusión resulta además de en virtud del discurso argumental empleado, de modo muy particular de los criterios de interpretación sistemática que en este lugar operan con específica virtualidad. La Ley 21/87, y volvemos a las reflexiones del comienzo, no es un cuerpo extraño sino que, dada la colocación de sus preceptos en los Títulos VII y X del Libro I del Código Civil, comporta una regulación del desamparo del menor y sus consecuencias que hay que esclarecerla a la luz de los principios y las instituciones del Derecho de Familia, tanto en su normativa sustantiva, civil y procesal como desde la óptica de la protección constitucional de la familia. La admisión de

la tutela ex lege contradice estas exigencias y opino que no es el efecto querido por el legislador. Este ha buscado la protección del menor desamparado en casos urgentes, como dice la Exposición de Motivos, a través de una eficaz acción administrativa, y para el designio legislativo basta con estructurar la legitimidad de las medidas estudiadas en el capítulo anterior, sin que en ningún momento sea necesaria esta controvertida tutela ex lege de dudosa constitucionalidad. Conocido es el principio de conservación de las leyes siempre que sea posible una interpretación de las mismas concorde con los requerimientos constitucionales, y que ha sentado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal. La ausencia de claridad en el texto legal y las reflexiones suscitadas abogan en este sentido por los entendimientos que defendemos en torno al modo de constituir la tutela de las entidades públicas.

4. Régimen legal de la tutela de las entidades públicas. Ejercicio y contenidos

Hallándonos ante una verdadera tutela nada obsta a la aplicación de los arts. 215 al 285 C.C. con las particularidades que seguidamente se estudian y derivadas, como ya decíamos, de la peculiaridad del sujeto activo de la institución tutelar y del presupuesto —situación de desamparo— sobre el que descansa.

A) Ejercicio de la tutela y nombramiento de tutor.

Respecto de la regulación que hace el título X de las condiciones para desempeñar el cargo de tutor en los arts. 241 a 245 hay que afirmar su inaplicación a la tutela de entidades públicas. Las causas de inhabilidad de los arts. 243-3 son del tutor como persona física y no tienen efectividad posible en la tutela que contemplamos cuyo sujeto es la persona jurídico-pública. Los supuestos del número 1 por cuanto que, de tenerse en cuenta la resolución judicial de suspensión de la guarda o remoción de las tutelas públicas como causa de inhabilidad, impedirían a la Administración el ejercicio de las funciones que le encomienda la Ley que estudiamos. La virtualidad de estas últimas hace que tampoco consideremos de aplicación el art. 245 y que sólo admitamos como eficaz circunstancia inhabilitadora la del núm. 4 del art. 244, cuando es el sujeto jurídico público quien tenga “importantes conflictos de intereses con el menor o mantenga pleito o actuación sobre la titularidad de sus bienes o le adeude sumas de consideración”. Nada obsta a que la entidad pública como tutor pueda ser removida del cargo en los términos de los arts. 247 a 250, cuando incurra en la única posible causa de inhabilidad (art. 244-4) o se produzca incumplimiento de los deberes tutivos incardinados en esta institución (art. 247), no siendo de aplicación la “notoria ineptitud en el ejercicio de la tutela- como causa de remo-

ción al hallarse pensada sólo para personas físicas particulares que desempeñan el cargo como tales. La previsión del art. 250 hay que completarla con la del nuevo párrafo 2.^º del art. 239 y declarada la remoción el Juez procederá al nombramiento de tutor en la forma que allí se indica. No es imaginable, por obvias razones y entrando ya en el ámbito de las excusas de los arts. 251 a 258, que el ente público pueda legalmente excusarse, pues esta Ley 21/87 ha establecido expresamente su obligación de intervenir en los supuestos que comentamos, y admitir lo contrario supondría abrir una quiebra importante en la realización práctica de los propósitos del legislador. La autoridad judicial dará posesión del cargo al ente público (art. 259) y no podrá exigir, en mi opinión, la constitución de fianza a que se refieren los arts. 260 y 261, pues la solvencia de las entidades públicas para hacer frente a sus responsabilidades patrimoniales deja sin sentido esta garantía. Sí que habrá la obligación de hacer inventario conforme a los arts. 263 a 266, depositándose los efectos de más valor en establecimiento oportuno de acuerdo con lo prescrito en el art. 265, y siendo de aplicación sin duda el contenido del art. 266 cuando el sujeto público tenga créditos contra el tutelado. La inscripción en el Registro Civil habrá de hacerse según las prescripciones de los arts. 218 y 219 y preceptos concordantes de la Ley de Registro Civil y no hay tampoco obstáculo para admitir la posibilidad de retribución según las disposiciones de los arts. 273, 274 y 275, teniendo siempre en cuenta las normas jurídico-administrativas reguladoras del carácter gratuito o retribuido de las correspondientes prestaciones asistenciales. Las prohibiciones del art. 221 son asimismo de aplicación al no distinguirse personas físicas de jurídicas en el desempeño de la tutela, y las funciones de vigilancia sobre la misma corresponden de modo permanente al Fiscal (arts. 232 y 174), y al Juez por la obligación de informe anual a que se refiere el núm. 4.^º del art. 269. Finalizada la tutela en las hipótesis que seguidamente estudiaremos, debe la entidad pública rendir cuenta general justificada ante la autoridad judicial y siguiendo las pautas marcadas en los arts. 279 a 285, que son en este punto de entera aplicación.

B) *Contenido de la tutela.*

Es también el prescrito en las normas del título X teniéndose en cuenta el principio introducido en la reforma de 1983, de disponibilidad judicial de los contenidos de la institución en relación con su sometimiento a los controles de la autoridad judicial, que se desprende de los preceptos introducidos en la reforma citada y particularmente del art. 233. Repasemos brevemente el conjunto de deberes y derechos del tutor público:

1. En el orden patrimonial

La entidad pública es el representante del menor (art. 267) y el administrador legal de su patrimonio (art. 270), siendo de aplicación el ré-

gimen de autorizaciones judiciales que para concretos actos de gestión patrimonial requieren los arts. 271-2.^º a 4.^º y 272-1.^º a 7.^º, con aplicación del art. 273. Insistimos en que por encima de estas prescripciones el art. 233 y concordantes permite una flexibilidad de contenidos y medidas de vigilancia residenciados en la decisión judicial.

2. En el orden personal

a) Deber de alimentos (art. 269-1.^º). Incumbe a la entidad pública tutora en virtud de esta prescripción pero no debe olvidarse que los padres, ex art. 111, conservan el deber de alimentar al hijo tanto en los casos de exclusión como de privación de la patria potestad, y aquél podrá por tanto dirigir su acción indistintamente hacia ellos o hacia el ente público. Al igual que en la guarda se trata de obligaciones solidarias cuyas reglas son de aplicación.

b) Educar al menor y procurarle una formación integral (art. 269-2.^º), que incluye la facultad de corrección (art. 268-2.^º), y el deber de respeto y obediencia en el sujeto a tutela (art. 268-1.^º). En este ámbito como en los demás campos de actuación referidos a la órbita de lo personal, el ente público, dada la privación plena de patria potestad o tutela, tiene total autonomía decisoria, conservando los padres únicamente en los términos del art. 160 el derecho a relacionarse con los hijos menores “conforme a lo dispuesto en resolución judicial”. De todos modos y dado lo prescrito en el núm. 4.^º del art. 172, “se procurará la reinserción del menor en la propia familia”, aplicable tanto a la tutela como a la guarda reguladas en párrafos anteriores, el Juez podrá establecer en interés del menor medidas de participación de los padres en sus procesos educativos y asistenciales. Téngase en cuenta que en algunos casos, no obstante, puede no ser ya posible la reinserción familiar con carácter definitivo, y de ahí que en los mismos la autoridad judicial deba proscribir la participación aludida. Con estos matices, a diferencia de en la guarda, aquí la Administración detenta un poder de decisión completo (tanto en lo relativo a decisiones ordinarias como extraordinarias) en la esfera personal del menor en aras de su educación y atención. Como regla general y con la salvedad expuesta, los padres pierden el derecho a que se eduque al hijo en sus propias creencias, conforme a las prescripciones constitucionales. La dirección educativa, cultural y escolar estará en manos del tutor público, quien, se discute si podrá orientar al menor con condicionamientos ideológicos o determinación en las opciones culturales que se le ofrezcan, pues este derecho sólo lo otorga la constitución a los propios padres. Habrá de plantearse en la duda una educación en libertad con tintes de imparcialidad, e inspirada en todo caso en los valores de la norma fundamental. Profundizaremos más adelante.

c) Velar por él (art. 269). Este deber de vigilancia tiene el mismo contenido que en la guardia y los padres también, ex art. 111, aún privados de patria potestad conservan la obligación de “velar por el hijo”, abocando la situación de vigilancia del sometido a tutela, como ya veímos en la guarda, a una vigilancia de carácter inmediato ejercida por el tutor y otra de carácter mediato por los padres. Estos últimos siguen obligados a interesarse por el hijo y de ahí su derecho a relacionarse con él y visitarlo, que hemos comentado en torno al art. 160.

d) Guarda del menor: Como es sabido el tutor no tiene la obligación de tener en su compañía al sujeto a tutela, pero sí la de decidir sobre con quién ha de convivir asumiendo la responsabilidad y vigilancia de la situación. Por ello la entidad pública podrá “tener al menor en su compañía” ejerciendo la guarda administrativa que hemos estudiado en el párrafo anterior o darlo en acogimiento conforme al art. 173, no siendo en este último caso ya necesario el consentimiento de los padres al haber sido privados de la patria potestad. Formalizado el acogimiento la entidad pública en el orden personal conserva sólo el deber de alimentos y el de velar por el menor, aunque con la participación decisoria en los procesos asistenciales que estudiaremos en el capítulo siguiente.

La entidad pública en cuanto tutor del menor tiene las facultades que ya examinábamos en la guarda de reclamarlo de terceros o en caso de fuga impetrando el auxilio de la autoridad. Asimismo la potestad de internarlo en los términos de los arts. 211 y 269-1.^º, con el mismo contenido que expusimos al comentar la guarda. Puede internarlo:

a') Con finalidad asistencial o en centro de educación especial (en ambos casos por razón de sus deficiencias psíquicas) dando cuenta a la autoridad judicial en las 24 horas siguientes.

b') En situación o circunstancias que supongan la efectiva privación de su libertad ambulatoria atendiendo a la edad y al contexto en que se producen con los mismos requisitos que en el apartado anterior.

c') En centros cerrados de corrección con la previa autorización Judicial, conforme al texto refundido de 1948.

d') En establecimientos hospitalarios para su atención física o educativos que no sean de educación especial sin necesidad de ninguna autorización. Todo ello resulta de coordinar las exigencias y ámbitos de los referidos preceptos 211 y 271-1.^º Cuando el menor es dado en acogimiento estas facultades de internarlo son ejercidas en la forma que más adelante veremos.

e') En cuanto a la adopción, al haberse originado la privación de patria potestad, el menor puede ser dado en adopción a instancia de la entidad pública sin el consentimiento de los padres, y en el expediente la Administración debe ser oída como tutor.

5. Extinción de la tutela

La tutela de las entidades públicas se extingue por las causas prescritas en los arts. 276 y 277 C.C. cuya aplicación a los supuestos que contemplamos no ofrece dificultades. En relación con el núm. 1.^º del art. 277 y siguiendo la doctrina mayoritaria en este punto, debe afirmarse que la tutela que comentamos está íntimamente unida a la pervivencia de la situación de desamparo y no se diferencia sustancialmente del régimen que al respecto siénta el párrafo 2.^º del art. 170. De acuerdo con su tenor la patria potestad es recuperable cuando desaparezcan las causas que originaron su casación, con lo que no puede evitarse la idea de provisionalidad en la institución que regula (el art. 170); en definitiva subsiste la privación de la potestad familiar en tanto en cuanto pervivan las circunstancias que la originaron. El principio de “tout pour l'enfant”, sin embargo, tiene aquí concreta aplicación y es el que determina la recuperación o no de los poderes tuitivos perdidos; a tal efecto la expresión “podrá” atribuye al Juez la facultad de flexibilizar en cada caso la decisión que se adopte orientándola en interés del sujeto a la patria potestad. La doctrina viene estableciendo un matiz diferenciador para el desamparo propugnando el automatismo en cuanto a la privación o recuperación de patria potestad. Se dice que desaparecida la situación de desamparo debe automáticamente extinguirse la tutela y recuperarse la patria potestad. En todo caso será necesaria la decisión judicial al respecto, y dada la validez general del criterio interpretativo antes enunciado se atenderá siempre a las necesidades y conveniencias del menor desamparado.

IV. CUESTIONES QUE SUSCITA EL AGOTAMIENTO FAMILIAR Y LA ADOPCIÓN

1. El acogimiento familiar

A) *Naturaleza jurídica*

Al hilo de las ideas que exponíamos al tratar la naturaleza jurídica de la guarda, y tras examinar la definición contenida en el art. 173.1, debe concluirse que el acogimiento es el modelo familiar de la guarda personal de condición legal o jurídica (para diferenciarlo de la guarda personal de hecho). El conjunto de deberes tuitivos descritos en este precepto coincide básicamente con la enumeración que hace el art. 154. La institución se orienta así en torno al contenido personal de la patria potestad que se desgaja de ésta para adquirir sustantividad propia. La coincidencia también se produce, por supuesto, con el contenido personal de la tutela del art. 269, si bien como es sabido el tutor no tiene el obli-

gación de tener en su compañía al pupilo. Con las líneas fundamentales pues de estos contenidos y con la premisa de la convivencia con el menor y el contacto directo y material, el legislador diseña aquí, como decíamos, un modelo de guarda personal, que con la expresión “plena participación del menor en la vida de familia” pretende dotarlo del entorno íntimo y familiar que es el idóneo para desarrollar libremente la personalidad. Este es el plus que se añade a la guarda administrativa estudiada en el Capítulo precedente; en ambas hipótesis, en interés del menor la Ley autonomiza los contenidos tuitivos de orden personal incluidos en la patria potestad y tutela, dando rango legal a esta figura de la guarda y convirtiendo a la segunda de ellas, el acogimiento familiar, en el modelo normativo a seguir. Si los contenidos jurídicos son idénticos, la calidad del sujeto (en un caso el ente público y en otro una familia), es lo que atribuye a la figura que estudiamos el carácter ejemplar de que goza en la Ley 21/87. El fenómeno legal de la guarda en su doble vertiente supone la convivencia de potestades personales sobre el menor, cuya titularidad se residencia en el guardador, con otras de esta misma naturaleza que perviven en los sujetos titulares de la patria potestad o tutela, quienes se reservan además las de orden patrimonial (representación legal y administración de bienes). Las demarcaciones fronterizas son sútiles y mientras el guardador puede ejercitar algunas facultades de gestión del patrimonio, los padres y tutores no pierden todas sus intervenciones en la esfera personal del hijo o pupilo. Lo que sucede es que, institucionalmente, en el acogedor o ente público guardador se ubica el núcleo de responsabilidades y poder decisorio sobre la órbita personal, mientras que el padre o tutor detentan el grueso de las facultades de gestión sobre los intereses patrimoniales del sujeto a su potestad. El principio de “tout por l'enfant”, como ya decíamos en capítulos precedentes, hace que la instituciones tuitivas ofrezcan contenidos abiertos y que por vía de pacto o de decisión judicial puedan flexibilizarse o graduarse en interés del menor que es el norte interpretativo del cuerpo normativo que analizamos. La novedad radica en que por vez primera en el ordenamiento de familia, la patria potestad y tutela convergen justamente en interés del menor, con la guarda para que, a través de la distribución de roles entre sujetos diversos, puedan verse cubiertas las necesidades morales y materiales de aquél en los supuestos de carencia. Regulada antes en dispersas normas administrativas y en la legislación protectora del menor, el instituto objeto de estudio se ha convertido en una figura de Derecho civil de familia inspirada en la Ley italiana de 4 de mayo de 1983. Sabido es que ésta distingue desde la perspectiva de unidad institucional, dos clases de acogimiento o “affidamenti”. El “ricovero” (nuestra guarda administrativa) y el familiar (al que únicamente la Ley 21/87 da el nombre de acogimiento en el art. 173). El matiz es válido en nuestro ordenamiento por lo antes expuesto: una sola institución de guarda personal con dos modalidades (guarda administrativa y acogimiento), entre los que el legislador escoge a la figura

que estudiamos como paradigma normativo a seguir. Hay, sin embargo, dos diferencias de interés entre la regulación italiana y la de nuestro país:

a) La primera prescribe expresamente que las normas de acogimiento familiar son de aplicación a las de “affidamento ricoverso”, mandato que no aparece en la Ley 21/87. Pese a ello, por este carácter paradigmático, debe sostenerse la analogía, que no supone, sin embargo, la transcripción absoluta de disposiciones de una a otra figura. Ya veíamos que en la regulación de los requisitos de validez y eficacia es difícilmente transvasable la disciplina del acogimiento a la guarda administrativa, dada la naturaleza de éstos y la falta de un reenvío normativo como es el que se contiene en la antes citada norma de Derecho comparado.

b) La legislación italiana preceptúa que los acogedores deben en principio obedecer las instrucciones de los titulares de la potestad familiar. Con el margen de flexibilidad que allí impone también la intervención judicial, el instituto de la guarda se aproxima más a la idea de auxilio temporal por terceros del ejercicio de los deberes de la patria potestad o tutela, a cuyos titulares se confiere el fundamental poder decisorio sobre la esfera personal del menor. En nuestro Derecho y con el sentido abierto y gradual con que en interés del menor se legisla, debe mantenerse, en principio, que el titular de la guarda o acogimiento concita en torno a sí el básico poder de dirección y consiguiente responsabilidad en la gestión de los intereses personales de aquél que se le confía (al menos decide con autonomía en todo lo que hemos denominado opciones cotidianas o rutinarias). Considero conveniente la distinción a efectos de dibujar con la mayor precisión posible el contorno de las instituciones objeto de estas reflexiones, entre terceros auxiliadores del ejercicio de la patria potestad o tutela (sobre todo de la primera de ellas dado que el tutor no tiene la obligación de convivencia), y aquellos otros que detentan la titularidad de la guarda personal con contenido legal y autonomía en su actuación. Algun autor afirma, con razón, que tal diferencia pierde su apoyo en la realidad de las cosas, pues el que tiene en su poder materialmente al menor en relación de convivencia directa es quien de facto ejerce los deberes de los arts. 154 y 269 y quien toma las oportunas decisiones. Pero aun así me parece que hay casos bien delimitados en los que los padres conservan un poder nuclear de dirección, de dar instrucciones vinculantes acerca de cómo han de ejercitarse los deberes tuitivos, sin perjuicio de que en todo caso el guardador material conserve por la naturaleza de las cosas una esfera de poder propio e incontrolable. Serían, por ejemplo, los supuestos a que antes aludíamos de los pactos válidos de delegación de facultades paternas en nuestro ordenamiento y de los acogimientos ordinarios del Derecho italiano. Frente a ellos podemos concebir otras hipótesis en las que se ejeran los deberes tuitivos de la guarda con fundamental autonomía de

dirección y decisión. Es el supuesto del affidamento italiano con declaración de adoptabilidad.

La Ley 21/87 concibe en principio la guarda y el acogimiento con este último sentido de competencias decisorias, a que ya hacíamos alusión al examinar el contenido de la guarda. Lo que sucede es que una y otra figura pueden obedecer a muy diversos planteamientos y circunstancias, y el interés del menor y el sentido de apertura y flexibilidad institucional tantas veces repetida, aconseja no dogmatizar las soluciones que se propongan. Así la nueva guarda administrativa del núm. 2.^º del art. 172 por imposibilidad de ejercicio de la patria potestad exigirá en algunos casos que los padres intervengan de modo decisivo en el ámbito personal del menor dado que se trata de procurar la reinserción familiar (art. 172.4.^º); cuando el ente público se constituye en tutor, por regla general asumirá de modo nuclear las decisiones ordinarias sobre el ámbito personal y patrimonial del menor, pero dado lo dispuesto en el referido párrafo 4.^º del art. 172 nada obsta a que el juez reserve a los padres otros ámbitos de participación conforme al principio de disponibilidad judicial de la tutela antes anunciado (al menos conserven el derecho a relacionarse con el menor, art. 160 C.c., que puede ser suspendido). El acogimiento del art. 173, como seguidamente veremos, puede formalizarse en el contexto de la tutela o guarda del ente público ante una situación de desamparo o sin que éstas se produzcan. En uno y otro caso la finalidad puede ser doble: reintegrar al menor a la familia de origen o preparar la adopción. En el primer caso interesará que los padres o tutores conserven facultades decisorias en la gestión de intereses personales del menor, y en el segundo que las pierdan de modo pleno en favor de la autonomía competencial del acogedor (en todo caso deteniendo el derecho de relación que puede ser asimismo regulado o suspendido por el Juez, art. 161). Como puede verse no hay módulos fijos, y puede oscilarse entre una guarda o acogimiento como mero auxilio en el ejercicio de poderes tutivos temporalmente impedidos hasta la figura de un acogedor o guardador con poder de decidir todas las cuestiones del menor y sin ninguna intervención de los padres que pueden verse suspendidos hasta en su derecho de visitar al menor y relacionarse con él.

B) Acogimiento y desamparo. Clases de acogimiento

De la Exposición de Motivos y del texto de la Ley, particularmente de la rúbrica del Capítulo V, del Título VII, del Libro I C.C. (“De la adopción y otras formas de protección de menores”), se desprende que el legislador ha pensado en el acogimiento y en la adopción como instrumentos para atender a las necesidades de los menores desamparados, y de hecho así sucederá en la mayoría de las ocasiones. Pero al regular específicamente ambas figuras en los arts. 173 y siguientes, lo hace

dándoles sustantividad propia, desconectándoles de la definición legal de desamparo del art. 172. La Ley italiana de 1983, por el contrario, formula dos conceptos —privación de ambiente familiar idóneo y abandono— y los convierte en presupuesto respectivamente del acogimiento ordinario con fin de reinserción familiar y del adoptivo. El art. 173 nada exige al respecto y la figura puede cubrir las dos finalidades a que se refiere esta norma de derecho comparado. Y si la adopción en los arts. 174 y siguientes, es claro que no exige el previo desamparo o inadecuación del ambiente familiar, es claro que tampoco lo exige el acogimiento, que puede ser el paso previo para ella. En cualquier caso su autonomía respecto del desamparo se colige de la propia Exposición de Motivos, que habla de dotar a la figura de sustantividad propia, y más claramente de la rúbrica de la Sección I, del antes mencionado Capítulo V, del Título VII (“De la guarda y acogimiento de menores”), regulándose finalmente el instituto en el art. 173 al margen del art. 172 que define el desamparo y sus consecuencias jurídicas.

Habiéndose producido la hipótesis del art. 172.1.^º con el efecto de originar una guarda o tutela de la entidad pública, el acogimiento podrá ser una de las fórmulas con la que se ejercent los derechos de guarda personal sobre el menor, junto a la hipótesis en la que es el propio ente público el titular y ejercitante de los mismos (guarda administrativa estricto sensu). En ambos casos y conforme al art. 172.4.^º la finalidad puede ser la vuelta a la familia cuando es posible, y en caso contrario otra solución tuteladora de carácter estable para el menor. No habiendo previa declaración de desamparo, el acogimiento puede asimismo desempeñar las mismas funciones de auxiliar temporalmente en el ejercicio de patria potestad o tutela de cara a una futura reinserción familiar, o preparar el camino para la adopción.

C) *Elementos personales, reales y formales*

La primera cuestión es quiénes pueden ser acogedores. El art. 173 nada dice pero de su texto, así como del art. 172, se desprende que pueden serlo una o varias personas. No se exige expresamente que se trate de una pareja ni de que ésta sea, en su caso, formalizada, ni estable, ni tampoco heterosexual. Quizás la única exigencia es que pueda estructurarse familiarmente la situación, con ese contenido íntimo, personal y directo que se deriva de la expresión “plena participación” en la vida de familia. Es discutible la aplicación a los acogedores de las causas de inhabilidad de los arts. 243 y 245. La analogía habría de fundarse en la aplicación de aquellas causas en las que subyace la creencia del legislador de que se es inidóneo también para el ejercicio del contenido personal de la institución tutelar. Así los números 1 y 2 del art. 243 inhabilitarán para el acogimiento si la privación o suspensión de la patria potestad o guarda y remoción de la tutela se fundamentan en incumpli-

mientos de deberes tuitivos de orden personal, y en el núm. 4 cuando la condena penal sea por delito que guarde relación con los deberes personales a que aludimos. Los números 3.^º del art. 243 y 1.^º, 2.^º y 3.^º del art. 244 presentan *eadem ratio* que justifica aquí también su aplicación; el núm. 4.^º tendrá virtualidad si los importantes conflictos de intereses, pleitos o deudas pueden hacer sospechar fundadamente una actuación parcial en el ejercicio de la guarda (que como veremos conlleva algunas facultades de índole patrimonial), y no tiene razón de ser la analogía postulada en el núm. 5 del art. 244 por referirse a inidoneidades para la gestión de bienes. Tampoco consideramos aplicable el art. 245 porque el que los padres hayan excluido en testamento o documento notarial a un tercero de la tutela, no revela forzosamente que lo hayan querido marginar de la guarda del menor, cuyos deberes integran sólo un sector de las consecuencias jurídicas englobadas bajo el instituto de la tutela.

Respecto del acogido ha de tratarse de un menor de edad. Algún autor ha propuesto la extensión del art. 173 a los incapacitados pero, al igual que sosteníamos para la guarda administrativa, no es viable la analogía ante lo categórico de las rúbricas del Capítulo V, del Título VII y de su Sección I que se refiere indubitablemente a menores; por su parte el propio art. 173 reitera la alusión al menor como punto de referencia de la institución. En este apartado se plantea la duda acerca de si debe extenderse la acción del acogimiento a los menores emancipados. Volviendo a las reflexiones que antes hice en torno a la tutela y a la guarda, una primera línea argumental movería a la solución afirmativa dado que la Ley 21/87 se refiere a menores sin otras distinciones. Bajo otro punto de vista el conjunto de deberes tuitivos del art. 173.1.^º dirigidos a la esfera personal del menor, dejan de tener significación cuando éste (art. 323) queda habilitado “para regir su persona como si fuera mayor”. Habrá que actuar una vez más con el punto de mira en el principio “*toout pour l'enfant*”, y ante la imprecisión legal extender los efectos jurídicos del instituto a la emancipación cuando así convenga desde la perspectiva asistencial. Puede suceder que ante la carencia de bienes materiales de padres o tutores, interese que la familia acogedora siga asumiendo la obligación alimenticia hasta la mayor edad, modulándose en estos casos el acogimiento en torno a las prestaciones asistenciales y sin excluir del todo la ayuda moral a quien está aún en trance de desarrollar su personalidad.

El art. 173.2.^º prescribe “que se formalizará por escrito” sin más puntualizaciones. No es necesario que se trate de un documento público u oficial y basta con documento privado en el contexto del rechazo al ritualismo jurídico que la Ley 21/87, en consonancia con las reformas de patria potestad y tutela de 1981 y 1983, viene proclamando. El tono imperativo del precepto “se formalizará”, indica que nos hallamos ante una forma *ad solemnitatem*, sin la cual carecen de eficacia jurídica los acuerdos que se adopten.

D) Constitución del acogimiento y sus requisitos

Del mismo modo que el legislador regulaba una guarda convencional y otra judicial, la flexibilidad de las instituciones tuitivas del ordenamiento de familia se muestra una vez más aquí al admitirse también un acogimiento convencional y otro judicial, con diferente conformación y requisitos constitutivos, que examinaremos por separado:

a) Acogimiento convencional: Requiere (art. 173-2.^º) el consentimiento de la entidad pública, de las personas que lo reciban, de los padres no privados de la patria potestad y del tutor y del menor de doce años. La primera cuestión que debe abordarse es la de la naturaleza jurídica del acto constitutivo. Suele afirmarse que nos hallamos ante un negocio jurídico de Derecho de Familia, y al hacerlo así creo que se está utilizando esta categoría jurídica como un cajón de sastre para calificar todos los títulos constitutivos de relaciones jurídico-familiares; de ahí que valga la pena realizar algunas precisiones. Aunque hay dificultades, como razonábamos al principio de este trabajo, para hallar la norma que consagre como principio general la autonomía de la voluntad (se la ha querido encontrar en los preceptos de la Constitución que consagran el pluralismo, o en el art. 1.255, con la dificultad de la equivocidad al respecto de la norma fundamental en el primero de los casos, y del fundamento económico del régimen de los contratos en el segundo), respecto de la que serían una excepción las normas de orden público familiar, no puede negarse que en esta materia el propio legislador acota amplios espacios para el libre juego de la autodeterminación de la voluntad. Así sucede, como veíamos, con los pactos de delegación de facultades paternas que se fundamentan en el art. 154 (en cuanto suponen un ejercicio de patria potestad en interés del menor), arts. 156 y 211, y en la propia estructura de las normas reguladoras de la patria potestad en las que la limitación y control público parecen convertirse, pese a su creciente importancia, todavía en excepción. En tales pactos resplandece el verdadero carácter negocial pues los integran declaraciones de voluntad particulares que conforman los efectos jurídicos consecuentes, siempre con el margen que permiten las normas de orden público de Derecho de Familia que aquí tienen mayor alcance que en la contratación estrictamente privada. Puede aplicarse, sin duda, y con toda propiedad la calificación de negocio jurídico de Derecho de Familia. El legislador de 1987 —con limitaciones— ha profundizado en estos derroteros. Así para la guarda de entidades públicas que estudiamos en el capítulo anterior esboza la convención como uno de los modos por los que el ente público adquiere el ejercicio de los deberes tuitivos. El acuerdo entre los titulares de la potestad familiar y la Administración puede también, sin duda, reconducirse a la categoría de negocio jurídico de Derecho de Familia, dado que hay también declaraciones de voluntad igualmente conformadoras de los efectos jurídicos subsiguientes. Con su-

jeción a las normas imperativas de la guarda antes examinadas, el ente público (que actúa aquí en posición de igualdad ante el fenómeno negocial), y el particular titular de las facultades tuteladoras, acuerdan los particulares efectos que habrá de conllevar la distribución de roles tutivos entre ellos en relación con el menor. En esta modalidad de acogimiento que hemos denominado convencional, por seguir la más usual de las denominaciones utilizadas, se diluyen notablemente los contenidos negociales en el momento de la constitución. En definitiva, las declaraciones de voluntad presuntamente negociales serían las de los padres o tutores y acogedores, que son quienes delegan o reciben las potestades familiares de índole personal. Aunque el legislador utilice impropriamente en todos los casos la expresión consentimiento, el del menor de doce años tiene muy diversa naturaleza y su manifestación de voluntad no es sino autorizar la eficacia jurídica que entre sus padres o tutores y acogedores van a tener sus respectivas declaraciones de voluntad; no olvidemos que las potestades-deberes, que son la consecuencia jurídica del acogimiento, tienen como titulares transmitentes y receptores a ellos y no al menor. Similar posición ostenta el ente público que también debe consentir, pues las consecuencias jurídicas no le van a afectar (en los casos en que no es tutor ni guardador), y se limita a dar el visto bueno a las relaciones jurídico-familiares que van a conformarse entre acogedores y padres o tutores. Pero este consentimiento-autorización, en los términos en que se formula, creo, como se decía al principio, que difumina la tonalidad negocial del acto. No se trata de una mera ratificación posterior de un acuerdo válido originador de efectos jurídicos condicionados a la posterior intervención ratificadora. Hasta que no hay consentimiento del ente público no podemos hablar de validez, y éste tiene facultades para, sin necesidad de justificación alguna, denegarlo en interés del menor.

El art. 173 exige el consentimiento de los padres que no se hallen privados de la patria potestad. Creo que la expresión debe interpretarse, ante la ausencia de precisiones, en el sentido de privación total o plena del contenido personal y patrimonial de esta institución. El privado sólo parcialmente conforme a los términos del art. 170, habrá de ser convocado para prestar su consentimiento. Debe comprenderse tanto la privación temporal como la permanente (privación o suspensión en la terminología anterior a la reforma de 1981), pues el art. 1.828-2.^º L.E.C. reformado se refiere a los padres “que no estuvieren privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio”. En consecuencia no se necesitará la voluntad concorde de los padres que hayan sido declarados incapaces o ausentes y privados, consiguientemente de la patria potestad (los ausentes con la mera declaración judicial de ausencia, y los incapaces cuando así lo disponga expresamente la sentencia de incapacidad u otra posterior dictada conforme al art. 170), ni tampoco la de los privados temporalmente de todo el ejercicio de la patria potestad conforme a los arts. 156-2.^º y último y art. 92-4.^º (el Código habla en estos

preceptos de privación de todo el ejercicio de los poderes tuitivos que, a los efectos de lo que venimos exponiendo, ofrece el mismo resultado que la llamada privación de la titularidad). El consentimiento habrán de prestarlo los dos progenitores que se encuentren en estas condiciones. En cuanto al tutor su concurso no será necesario sólo cuando haya resolución firme de remoción (art. 247). En todos los casos estudiados no habiendo adquirido firmeza la decisión jurisdiccional de privación de facultades ante la negativa de los padres o tutores —aun habiendo procedimiento pendiente—, habrá que acudir al acogimiento judicial. El defensor judicial, curador y guardador de hecho no están incluidos en esta exigencia. Si el ente público se ha convertido en tutor conforme al número 1.^º del art. 172 queda dispensado el consentimiento, consecuentemente, de los padres o tutores que, como sabemos, han sufrido por ello la privación plena de sus potestades tuitivas. Este es el único supuesto en que el acogimiento reviste naturaleza negocial, pues se concierta entre el tutor-Administración y los acogedores, actuando ambos en régimen de igualdad de modo similar a como sucede en la guarda administrativa convencional a que antes hicimos referencia. En las hipótesis en las que el ente público sólo ha asumido esta última, si que es necesario el consentimiento de los padres o tutores que sólo han quedado privados del contenido personal (y no del patrimonial), de la patria potestad o tutela.

Por lo que hace relación al consentimiento del menor de doce años, plantean dificultades los supuestos de incapacidad presunta o declarada que impidan una libre y consciente manifestación de voluntad. Dado lo taxativo de la prescripción estimo que debe, en estos casos intentarse el acogimiento judicial. En cuanto a los acogedores, la función de mediación para determinarlos y seleccionarlos corresponde con carácter exclusivo a las entidades públicas o a las entidades colaboradoras, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 1.^º párrafo 4.^º Nada impide, sin embargo, que los propios padres o tutores puedan buscar al posible acogedor de su hijo o pupilo, y lo sometan después al consentimiento de la persona jurídica-pública (la única limitación es que no se dediquen habitualmente a funciones de mediación para acogimientos familiares).

b) Acogientos judiciales: Responden a la estructura de la decisión judicial constitutiva y, con mayor claridad que en la otra modalidad de acogimiento, estamos ante un acto de poder fuera de los parámetros negociales, como se desprende del párrafo 2.^º del art. 1828 L.E.C. en el que se dice “que el Juez resolverá lo procedente en interés del menor”. La legitimación para instarlo corresponde sólo al Ministerio Fiscal y a la entidad pública correspondiente (art. 1.828-1 L.E.C.); no está pues legitimado el propio menor cuyo consentimiento es necesario, sin embargo, ni los acogedores (se entiende que éstos en principio están representados por la entidad pública, al menos materialmente). Tampoco lo

está el guardador de hecho y el ente público no necesita para fundamentar su solicitud el haber asumido la tutela o guarda ante la situación de desamparo. Recordemos que el acogimiento no requiere como presupuesto previo la previsión del núm. 1 del art. 172, y el consentimiento de la entidad pública se presta “tenga o no la tutela del menor” (art. 173-2.º). El art. 1828-2.º preceptúa que el Juez recibe el consentimiento de la entidad pública, de las personas que reciban al menor y de éste desde que tenga doce años. Vemos por tanto que el consentimiento de la Administración, que aquí juega el papel de presupuesto como los demás del acto jurisdiccional constitutivo, es requisito *sine qua non* de toda modalidad de acogimiento. Dada la rotundidad de los términos del párrafo 2.º del art. 1.828, no parece que pueda impugnarse la negativa de la entidad pública a prestar su preceptivo consentimiento. Aunque se trata de procedimientos de jurisdicción voluntaria de los que conceptualmente no se predica el efecto de cosa juzgada, estimo que el mandato del art. 1.827, que convierte en excepcional la conversión en juicio contencioso, impide discutir la cuestión por los trámites del juicio ordinario correspondiente. Los acogedores postergados no tienen tampoco cauce procesal para defender sus reclamaciones y junto al consentimiento de la Administración y al de estos últimos, se requiere, como en el derivado de convención, el consentimiento del menor de doce años. Si presenta incapacidad presunta o declarada en términos de no poder formular una válida declaración de voluntad, estimo que debe decidir el Juez, pese a la ausencia literal del requisito, en virtud del principio “tout pour l’enfant”. De lo contrario los menores incapacitados serían de peor condición que los que gocen de la normalidad de sus facultades, y quedarían privados de medidas que pueden favorecer su bienestar material o moral. Ante la negativa del menor no cabe, como ante la de la Administración, recurso alguno dado lo imperativo de la expresión del párrafo 2.º del art. 1.829, “recabará su consentimiento”, y la prescripción ya comentada del art. 1.827. En definitiva, se deja en manos del menor la determinación de lo que le conviene y nada puede hacerse cuando se trata de un niño de doce años que, sin la suficiente madurez o con actitudes de rebeldía, se niega a un acogimiento familiar que desde un plano objetivo le puede convenir para el desarrollo de su personalidad. Me parece más razonable y menos radical la solución de la Ley italiana de 1983, que permite someter a control judicial tanto la negociación de la entidad pública como la del menor que va a ser acogido.

El alcance de estos dos últimos consentimientos analizados presenta también algunas dificultades. ¿Deben extenderse sólo al hecho del acogimiento o también a la persona acogedora y contenido de las cláusulas reguladores? Opino que dada la propia estructura gramatical del art. 1.828-2.º L.E.C., el Juez no está obligado a someter al ente público, al menor de doce años y a los acogedores los términos finales que van a regular la situación de acogimiento para su ratificación. Debe oírlos sobre tales cuestiones y recibir sus propuestas, pero finalmente “resolverá

lo procedente en interes del menor". En esta expresión entiendo que se contiene, por su amplitud, "lo procedente", tanto rechazar el acogimiento propuesto como modificar sus términos en interés del propio menor. El único presupuesto de su decisión es que Administración y menor manifiesten su voluntad en torno a si están o no de acuerdo con que se produzca el acogimiento y quién deba ser la persona o personas que desempeñen las funciones de los acogedores.

Las audiencias preceptivas habrán de hacerse en favor del menor de doce años con suficiente juicio, de los padres no privados de la patria potestad y del tutor en los términos antes expuestos. Se excluyen, por tanto, al defensor judicial, curador, guardador de hecho y delegado convencional. A la privación de patria potestad asimila la Ley los supuestos de padres o tutores en desconocido paradero o no comparecientes en el expediente (art. 1.828 párrafo 3.º). La referencia es sólo a los casos en que se tiene constancia de la existencia de progenitores o tutores, y éstos se hallan en las circunstancias antes dichas. En tal caso el Juez prescinde del trámite y puede acordar el acogimiento.

E) *Contenido del acogimiento*

Su régimen viene determinado en el art. 173 y responde, en cuanto a los contenidos, a la idea de guarda personal, concurrente con la patria potestad o tutela, en atender las necesidades del menor. Como ya veímos a diferencia de la guarda del art. 172, aquí todo el contenido personal tuitivo está impregnado de un matiz de íntima convivencia de naturaleza familiar. Hay que hacer notar respecto de la intervención de padres y tutores y como principio introductor, que la distribución de funciones entre unos y otros puede hacerse con todo el sentido de apertura con el que está concebida la institución y con toda la variabilidad que el margen de la autonomía de la voluntad que la Ley concede lo permite. El contenido institucional del acogimiento conlleva a que de modo usual el acogedor detente el poder de decisión ordinario en los asuntos personales del menor, pero tal y como apuntábamos con anterioridad las posibilidades de distribuir el poder de dirección sobre éste son muy amplias. Examinamos a continuación los deberes que se asumen en la enumeración que formula el art. 173-1.º

1) *Obligación de velar por el menor.* Es el deber de vigilancia a que aludíamos al delimitar el concepto de desamparo. Los padres, aun privados de la patria potestad (ex art. 111), concurren con el acogedor en la titularidad de estas obligaciones, y deben mantener, en todo caso, una actitud de preocupación e interés por el proceso de formación y asistencia de su hijo. Es válida la distinción que hacíamos entre una vigilancia inmediata a cargo del acogedor y otra mediata que incumbe a los padres o tutores. La virtualidad de estos deberes, que no son meramen-

te formularios, es doble: en primer lugar, puede fundamentar una responsabilidad extracontractual por daños originados por el menor (ex art. 1.903), teniendo en cuenta la eficiencia causal que su incumplimiento haya podido tener en el caso concreto. De otra parte, puede originar, y lo afirmábamos en el capítulo I, una situación de desamparo cuando el comportamiento hacia el hijo o pupilo se traduce en un sistemático desentendimiento y abandono.

No deben tampoco descartarse hipótesis en las que los daños ocasionados al propio menor sean relacionables con la infracción de estos deberes.

La concurrencia puede tener lugar también con el “deber de velar” que corresponde a la entidad pública. Si hay desamparo y se ha asumido la tutela o la guarda, y conforme a lo que se exponía en el capítulo anterior, la persona jurídica pública sigue ostentando la titularidad de este deber; ya hablábamos de que en tales casos la guarda queda contraída básicamente al mismo. En los mismos términos que para padres y tutores podrá hablarse aquí de responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados al menor o producidos por éste. Aun no habiéndose declarado la situación de desamparo la entidad pública tiene la obligación, ex art. 74-3.^º, de vigilar que el acogimiento se desarrolle en interés del menor y de evitar los perjuicios materiales y morales que pudieran producirle. Esta obligación, derivada directamente del precepto que comentamos y no de los arts. 172 y 173 en relación con el art. 1.903, origina la responsabilidad extracontractual de indemnización fundada no sólo en la culpa *in vigilando*, sino también de modo específico en la culpa *in eligendo* dada la exclusividad que se otorga a la entidad pública acerca de la función de mediación y selección de acogedores. Por ello los servicios sociales de protección al menor, como legítimos representantes de la persona jurídico-pública, deben mantener una actitud de constante seguimiento y atención al desarrollo del acogimiento.

2) *Deber de alimentarlos. Relación de este deber con la retribución.* Aludíamos a su contenido en el capítulo de la guarda y he de hacer ahora parecidas reflexiones. Los tutores y los padres aun privados de la patria potestad (art. 111), son sujetos obligados a su cumplimiento. Cuando el ente público asume la tutela (no la mera guarda), ostenta también la condición de constreñido a su realización. Estimo que una solución razonable como antes decía es la de sostener la solidaridad y sus reglas para resolver la concurrencia. Todo ello sin perjuicio de que el ente público, por sus finalidades asistenciales, pueda asumir la carga económica de la prestación alimenticia, repercutiéndola sobre los sujetos obligados (teniéndose en cuenta siempre las prescripciones jurídico-administrativas al respecto). Algunos proponen la aplicación analógica del art. 1.894-1.^º C.C. cuando el acogimiento se formaliza en atención a situaciones de necesidad económica, en las que el necesitado quedaría

exento del pago al entenderse que la deuda alimenticia se cubre “*pietatis causa*”.

Interesa distinguir los importes económicos de la prestación alimenticia de las cantidades que se abonen por la remuneración en su caso pactada. El art. 173-2.^º admite esta posibilidad remuneratoria sin más concreciones. Puede tratarse de una prestación pecuniaria a cargo de los padres o tutores o de la entidad pública. Esta, salvo en las hipótesis contempladas de actuación “*pietatis causa*” y conforme a los preceptos jurídico-administrativos que regulan la asistencia social, podrá repercutirlas en los titulares de la potestad familiar.

En los supuestos de referencia habrá de contemplarse la posibilidad de que responda el patrimonio del menor de acuerdo con los mandatos del art. 165 y concordantes.

3) *Educarlos y procurarles una formación integral.* El peso de estos deberes recae en los acogedores. En principio detentará el poder de decisión ordinaria sobre los procesos de educación y asistencia en general del menor acogido. Nada se opone, por ejemplo, a su participación familiar en los centros escolares en virtud de los preceptos de la L.O.D.E. 3.7.85 (aunque ésta se refiere expresamente a padres o tutores no hay inconveniente en extender la aplicación analógica del art. 3.^º a los acogedores). Y si apenas se esbozan obstáculos para afirmar la participación en la educación escolar del menor de los acogedores, es más discutible que tengan derecho a imponer la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, al menos en base al art. 3.^º-C de la Ley que comentamos y dada la significación constitucional (art. 27-3 Constitución) de este derecho. Más fundamento ofrece el art. 2.^º 1-C de la Ley orgánica de la Libertad Religiosa que lo traduce en el “derecho de toda persona a elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones”. Aprovechamos también para reenviar estas reflexiones al apartado de la tutela y guardas administrativas en las que iniciábamos los razonamientos al respecto. Como conclusión podemos sentar que sólo los padres y en defecto de éstos, los tutores gozan de este derecho de educar al menor en determinadas creencias; debe tenerse en cuenta, en todo caso, las mismas limitaciones que impone la propia Constitución, la legislación comentada y el Código Civil. Ha de ajustarse el proceso educativo al pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27-2 Constitución y art. 1.^º L.O.D.E.), en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad (art. 154-2 C.C.), y en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales (art. 27-2 Constitución). En los casos de privación de la patria potestad, este derecho de formar en determinadas creencias con los límites expuestos, corresponde al tutor (que puede ser una entidad pública). En cualquier caso el guardador (guarda administrativa o acogedor) habrá de operar

con un modelo educativo inspirado en los valores antes aludidos y en un espíritu de libertad y apertura. Matizar, por último, que con estas premisas habrán de valorarse las circunstancias del caso concreto y la finalidad del acogimiento. Si el objetivo último es la reinserción familiar, en la formalización administrativa o decisión judicial, se concretará la activa participación de padres o tutores en las decisiones y orientaciones a seguir. Si por el contrario se trata de preparar el camino a la adopción convendrá vincular al menor de modo estable con los criterios de los acogedores.

4) *Deber de tenerlos en su compañía.* Su contenido es el mismo que el ya explicitado para la guarda de la entidad pública, si bien aquí con un acentuado sentido de intimidad y convivencia familiar que el legislador quiere expresar con la fórmula “plena participación en la vida de familia”. La fórmula legal no debe tomarse en su sentido literal, y así no habrá derechos hereditarios, ni al nombre, ni por supuesto potestades-deberes relacionados con la gestión de intereses patrimoniales del menor, y la mención en la norma no tiene otra finalidad que la expuesta. En orden al derecho de reclamar al menor e internarlo me remito a lo antes dicho para la guarda y tutela de entidades públicas. Veíamos que el art. 211 ha producido una parificación en el régimen de los internamientos cuando se atribuyen a padres y tutores, y consecuentemente habrá de disciplinar la materia cuando se trata de titulares de la guarda legal de naturaleza personal, bien sean los acogedores familiares o el guardador público. Tanto unos como otros tienen atribuidos *ex lege*, sustancialmente, los contenidos personales de la patria potestad y tutela (con mayor aproximación a la patria potestad en el acogimiento dada esta obligación de tenerlos en su compañía), y por tanto, han de beneficiarse de las potestades que las normas de familia otorgan a aquéllos para el cumplimiento de sus deberes tuitivos de orden personal. El necesario ejercicio del “ius corrigendi” y las obligaciones asistenciales que en relación con la educación o salud física y mental competen también a los guardadores, justifican las competencias que aquí postulamos referidas a la reclamación del menor y a su internamiento en centros adecuados. Téngase en cuenta por lo que se refiere el acogimiento, que las últimas medidas referenciadas, salvo en casos excepcionales, no pueden ser de larga duración dado que el acogimiento se funda justamente en la convivencia familiar del menor con los acogedores.

5) *Conclusiones generales acerca de las facultades de padres y tutores en los acogimientos y tutelas y guardas de las entidades públicas.* Es el momento quizás, tras examinar la dinámica funcional de los deberes personalizados de carácter tuitivo en los institutos analizados, de formular algunas conclusiones de tipo general sobre la posición que en torno a ellos ocupan los padres y tutores. La resumimos de la manera que sigue:

a') El acogedor o guardador conserva el poder de dirección ordinario en los asuntos relacionados con la esfera personal del menor a no

ser que, en vía convencional o legal, se disponga expresamente lo contrario, diseñándose entonces un supuesto de auxilio en el ejercicio de las funciones de patria potestad o tutela.

b') Los padres y tutores se reservan el poder de decidir en las cuestiones básicas o trascendentales para el menor, a no ser que por las mismas vías, se prescriba también de modo expreso la disposición contraria.

c') Cuando los padres y tutores han sido plenamente privados de sus facultades en virtud de la tutela del art. 172-1.^º, corresponde a la entidad pública todo el poder de decidir tanto en cuestiones de índole ordinaria como extraordinaria, a no ser que en atención a lo preceptuado en el núm. 4 del art. 172 el propio tutor público o el Juez impongan, igualmente de manera expresa, un planteamiento diferente de intervención familiar.

d') Las finalidades de reinserción en la familia o de preparar adopciones u otras opciones de estabilidad jurídica para el menor, determinará con sentido gradual el reparto de papeles y atributos entre los titulares de la guardia y los de la patria potestad o institución tutelar.

6) *Facultades de gestión de intereses patrimoniales y responsabilidad.* La remisión a las tesis sostenidas cuando analizamos la guarda es procedente en este lugar. Habrá que reconocer al acogedor la potestad de realizar actos de gestión patrimonial cuando vayan íntimamente unidos al eficaz desempeño de los deberes personales, no ofreciendo dificultad la aplicación por analogía del art. 304 C.C. En lo demás mantendrán sus atribuciones los que ostentan la patria potestad o tutela. El acogedor formal responde no sólo de los daños causados al menor, sino también de los producidos por éste, siendo en este punto aún más clara que en la guarda administrativa la aplicación del art. 1.903. Con el mismo espíritu con que el legislador reconoce al acogido como beneficiario de la Seguridad Social, dada la plena integración en la vida de familia, puede reconocerse el derecho a indemnización por los daños materiales y morales que el acogedor sufra con motivo de accidentes, lesiones o percances del acogido y en los términos del art. 104 del Código Penal.

F) *Extinción del acogimiento*

El art. 173-3 recoge taxativamente las causas de cesación de los efectos jurídicos de este instituto. En primer lugar hay que referirse a la “decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública”. No se considera conveniente en estos casos la continuación de la convivencia familiar contra la voluntad expresa de los guardadores; no hace falta alegar justificación suficiente y por tanto es difícil concebir la indemnización de perjuicios al menor derivada del

cese voluntario. Sí se formula como requisito de eficacia jurídica la comunicación verbal o escrita al ente público de la que ha de quedar la oportuna constancia; del texto se colige un deber de comunicación con plazo razonable de antelación para disponer lo conveniente en interés del menor. En el art. 173-3-3.^º se regula como otra causa de cese, con la misma finalidad que la anterior, la “petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía”. Ha de tratarse de padres o tutores en las situaciones estudiadas al examinar los requisitos constitutivos del acogimiento. Tampoco aquí se requiere justificación y basta la mera petición reclamando la compañía del menor. Estimo que ante reclamaciones injustificadas y perjudiciales al menor puede utilizarse la vía del art. 158-3.^º, y cuando se produzca la situación de desamparo la guarda *ex lege* anteriormente analizada. A diferencia de la guarda administrativa, no es posible estipular plazo vinculante en atención a la conformación de estas previsiones de cese.

La institución que examinamos deja de tener, asimismo, consecuencias jurídicas por decisión judicial, que es necesaria cuando el acogimiento se ha constituido por el órgano jurisdiccional. El art. 1.928 L.E.C. reformado atribuye legitimación para pedir la cesación al propio menor y a la entidad pública, que paradójicamente no tienen potestad legal en cambio para extinguir por declaración de voluntad el llamado acogimiento convencional a diferencia de los padres, tutores y acogedores. La iniciación del expediente de cesación puede llevarla a cabo también el “representante legal” (generalmente los padres), el Ministerio Fiscal y los acogedores, y tiene lugar asimismo de oficio. Tras oír a estas mismas personas el titular del órgano judicial decide siempre en interés del menor.

2. Adopción

A) *Naturaleza jurídica*

Con más claridad que en el texto anterior, la adopción se desliga de los cánones negociales convirtiéndose en un acto de poder jurisdiccional. Los imprescindibles consentimientos del menor de doce años y de los adoptantes podrían hacer pensar en declaraciones de voluntad autodeterminadas en orden a los efectos jurídicos que se producen, teniéndose en cuenta que cada una de ellas va dirigida a la producción de consecuencias en la esfera de potestades familiares de la otra. En este sentido los asentimientos serían meras autorizaciones para la producción negocial de relaciones jurídico-familiares en los ámbitos personales de terceros. Frente a este esquema argumental surge la obligada ponderación de las aludidas declaraciones de voluntad como presupuestos procesales del acto jurisdiccional constitutivo. La enunciación del art. 176

no ofrece dudas, pues la adopción, y así se recalca expresamente, se constituye por el Juez en interés del menor, pudiendo rechazarse a pesar de la concordancia de voluntades. El acuerdo sólo despliega potencialidades jurídicas desde la resolución jurisdiccional, siendo excepcional la retroacción de efectos del art. 176-3 *in fine*. Estimo que al hilo de estos argumentos huelga hablar de negocio jurídico de Derecho de Familia.

La Exposición de Motivos conforma a este instituto como un instrumento de plena integración familiar, y con tal entendimiento habrán de interpretarse sus preceptos reguladores. La protección de menores (observe la rúbrica del Capítulo V, del Título VII, del Libro I del Código Civil, “De la adopción y otras formas de protección de menores”), es otro punto de referencia obligado en la hermenéutica de esta disciplina, aunque sin valor dogmático al permitirse en el art. 175-2 la adopción de mayores de edad.

Cabe subrayar entre los principios inspiradores de la reforma las exhortantes facultades que se han concedido a las entidades públicas, únicas legitimadas para hacer la propuesta pertinente, y la importante manifestación del principio “tout pour l’enfant” entendido como capacidad del menor en ciertas edades, doce años, de decidir sus propios intereses en cuestiones trascendentales (arts. 177-1 y 178-2).

B) *Capacidad para ser adoptante y adoptado y prohibiciones*

Se ha operado una modificación en la capacidad para adoptar, no sólo en la rebaja de edad (de treinta a veinticinco años), sino también en la supresión del requisito de hallarse “en el ejercicio de todos sus derechos civiles”. No hay en principio impedimento para que adquieran esta condición los menores emancipados, en las hipótesis de adopción conjunta por ambos cónyuges, ya que sólo se exige que uno de ellos haya alcanzado la edad mínima exigida.

En lo que hace referencia a la capacidad para ser adoptado, el texto de la reforma induce a proscribir al nasciturus, cuya adopción ha planteado la doctrina y ciertos grupos parlamentarios con la loable finalidad de evitar interrupciones de embarazos no deseados. Se desecharon enmiendas presentadas en el Congreso con este propósito, y la exigencia de que el asentimiento de la madre se preste transcurridos 30 días del parto, dificulta la protección jurídica del acuerdo que haya podido adoptarse. En el supuesto de admitir validez jurídica a la declaración de voluntad del futuro adoptante durante el embarazo, nos encontraríamos con el insalvable obstáculo de que sólo el consentimiento prestado ante el Juez es presupuesto procesal del acto constitutivo, y de que no hay norma que impida que hasta ese momento pueda modificarse la voluntad emitida (si en los asentimientos es posible la revocación antes de iniciarse la actuación judicial, con más razón cuando es el adoptante so-

metido al régimen de consentimientos, que seguidamente estudiaremos).

La adopción se refiere a menores y excepcionalmente a mayores de edad cuando “inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptado hubiera cumplido los catorce años”. El instituto tiene aquí una finalidad fundamentalmente hereditaria, y debe centrarse en los términos de excepción con que el legislador lo conforma, no pudiéndose olvidar el recelo histórico que estos planteamientos finalistas han suscitado en los civiltas por la facilidad de instrumentar fraudulentamente la disciplina de la institución. Se requiere el acogimiento o convivencia, siendo suficiente la mera relación de compañía o convivencia material sin título legal o convencional. Es la única vía para que los pactos válidos de delegación de facultades paternas y la autonomía de voluntad de los padres o tutores conduzca a la adopción. También a ella pueden acogerse, al no haber proscripción legal, los supuestos de parejas homosexuales o heterosexuales sin formalizar en los que uno de sus integrantes desee convertirse en adoptante del otro, como medio de legalización de vínculos afectivos e intereses económicos y hereditarios. Se contraría con ello el espíritu con que el legislador conforma la institución que examinamos, pero difícilmente puede encontrarse fundamento para la prohibición en estos casos. La relación de contacto físico o convivencia ha de ser ininterrumpida desde antes de los catorce años hasta la emancipación, sin que se requiera extender su ámbito hasta el mismo momento de la constitución adoptiva.

El Código Civil prohíbe expresamente la adopción de descendientes. A la luz del carácter taxativo y excepcional del régimen prohibitivo y dado que el núm. 2.º del párrafo 3.º sí que se extienden sus efectos tanto en la línea colateral por consanguinidad como a los parientes afines, la prohibición del núm. 1 referida “a los descendientes”, habrá de constreñirse sólo a los que lo sean por consanguinidad, donde únicamente se justifica la *ratio* de la prohibición. En el núm. 3.º de este párrafo 3.º del art. 175 en que nos encontramos, se impide también adoptar al tutor hasta la aprobación definitiva de la cuenta de la tutela. Como el art. 279 determina un plazo de prescripción de cinco años de la acción de rendición de cuentas, difícilmente puede hablarse de carácter definitivo mientras no haya transcurrido. Algunos autores proponen reconducir la expresión “aprobada definitivamente” al momento en que hay decisión judicial firme, y para otros la solución segura, que en cualquier caso no presenta dudas, es que se formule la pertinente renuncia.

La adopción conjunta sólo puede llevarse a cabo por los cónyuges, sin que se exija en el art. 175 que vivan juntos, ni que tampoco se formalice simultáneamente como ordenaba el antiguo art. 172 *in fine*. Sólo en los casos de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (Disposición Adicional tercera), es difícilmente admisible la concurrencia sucesiva en los requisitos de esta excepcional adopción. Debe reconocerse

de todos modos que en la aludida disposición la Ley 21/87 habla “De las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente”, aunque la palabra simultánea no se contiene, como antes sucedía, en el art. 172, ahora 175.

C) *Legitimación para adoptar*

El art. 176-2 confiere a la entidad pública legitimación necesaria para iniciar el expediente de adopción y si no fórmula propuesta previa queda impedido el comienzo del procedimiento adoptivo. En el mismo precepto el legislador establece diversas excepciones que enumera en los apartados 1.^º a 4.^º del párrafo 2.^º No ofrece problemas interpretativos las de los números 1.^º y 4.^º (huérfanos y parientes en tercer grados y mayores de edad o menores emancipados). En el número 2.^º “ser hijo del consorte del adoptante” no requiere la efectiva convivencia matrimonial y respecto del número 3.^º ha de precisarse que —el supuesto de “haber estado bajo su tutela durante el tiempo de un año” es referible literalmente al tutor y no por tanto al curador ni al defensor judicial—, guardadores de hecho o convencionales. El otro término de este núm. 3.^º consigna la hipótesis de “llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante”; la Ley 21/87 hace referencia sin duda al acogimiento regulado en el art. 173 debiendo excluirse las guardas o confiamientos acordados por los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de sus antiguas atribuciones de protección de menores. Veíamos que estas guardas despliegan consecuencias jurídicas, pero en orden a constituirse en presupuesto de excepción a la forzosa legitimación pública hay que tener en cuenta exclusivamente lo prescrito en el art. 176-3.^º y el régimen de derecho transitorio de la ley innovadora. En la disposición que ahora nos ocupa se habla literalmente de acogimiento legal y en esta expresión sólo deben cobijarse los constituidos de acuerdo con el nuevo art. 173 y sujetos a las normas que contiene sobre contenidos, constitución y validez. El espíritu de la disposición transitoria de la Ley 21/87 aboga por la misma solución; en las cuestiones procesales sólo se aplica la legislación anterior con referencia a los expedientes de adopción plena en tramitación si lo interesan expresamente los solicitantes. En los procedimientos incoados hallándose en vigor el cuerpo de normas que analizamos se aplicarán los nuevos preceptos reguladores del procedimiento adoptivo. De naturaleza jurídico-procesal es el requisito que comentamos, pues hace referencia a la legitimación para incoar el oportunuo expediente. Opino que la analogía con la disposición transitoria 2.^a conduce al mismo resultado; en ella se dice que las adopciones simples subsistirán con los efectos que le reconozca la legislación anterior siendo necesario, para producir efectos de acuerdo con la nueva Ley el cumplimiento de los requisitos por ella exigidos. Las guardas de los Tribunales Tutelares de Menores constituidas en momento anterior a la en-

trada en vigor tiene los efectos que le reconoce su legislación reguladora y para desplegar eficacia de acuerdo con las nuevas disposiciones necesitan conformarse con los requisitos del art. 173. Sólo si hubiera consentimiento de la entidad pública, del menor de doce años, y se realizaran las demás exigencias del mencionado art. 173 podrían los consentimientos incluirse en el núm. 3.^º del art. 176. Son predicables estas reflexiones a los que se constituyan por la jurisdicción de menores con posterioridad a la vigencia de la Ley 21/87.

Finalmente el art. 176-3 con carácter excepcional otorga consecuencias jurídicas a la adopción aunque el adoptante hubiera fallecido en los casos en que ha prestado ante el Juez su consentimiento, desde cuya fecha se retrotraen los correspondientes efectos tanto de índole patrimonial como personal.

D) *Constitución de la adopción, consentimientos, asentimientos y audiencia*

Comentábamos que los consentimientos y asentimientos los configura el legislador como presupuestos procesales del acto jurisdiccional y que las diferencias entre unos y otros radican en que mientras la declaración de voluntad dirigida a aquel en que se van a producir los efectos jurídicos es la esencia de los primeros, la autorización o ratificación para estas consecuencias es lo que caracteriza a los segundos. En razón del matiz diferencial el régimen de los consentimientos es de mayores exigencias que el de los asentimientos que pueden obviarse en determinados supuestos que seguidamente analizaremos.

Consienten la adopción en presencia del Juez el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años. Estimo que la manifestación de voluntad puede modificarse hasta el momento de la resolución que pone término al expediente dada la importancia que le confiere el legislador. Por lo que hace al adoptando mayor de doce años (que en tan transcendental materia decide autónomamente su propio interés), en los casos de incapacidad presunta o declarada parece excesivamente riguroso privarle del posible beneficio de adopción ante la imposibilidad de prestar un válido consentimiento. Un criterio interpretativo razonable puede establecerse en el sentido de suspender el expediente de constitución de la adopción hasta la declaración de incapacidad o decisión última que se adopte. Reconocida en sentencia la ineptitud para consentir considero que en interés del menor el Juez podrá constituir la adopción.

Los asentimientos se regulan en el párrafo 2.^º del art. 177 núms. 1.^º y 2.^º. Pueden prestarse a diferencia de las declaraciones de voluntad de adoptantes y menor ante la entidad pública o titular del órgano judicial. En el primer caso en documento público con posibilidad de revocación antes del trámite judicial y sin validez transcurridos seis meses (art. 1.830

L.E.C.) y cuando se formula ante el órgano jurisdiccional ha de negarse la facultad revocatoria. El asentimiento de la madre no puede prestarse hasta transcurridos 30 días desde el parto (art. 177-2.^º), prescripción que sólo le afecta a ella y no al padre del adoptando.

Ha de asentir, en la enumeración del Código en primer lugar el cónyuge del adoptante salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 177.2 1.^º). Se exime del requisito además de en la separación por sentencia firme cuando hay separación de hecho por mutuo acuerdo y adecuada fehaciencia. En cuanto a la interpretación de lo que se entiende por mutuo acuerdo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 82.5 C.C. art. 87 y concordantes. La fehaciencia se relaciona con la constancia en documento público u oficial de la convención y en su ausencia es posible salvar el requerimiento del art. 177 haciendo las oportunas alegaciones ante el Juez que conoce del expediente (bastará con que en esta sede se declare sobre la existencia de la voluntad concorde de vivir separados). En esta disposición quiere evitarse al adoptando los perjuicios derivados de crisis matrimoniales que no se hallan debidamente organizadas.

El art. 177.2-2.^º ordena el necesario asentimiento de los padres “a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incursos en causa para su privación o que el hijo se hallara emancipado”. En razón de la trascendencia de la Constitución adoptiva entiendo que debe referirse el supuesto a las privaciones totales y definitivas de la patria potestad. Se necesitaría así el asentimiento de las hipótesis de los arts. 156-2.^º y 5.^º y 92-4.^º que disciplinan meras privaciones del total ejercicio con significación marcadamente temporal. El art. 170, párrafo 2.^º, en cualquier caso ofrece una regulación de la recuperación de la patria potestad dominada por un cierto carácter de provisionalidad como antes veímos. De todos modos en el ámbito de la hipótesis del precepto que comentamos no deben incluirse estas privaciones como las de los artículos últimamente citados que *ab initio* ya ofrecen una conformación abocada a desplegar sus efectos en un determinado lapso temporal. Las declaraciones judiciales de incapacidad o ausencia de los padres sí que excusarán del requisito de asentir. El art. 177.2-3.^º considera innecesario asentir en los casos de encontrarse “imposibilitado”; la amplitud de la fórmula introduce en su ámbito las incapacidades declaradas y las meramente presumidas. Habiendo tutela de la entidad pública se prescinde también del asentimiento paterno en atención a la plena privación de patria potestad que supone. Se exceptúan también a los padres “incursos en causa de privación de patria potestad”. La *ratio* del precepto la considero similar a la del antiguo artículo 174. No habiendo resolución judicial sobre privación de patria potestad pero existiendo méritos para ello, con el fin de facilitar la adopción se conoce de aquélla en el propio expediente y con el específico cauce procesal que ahora señala el art. 1.827. Son las hipótesis en las

que hasta el momento de tramitar la adopción no ha recaído la procedente decisión jurisdiccional sobre la privación de poderes tuitivos que exime del asentimiento. La Administración proponente puede hacerlo así constar en el expediente que incoe y bien a instancia suya o del Ministerio Fiscal el Juez estimando estas proposiciones tiene la facultad de decidir si cita a los progenitores para la mera audiencia en cuyo caso podrán estos últimos hacer uso de su derecho a discutir la cuestión en juicio verbal. Si por el contrario el titular del órgano jurisdiccional los cita para prestar el asentimiento, la entidad pública o el Ministerio Fiscal podrán instar la privación de patria potestad por los trámites indicados en el art. 1.827. Incursos los padres en causa de privación, las entidades públicas han de procurar que en el expediente que forman en torno a la propuesta de los arts. 1.829 y 1.830 consten los datos probatorios necesarios para poder valorar la hipótesis y fundamentar la decisión de citar para audiencia o asentimiento que inicialmente haya adoptado el Juez. Por último conforme al art. 1.831 de la L.E.C., el órgano judicial prescinde del trámite estudiado si no consta el domicilio de los que deben ser citados o no comparecieran; prescripción ésta aplicable al igual que la de la exención en caso de imposibilidad tanto al núm. 1.^º como al 2.^º del párrafo 2.^º del art. 177.

Las audiencias se contraen a los padres no privados de la patria potestad cuando su asentimiento no es necesario para adoptar (emancipación, estar incuso en causa de privación), al tutor y guardadores entre los que debe incluirse a la entidad pública cuando ostente esta condición, así como a los delegados convencionales y guardadores de hecho (no se requiere oír al curador ni al defensor judicial) y por último al adoptando menor de doce años si tuviera suficiente juicio.

E) *Efectos jurídicos de la adopción*

Según el art. 178.1 “adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”. Declaración que se sitúa en el contexto de convertir la figura que estudiamos en un instrumento de plena integración en la vida familiar con total equiparación a la familia biológica. Subsisten algunas distinciones en el régimen jurídico, así en los arts. 18 y 47-2.^º y en los propios artículos 179 y 175-4.^º En el últimamente citado el padre adoptivo a diferencia del biológico no puede dar en adopción a su hijo. Por lo demás el adoptando contrae un vínculo jurídico con el adoptante y su familia de tanta extensión como el que tenía con su padre biológico.

Por excepción subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna: 1.^º “cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante aunque el consorte hubiera fallecido”. El Código tampoco exige como en el art. 176-2.^º que haya convivencia matrimonial al efecto y algunos autores estiman que debería oírse a los familiares del consorte con los

que se mantienen los vínculos. En el núm. 2.^º la subsistencia proviene de que uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, que el adoptante sea persona de distinto sexo y que la solicitud la formulen adoptante, adoptado mayor doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir. Al amparo de esta norma pueden legalizarse filiaciones extramatrimoniales y conlleva un ejercicio conjunto de la patria potestad sin necesidad de convivencia cuyas controversias habrán de resolverse según lo prescrito en el art. 156. El principio de autonomía del menor para decidir su propio interés tiene aquí también un importante reflejo.

F) *Extinción de la adopción*

El art. 180 queriendo subrayar el fortalecimiento jurídico que la adopción ha experimentado con las últimas reformas legales afirma como el antiguo art. 177 que la adopción es irrevocable. Han de analizarse las dos posibles causas en virtud de las cuales pueden extinguirse total o parcialmente sus efectos:

a) *El art. 179.* El Código Civil regula aquí una hipótesis de cesación relativa de la eficacia jurídica de la adopción que ocupa una posición intermedia entre las figuras de los arts. 111 y 170 y que supone un matiz de distinción con el régimen general de la patria potestad. Prescribe el precepto que “el adoptante que hubiere incurrido en la causa de privación de patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes o en sus herencias”. La frase “causa de privación de la patria potestad” es alusiva a las privaciones plenas de poderes tuitivos basadas en incumplimientos culposos de las obligaciones de guarda y asistencia al hijo. La estructura sancionadora de la norma induce a radiar de su órbita de influencias las declaraciones de incapacidad o ausencia y los incumplimientos forzados del art. 172, generadores de la pérdida de potestad familiar. No hay razón alguna no obstante para que en los supuestos de ausencia de culpa se produzcan las privaciones de funciones tuitivas indicadas en los arts. 170 y 172, sin virtualidad para las prescripciones del art. 179 que comentamos. En concreto originándose una situación de desamparo podrá constituirse la guarda o tutela de las entidades públicas con el mismo régimen antes comentado, dada la parifacción que debe hacerse entre padres adoptivos y biológicos. La singular disposición sobre la que ahora reflexionamos operará por tanto con el carácter de sanción civil de familia apuntado ante las actitudes de descuido o de irresponsabilidad en el adoptante como una de las alternativas —las más importantes— de los arts. 170 y 172. Por lo dicho la “exclusión de las funciones tuitivas” tiene el mismo alcance que la privación de patria potestad en lo concerniente a guarda personal, representación legal y administración de bienes. Ex art. 111 el adoptante como

el padre biológico privado de su potestad seguirá ostentando la titularidad obligacional de velar por el hijo y prestarle alimentos, conservando el adoptado los demás derechos hereditarios y de contenido económico que le correspondan en relación con el padre adoptivo y su familia. Al igual que sucede en el art. 111 se prescribe en este plus de consecuencias sobre las hipótesis del art. 170 la supresión de derechos respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias y en cambio no se pierde el derecho al nombre conforme a la previsión del art. 111. Del planteamiento estructural de este último precepto provienen los núms. 2.^º y 3.^º del art. 179. Alcanzada la plena capacidad (la doctrina interpreta que en la mayoría de edad o por la sentencia de recuperación de la capacidad de obrar perdida), la exclusión sólo puede pedirla el adoptado dentro de los dos años siguientes. En este caso la eficacia sancionadora se centra sólo en los efectos patrimoniales y hereditarios. Trasunto del art. 111-5 es también el singular perdón establecido en el último párrafo del art. 179, que hace cesar el efecto de las restricciones “por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”. Las restricciones son obviamente de naturaleza patrimonial. En cualquier caso la sentencia dictada en virtud del art. 179, en juicio de menor cuantía (art. 1.832 que excepciona el cauce procesal especial cuando se trata de supuestos de desamparo), permite constituir una nueva adopción hasta la cual subsistirán los efectos estudiados.

b) *El art. 180.* El padre y la madre que sin culpa suya no hayan intervenido en el expediente en los términos del art. 177 pueden solicitar la extinción de la adopción en los dos años siguientes de su constitución y siempre que no se perjudique gravemente al menor. La frase “sin culpa suya” comprende a los que al dictarse el acto constitutivo no pudieron asentir por su situación declarada o presunta de incapacidad o ausencia por cualquier otro impedimento forzoso que les hubiera obstruido su voluntad de comparecencia (hallarse en el extranjero, no haber tenido conocimiento ninguno de la tramitación de expediente, etc.). La legitimación es necesario reconocerla en favor de los que no han podido intervenir en el procedimiento por la misma actitud de culpable abandono del hijo cuando de hecho no conocen la existencia del trámite procesal. La extinción no afecta a los efectos patrimoniales ya producidos ni a la nacionalidad y vecindad civil adquirida, si bien la recuperación de la patria potestad de los padres habrá de imponer sus consecuencias personales en todo lo que afecte a la relación con ellos del hijo antes adoptado.

Considero que la constitución de la adopción no extingue las acciones para impugnar o reclamar la filiación biológica que responde a un derecho de significado constitucional; ello con independencia de que por mandato del art. 180-4 la determinación de la filiación natural no afecte a la adopción. Si a consecuencia del ejercicio de estas acciones resulta acreditado un impedimento entre adoptante y adoptado de los

arts. 1.^º y 2.^º del número 3.^º del art. 175 la institución debe perder su eficacia por contradecir expresamente la prohibición legal. Descubierta la paternidad antes desconocida nos hallaremos ante otra de las hipótesis que en el plazo del art. 180 permite accionar a los progenitores.

V. ASPECTOS PROCESALES

Recogemos aquí algunas reflexiones sobre las normas jurídico-procesales contenidas en la Ley 21/87. Las cuestiones planteadas merecen un tratamiento sistemático de mayor profundidad y aquí me limito a esbozar una aproximación argumental a los contenidos que deban definitivamente establecerse en un adecuado estudio doctrinal. El primer razonamiento ha de versar sobre el planteamiento finalista con el que se enfocan las nuevas disposiciones procedimentales. La Ley tiene en cuenta la urgencia y gravedad de peligros que para el menor suscitan las cuestiones materiales deducidas y establece procedimientos rápidos y dotados de flexibilidad a través del mecanismo de la jurisdicción voluntaria y con reserva para el juicio contencioso de las privaciones de derechos de mayor significación. Se configura un modelo de procedimiento para atender las pretensiones sobre protección de menores derivadas de los nuevos preceptos positivos cuyas líneas generales esbozaremos a continuación con reseña de las particularidades de los casos concretos de mayor relevancia.

1. **Modelo procesal de la Ley 21/87 para las cuestiones de protección de menores derivadas de sus preceptos**

Dice la disposición final de la Ley “que las normas procedimentales sobre medidas de protección de menores serán aplicadas con las adaptaciones exigidas por el C.C. y por la presente Ley”. Entiendo que aquí se halla el fundamento legal para el modelo procesal diseñado por el legislador con notables insuficiencias técnicas con la finalidad de que en él se encauzen las pretensiones que puedan formularse al amparo de los preceptos innovadores. El ámbito de la disposición se centra en los mandatos procesales que hacen referencia a las “medidas de protección de menores”. Dada la amplitud de la fórmula han de incluirse todas las pretensiones que de modo directo o indirecto se fundamenten en las disposiciones dictadas por la Ley que comentamos y particularmente por todas las del capítulo V del título VII del libro I del C.C. que justamente se rúbrica: “De la adopción y otras formas de protección de menores”. En definitiva siempre que el precepto esgrimido aun fuera de este capítulo guarde alguna relación con sus disposiciones, en sede de protección de menores habrán de postularse los cauces procesales que se derivan de la norma comentada. Así la acción formulada por ejemplo,

al amparo de los arts. 160 ó 164 también reformados por la Ley aunque no regulados en la materia objeto de nuestro estudio, se sujetará a los principios de proceder que examinamos a continuación cuando guarde conexión con algunas de las hipótesis de desamparo del art. 172 o se inserten en la problemática que plantea los institutos del acogimiento y adopción regulados en los arts. 173 y 174 y siguientes. No debe darse mayor alcance a la disposición final pues en la mayoría de las normas de derecho de familia late el espíritu de protección de menores y habría que aplicar a todas ellas lo prescrito en el precepto. En él se ordena hacer “las adaptaciones exigidas por el Código Civil y por la presente Ley”. Hay una remisión genérica a las normas procesales del art. 63 —reformado— y a los arts. 1.825 a 1.832 de la L.E.C. todos reformados por la Ley 21/87. El reenvío opera también en favor de otras disposiciones del Código Civil de naturaleza procesal insertadas en los preceptos diseñados en torno a la protección de menores. Como las disposiciones aludidas en uno y otro caso responden a los esquemas del procedimiento de jurisdicción voluntaria, puede afirmarse que los arts. 1.811 al 1.824 de la L.E.C. con las particularidades introducidas por la Ley que comentamos y las incluidas en las correlativas prescripciones del Código en la materia normada han de dar la pauta orientadora de los módulos generales sobre los que debe construirse la solución procesal que con tantas limitaciones expone el legislador. De las singularidades procesales referidas y sobre todo de las reglas comunes de los arts. 1.825 a 1.827 reformados y 1.811 a 1.824 han de deducirse —dado el valor generalizador de estas últimas— las características que siguen:

a) La intervención de Letrado es facultativa (art. 1.825) siendo en cambio necesaria la presencia del Ministerio Fiscal (mismo precepto). La legitimación a salvo de regulaciones expresas y taxativas habrá de concebirse en términos amplios dada la extensión que se le suele atribuir doctrinalmente en el marco de jurisdicción voluntaria. La competencia de carácter general la determina el art. 63-16 reformado de la L.E.C. y corresponde al Juez del domicilio de la entidad en todas las materias reguladas por los nuevos preceptos legales objeto de nuestro estudio (“acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas”); en su defecto el domicilio del adoptante con la excepción establecida cuando se trata de acciones de los arts. 179 y 180 del C.C.

b) Las posibilidades probatorias, en interés del menor se conciben con enorme amplitud. El art. 1.816 en la expresión “jusitificaciones” no parece establecer criterios rigurosos de limitación de prueba y el 1.826 reformado permite al Juez “ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas” para asegurar resultados beneficiosos al menor. No hay constreñimientos probatorios y cualquier clase de diligencia documental, testifical o pericial será admisible para los fines propuestos.

c) Debe admitirse con carácter general la posibilidad de decretar medidas cautelares *ab initio* tendentes a proteger intereses del menor amenazados por situaciones de urgencia. Los arts. 1.880 y 1.910 y siguientes de la L.E.C. deben esgrimirse con validez general por encima de los límites del número 4 del primer precepto citado y teniendo en cuenta que algunos preceptos del C.C. de naturaleza procesal como el 249 y 256 por ejemplo, regulan expresamente las medidas a que nos referimos. La remisión de la disposición final ha de consagrarse su generalización para las materias reguladas en esta Ley.

d) Se formula un específico deber de reserva en relación con las actuaciones administrativas (disposición adicional 1.^a-7.^a) y judiciales (art. 1.826-2.^a) en algunas de las materias disciplinadas aquí por el legislador y en concreto en los acogimientos y adopciones. Es una de las manifestaciones del principio de reserva que con algunas otras matizaciones se formula en la legislación del Registro Civil. El deber no tiene la misma intensidad en todos los supuestos; así cuando el acogimiento se oriente a la reinserción familiar o los padres consentan y faciliten la adopción perderán gran parte su razón de ser legal. En estas últimas hipótesis sólo puede justificarse para salvar la operatividad de la disposición legal concerniente a que el asentimiento de los padres no se refiera a adoptante o adoptantes determinados. La reserva se extenderá a impedir que los progenitores o sus Letrados tengan acceso a la parte del expediente administrativo o judicial en el que se contengan los datos relativos a los futuros adoptantes.

e) En caso de oposición de algún interesado no es de aplicación en principio lo dispuesto en el art. 1.827. La categoría conceptual de jurisdicción voluntaria conlleva en la doctrina y jurisprudencia la exigencia de que las resoluciones no tengan el valor de cosa juzgada, puedan modificarse posteriormente y dejen siempre a salvo en caso de conflicto el derecho a acudir a los procesos contenciosos ordinarios o especiales. Con las miras de flexibilidad y eficacia en interés del menor la reforma ha subvertido estos esquemas. Las decisiones judiciales que se adopten son del mismo modo modificables al cambiar las circunstancias que las originaron, pero se ha suprimido el derecho a convertir el juicio en ordinario salvo que se trate como decíamos al principio de significativas privaciones de los derechos familiares. Por analogía con lo que prescribe el art. 1.827 sólo se producirá la conversión cuando lo que se cuestiona es la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que conllevan la pérdida total de las potestades-deberes de orden personal y patrimonial. Los demás supuestos en los que se ventilen restricciones de menor intensidad como la suspensión únicamente de las facultades de guarda o de las estrictamente patrimoniales habrán de seguir los mandatos del art. 1.827 no accediéndose al cambio de procedimiento.

f) La decisión final revestirá la forma de auto salvo en las hipótesis de controversia sobre privaciones plenas de patria potestad o remoción

de tutela que al tramitarse por el juicio verbal terminarán con sentencia, todo ello sin perder la unidad procedural. Aprovechamos para añadir al apartado anterior que el juicio verbal será instrumento procesal en el que debatir las disputas originadas en los casos en que excepcionalmente se da virtualidad de contencioso a la oposición del interesado. Salvo norma expresa en contrario el auto será susceptible de recurso de apelación solamente (art. 1.826).

2. Examen particularizado de las pretensiones deducidas al amparo de la Ley 21/87

Estudiamos algunas de las hipótesis que se plantean en la materia examinada con recordatorios finales sobre las guardas de hecho que aún no reguladas por los preceptos innovadores, tienen indudable interés como ya hemos visto en las actuaciones de protección de menores:

a) Guarda de las entidades públicas. A falta de convenio entre los titulares de la potestad legal sobre el menor y la entidad pública, podrá instarse en los términos antes expuestos la guarda judicial del art. 172, 2 *in fine*; por su indudable relación con el art. 158-3.^º a que hacíamos relación en su momento, la legitimación corresponde a las partes del acuerdo así como el Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier parente. Habrán de seguirse los trámites antes indicados con carácter general aplicando con la debida analogía los preceptos generales y especiales de jurisdicción voluntaria antes comentada. La cesación de la guarda se planteará con la misma legitimación e idéntico procedimiento cuando desaparezca la situación de desamparo o se incumplan los deberes tuitivos. Las guardas del art. 103.1.2 ponderadas anteriormente se decidirán por los cauces del procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

En los supuestos de guarda ministerio legis el propio art. 211 que aplicábamos analógicamente establece un simplificado procedimiento de jurisdicción voluntaria, incluido sin duda en la remisión genérica de la disposición final de la Ley objeto de nuestro trabajo. La intervención judicial tiene el carácter de autorización de actuaciones válidamente iniciadas en el contexto en que diseñamos esta modalidad de guarda. El Juez deniega o concede la autorización y el trámite se reducirá a oír a los que tienen potestad, a los representantes de la entidad pública y a examinar al menor, pudiendo acordar si lo considera imprescindible el correspondiente informe pericial sobre las circunstancias personales o sociales que tengan relevancia en el caso. Dada la marcada urgencia con la que se asumen estas facultades ha de actuarse con una específica celeridad y simplificación bajo el modelo que ofrece el artículo regulador de los internamientos. Su extensión examinada en líneas anteriores hace que el ejercicio de las facultades de internamiento atribuidas a los guar-

dadores, acogedores o tutor público hayan de regularse procesalmente por la vía apuntada. Tanto el ejercicio de estas potestades como en general las incidencias que se plantean en el cumplimiento de deberes tutivos comprendidos en las instituciones disciplinadas en la Ley (régimen de visitas, controversias, etc.) han de conformarse a los esquemas del art. 211 y concordantes. Estimo que el art. 1.823 de la L.E.C., en beneficio del menor no debería ser de aplicación. Realmente los actos de jurisdicción voluntaria planteados por la Ley de la adopción no se ajustan a las exigencias conceptuales de la jurisdicción voluntaria propiamente dicha y de ahí que no todas las disposiciones de ésta le deban ser de aplicación. Es razonable que los internamientos, régimen de visitas, etc., a que hacemos mención se resuelvan en el correspondiente procedimiento de constitución de tutela o guarda o acogimiento del que materialmente dimanán.

b) Tutela de las entidades públicas. La constitución judicial de la misma ha de hacerse en el mismo tipo de procedimiento apuntado. Cuando los padres o el tutor disientan, la privación de sus derechos se hará en juicio verbal en los términos del art. 1.827 que analógicamente despliega aquí sus efectos. Habiendo cesado la situación de desamparo motivadora de esta tutela, será necesaria nueva decisión judicial por los mismos trámites. La legitimación para promoverla o pedir su extinción corresponderá a las personas indicadas en los arts. 228 y 229 sobre cuya hermenéutica nos remitimos a lo dicho en el capítulo III. Es razonable como en la guarda ex art. 158.3.^º atribuir legitimación al menor.

c) Acogimientos y adopciones. Tienen diseñado un procedimiento específico en los arts. 1.828 a 1.831. Debe subrayarse que la negativa de la entidad pública o del menor a proponer o consentir el acogimiento o adopción no son impugnables en el correspondiente juicio ordinario. Tampoco tienen cauce para defender sus derechos los acogedores o adoptantes postergados dada la exclusividad de la intervención administrativa. La resolución que recaiga en el expediente de adopción no puede revisarse en actuaciones contenciosas y la doctrina postula sólo la revisión relacionada con la validez del acto, y cumplimiento de sus requisitos previos con los remedios procesales oportunos.

d) Las pretensiones fundadas en los arts. 179 y 180 se sustancian por los trámites del juicio declarativo ordinario (art. 1.832) con posibilidad expresa de medidas cautelares, personales y reales.

e) Las guardas de hecho. Cuando no hay desamparo están al margen de la regulación procesal específica que venimos comentando que sí le será de aplicación en los demás casos en que puedan relacionarse con el ámbito de la disposición final comentada al principio. Conviene recordar por razones pragmáticas los posibles modos de actuación administrativos y judiciales. Cuando tenga conocimiento de ellos en las entidades públicas, ostentarán legitimación directamente o a través del Ministerio Fiscal para ponerlas en conocimiento del órgano jurisdiccional

competente con arreglo a las normas ordinarias, quien en trámite de jurisdicción voluntaria adopta resoluciones de control y vigilancia juridificadoras de la situación de hecho. Si los padres u tutores se han desentendido de la suerte del menor deben remitirse testimonios al Ministerio Fiscal para que ejercite en juicio de menor cuantía la acción del art. 170 o en jurisdicción voluntaria la de remoción de la tutela, que se constituirá conforme a las reglas ordinarias. Las entidades públicas de adopción de menores tienen en todo caso abierta la vía para legalizar la hipótesis de hecho con el acogimiento o adopción de los arts. 173 y 174 y siguientes. Lo dicho es de aplicación a los guardas de los Tribunales Tutelares de Menores.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación

FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ

Profesor Titular U.A.B.

SUMARIO: Introducción.—1. Principios y límites constitucionales, a) Principio de igualdad; b) Principio de investigación de la paternidad; c) Otros principios constitucionales.—2. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La posible inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos. a) La limitada revocabilidad de la donación de gametos; b) La fecundación *post mortem*; c) Anonimato del donante (dador), investigación de la paternidad y determinación de la filiación; d) Inseminación de la mujer sola.—3. Aplicación de la Ley T.R.A. en Cataluña (paradigma) (*).

(*) Estando en pruebas este trabajo, se publica la Ley de la Generalidad Catalana de filiaciones. En ella se hace referencia a la filiación derivada de inseminación artificial. La transcripción de tales normas me exime, por mor de la inteligencia del lector, del trabajo de adecuar este estudio a aquella normativa.

Art. 1.2. “También se presumen hijos del marido los nacidos en virtud de la fecundación asistida de la esposa con el consentimiento expreso del marido, formalizado en documento público”.

Art. 2.1. “...No se admite la impugnación basada sólo en la fecundación asistida de la esposa si se ha hecho con el consentimiento expreso del marido, formalizado en documento público...”.

Art. 4.1.a) “El consentimiento del varón a la fecundación asistida de la mujer-madre del nacido, formalizado en documento público, equivale al reconocimiento de la filiación y es bastante para inscribir la filiación en el Registro Civil”.

Art. 5.2. “Se equiparan a la cohabitación sexual el reconocimiento no formal o tácito y la fecundación asistida de la mujer hecha con el consentimiento del varón, formalizado en documento público”.

Art. 9. “En los casos de nacimiento como consecuencia de fecundación asistida “post mortem”, el nacido se considera hijo del marido de la madre o del que conviva con ella, siempre que concurran las siguientes condiciones:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos a la fecundación asistida “post mortem”, con gametos propios de cada uno de ellos.

b) Que se limite a un sólo caso, comprendido el parto múltiple.

INTRODUCCION

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante Ley T.R.A.) ha añadido una serie de cuestiones a las ya suscitadas antes de su promulgación y de las que se hizo eco la doctrina civilista (1). Así, además de los problemas relativos a la necesidad de regular tales técnicas (cuestión que obviamente carece ya de sentido, salvo que se abogue por la derogación de la Ley con base precisamente en su innecesariedad), el valor del consentimiento, las responsabilidades derivadas de dichas prácticas, la fecundación *post mortem*, etc., en la actualidad surgen nuevos problemas derivados fundamentalmente tanto de las paladinadas deficiencias de técnica jurídica manifiestas en la Ley T.R.A. (2) cuanto de algunas de las soluciones ofrecidas por dicha Ley.

En este segundo grupo de cuestiones (el primero ya lo resuelve el jurista a través de los criterios interpretativos y, a veces, mediante un derroche de imaginación) aparecen problemas acerca de la constitucionalidad de algunos preceptos, de competencia legislativa (3) y de aplicación de la Ley T.R.A.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de nueve meses a partir de la muerte del marido o de aquel con quien conviva la madre. Este plazo puede ser prorrogado por el juez, por causa justa, por un tiempo máximo de tres meses".

(1) Así, a la *Filiación a finales del siglo XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, se dedicó el II Congreso Mundial Vasco 1988.

(2) Vid. PANTALEÓN, F., *Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, en Jueces para Democracia, de 5 de diciembre de 1988, págs. 19 y sig.; y LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida*, (XLI) A.D.C., vol. IV, 1988, pág. 1241.

(3) Tómese en consideración que la filiación es una de las materias tradicionales de algunos derechos llamados forales. Así, por ejemplo, se regula en los artículos 4 y sigs. de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. La competencia legislativa está atribuida, en este caso, a la Generalidad de Cataluña por mor de los artículos 149,1,8 C.E. y 9,2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Además, la anterior afirmación es defendible tanto desde la que podemos llamar interpretación restrictiva o historicista de mencionado precepto constitucional (por todos, vid. LASARTE, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, págs. 104 y sigs.) cuanto desde direcciones intermedias (vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los derechos civiles forales en la Constitución*, en R.J.C., 1979, 564 y sigs., y *La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán*, en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1982, 39 y sigs.) o maximalistas (vid. PUIG SALELLAS, J.M., *El concepte de Dret civil català a l'Estatut d'Autonomia*, en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980, 107 y sigs., en concreto, 110 y 111; ROCA I TRÍAS, E., *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, en R.J.C., 1988, 189 y sigs.).

Igualmente vid. GETE-ALONSO y CALERA, M.C., *Apuntes sobre los problemas jurídicos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho, 14-1986, Universitat de les Illes Balears, págs. 34 y sigs.; y *Cuestiones relacionadas con los modos de legislar* (ponencia inédita), en *Jornades sobre Questionament de les noves tècniques de reproducció humana des de els ambits jurídic, medic etic social*, págs. 1 y sigs.

Varios y extensos son, pues, los problemas suscitados por la mencionada Ley, no todos referentes al Derecho civil. Este trabajo no pretende ser más que una breve reflexión acerca de uno de tales problemas sin ánimo alguno de agotarlo: la constitucionalidad de los preceptos atinentes a la filiación, es decir los artículos 7 a 10, intitulados por la propia Ley *Los padres y los hijos*. También he añadido la de la aplicación de la Ley T.R.A. en Cataluña, como paradigma de la aplicabilidad de tal Ley en Las Comunidades Autónomas con Derecho propio en cuyas Compilaciones se regula, con mayor o menor extensión, el instituto de la filiación.

1. PRINCIPIOS Y LIMITES CONSTITUCIONES

Aunque, como ya ha señalado algún autor (4), los supuestos de reproducción humana asistida no estuvieran en la mente del legislador constitucional ni en la del legislador que reformó el Código en sede de filiación, no es menos cierto que ello no es obstáculo que impida someter la posible regulación de los efectos jurídicos de la reproducción humana asistida al imperio de la Constitución. Posiblemente, como veremos, algunas normas constitucionales deban ser interpretadas de acuerdo “con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”; atendiendo a su espíritu y finalidad, pero nunca vaciándolas de contenido ni pretendiendo una interpretación contraria al espíritu que informa y conforma la Constitución.

Básicamente, los principios constitucionales que afectan a esta materia son el principio de igualdad y el de investigación de la paternidad, así como otros principios y normas a que me referiré posteriormente.

a) Principio de igualdad

El primer y fundamental principio es el de igualdad, derivado de los artículos 39,2º; 14 y 9,2º C.E.

El artículo 14 C.E. establece, como es bien sabido, el principio de igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por cuanto a este trabajo interesa, el principio de igualdad del artículo 14 significa la prohibición constitucional de discriminación por razón, permítaseme, de la forma de fecundación. No puede ser, pues, de mejor trato el fecundado o concebido naturalmente —es decir, mediante relación coital— que el fecundado con ayuda o asistencia de técnicas científicas o clínicas.

(4) Por todos, LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley sobre la técnica...*, cit., pág. 1.245 y sig.

Además, los poderes públicos, cualquiera que sea la Administración, deben promover la condiciones para que esta igualdad de los individuos sea real y efectiva ex artículo 9,2º.

En la materia objeto de este trabajo, el principio de igualdad se concreta en el artículo 39 C.E. El punto segundo de este precepto establece que que “los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos, igual estos ante la ley con independencia de su filiación”.

Es pensable que el legislador constituyente no tuviera en consideración, al redactar este precepto, las posibilidades ofrecidas por las técnicas de reproducción asistida y sí y sólo la filiación derivada de la relación coital de la pareja heterosexual, ya unida en matrimonio, ya unida de hecho. Así se podría deducir del hecho de que el legislador no hiciera mención alguna a estas técnicas ni en la propia Constitución ni en las posteriores reformas del Código civil en sede de filiación (artículos 108 a 141, reformador por la Ley 11/1981, de 31 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio).

A mi entender, estas objeciones son irrelevantes. En primer lugar, porque la esencia del precepto transcrita no se halla en las clases de filiación ni en el modo de concepción (el cual no aparece) sino en el principio de igualdad de los hijos. Más aún, asentado el mencionado principio de igualdad, la expresión “independientemente de su filiación” parece, en principio, innecesaria: si los hijos son iguales, lo son con independencia de cualquier condición o situación personal propia o de sus progenitores. La expresión comentada parece una respuesta a la regulación jurídica anterior a la Constitución (hay varios ejemplos en la propia Constitución y en el Código civil: el principio de igualdad entre los cónyuges se reitera en los artículos 14 —en general— y 32 C.E. y 66 C.C.) en la cual se podía verificar una discriminación de los hijos por causa de su filiación.

Por otro lado, el legislador constituyente no determina los tipos de filiación ni el contenido de estos. Solamente se limita a señalar que, sean los que fueren los tipos de filiación, los hijos no pueden ser legalmente discriminados. Ello supone, por lo demás, una consideración global del hijo como persona, acorde con la dignidad que le es propia, el libre desarrollo de su personalidad y los derechos que le son inviolables, tal como proclama el artículo 10 C.E.

La cuestión, por tanto, se traslada a un momento lógicamente anterior: el de la determinación de la filiación y su influencia en las técnicas de producción humana asistida. Aquí incide el segundo principio constitucional contenido en el mismo artículo 39,2 C.E.: la investigación de la paternidad.

b) Principio de investigación de la paternidad

El principio de investigación de paternidad se limita obviamente a los supuestos de inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) o fecundación *in vitro* heteróloga (F.I.D.), pero no a aquellos supuestos de inseminación o fecundación homóloga porque en estos la paternidad está ya determinada.

El punto segundo del artículo 39,2 C.E. establece en su inciso final que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Esta norma constitucional incide directamente en las técnicas de reproducción asistida hasta el punto de que, como veremos, una de las más repetidas tachas de inconstitucionalidad, puesta de manifiesto por la doctrina respecto de la Ley estatal sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido precisamente lo que se conoce como el “anonimato del donante”. La citada ley impide, como regla general, la investigación de la paternidad para el supuesto de fecundación artificial por donante. Además, en los supuestos en que se permite, se impide conocer la identidad del donante y de manera radical y rotunda la determinación de la filiación (5).

En principio, creo que debe entenderse que la expresión “posibilitaría” utilizada en la Constitución legítima determinados límites a las acciones de investigación de la paternidad, es decir, a las acciones de filiación (respecto del Código civil) (6) en cuyo proceso se proceda a la investigación de la paternidad o de la maternidad, aun con pruebas biológicas. Así, por ejemplo, los breves plazos de caducidad, la legitimación —aun siendo acciones de estado— o el requisito del principio de prueba ex artículo 127, *in fine* C.C.

No puede entenderse, pues, en sentido amplio y contrario, es decir, que el legislador posibilitará o no posibilitará, según los casos y a elección del propio legislador, la investigación de la paternidad.

El legislador, en definitiva, puede limitar la investigación de la paternidad, pero no puede evitarla, prohibirla o no posibilitarla absolutamente. Sin embargo, posiblemente sí pueda establecer qué efectos deriven de la determinación de la paternidad biológica. Con mayor claridad, podría establecer que de tal paternidad biológica no se deriven relaciones jurídicas de filiación (fundamentalmente, apellidos, alimentos y derechos sucesorios). Es decir, el legislador podría establecer una pura

(5) Vid. los artículos 5º y 8º Ley, 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Vid, también PANTALEÓN, F., *Contra la ley...*, cit., págs. 23 y sigs., y LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley sobre técnicas...*, cit., pág. 1.244.

(6) Recuérdese que el Código civil no contiene una acción de investigación autónoma e independiente de las acciones de filiación, sino que posibilita, en el artículo 127, la investigación de la paternidad y de la maternidad en los juicios sobre filiación (reclamación e impugnación). En cambio, en la Compilación de Derecho civil de Cataluña sí se establece tal acción con carácter autónomo respecto de las de filiación (artículo 4 Comp.).

acción de investigación de la paternidad, independiente de las acciones de filiación *strictu sensu*, y de cuyo resultado no derivare la filiación. Podría, en definitiva, no atribuir al progenitor (padre biológico) el rol jurídico-social de padre, con el contenido de deberes y facultades que lleva aparejado. Buena prueba de ello es la institución de la adopción (vid. el artículo 178, con sus excepciones, y 180,4 C.C.).

Aunque a ello me refirré posteriormente, creo que la anterior solución es la más ecuánime y no vulnera los preceptos constitucionales. Sin embargo, siempre cabría cuestionarse si los hijos tienen un derecho constitucionalmente amparado a conocer, al menos, la identidad de sus progenitores. La respuesta no es sencilla. En el ámbito constitucional, tal derecho podría entrar en soslayo a través del artículo 10 de la Constitución: si se entiende que la dignidad de la persona o que el libre desarrollo de su personalidad implica necesariamente el conocimiento de la identidad de los progenitores. No en el caso contrario. También podría buscarse un cierto amparo en el artículo 15 de la Constitución: si se piensa que la integridad moral del sujeto abarca el conocimiento de la identidad de sus progenitores.

Pero incluso admitiendo las dos posibilidades anteriores, debe tomarse en consideración que se trataría de un derecho o de una facultad del sujeto, no de una obligación o de un deber de los progenitores o de los "padres jurídicos" de poner en conocimiento del sujeto de verdad-identidad biológica de su fecundación. Pero entonces ¿qué derecho es éste? ¿Frente a quién se actúa? ¿Frente al centro médico donde se produjo la fecundación asistida o donde se guarda la identidad del dador? ¿Frente al Estado? ¿Y no podría el progenitor e incluso los "padres jurídicos" alegar el derecho a la intimidad personal y familiar en virtud del artículo 18 de la Constitución?

La cuestión es ardua. Creo que nadie puede ni debe ser privado de conocer su identidad biológica en la misma medida que creo que los progenitores (dadores) y los padres no tienen el deber jurídico de revelar al hijo tal identidad biológica.

Garantizar el anonimato de los dadores es posiblemente inconstitucional si significa impedir la investigación de la paternidad. Pero padre jurídicamente es quien asume tal función o quien determina el Ordenamiento jurídico atribuyéndole dicha función, no quien determina la biología. La deseable coincidencia entre verdad biológica y verdad jurídica desde contemplarse debe la perspectiva jurídica, no desde la biológica. Si no coinciden debe prevalecer la verdad jurídica y social (el concepto de padre es un concepto cultural) sobre la biológica.

Si se entiende que el hijo tiene derecho a conocer su identidad biológica, posiblemente la solución deba articularse mediante la armonización de diversos criterios:

- a) Al hijo nacido como fruto de estas técnicas no se le puede im-

posibilitar la investigación de su origen biológico, incluido la identidad del dador de los gametos (7).

b) Ni los progenitores (dador) ni los padres (jurídicos) tienen la obligación de poner en conocimiento del hijo la forma de su concepción ni la identidad del dador, en la medida que no está obligado padre alguno, incluidos los padres adoptivos. Así se reserva, en lo posible, la intimidad de aquéllos y de su familia.

c) Si se conoce la identidad del dador —la cual, como digo, no se debe impedir—, de ello no debe derivar relación de filiación alguna entre éste y el hijo. En este punto se puede y debe escindir inexorablemente el dato biológico del dato jurídico.

Las soluciones pueden ser varias: abstracción hecha de la inseminación homóloga con consentimiento del marido o compañero *more uxorio*, la cual no presenta problemas, se puede optar entre atribuir la filiación solamente a la mujer (lo cual no me parece inconstitucional) o bien pedir el consentimiento expreso al dador para proceder a una determinada fecundación advirtiéndole de su responsabilidad y atribuyéndole, en su caso, la relación de filiación. Es decir, combinando los principios de responsabilidad y consentimiento (8).

c) Otros preceptos constitucionales

Además de los preceptos indicados, otros preceptos constitucionales inciden directamente en las técnicas de reproducción asistida humana (9) y deben ser tomados en consideración tanto por el legislador es-

(7) Vid. el artículo 4 de la Ley sueca 1984: 1.140 sobre inseminación (utilizo un texto catalán, traducción no oficial del inglés) donde establece el derecho del niño concebido como resultado de estas técnicas a ser informado del contenido del informe conservado por el hospital y referente al dador de los gametos, siempre que el niño haya alcanzado suficiente madurez. Vid. igualmente, ROCA TRÍAS, E., *La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, págs. 41 y sigs.

(8) Esta exigencia podría chocar contra un pretendido derecho de la mujer a ser madre (o del varón a ser padre). Pero, ¿qué derecho es éste y frente a quién se actúa? Si las mujeres (y los varones) tienen este derecho, creo que es con un contenido negativo: derecho a que no se controle, limitándolas, la maternidad o la paternidad, a que no se interrumpe forzosamente el embarazo, a fecundar y criar el número de hijos que tengan por conveniente... Pero no un derecho a ser madre o padre como quien tiene un derecho de asociación o de reunión o de libertad de expresión. Respecto del hecho de permitir la investigación de la paternidad pero sin derivar de su resultado necesariamente una relación de filiación, vid. LLEDÓ YAGÜE, *La ley sobre técnicas...*, cit., pág. 1.246, aunque este autor opta por imputar la responsabilidad derivada del vínculo de filiación al dador de gametos. Vid, también FERRANDO G., *Procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge*, en Política de Diritto, XVII, 1986, págs. 501 y sigs.

(9) Acerca de la incidencia de las técnicas de reproducción asistida en los derechos fundamentales, vid. ROCA TRÍAS E., *La incidencia...* cit., págs. 17 y sigs.; ZARRALUQUI,

tatal cuanto, en su caso, por el autonómico. Así, básicamente, se puede enumerar los siguientes principios y derechos:

- a) La dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad ex artículo 10 C.E.
- b) La integridad física y moral de las personas así como la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes ex artículo 15 C.E.
- c) El derecho a la intimidad personal y familiar en virtud del artículo 18 C.E.
- d) La protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, ex artículo 39 C.E.
- e) Derecho a la protección de la salud ex artículo 34 C.E.

2. LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS DE SUS PRECEPTOS

Como es sabido, el legislador estatal ha regulado la materia objeto de este trabajo en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Por cuanto nos interesa, la mencionada Ley dedica los artículo 7 a 10 (*los padres y los hijos*) a regular las cuestiones de filiación derivadas de la utilización de tales técnicas, es decir, a introducir lo que el artículo 7 de la propia ley llama especialidades.

Ya he señalado anteriormente los defectos de técnica jurídica manifiestos en la ley estatal, ahora conviene precisar, fundamentalmente al hilo de la doctrina, la posible inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos. Obviamente, me limitaré al ámbito jurídico civil.

a) La limitada revocabilidad de la donación de gametos

El artículo 5,2 de la Ley T.R.A.: *La donación* (de gametos en virtud del artículo 5,1) sólo será revocable cuando el donante por infertilidad sobrevenida, precisara para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles...

Dice Pantaleón (10) que la irrevocabilidad de este tipo de donación como regla general es, además de una barbaridad, inconstitucional. La dignidad de la persona y los derechos que le son inviolables tiene como contenido el derecho de autodeterminación de la persona y, en concreto, que ésta decida el sí y el cuándo de su reproducción. Por tanto, la tal donación debe ser naturalmente revocable con el único límite de la

L., *Procreación asistida y Derechos fundamentales*, Madrid, 1988, págs. 25 y passim., en concreto, 36 y sigs.

(10) PANTALEÓN, F., *Contra la ley...*, cit., págs. 28 y sigs.

utilización efectiva de los gametos donados (es decir, lo que la ley llama “disponibilidad actual” de los mismos) (11).

b) La fecundación *post mortem*

Básicamente, la misma idea anterior de la irrevocabilidad de tales donaciones avala, a juicio de Pantaleón, la inconstitucionalidad de la norma que permite la fecundación *post mortem* (artículo 39,3 C.E. Se-gún el citado autor, la voluntad reproductora debe ser una voluntad ac-tual, y no futura, e irrevocable (como sería en el caso de fecundación *post mortem*, pues tras la muerte cesa la posibilidad de revocación).

La vulneración del artículo 39,3 C.E. se produce por violar el deber de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos”. De aquí deduce Pantaleón la inconstitucionalidad de permitir la fecundación *post mortem* por cuanto “da lugar a que venga al mundo un niño sin un pa-dre que haya de cumplir con aquel deber” (12)

En mi opinión, la cuestión no puede, ni debe, presentarse en forma de dilema: nacer sin padre o no nacer, sino desde el contenido del pro-pio artículo 39,3 C.E. Este precepto no impone un deber de estar vivos a los padres —al progenitor— en el momento, al menos, del nacimien-to del hijo. No impone que el hijo tenga un padre (es decir, no recono-ce el derecho del hijo a tener un padre, y mucho menos que éste coin-cida con el progenitor), sino que atribuye o imputa a quien es padre —en sentido jurídico, no necesariamente biológico— el deber de asistir al hijo. Obviamente tal imputación solamente es posible de una manera directa si el padre está vivo, y se pueden prever disposiciones concretas para el caso en que el hijo fuere póstumo (así, por ejemplo, las conte-nidas en el Código civil para el supuesto de que la viuda quede en cinta ex artículo 959 y siguientes o el plazo de los trescientos días tras la di-solución del matrimonio de la presunción de paternidad ex artículo 116). Desde esta perspectiva, entiendo que no es inconstitucional la admisión de la fecundación *post mortem*. Cuestión distinta son los problemas ju-rídicos que deriven de dicha posibilidad así como su articulación y so-lución. En definitiva, el artículo 39,3 C.E. parte del concepto jurídico de padre (quien ya es padre jurídicamente) y a éste le atribuye el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos. Se trata, pues, de una cuestión de imputación de la paternidad, de determinación de los crite-rios atributivos de la paternidad, lo cual es lógicamente anterior a la atri-

(11) En el mismo sentido ya se había manifestado MONTÉS PENADÉS V. L., *El con-sentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana*, en *La filiación a finales del si-glo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, pág. 195, si bien obviamente no se había ma-nifestado acerca de la inconstitucionalidad del precepto porque su trabajo es anterior a la ley.

(12) PANTALEÓN, F., *Contra la ley...*, cit., pág. 30.

bución de los deberes derivados de la paternidad, de una paternidad ya determinada.

De esta manera, debería afirmarse desde luego, y en pura lógica conceptual, que los hijos nacidos mediante la fecundación *post mortem* son hijos no matrimoniales porque el matrimonio se disuelve, entre otras causas, por muerte de uno de los cónyuges ex artículo 85 C.C. (13). En cambio, el artículo 9,2 de la Ley T.R.A. establece que tal generación produce “los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”. Acaso la cuestión, como ya he dicho, es más teórica que práctica (¿qué diferencia hay entre un hijo matrimonial y uno no matrimonial, en su caso reconocido?), pero es igualmente cierto que el inciso transcrita es posiblemente inconstitucional porque introduce un criterio de desigualdad en la atribución de la filiación respecto de los hijos no matrimoniales. Veamos algún ejemplo: 1) Una pareja convive *more uxorio* y son padres de un niño. En atención a tal hijo quieren “legalizar” su situación de hecho y deciden contraer matrimonio. Desgraciadamente, el padre muere días antes del contraerlo. Ese hijo es no matrimonial. 2) Una pareja decide disolver su matrimonio y se divorcian. Transcurrido más de un año reconsideran su actitud y reanudan la convivencia. Fruto de ésta nace un hijo. Tal hijo es no matrimonial.

En cambio, el hijo nacido como fruto de una fecundación *post morten* con semen de quien fue marido de su madre es un hijo matrimonial. ¡Qué fuerza la del matrimonio más allá de la muerte!

En vano se recurra al juego de las presunciones porque éstas también tiene sus límites.

a) La presunción actúa cuando no se conoce la verdad o ésta es muy difícil de conocer y mientras no se conozca —obviamente me refiero a la presunción *iuris tantum*. En nuestro caso, la presunción que contiene el artículo 116 C.C. La propia naturaleza de las cosas excluye, en este supuesto, la presunción de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Aquí es cierto y conocido que la fecundación se produjo tras la muerte del marido (la imposibilidad de concoer con certidumbre absoluta el momento de la fecundación natural —y, por tanto, el autor de la misma— es la base de hecho de la presunción del artículo 116) y, por tanto, una vez disuelto el matrimonio. Desde esta perspectiva, el hijo solamente sería matrimonial si la fecundación se produjera *ante mortem* o bien si, resucitado el marido, volvieran los padres a contraer matrimonio... ex artículo 119 C.C. (14).

(13) V.L. MONTÉS, *El consentimiento...*, cit., pág. 193, supera inteligentemente cuestiones de índole conceptual y dogmática y entiende que a los nacidos fruto de esta técnica “deben considerarse” (no dice, pues, que lo sean) hijos matrimoniales.

Realmente, la cuestión es más teórica que práctica pues, consagrado el principio de igualdad en los artículos 14 y 39 C.E. y 108 C.C., se trata de una distinción que nada distingue.

(14) En contra, LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley de técnicas...*, pág. 1.253, donde concluye

b) Ni siquiera ha de tomarse en consideración el hecho de que la fecundación *post mortem* se haya realizado dentro de los trescientos días siguientes a la celebración del matrimonio. No hay nada que presumir: la fecundación se produjo, *volis nolis*, disuelto el matrimonio, y ante esta verdad inconclusa no cabe la presunción.

c) A mayor abundamiento, el artículo 118 C.C. posibilita el carácter matrimonio de la filiación “aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges... si concurre el consentimiento de ambos”. Nótese que lo que otorga carácter matrimonial a tal filiación no es el consentimiento de ambos cónyuges —o no sólo dicho consentimiento— sino el hecho de que el matrimonio no esté disuelto: la crisis matrimonial se limita a la separación legal o de hecho.

Por tanto, tampoco es bastante, por cuanto nos interesa ahora, el consentimiento del marido en escritura pública o en testamento.

En definitiva, entiendo que es claro el criterio de discriminación, aunque —insisto— la cuestión es más teórica que práctica porque la igualdad de los hijos está garantizada constitucionalmente “con independencia de su filiación” (ex artículo 39 y 14 C.E.), y el artículo 108 del Código civil establece que la filiación matrimonial y la no matrimonial “surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Por lo demás, la norma del artículo 9,2 de la ley T.R.A. debe concordarse con los aspectos sucesorios toda vez que el llamado debe estar, al menos, concebido (*naciturus*) en el momento en que se produce la muerte del causante (vid. artículo 29, 627 y 959 a 967 C.C. y artículo 3,1 de la *Llei de Successió intestada —Llei 9/1987, de 25 de maig, de Successió intestada—*). La posibilidad de fecundación *post mortem* exige, pues, una nueva regulación de esta materia con base, además, en el principio de igualdad, al cual no alcancen los mecanismos indirectos previstos por el legislador (sustitución fideicomisaria).

c) **El anonimato del donante (dador), investigación de la paternidad y determinación de la filiación**

El artículo 5,5 de la Ley T.R.A., así como el artículo 8,3 de la misma ley son, a juicio de un sector doctrinal (15), de radical inconstitucio-

que para los hijos concebidos y nacidos *post mortem* la presunción de paternidad del artículo 116. C.C. debe modificarse y ampliarse a cuatrocientos ochenta días desde el momento del fallecimiento del causante. También entiende aplicable la presunción del artículo 116, aunque se refiere en general a la inseminación artificial, VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil; introducción y panorama general*, en Revista de Derecho Privado, Septiembre, 1986, pág. 3.720.

(15) DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Los consentimientos relevantes en la fecundación*

nalidad. El primero de los preceptos citados establece el secreto y anonimato de la donación y de la identidad del donante de semen, con la única excepción de las “circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes penales” si entonces es indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

En relación con este precepto, el artículo 8,3 señala que la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda ex artículo 5,5 “no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación”.

Antes de entrar en la posible inconstitucionalidad de tales preceptos convendría una aclaración previa: la determinación de la filiación no deriva del conocimiento o no del progenitor sino de una elección del legislador: ante dos hechos de los que derivar la relación de filiación concede primacía a uno. Por tanto, no se quiera ver en el anonimato del donante (cuasi sacrificado en la Ley T.R.A.) su “inmunidad e irresponsabilidad” respecto de su acto y en relación con el ser que posiblemente venga al mundo, sino en la determinación y criterios que establece el Ordenamiento jurídico

Los preceptos indicados son, en mi opinión, contrarios a los artículo 14 y 39 de la Constitución (según Pantaleón (16), también son contrarios a los artículo 10 y 15 del mismo texto legal).

En primer lugar, se hace de peor condición y trato al hijo nacido mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida al negarle la posibilidad de conocer la verdad biológica, lo cual no se niega a los seres nacidos mediante la reproducción, digamos, natural. En este punto, las normas serían contrarias a los artículos 14 y 39,2 C.E.

Además, en segundo lugar, se niega radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad, vulnerando de manera paladina el artículo 39,2 último inciso C.E., donde se establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Ya dije que la expresión “posibilitará” puede admitir determinadas restricciones de orden temporal (plazos) o subjetivo (legitimados), pero no habilita al legislador para impedir de manera absoluta la investigación y el conocimiento de la verdad biológica. Igualmente, puede servir para justificar la no existencia de una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad, como sucede en la regulación del Código civil en el que la investigación de la paternidad y de la maternidad se debe realizar “dentro” de las acciones de filiación ex artículo 127 C.C. En cambio, debe tomarse en consideración que en Cataluña sí se permite una verdadera y propia acción de investigación

asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, pág. 201; PANTALEÓN, F., *op. et loc. ult. cit.*; LLEDÓ YAGÜE, F., *La ley de técnicas...*, cit., pág. 1.250.

(16) PANTALEÓN, *Contra la ley...*, cit., págs. 22 y sigs.

de la paternidad en virtud del artículo 4 de la Compilación (17).

Obviamente no puede decirse que la norma del artículo 39,2 C.E. no es aplicable a los supuestos de reproducción asistida porque tales técnicas no estaban en la mente del legislador. La *mens legislatoris*, ya lo señalé, no es derecho positivo; además, quien mantenga la anterior idea deberá determinar perfectamente cual fuera la mente del legislador y amornizar dicha opinión con el principio de igualdad de los artículos 14 y 39,2 C.E.

En mi opinión, los citados preceptos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no son contrarios al artículo 39,3 C.E. Si así fuera, posiblemente debería concluirse que padre es siempre y sólo el biológico, es decir, el progenitor. O si se prefiere, que la filiación descansa absolutamente sobre la verdad biológica, lo cual no es cierto (18). El artículo 39,3 parte de la previa determinación del padre —la cual se realiza mediante los criterios establecidos en el Ordenamiento jurídico, uno de ellos el biológico—, pero no determina quién sea el padre.

La Constitución no impone que cada hijo tenga un padre, es decir, no establece el derecho del hijo a tener un padre actual y, menos aún, que éste coincida con el genético o biológico. Por el contrario, establece que quien ha asumido el rol de padre, o a quien se atribuye por el Ordenamiento jurídico tal cualidad, asuma una serie de deberes, cargas y facultades en interés del hijo.

Con base en la Constitución, creo que no hay argumentos bastantes para impedir el anonimato del donante de semen siempre que tal anonimato ceda, en favor del hijo, cuando éste pretenda investigar y conocer su origen genético. En este caso aspecto, entiendo que tendría derecho a conocer, no sólo “información general de los donantes” ex artículo 5,5, L.T.R.A., sino incluso su propia identidad (19). Cuestión distinta, insisto, es que de ello deba derivar necesariamente una relación de paternidad. El problema se plantea en el Código civil desde el momento en que, como ya he dicho, la investigación de la paternidad no se configura como una verdadera, propia e independiente acción sino que se permite, tal investigación, en el procedimiento derivado del ejercicio de una de las acciones de filiación, y éstas buscan declarar o impugnar una filiación. En cambio, no se presentaría tal cuestión si se permitiera una acción de investigación de la paternidad independiente de las acciones de filiación.

(17) Vid. GETE-ALONSO, *Comentaris als articles 4, 5 i 6 en Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1987, págs. 143 y sigs.

(18) Vid., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., págs. 204 y 205.

(19) Vid. notas 7 y 8 *supra*.

d) La inseminación de la mujer sola

También se ha planteado la inconstitucionalidad de algún supuesto concreto: aquel en el que no hay dos filiaciones, una de las cuales es elegida por el legislador, es decir, aquel supuesto en el que la inseminación artificial se produce con el consentimiento solamente de la mujer, bien porque ésta no esté casada ni conviva *more uxorio*, bien porque, aunque casada, ni el marido, ni el compañero *more uxorio* han consentido tal inseminación, obviamente siempre heteróloga. La causa de inconstitucionalidad radicaría, en este supuesto, en el hecho de permitir traer un niño al mundo sin padre, ya que se garantiza el anonimato del dador de gameto y se impide —aunque no sólo por el anonimato— la relación jurídica de filiación entre éste y aquél (20).

Sin embargo, no creo —como ya ha señalado Rivero— que la Constitución garantice un padre a cada hijo ni en el artículo 39,2 ni en el artículo 39,3. El primero posibilita la investigación de la paternidad, pero ello no significa que del resultado de tal investigación derive necesariamente la relación de filiación. Admitir lo contrario significa que la verdad biológica está en la base de cualquier filiación, cuando la verdad no es esa (21). El fundamento de la filiación se halla en la combinación de los principios de responsabilidad y voluntad (consentimiento) (22).

El segundo precepto indicado, como ya señalé, impone constitucionalmente los deberes y facultades de quien o ha asumido o se le ha atribuido el rol de padre, pero no determina quién sea el padre ni que todo nacido deba tener un padre. Como ha dicho Rivero, “la cuestión de la paternidad de ese niño se reduce a la disyuntiva de atribuirla al donante de semen, o de dejarlo sin padre jurídico... creo *de lege data* que el hijo nacido de IAD no consentida por el consorte o compañero de la madre carecerá de padre jurídico, porque no puede considerarse tal al mero donante de semen, salvo que él asuma directa o indirectamente la paternidad... ni haber varón a quien poder atribuirla legalmente. Aun siendo dolorosa esta solución y perjudicial para el nacido, creo que es la única correcta y viable en un Ordenamiento que no garantiza en forma absoluta un padre a todo nacido (ni el artículo 39,2 de la C.E., ni los 127 y siguientes del C.C.)” (23).

En definitiva, entiendo que la única posible causa de inconstitucionalidad se halla en el hecho del anonimato, pero no porque éste impida

(20) PANTALEÓN F., *Contra la ley...*, cit., pág. 34.

(21) Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., pág. 205.

(22) Vid RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación biológica en la relación derivada de fecundación artificial*, en *La filiación a finales del siglo XX...*, cit., II Congreso Mundial Vasco, págs. 146 y sigs.; TRABUCCHI, A., *Procreazione artificiale...* cit., págs. 495 y sig.

(23) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación...*, págs. 146 y sigs.

la determinación de la filiación (puede ser conocido el progenitor y no establecerse relación de filiación, vid. artículo 180 C.C.), sino porque impide radicalmente y de manera absoluta la investigación de la paternidad (artículo 32,2 C.E.), la imposibilita y no se ciñe solamente a limitarla.

Podría concluirse diciendo que el derivar la relación de filiación en este supuesto concreto (mujer sola o sin consentimiento del marido o compañero *more uxorio*) del dato genético —es decir, atribuir el rol jurídico de padre al dador del semen— es una opción contingente del legislador, pero ni constitucional ni legalmente necesaria.

3. APLICACION DE LA LEY T.R.A. EN CATALUÑA (*)

Abstracción hecha de la cuestión sanitaria, respecto de la cual la Administración Central, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, deberán determinar con carácter general las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios (artículo 40,7 L.G.S.), en el ámbito jurídico civil interesa determinar la aplicación de la Ley T.R.A. en Cataluña.

Parto de dos premisas: el carácter supletorio del derecho estatal en virtud del artículo 149,3 C.E. y el hecho de no tratarse (en general, la filiación) de una institución desconocida o conjunto vacío.

Es bien sabido que la filiación es una materia tradicionalmente regulada en el Derecho civil catalán y respecto de la cual, como he indicado, el legislador catalán tiene competencia con carácter exclusivo ex artículos 149,1,8º C.E. y 9,2º E.A.C., aunque la mayor parte de la regulación jurídica de este instituto se halle, todavía, en el Código civil.

En el orden jurídico a que me refiero son fundamentales los artículos 7 a 10 de la Ley T.R.A., e indirectamente los artículos 5 (*de los donantes*) y 6 (*las usuarias de las técnicas*).

La piedra angular de la regulación, por cuanto a la filiación se refiere, es la garantía del anonimato del dador de gametos y la, no consecuente, imposibilidad de atribuir la filiación en los supuestos excepcionales en que proceda la revelación de la identidad del donante (artículo 8,3º en relación con el artículo 5,5 de la Ley T.R.A.). Examinemos brevemente los preceptos indicados:

1º. El artículo 7,1 establece que *la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes a salvo de (sic) las especialidades contenidas en este capítulo. En ningún caso, pro-*

(*) Tómese en consideración que los artículos 4 y 5 de la Compilación Catalana están actualmente derogados por la Ley de Filiaciones de la Generalidad Catalana. En esta Ley no se mantiene, al menos expresamente, la acción pura de investigación. El texto, por ello, ha perdido una pequeña parte de su sentido inicial.

sigue el punto 2, la inscripción en el Registro civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación (sic).

Por cuanto nos interesa de este precepto, debe precisarse:

a) La remisión a las "normas vigentes" no debe entenderse hecha exclusivamente a las normas del Código civil, sino a la regulación del instituto de la filiación tomando en consideración la competencia legislativa y la regulación contenida en las Compilaciones de Derecho civil. En nuestro caso, la remisión habría que entenderla hecha a los artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho civil catalán y a los preceptos aplicables con carácter supletorio ex artículo 149,3 C.E., con lo cual ya aparecería un primer conflicto competencial: el legislador estatal no puede modificar ni derogar la regulación jurídica de una institución competencia, por lo demás, exclusiva de una Comunidad Autónoma.

b) "Las especialidades contenidas en este capítulo" respecto de la filiación no son aplicables directa e indiscriminadamente en Cataluña. Además del argumento expuesto en el apartado anterior, la aplicación de tales especialidades tiene un límite: no pueden vulnerar los principios básicos e informadores del derecho civil catalán.

Por tanto, no se trata ya de una razón, digamos, jerárquicamente superior o de jerarquía (la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley T.R.A.) sino de una razón estructural: una norma estatal no es aplicable en los territorios llamados forales si vulnera los principios básicos e identificados de los Ordenamientos jurídicos de tales territorios, más aún si el órgano legislativo autonómico tiene competencia exclusiva sobre dicha materia. Todavía: aunque se constate una laguna *iuris*.

En definitiva, con estos límites debe interpretarse la norma contenida en el artículo 7,1 de la Ley T.R.A.: las especialidades contenidas en materia de filiación lo son directamente respecto del Código civil, pero no respecto del Derecho civil catalán, en relación con el cual se impone una previa determinación: si el Ordenamiento jurídico catalán regula dicha materia y contiene normas expresas o, en su defecto, puede integrarse mediante los mecanismos de autointegración propios; y si, en defecto de lo anterior y en presencia de una laguna de Derecho, la regulación estatal es contraria a los principios informadores del Derecho civil catalán.

2º El artículo 8º,1 de la Ley T.R.A. establece que *ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente a determinada fecundación con contribución o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación*. Por su parte, el punto 3 establece que *la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación* (Vid. artículo 5,5, de la Ley T.R.A.).

A mi entender este precepto no es aplicable en Cataluña por cuanto

no sólo regula una materia que es competencia exclusiva de la Generalidad Catalana sino que, además, tal regulación es contraria a la contenida en al compilación de Derecho civil de Cataluña y a los principios que la informan. Todo ello, insisto, abstracción hecha de su posible inconstitucionalidad.

Los preceptos citados impiden no ya el ejercicio de las acciones de filiación, sino incluso la posible investigación de la paternidad, constitucionalmente amparada en el tan citado artículo 39,2 C.E. (24). Además, la Compilación de Derecho civil de Cataluña recoge una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad en su artículo 4. Ello significa que, incluso aunque la Constitución española no estableciera la posibilidad de investigar la paternidad, en este punto, una ley estatal no podría impedir tal posibilidad en Cataluña, es decir dicha ley no tendría aplicación en Cataluña.

No es necesario insistir en la idea de que el artículo 8,1 en relación con el 5,5 de la Ley T.R.A. es, en mi opinión y en la de la doctrina citada, inconstitucional. A pesar de los términos utilizados en los preceptos indicados, el hijo nacido como fruto de tales técnicas tiene derecho a conocer la verdad biológica y, dentro de esta verdad, la identidad de su progenitor o dador de semen, pero sin que de ello derive necesariamente la filiación.

En cualquier caso, quisiera precisar una idea basada en la que podemos llamar desadecuación jurídico-positiva que se puede verificar en el Código civil, y en la adecuación que se constata en la Compilación de Derecho civil catalán.

Partimos de una exigencia constitucional y, por tanto, aplicable tanto al legislador estatal cuanto al legislador autonómico: la ley, dice el artículo 39,2 C.E., posibilitará la investigación de la paternidad.

En concordancia con tal exigencia constitucional, el Código civil, tras la reforma efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone en el artículo 127 que *en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.*

Por cuanto nos interesa, y abstracción hecha del límite establecido en el segundo párrafo de este precepto (el principio de prueba), el mencionado artículo no contiene una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad (25), sino que admite tal actividad en los juicios sobre filiación. Es decir, en los juicios promovidos por el ejercicio de una acción de reclamación o de impugnación de la filiación. Con ello,

(24) Ya he indicado con insistencia que, a mi juicio, debe distinguirse entre la investigación de la paternidad y las acciones de filiación en el sentido que aquélla o su resultado no determina necesariamente la relación de filiación.

(25) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La filiación*, en *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1982, pág. 34.

la investigación de la paternidad se une funcional y teleológicamente a la verificación positiva o negativa de una determinada filiación, o sea, a la reclamación de una filiación o la impugnación de una filiación ya establecida.

Así no se consigue desligar la investigación de la paternidad de las acciones de filiación. Aquella está en función de éstas y abocada teleológicamente a la finalidad de éstas.

En mi opinión, este nexo causal o teleológico no es una exigencia constitucional. Más aún, entiendo que el legislador de 1981 desarrolló y concretó acaso restrictivamente la posibilidad constitucional de investigar la paternidad al unir de manera inescindible dicha posibilidad a los juicios sobre filiación.

Como fuere, al menos desde la perspectiva constitucional, investigación de la paternidad no significa necesariamente determinación-impugnación de la filiación.

Por el contrario, la Compilación de Derecho civil de Cataluña sí contiene —y contenía antes de la Constitución— una verdadera y propia acción de investigación de la paternidad. Efectivamente, el artículo 4 establece: *Els fills podran promoure les accions conduents a la investigació, la prova i la declaració de llur filiació...* Con ello, dice Gete-Alonso, no estamos ante una mera declaración general como se deduce de la normativa del Código civil, sino ante la regulación de una acción de investigación de la que se deduce el principio que la informa (26). La autonomía de esta acción es, al menos desde una perspectiva teórica y conceptual, clara; por tanto, puede ejercitarse independientemente de las acciones de filiación. No obstante, “la acción judicial de investigación de la paternidad, dice Gete-Alonso, se presenta siempre, en el Derecho catalán, conectada con una consecuencia jurídica: la posibilidad de la imposición judicial de la relación de filiación” (27). El resultado de tal acción puede actuar tanto para reclamar una filiación cuanto para impugnar una ya establecida, por lo que aparece siempre, a pesar de su autonomía, como previa y con carácter general a una propia acción de reclamación o de impugnación de filiación (28).

En definitiva, la citada autora entiende que, a pesar de la autonomía de la que goza esta acción, “dificilmente sería viable una pura acción de investigación de la paternidad desconectada de toda consecuencia jurídica en el ámbito de la determinación legal de la filiación”. No se constata utilidad alguna en investigar una paternidad desconectada de toda consecuencia jurídica (29).

Efectivamente son ciertos todos los argumentos y opiniones expuestos por la citada autora, pero en la actualidad las técnicas de reproduc-

(26) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, cit. pág. 145.

(27) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, cit. pág. 145.

(28) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, cit. pág. 146 y 147.

(29) GETE-ALONSO, C. *Comentari...*, y loc. ult.cit.

ción humana asistida, la ley T.R.A. y la exigencia del artículo 39,2 C.E. requieren una reflexión acerca de la utilidad actual de una acción de investigación de la paternidad autónoma e independiente de las acciones de filiación, es decir, desconectada de cualquier consecuencia jurídica respecto de la filiación. En definitiva, el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad que busque la pura y mera declaración de la verdad biológica, sin reclamar ni impugnar filiación alguna.

Es cierto que, desde una perspectiva tradicional, es decir, desde la perspectiva de la *reproducción natural*, parece que carece de sentido una acción de investigación de la paternidad desligada absolutamente —no concebida ni siquiera como previa— de las acciones de filiación. Desde tal posición parece claro que la citada acción de investigación se conceptúa como acción y como efecto: una determinada consecuencia jurídica (la declaración judicial de una concreta filiación).

Sin embargo, las técnicas de reproducción asistida y, fundamentalmente, los imperativos constitucionales (no sólo el artículo 39,2 sino también el artículo 10 C.E.) creo que revitalizan y actualizan la utilidad de una acción de investigación de la paternidad propia e independiente. Ello permite, a mi entender, la regulación de la inseminación asistida con gametos de donante/s sin vulnerar precepto constitucional alguno, porque:

a) Posibilita siempre la investigación de la paternidad (artículo 39,2 C.E.), sin derivar de su resultado necesariamente una relación de filiación entre el ser nacido fruto de tales técnicas y el dador de los gametos.

b) Posibilita al ser nacido mediante tales técnicas conocer la verdad biológica y la identidad de su progenitor, permitiéndose así el libre desarrollo y ejercicio de su personalidad ex artículo 10 C.E.

Obviamente, de esta manera no queda garantizado el anonimato del dador de los gametos, pero ya señalé que, de un lado, tal anonimato no es una exigencia constitucional (ni siquiera podría ampararse, en mi opinión, en el derecho a la intimidad) y, del otro lado, la determinación de la filiación no depende —parece obvio— del conocimiento de la identidad del dador de los gametos. Aún más, ante un posible conflicto de intereses entre el dador (que pretende su anonimato) y el hijo, digamos, genético (que pretende conocer la verdad biológica y la identidad de su progenitor) entiendo que debe prevalecer este último por exigencia constitucional ex artículo 39,2 y 10 C.E. (30).

(30) Si se argumenta, no con disimulado rubor, que este planteamiento implicará una reducción de la tasa de posibles dadores de gametos, puedo contestar que: 1) no es eso precisamente lo que demuestra la experiencia sueca; 2) la posible tasa inflacionista de dadores de gametos no es un problema jurídico; 3) el problema sólo se plantea en los supuestos de inseminación artificial heteróloga de mujer sola o sin consentimiento del marido o del compañero *more uxorio*, es decir, en un número reducido. Aquí cabe recordar que la mujer —y el varón— no tiene un derecho, al menos constitucionalmente protegido

El punto primero del artículo 8 de la Ley T.R.A., ya transscrito, impide al marido y a la mujer impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de fecundación heteróloga cuando hayan prestado previa y expresamente su consentimiento (31). En este precepto, así como en el artículo 9 de la Ley T.R.A. se halla una de las piedras angulares de la “especialidad” introducidas por la citada ley en la filiación. Además, implica un giro copernicano respecto de la concepción tradicional —ínsita todavía en la reforma de 1981— de la filiación. Me refiero a la voluntad, al valor de la voluntad o consentimiento de los sujetos (32).

Efectivamente, en tales preceptos se puede constatar el relevante papel que desempeña, en esta sede, la voluntad del sujeto, su consentimiento, que alcanza —como el amor de Quevedo— más allá de la muerte. Este valor jurídico del consentimiento (la filiación deriva, en los supuestos indicados, del consentimiento) halla un fuerte obstáculo, sin embargo, en el artículo 10 de la Ley T.R.A. en forma de prohibición.

Entiendo que la regulación de la filiación derivada por la utilización de las técnicas de reproducción asistida debe ir por dicho camino. Más allá del mero dato biológico, el consentimiento de los sujetos que asumen libre, consciente y responsablemente el rol de padres debe ser relevante y debe predominar. Se trata, en definitiva, como dice Delgado Echevarría, no de una paternidad contradictoria (v. gr. entre el dador del semen y el marido de la mujer inseminada) debida al anonimato del dador, sino la de asunción *ex voluntate* de la paternidad que el Derecho ha considerado preferente (33).

Cuestión distinta es si el contenido normativo de tal precepto es aplicable en Cataluña sin una previa modificación de la Compilación. Por tantas razones ya citadas, creo que la contestación ha de ser necesariamente negativa. Lo contrario significaría una modificación de la propia Compilación (del artículo 5) introducida por un órgano legislativo (el estatal) no compete. Así pues, en Cataluña, el consentimiento de los sujetos no es, en principio, relevante y éstos dispondrán, hayan consentido o no, de las oportunas acciones de filiación —abstracción hecha de la prosperidad de tales acciones en supuestos concretos—. En este sen-

do, a ser madre —ni padre—, por tanto no se lesiona interés alguno —al menos un interés superior.

(31) Nótense que nada dice la posibilidad del hijo de impugnar dicha filiación, aunque no reclame la biológica.

(32) Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L., *El consentimiento...*, cit., págs. 171 a 199; y DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., págs. 201 a 229.

(33) DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes...*, cit., pág. 212. Pero entonces se plantea la cuestión en el caso de que ningún varón asuma la paternidad de la criatura nacida fruto de la inseminación. Aquí se plantea DELGADO ECHEVERRÍA qué impide al derecho la “determinación de una filiación acorde con la verdad biológica” (pag. 212). Se trataría, en definitiva, de conjugar los mencionados principios de consentimiento y de responsabilidad.

tido sería conveniente una reforma de la Compilación que prime el valor jurídico del consentimiento-voluntad de los sujetos en los supuestos de inseminación heteróloga con consentimiento de los cónyuges o compañeros.

Como fuere, decía que este *rilanzo* del consentimiento en sede de filiación se frena —hasta qué punto de una manera incoherente— en el artículo 10 de la Ley T.R.A., a cuya virtud 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto...

La gestión por sustitución, *rectius*, el contrato oneroso o gratuito de gestación por sustitución no es, en mi opinión, un contrato nulo. No es contrario a normas imperativas (34), ni su causa es ilícita, ni el objeto (la gestación) es ilícito, ni siquiera imposible material o jurídicamente (35). El artículo 10 de la Ley T.R.A. no prohíbe este tipo de contrato sino que se limita a señalar, por lo demás innecesariamente, la nulidad del pacto o del contrato por el que una persona renuncia a determinada filiación.

Tan es así que el punto segundo reitera la determinación de la maternidad por el hecho del parto y el tercero deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico de acuerdo con las reglas generales. La ilicitud, pues, estriba en el pacto o cláusula de renuncia de la filiación.

La razón podría hallarse, acaso, más allá de argumentos estrictamente jurídicos (la exclusión de la autonomía privada en las cuestiones de estado civil), en una certera desincentivación de la reproducción asistida como medio alternativo de reproducción de las parejas, casadas o no.

En cualquier caso, conviene señalar la incoherencia de esta norma puesto que mantiene el criterio tradicional de determinación de la maternidad (el hecho del parto) mientras que innova radicalmente el criterio de determinación de la paternidad en los supuestos indicados (el consentimiento del sujeto). En vano se argumente diciendo que se trata de una cuestión de estado y, por tanto, sustraída de la autonomía privada.

En primer lugar, no es realmente una cuestión de estado civil sino más bien una cuestión previa: la determinación del criterio/hecho que determina la filiación (podría decirse, v. gr., que madre será la mujer del marido o la compañera del varón, y no la mujer que dé a luz).

En segundo lugar, si se tratara de una cuestión de estado, también lo sería respecto de la paternidad, mientras que en este caso se excluye

(34) A salvo, naturalmente, el artículo 10 de la Ley T.R.A.

(35) En contra, LLEDÓ YAGÜE, *La ley de técnicas...*, cit. pág. 1255 y VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana...*, cit., pág. 3729; también en *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs., 180 y sigs.

absolutamente al dador del semen (como mero dador) de cualquier relación de filiación (excepto en el supuesto de gestación por sustitución, en el cual el legislador vuelve a los criterios tradicionales de imputación de la paternidad al salvar la acción de reclamación de paternidad: esta excepción parece, en el espíritu de la Ley, más una sanción —más allá de la nulidad del contrato— o si se prefiere una protección de la madre y del hijo que una consecuencia lógica porque sólo se permite en este supuesto de inseminación heteróloga) y además el artículo 8 de la Ley T.R.A. impide al marido (y a la mujer) que hayan consentido en la fecundación con contribución de donante impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Se trata, pues, a mi entender, de una norma incoherente; no quiero decir contradictoria, pues el legislador puede adoptar criterios diversos para determinar la paternidad y la maternidad.

Por lo demás, la norma del artículo 10 no prohíbe y declara nulo nada que ya antes y en las normas generales no estuviera prohibido y sancionado con la nulidad. Por tanto, en este punto, a pesar de la dicción literal del artículo 7,1 de la Ley T.R.A. no se trata de “especialidad” alguna.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La ley francesa de 6 de julio de 1989, de arrendamiento de viviendas e inmuebles de uso mixto

MARIA PAZ GARCIA RUBIO

Profesora Titular de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Introducción. B) Rasgos generales de la nueva ley. 2.1. Principios inspiradores. 2.2. Ambito de aplicación. 2.3. Entrada en vigor y régimen transitorio. 3. Formación del contrato. Necesidad de contrato escrito. Documentos anexos y complementarios. Cláusulas prohibidas. 4. Duración del contrato. 4.1. Presentación del sistema. 4.2. La duración inicial. 4.3. Expiración del plazo contractual. Táctica reconducción. Renovación. 5. Extinción del contrato. 5.1. La resolución por el arrendatario. 5.2. La resolución anticipada por el arrendador. 5.3. La resolución ordinaria o deshacido. 5.3.1. El deshacido por el motivo legítimo y serio. 5.3.2. El deshacido para ocupar el inmueble. 5.3.3. El deshacido para vender el inmueble. 6. El abandono del domicilio y la muerte del arrendatario. 7. La renta. 7.1. Fijación de la renta inicial. 7.1.1. Fijación libre. 7.1.2. Fijación controlada. 7.1.3. Fijación excepcional por el Gobierno. 7.2. Revisión de la renta en el curso del arrendamiento. 7.3. La renta de los contratos renovados.

1. INTRODUCCION

La reciente ley francesa núm. 89-462 de 6 de julio de 1989, “*tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi núm. 86-1290 du 23 décembre 1986*”, ha venido a acrecentar el ya complejo entramado normativo del país vecino en materia de arrendamientos urbanos. En efecto, la superposición de normas provenientes de cuerpos legislativos distintos explica que en este momento coexistan aún inmuebles sometidos al régimen estrictamente liberal del *Code civil* (arts. 1714-1751 y 1752-1762), con otros que se rigen por la ley de 1 de septiembre de 1948. No obstante ambos textos legales, *Code* y ley de 1948, reglamentan un número residual de relaciones arrendaticias urbanas puesto que la mayor parte de la que están hoy vigentes caen dentro del

ámbito de aplicación de los tres cuerpos legislativos que se han venido sucediendo en el curso de la última década; en primer lugar, la ley de 22 de junio de 1982, conocida como la ley Quilliot de clara inspiración protecciónista (protección, sobre todo, del inquilino) y con normas de carácter coercitivo; en segundo término, la ley de 23 de diciembre de 1986, llamada ley Méhaignerie, que derogó la precedente en su práctica totalidad, de índole mucho más liberal, aunque sin suponer, ni mucho menos, el retorno al sistema codificado; por fin, la ley de 6 de julio de 1989, que constituye el tema central de este comentario y que, si bien se presenta como una simple modificación de la ley Méhaignerie, significa más bien un retorno al sistema de la ley Quilliot (1).

2. RASGOS GENERALES DE LA NUEVA LEY

2.1. Principios inspiradores

La nueva ley se estructura en dos Títulos, el primero de los cuales, bajo la denominación general “De las relaciones entre arrendadores y arrendatarios”, consta de tres capítulos rubricados, respectivamente, “Disposiciones generales”, “De la duración del contrato de arrendamiento” y “De las rentas y de las cargas”. En su presentación formal este Título I es un calco exacto de los tres primeros capítulos del Título I de la ley Méhaignerie, que al igual que el capítulo IV de ésta, son derogados por la ley de 1989. El Título II de la nueva ley contiene una serie de “Disposiciones diversas” la mayor parte destinadas a dar una nueva redacción a algunos artículos de la ley precedente o a incluir otros nuevos en ella.

Sin embargo, bajo esa aparente semejanza, los textos de 1986 y 1989 difieren sustancialmente entre sí en su naturaleza y fines, hasta el punto de que mientras la ley Méhaignerie optaba claramente por un sistema de corte liberal que, con algunas correcciones, dejaba que la relación arrendaticia se regulase por las leyes del mercado (2), la nueva ley de

(1) En este sentido se pronuncia la totalidad de comentaristas de la nueva ley; *vid.* G. Brière de l'Isle, “Quelques réflexions sur la loi n.º 89-462 du 6. juillet. 1989”, *Rev. droit immob.*, 11 (3), juill., sept., 1989, pp. 277-289; J. Derruppé, *Locations et loyers. Baux d'habitation. Baux professionnels. Baux commerciaux*. París, 1990, p. 3; J. L. Aubert/Ph. Bihr, *La location d'habitation. Loi du 6 juillet 1989*, París, 1990, pp. 5-6. Como una modificación aunque profunda, de la ley de 1986 la presentan MM. P. de Belot/J.M. Legrand, “Commentaire de la loi du 6 juillet 1989”, *Gaz. Pal.*, 1989 (2.ª sem.), pp. 510-548, espec. p. 511. Como un compromiso entre los textos de 1982 y 1986 la recibe F. Warembourg-Auque, “Rapports locatifs: L'équilibre introuvable. Commentaire de la loi n.º 89-462 du 6 juillet 1989”, *J.C.P.*, I, 1989, n.º 3421.

(2) J. L. Aubert señala que la ley de 23 de diciembre de 1986 fue adoptada en el cuadro más general de un plan de lucha contra la crisis del sector de la edificación que in-

1989 implica una vuelta a los mecanismos dirigistas que en 1982 había instaurado la ley Quilliot, a través de la regulación estrictamente imperativa de las relaciones entre los arrendadores y los arrendatarios (3). Esta "vuelta al dirigismo" se manifiesta especialmente en los dos temas que van a ser objeto sustancial del presente comentario: la duración del contrato (restableciendo el derecho del arrendatario a prorrogarlo a su voluntad, con escasas excepciones) y la renta (limitando fuertemente la libertad contractual a la hora de fijarla).

Traza significativa del retorno a la ley Quilliot es el art. 1 de la nueva ley, repetición casi mimética del mismo artículo de la ley de 1982, en el que de manera solemne se proclama "*le droit au logement*" como derecho fundamental que ha de ser ejercido en el marco legal. La ley Quilliot afirmaba el carácter fundamental de "*le droit à l'habitat*" lo cual, al decir de algún autor, no era muy exacto, pues el derecho al habitat lo disfrutan incluso quienes viven bajo un puente o bajo las estrellas (4). La fórmula del art. 1 de la ley de 1982 que ahora se retoma ha sido abundantemente comentada por la doctrina francesa y calificada, entre otras cosas, de meramente "filosófica" (5), o de simple "afirmación encantadora" vacía de contenido (6).

Por su parte, el art. 2 de la ley de 1989 comienza declarando que todas las disposiciones de su Título I son de orden público, declaración que nada innova, puesto que viene repitiéndose desde mitad de siglo en todos los textos especiales dedicados a la materia arrendaticia. La doctrina gala pone de manifiesto que la noción de orden público es esencialmente ambigua, que la misma puede hacer alusión a situaciones de muy distinta naturaleza y que, además, es susceptible de graduación según el tipo de sanción que su infracción lleve aparejada. Con referencia al art. 2 de la nueva ley se ha dicho que se trata de un orden público de segundo grado u "orden público económico", destinado a la protección e ciertas personas (sobre todo, los arrendatarios) cuya violación implica una sanción de carácter meramente civil que en gran número de casos,

cluía medidas de naturaleza fiscal y financiera destinadas a favorecer la inversión inmobiliaria ("Le droit transitoire substantiel applicable aux contrats en cours dans la loi Méhaignerie", A.L.D., 1987, pp. 77-88).

(3) MM. Ph. de Belot/J. Legrand, "Commentaire de la loi Quilliot", *Gaz. Pal.*, 1982, (2.º sem.), pp. 397-433.

(4) MM. Jestaz et Gode, *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, pp. 801-808.

(5) MM. Ph. de Belot/J. Legrand, "Commentaire de la loi Quilliot", *loc. cit.*, p. 397.

(6) G. Brière de L'Isle, *loc. cit.*, p. 280; MM. Ph de Belot/J.M. Legrand, "Commentaire... 1989", *loc. cit.*, p. 512. El art. 1 de la nueva ley reza exactamente así: "*Le droit au logement est un droit fondamental; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.*

L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accès à propriété ouvert à toutes les catégories sociales.

Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives".

aunque no siempre, es la nulidad relativa del acto contrario a él (7).

2.2. Ambito de aplicación

El art. 2, trasunto del de la ley de 1986, diseña en sus líneas generales en ámbito de aplicación de la nueva ley. Según el párrafo primero del mencionado precepto esta ley se aplica a tres categorías de inmuebles urbanos:

a) En primer lugar, los dedicados a vivienda principal (*locaux à usage d'habitation principale*), lo cual excluye de su normativa las llamadas residencias “secundarias”, excluidas también para la ley Quilliot por la *Court de Cassation* y que, en su caso, se regirán por el *Code civil* o por la ley de 1948. La decisión sobre cuándo una vivienda tiene carácter principal y cuándo meramente secundario puede plantear algunos problemas interpretativos que la doctrina no resuelve de modo uniforme (8).

b) En segundo lugar, los inmuebles dedicados a uso mixto, profesional y de habitación principal, excluyéndose así los destinados a uso exclusivamente profesional. Se considera dedicada al uso mixto la vivienda en la que, alguna de sus habitaciones se destina al ejercicio de una profesión que no sea de naturaleza comercial (9). No existe ninguna norma en la que se establezca la proporción que debe haber entre la parte afectada a la vivienda y la parte destinada al ejercicio profesional, aunque parece que ésta ha de ser accesoria respecto de aquélla y que la vivienda que sirve de soporte a la actividad profesional debe ser precisamente la del titular del contrato de arrendamiento (10). A pesar de que, como hemos señalado, los locales destinados al uso puramente profesional no entran dentro del ámbito de aplicación de la nueva ley, ésta contiene una norma imperativa (art. 36) dirigida a insertarse en el texto de la ley Méhaignerie según la cual el contrato de arrendamiento de un local afectado a un uso exclusivamente profesional debe concertarse por una duración mínima de seis años y por escrito.

(7) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand, “Commentaire... 1989”, *loc. cit.*, p. 512; J. Derruppé, *op. cit.* p. 7; Sobre la noción de “orden público de protección”, J. Ghestin, *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, 2.^a ed., París, 1988, pp. 84 ss.

(8) Para MM. Ph. Belot/J. M. Legrand se puede acudir a la idea de domicilio del *Code civil* (“Commentaire... 1989”, *loc. cit.*, p. 513); para J. L. Aubert/Ph. Bihr, la fórmula legal sólo significa que la ley se aplicará únicamente a los inmuebles que sirven efectivamente de sede a los aspectos esenciales de la vida del arrendatario, lo cual puede derivar incluso en que una persona tenga en régimen de alquiler varios inmuebles que, reunidos, constituyen “son logement” (*op. cit.*, pp. 14-15).

(9) Definición de J. P. Cordelier, parafraseando el art. L. 637.7 del *Code de la construction et de l'habitation* [“Les locaux professionnels. Un mauvais coup”, *Gaz. Pal.*, 1989, (2.^a sem.)], pp. 602-611, espec. p. 603.

(10). J. P. Cordelier, “Les locaux professionnels...”, *loc. cit.*, p. 604; MM. Ph. Belot/J.M. Legrand, “Commentaire...1989”, *loc. cit.*, p. 512; P. Derruppé, *op. cit.*, p. 7.

c) En tercer lugar, caen dentro del ámbito de aplicación de la nueva ley los garajes, lugares de estacionamiento, jardines y otros locales arrendados accesoriamente al inmueble principal por el mismo arrendador. La ley de 6 de julio de 1989 repite así la fórmula de sus precedentes de 1982 y 1986. A pesar de que existen antecedentes jurisprudenciales contrarios (11), la doctrina estima que los locales del tipo de los mencionados (la lista no debe considerarse exhaustiva) pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento distinto del principal, siendo suficiente con que éste segundo contrato pueda ser calificado de accesoario respecto del primero y que ambos contratos sean concertados por el mismo arrendador (12).

Aparte de las viviendas "secundarias", excluidas implícitamente en el art. 2.1, el art. 2.2 de la ley de 1989 excluye de forma expresas su aplicación a cuatro grupos de inmuebles:

a) Las viviendas amuebladas, éstas ya quedaban al margen de la ley Méhaignerie, quizás bajo la consideración de que, por naturaleza, el arrendamiento de este tipo de inmuebles no presenta gran estabilidad. Como quiera que sea, la exclusión ahora aludida puede ser, según pone de relieve la doctrina, fuente de un fácil fraude a la ley en la medida en que para respetar la literalidad de la norma y excluir la aplicación de la ley basta con que el arrendador coloque en el apartamento en cuestión uno o varios muebles de escaso valor; con el fin de evitar este injusto resultado, los autores franceses estiman que para considerar amueblada una vivienda no es suficiente con la existencia de un mueble cualquiera, sino que es precisa la inclusión de todo el mobiliario imprescindible para la vida cotidiana (13).

b) Como ocurría en 1986, se excluyen también los llamados "*logements-foyer*", esto es, las viviendas específicamente destinadas a instituciones sociales y, en particular, a las familias de trabajadores emigrantes. En buena medida este tipo de inmuebles se rigen por la ley núm. 75-535 de 30 de junio de 1975, aunque parece que existen proyectos para su modificación inmediata.

c) En una línea continuista que arranca de 1948, quedan también excluidas las viviendas atribuidas y arrendadas por razón del ejercicio de una función (normalmente pública) o por la ocupación de un empleo, fórmula ésta que excluye de la nueva ley el arrendamiento celebrado por un empresario con el fin de poner los inmuebles arrendados a disposición de sus trabajadores.

d) Por último, se excluyen del ámbito de la ley de 1989 los arren-

(11) *Cour de Poitiers*, 9. 10. 1985, D. 1986. 434.

(12) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand, "Commentaire...1989", *loc. cit.* p. 513; P. Derruppé, *op. cit.*, p. 8.

(13) J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.* p. 17; P. Derruppé, *op. cit.*, p. 8.

damientos de temporada (*"locations saisonnières"*), objeto de una normativa especial (14).

2.3. Entrada en vigor y régimen transitorio

Publicada en el *Journal officiel* de 8 de julio, la ley de 6 de julio de 1989 entró en vigor según la regla general del art. 1 del *Code civil*, aplicándose en su integridad a todos los contratos celebrados con posterioridad a esa fecha. Respecto de los contratos anteriores entonces vigentes, la nueva ley incluye una regla aparentemente clara según la cual “Hasta su término, los contratos de arrendamiento en curso a la fecha de publicación de la presente ley continúan sometidos a las disposiciones que le eran aplicables” (art. 25.II), disposición ésta que se halla fuertemente limitada por la frase siguiente del mismo art. 25.II en la que se dice “...Sin embargo, las disposiciones de los dos últimos párrafos del art. 10 y los art. 15, 17, 18, 19 y 24 se aplican a estos contratos desde la publicación de la presente ley”. Esta última mención reduce notablemente el principio general explícito de irretroactividad de la ley la cual, si bien no alterará los efectos ya producidos por los contratos en curso, sí influirá en los efectos futuros en virtud de la aplicación inmediata de los arts. reseñados en el 25.II, y que son precisamente los más importantes y novedosos de la nueva ley (art. 10.2 y 3, tácita reconducción y renovación del contrato; art. 15 negativa de renovación y resolución, art. 17, 18 y 19 fijación de la renta y art. 24 cláusula resolutoria).

Por otra parte, a tenor de los restantes párrafos del art. 25, las resoluciones notificadas por el propietario y las ofertas de renovación del contrato de los contratos celebrados con posterioridad al 23.12.1986 y sujetos a la ley Méhaignerie son declarados nulos y sin efecto (15).

3. FORMACION DEL CONTRATO. NECESIDAD DE CONTRATO ESCRITO. DOCUMENTOS ANEXOS Y COMPLEMENTARIOS. CLAUSULAS PROHIBIDAS

El art. 3 de la ley de 6 de julio de 1989 comienza precisando que el contrato de arrendamiento a ella sometido debe ser celebrado por escrito. Sin embargo, la doctrina discrepa a la hora de determinar la sanción que se liga al incumplimiento de este requisito formal. Según algunos autores, al igual que ocurría con la misma exigencia de la leyes de 1982 y 1986, no parece que la ausencia del mencionado requisito de for-

(14) MM. Ph. Belot/J.M. legrand, “Commentaire...1989”, *loc. cit.*, p. 514.

(15) Un estudio completo del régimen transitorio de la nueva ley, J. P. Cordelier, “Les dispositions transitoires de la loi du 6 juillet, 1989”, *Rev. droit. immob.*, II (3), juli. sept., 1989, pp. 291-305.

ma pueda entrañar la nulidad del correspondiente contrato puesto que, como se especifica en el último párrafo del propio art. 3, "cada parte puede exigir, en cualquier momento, de la otra que se otorgue el contrato conforme a las disposiciones del presente artículo" (16). Por el contrario, para otro sector doctrinal, la falta de la constancia escrita acarrea la nulidad del contrato, solución que se desprende del penúltimo párrafo del art. 3 cuando señala que "el arrendador no se puede prevalecer de la violación de las disposiciones del presente artículo"; este párrafo demuestra también que la acción de nulidad está reservada únicamente al arrendatario, tratándose así de un supuesto de nulidad relativa (17).

Siguiendo literalmente sus dos precedentes inmediatos, la ley de 1989 especifica que el documento en el que se plasma el contrato debe tener como contenido mínimo las siguientes menciones: la fecha del comienzo del contrato y su duración, las características y el destino de la cosa arrendada, la designación de los locales y el equipamiento de uso privativo de los que el arrendatario disfrute en exclusiva y, en su caso, la enumeración de las partes, equipamientos y accesorios del inmueble que son objeto de uso común, la cuantía de la renta, sus modalidades de pago y sus reglas de revisión; por último y en caso de estar previsto, el montante del depósito de garantía regulado en el art. 22.

Al lado del documento principal donde se contiene el contrato, el art. 3 prevé la existencia de una serie de documentos anexos. Estos son:

a) El inventario ("état des lieux"); en el mismo precepto se especifica que ante la falta de inventario la presunción establecida por el art. 1731 del *Code civil* no puede ser invocada por la parte que puso obstáculos para la realización de dicho inventario.

b) Retomando una exigencia de la ley Quilliot, abandonada por la ley Méhaignerie, el art. 3 prevé que durante el primer mes del período en que se halle en funcionamiento la calefacción el arrendatario pueda exigir que el inventario inicial sea completado por otro relativo al estado de los elementos de la calefacción.

c) Cuando la cuantía de la renta se encuentre subordinada a la pre-

(16) Sobre el carácter no solemne del arrendamiento sometido a la ley Quilliot, MM. Ph. Belot/J.M. Legrand, "Commentaire de la loi Quilliot", *loc. cit.*, p. 401; en el mismo sentido respecto de la ley Méhaignerie, F. Zenati, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, pp. 165-173, espec. p. 171.

(17) J. L. Aubert/Pth. Bihr, *op. cit.*, pp. 45 ss. Estos mismos autores tratan de conjugar las reglas del penúltimo párrafo del art. 3, que reserva la acción de nulidad al locatario, y del último párrafo del mismo precepto donde, claramente, se otorga a ambas partes, arrendador y arrendatario, el derecho a exigir la regularización formal del contrato. Después de excluir cualquier preminencia entre ambas acciones, la de nulidad y la de regularización, estos autores optan por la primacía de la vía elegida en primer lugar por cualquiera de las partes, de suerte que si el arrendatario ejerce la nulidad antes de que el arrendador haya solicitado la adecuación del contrato a las reglas del art. 3, este último ya no podrá hacerlo; inversamente, si es el arrendador el primero en pedir la adecuación, aquél verá vedada toda posibilidad de anulación (J.L. Aubert/Ph. Bihr, *ibid.*).

sentación por el arrendatario de los datos relativos a los alquileres habituales de la vecindad para el mismo tipo de viviendas o locales, tales referencias deberán adjuntarse al documento del contrato; se trata aquí de una referencia obligatoria completamente novedosa que viene a completar las disposiciones del cap. III del Título I de la ley, relativas a la renta.

d) Por último y tal como exigía ya la ley de 1986, en el caso de que el inmueble esté sometido a un régimen de propiedad horizontal, el copropietario arrendador está obligado a comunicar al arrendatario un extracto del reglamento de la copropiedad relativo al destino del inmueble y al disfrute y uso de las partes privativas y comunes, en el que habrá de especificarse además la cuota correspondiente al objeto arrendado.

Por su parte el art. 4 repite literalmente el de la ley de 1986 recongiendo una serie de cláusulas prohibidas que nunca podrán formar parte del contenido del contrato puesto que, de incluirse, se tendrán por no escritas. Entre estas cláusulas cabe destacar la que prohíbe como modo de pago de la renta la orden de "*prélevement*" automático sobre la cuenta corriente del arrendatario o la firma anticipada de títulos a la orden; igualmente se prohíbe la cláusula por la que el arrendatario autoriza al arrendador a "*prélever*" o "*faire prélever*" las rentas directamente de su salario en el límite cedible. Respecto de las cláusulas resolutorias, el art. 4 g) reputa no escrita la cláusula que prevé la resolución de pleno derecho del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario por un motivo distinto del pago de la renta, las cargas, el depósito de garantía o la falta de suscripción de un seguro frente a los riesgos del arrendamiento.

La sanción por la inclusión de alguna de las cláusulas aludidas por el art. 4 implica, como hemos indicado, su consideración como no escritas, lo cual supone un caso de nulidad parcial del contrato que continúa válido en el resto.

4. DURACION DEL CONTRATO

4.1. Presentación del sistema

El tema de la duración de la relación arrendaticia es uno de los puntos más relevantes de la nueva ley, pues en esta materia la regulación de 1989 se aparta de los principios inspiradores de su precedente inmediata, la ley Méhaignerie, para volver en gran medida al sistema instaurado en 1982 por la ley Quilliot (18). En efecto, esta última aseguraba

(18) J. L. Aubert/Ph. Bihr, "Le nouveau contrat de location à usage d'habitation et à usage mixte. Loi num. 89-462 du 6 juillet 1989", *A.L.D.*, 1989, pp. 147-167, espec. p. 150.

la protección de los intereses del arrendatario mediante la imposición al arrendador de un doble condicionante en el tema de la duración del contrato: el establecimiento imperativo de una duración mínima y la prórroga obligatoria a la expiración del término fijado cuando el arrendatario fuese una persona física que ocupase personalmente el inmueble arrendado; de esta suerte, el contrato de arrendamiento sometido a la ley Quilliot tenía una vocación de estabilidad cercana a la indefinición, pues sólo podía extinguirse a voluntad del arrendatario o, a instancia del arrendador, por las causas estrictamente regladas en el texto legal.

La ley de 23 de diciembre de 1986 cambió notablemente esta situación al establecer como norma general que la relación arrendaticia habría de tener una duración mínima de tres años al término de los cuales el arrendador recuperaba íntegramente su libertad contractual, pudiendo dar por extinguido el arrendamiento previo aviso de resolución. No obstante, ambas partes podían optar, al eximir el término fijado en el contrato y respetando los plazos de preaviso, por la renovación del mismo; a falta de preaviso de resolución o de renovación, el arrendamiento se entendía tácitamente reconducido por un período de tres años.

La ley de 6 de julio de 1989 vuelve, en cierta medida, al sistema de “indefinición” y vocación de “perpetuidad” propio de la ley Quilliot, si bien el mecanismo propuesto para alcanzar similares objetivos es, como veremos, parcialmente distinto al que establecía el legislador de 1982.

4.2. La duración inicial

La nueva normativa arrendaticia retoma la dualidad que había establecido en su día la ley Quilliot al discriminar, en el tema de la duración de la relación contractual, según que el arrendador sea una persona física o una persona jurídica. En el primer caso el contrato tendrá una duración mínima de tres años y en el segundo de seis años (art. 10). A estos efectos se asimilan a los celebrados por personas físicas aquellos contratos en los que el arrendador es una sociedad civil constituida exclusivamente entre parientes hasta el cuarto grado y aquellos en los que el inmueble arrendado pertenece *pro indiviso* a varias personas (físicas) (art. 13). A pesar del tenor literal del precepto y de su pretendido alcance general, la duración mínima del contrato se impone únicamente al arrendador, pues el art. 12 reconoce al arrendatario el derecho a resolver el contrato en cualquier momento, con la única limitación del respeto a los plazos de preaviso establecidos en el art. 15.

La duración mínima mentada encuentra una excepción en el caso previsto en el art. 11 de la ley que, recogiendo una disposición de la ley de 1986, permite la celebración de un contrato de duración inferior a tres años, pero de un mínimo de un año, cuando el arrendador sea una persona física y un acontecimiento preciso justifique que esa persona

haya de recuperar el inmueble arrendado por razones personales o familiares; este contrato debe mencionar las razones y el acontecimiento invocado (19). El art. 11 detalla las exigencias que han de satisfacer este tipo de contratos: dos meses antes del término del contrato el arrendador debe confirmar la producción del acontecimiento; si se acumulan las dos condiciones, producción del evento y confirmación de la misma por el arrendador al arrendatario, éste último pierde de forma automática el derecho a ocupar el inmueble arrendado en el término previsto en el contrato. Si la producción del acontecimiento se retrasa, el arrendador puede proponer la prolongación del contrato, facultad que puede utilizar una sola vez; cuando el acontecimiento no se produce o no se confirma, el contrato tiene la duración trienal ordinaria.

4.3. Expiración del plazo contractual. Tácita reconducción. Renovación

A pesar de que la duración de la relación arrendaticia está perfectamente determinada, tres o seis años con la excepción mencionada, lo cierto es que la nueva ley reconoce la operatividad de una serie de instituciones que, en la práctica, convierten el contrato de arrendamiento urbano en un contrato de duración indefinida y con vocación de perpetuidad.

A este respecto, cabe señalar que la expiración del término contractual no supone la extinción de la relación arrendaticia la cual, en la mayor parte de los casos, se mantendrá con fundamento en la tácita reconducción o en la renovación o prórroga de la misma. Así, el art. 10.2 de la nueva ley viene a disponer que, a falta de notificación en las condiciones y plazos previstos en el art. 15, el contrato de arrendamiento que llega a su fin se entiende tácitamente reconducido por un período igual al del contrato inicial o, si el contrato inicial tiene una duración inferior, por un período al menos igual al establecido en el párrafo anterior (tres o seis años). Por su parte, el art. 10.3 establece que, en defecto de notificación de resolución o de tácita reconducción, el contrato que llega a su término se puede renovar por un período al menos igual al previsto en el art. 10.1 (tres o seis años); la oferta de renovación debe ser presentada en las condiciones de forma y en los plazos previstos para la notificación de resolución en el art. 15; si la oferta de renovación repite las mismas condiciones del contrato anterior, el resultado es práctica-

(19) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand citan el siguiente ejemplo: un cambio de destino de un funcionario que es enviado al extranjero; en este caso el funcionario podría arrendar su vivienda por el plazo mínimo de un año, especificando que cuando el destino en el extranjero finalice, volverá a precisar la vivienda para sí y para su familia; el acontecimiento será el nuevo cambio de destino, las razones serán familiares ("Commentaire...1989", *loc. cit.*p. 522).

mente idéntico al que deriva de la tácita reconducción; si la oferta de renovación incluye un incremento de la renta sólo podrá efectuarse éste si la renta precedente estaba manifiestamente subevaluada (art. 17 c).

La alambicada combinación de la tácita reconducción y la prórroga o renovación productoras de similares resultados no merece gran estima a la doctrina gala, para quien la diferencia hecha por la ley entre ambas figuras presenta un carácter meramente formal; esta diferencia únicamente sirve para justificar un aumento de la renta en los límites mencionados en caso de renovación (20).

5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

A pesar de que el contrato de arrendamiento sometido a la ley de 6 de julio de 1989 nazca con una clara vocación de perpetuidad, existe la posibilidad de que tanto el arrendatario (en cualquier momento) como el arrendador (en ciertas circunstancias) puedan dar por terminada la relación que les vincula.

5.1. La resolución del arrendatario

Siguiendo la línea marcada por sus antecesoras de 1982 y 1986, la ley de 1989 dispone en su art. 12 que el arrendatario pueda resolver el contrato en cualquier momento, con tal de que respete el plazo de preaviso y la forma de notificación previstos en el art. 15 de la propia ley (21). Este plazo será, como regla general, de tres meses, si bien en caso de cambio de empleo o pérdida del mismo, el arrendatario puede preavisar en un plazo reducido de un mes; igualmente el plazo se reduce a un mes cuando el locatario es mayor de sesenta años y su estado de salud justifica un cambio de domicilio.

Según dispone el art. 15-I en su párrafo tercero, cuando la resolución es instada por el arrendatario, éste debe las rentas y cargas correspondientes a todo el plazo de preaviso, salvo que la vivienda se halle ocupada antes de la expiración del mentado plazo por otro arrendatario de acuerdo con el arrendador, en cuyo caso se entiende que sólo deberá rentas y cargas hasta la fecha de dicha ocupación.

(20) G. Brière de L'Isle, *loc. cit.*, p. 280; P. Derruppé, *op. cit.*, op. 24; parcialmente en contra, J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, pp. 175 ss.

(21) El art. 12 de la ley Quilliot establecía que el arrendatario podía resolver el contrato al término de cada año e igualmente tenía la facultad de resolver en cualquier momento por razones financieras personales, familiares, profesionales o de salud. Por su parte, el art. 11 de la ley Méhaignerie establecía que el arrendatario podía resolver el contrato en todo momento.

5.2. La resolución anticipada por el arrendador

El arrendador no goza de la facultad omnímoda de resolver el contrato de arrendamiento que la ley le confiere al arrendatario. Sin embargo, tomando en consideración determinadas circunstancias, se le confiere la posibilidad de extinguir la relación contractual tanto en el curso del arrendamiento (lo que podemos llamar resolución anticipada), como a la expiración de cada término contractual (sería la resolución ordinaria para la que reservaremos el nombre de deshaucio) (*congé*).

La primera posibilidad de resolución anticipada de la relación arrendaticia a instancias del arrendador no la confiere la nueva ley, sino el derecho común de contratos a través de la resolución judicial prevista en el art. 1184 del *Code civil*. En su virtud, el arrendador que estime que el arrendatario está incumpliendo las obligaciones derivadas del contrato que les liga puede solicitar del juez la resolución del mismo, correspondiendo a la autoridad judicial el poder de apreciar la gravedad del incumplimiento y, en caso de considerar que existe ésta, la extinción del vínculo contractual que, por consiguiente, no se producirá de modo automático (22).

La otra opción que tiene el arrendador para poder extinguir el contrato de arrendamiento durante la vigencia del mismo es introducir en él una cláusula resolutoria destinada, en principio, a operar de modo automático. Como ya hemos puesto de relieve, del art. 4 g) de la ley de 1989 se desprende que las únicas cláusulas resolutorias válidas son las que preven la extinción anticipada del contrato por falta de pago de la renta, de las cargas o del depósito de garantía, o también por la no suscripción de un seguro relativo a los riesgos locativos. En esta segunda hipótesis, el párrafo segundo del art. 7 de la nueva ley establece que toda cláusula que disponga la resolución de pleno derecho del contrato por falta del seguro del arrendatario, sólo produce efecto un mes después del requerimiento infructuoso por parte del arrendador, requerimiento en el que se habrán de reproducir, bajo pena de nulidad, las disposiciones de la letra g del mencionado art. 7 relativas a la obligación de asegurar que compete al locatario.

Por otro lado, según dispone el art. 24 de la ley, la cláusula que consagra la resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento por falta de pago de rentas, cargas o por la negativa a efectuar el depósito de garantía, sólo produce efecto dos meses después de un mandamiento de pago hecho por el arrendador, que resulte infructuoso y en el que han de constar, bajo pena de nulidad, las menciones previstas en el pro-

(22) Como pone de relieve la doctrina la resolución judicial puede ser solicitada siempre, aunque el contrato prevea otras sanciones para el caso de incumplimiento; esta resolución es una especie de derecho mínimo que sólo puede ser excluido por una disposición legal expresa que, evidentemente, la legislación arrendaticia no contiene (A. Benabent, *Droit civil. Les obligations*. París, 1987, p. 131).

pio art. 24. Siguiendo de cerca el régimen de la ley Méhaignerie, el art. 24.2 de la actual permite que el juez, instado por el arrendatario antes de la expiración del término previsto en el párrafo precedente, acuerde un nuevo plazo para efectuar el pago en las condiciones dispuestas en el párrafo segundo del art. 1244 del *Code civil*; la jurisprudencia ha declarado que esta posibilidad de nuevo aplazamiento sólo beneficia al deudor de buena fe (23). El art. 24 señala también que durante el transcurso de los plazos eventualmente señalados se suspenden los efectos de la cláusula resolutoria, si bien ni los plazos, ni las modalidades de pago acordados pueden afectar a la normal ejecución del contrato de arrendamiento, especialmente por lo que respecta al pago de rentas y cargas. Si en los plazos fijados por el juez el arrendatario se libera de sus obligaciones de pago, la cláusula de resolución de pleno derecho quedará sin operatividad; si tal liberación no se da, la cláusula produce plenos efectos.

De todo lo expuesto se desprende nítidamente que el efecto automático de las cláusulas resolutorias permitidas por la ley arrendaticia se halla fuertemente limitado, reintroduciéndose en buena medida el poder de apreciación del juez que se consagra para la resolución en el Código civil.

5.3. La resolución ordinaria o deshaucio (*congé*)

Al vencimiento de cada término contractual (pactado o resultante de la tácita reconducción o de la renovación) el arrendador puede provocar la extinción de la relación arrendaticia negando la renovación del contrato (24). Para ello es preciso que el arrendador notifique el deshaucio (*congé*) al arrendatario, siguiendo las directrices que marca el art. 15 de la nueva ley. En este precepto se dispone que el deshaucio ha de estar justificado bien por la decisión del arrendador de ocupar la vivienda (para sí o para determinados parientes y allegados), bien de venderla, o bien por otro motivo legítimo y serio, especialmente el incumplimiento por el arrendatario de las obligaciones derivadas del arrendamiento; cualquier otra razón no podrá ser nunca motivo de extinción de la relación locativa.

La decisión de no renovar el contrato ha de ser notificada al arrendatario con un plazo de preaviso de seis meses. Esta notificación ha de cumplir además, unos determinados requisitos de forma sin los cuales

(23) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand, "Commentaire... 1989", *loc. cit.*, p. 528.

(24) Siendo la renovación o prórroga un derecho del arrendatario, éste puede renunciar a él en el momento de la expiración del término contractual; en este caso el arrendamiento se extingue en el término fijado, si bien es precisa la notificación formal al arrendador en los plazos legales, para evitar el juego de la tácita reconducción (J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 179).

carecerá de validez; así, la notificación deberá efectuarse mediante carta certificada con acuse de recibo o diligencia del alguacil. La fecha de la recepción de la carta certificada o de la diligencia del oficial constituye el *dies ad quo* del plazo de preaviso mencionado.

La decisión de extinguir el contrato notificado por el arrendador ha de estar necesariamente motivada, bajo pena de nulidad. Esta motivación se refiere sobre todo a la causa del deshacimiento, pero en el caso de que el motivo alegado sea el deseo de recuperar la vivienda para ocuparla o el de venderla la motivación, como veremos, ha de contener otras especificaciones.

Durante el transcurso del plazo de preaviso se mantiene en vigor el contrato de arrendamiento, pero la ley toma en consideración la fecha en la que el arrendatario desocupa efectivamente el inmueble cuando ésta es anterior al término del contrato. Cuando la notificación de deshacimiento ha sido hecha por el arrendador el arrendatario sólo debe las rentas y cargas correspondientes al tiempo en que ha ocupado efectivamente la vivienda. A la expiración del plazo de preaviso de deshacimiento correctamente efectuado el contrato se extingue de modo automático (art. 15-1, párrafo último).

5.3.1. *El deshacimiento por motivo legítimo y serio*

Retomando los términos utilizados en la ley Quilliot, la ley de 6 de julio de 1989 considera que la negativa del arrendador a renovar el contrato puede estar fundada en un motivo “legítimo y serio”; al igual que su predecesora, la nueva ley no ha querido especificar qué ha de entenderse por legítimo y serio a estos efectos (25); no obstante, sí concreta que ese motivo puede ser, especialmente, el incumplimiento por el arrendador de las obligaciones que le conciernen, lo cual significa una remisión al art. 7 del texto legal, en el que se concretan las obligaciones del arrendatario. La utilización por el legislador del adverbio “*notamment*” hace que la doctrina considere que puede haber un motivo legítimo y serio para extinguir el contrato distinto del incumplimiento contractual, como por ejemplo la expropiación o la destrucción del inmueble (26).

(25) A juicio de J. L. Aubert/Ph. Bihr, la ausencia de definición legal pone de manifiesto que el legislador ha querido dejar al juez un amplio margen de apreciación, de modo que esta disposición está destinada a jugar un papel de “válvula de seguridad” del sistema (*op. cit.*, pp. 190-191).

(26) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand, “Commentaire...1989”, *loc. cit.*, p. 531; J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 191.

5.3.2. El deshaucio para ocupar el inmueble

En armonía con los textos legales precedentes, el art. 15-1 de la nueva ley establece como causa de extinción ordinaria de la relación arrendaticia el deseo por parte del arrendador de recuperar el inmueble para que lo ocupen, bien él personalmente, bien alguna de las personas indicadas en el precepto (27). Ha de resaltarse que cuando sea ésta la causa alegada para el deshaucio, la motivación del mismo debe incluir el nombre y domicilio el favorecido por la recuperación. A estos efectos beneficiarios del derecho de ocupación son además del propio arrendador, su cónyuge legal, su cónyuge de hecho (*concubin notoire*) desde al menos un año antes de la fecha del deshaucio, sus ascendientes, sus descendientes o los descendientes de su cónyuge legal o de hecho. De este modo, la ley de 1989 es la primera en conceder determinados derechos al compañero o compañera no casado con el arrendador. Es de destacar que el cónyuge de hecho del arrendatario resultaba ya indirectamente favorecido en la ley de 1948 por el “*bénéfice du maintien dans les lieux*” que podía corresponderle cuando estuviese a cargo del arrendatario, y directamente aludido en la ley Quilliot, cuyo art. 16.1 reconocía que en caso de abandono del domicilio por parte del locatario, el contrato de arrendamiento continuaba en beneficio de ciertas personas entre las que mencionaba el *concubin notoire*; en el supuesto de muerte del arrendatario el art. 16.2 ordenaba la transmisión del contrato a las mismas personas mencionadas en el párrafo primero; por el contrario, esta ley no concedía derecho alguno al cónyuge de hecho del arrendador (*cf* su art. 9) (28). En cambio, la ley de 1989 hace gala de una cierta neutralidad en este punto, pues por un lado su art. 14 conserva la referencia al *concubian notoire* del arrendatario en caso de abandono del domicilio o de muerte del titular del contrato y por otro el art. 15-2 incluye al *concubin notoire* del arrendador entre las personas en favor de las cuales se puede reclamar la reintegración del inmueble arrendado a la expiración del término contractual; en ambos casos se exige que entre

(27) Aunque la ley vigente, a diferencia de la ley de 1982, no menciona expresamente la finalidad de la ocupación por el beneficiario, la doctrina estima que dicha ocupación debe ser necesariamente para habitar, tal y como se desprende del espíritu de la ley y del hecho de que el derecho a recuperar el inmueble sólo pueda ser ejercitado en provecho de las personas expresamente designadas (J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 183).

(28) Constatando la diferencia de trato realizada por la ley Quilliot entre el matrimonio de hecho del arrendatario y el del arrendador, se pregunta un autor ¿es que el concubinato del propietario le resultaba al legislador de 1982 menos admisible que el del arrendatario?; evidentemente, no se trataba de eso; como el mismo autor resalta, mientras el art. 16 garantizaba derechos contra el propietario, el art. 9 otorgaba a éste un derecho frente al arrendatario; la ley Quilliot estaba inspirada por una voluntad de protección de los inquilinos y por eso no era del todo sorprendente que sólo se favoreciese el matrimonio de hecho del arrendatario (L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, París, 1990, pp. 357-358, nota 106).

el contratante y su pareja de hecho hubiese habido al menos un año de convivencia (29).

La nueva ley no exige que el favorecido con la recuperación justifique la necesidad de la vivienda (*v. gr.* por no disponer de otra); el texto de 1989 tampoco recoge la obligación del art. 9 de la ley de 1982 según la cual el beneficiario debería ocupar la vivienda en los seis meses siguientes a la salida del arrendatario y durante un período que no podía ser inferior a dos años contados desde la expiración del plazo de preaviso del deshaucio.

5.3.3. *El deshaucio para vender el inmueble*

El art. 15-II de la ley de 1989 regula de manera muy minuciosa la posibilidad de deshaucio fundada en la decisión del arrendador de vender el inmueble arrendado. En este supuesto la notificación de la intención de poner fin al contrato debe indicar, bajo pena de nulidad, el precio y las condiciones de venta proyectada. El texto legal habla exclusivamente de venta, lo cual excluye la operatividad de este motivo de deshaucio cuando se pretenda otro tipo de enajenación, como la donación o la aportación a una sociedad (30).

El primer efecto que produce la notificación del *congé* fundado en la decisión de vender es su significado como oferta de venta en favor del locatario quien, por esta vía, goza de un derecho de adquisición preferente del inmueble arrendado. Esta oferta de venta estará vigente durante los dos primeros meses del plazo de preaviso (recordemos que ese plazo es de seis meses); a la expiración del plazo de preaviso el arrendatario que no haya aceptado la oferta pierde todos sus derechos sobre el inmueble; si en el plazo bimensual mencionado el arrendatario responde positivamente a la oferta del arrendador goza de otro plazo de dos meses para efectuar el contrato de compraventa. Si en la respuesta notifica su voluntad de recurrir a un préstamo, la aceptación de la oferta queda subordinada a la obtención del préstamo y el plazo para realizar la venta se alarga a cuatro meses. Si en los plazos indicados el contrato de compraventa no se celebra, la aceptación de la oferta es nula de pleno derecho y el arrendatario pierde su derecho a seguir ocupando el inmueble, el cual puede ser vendido a un tercero.

Si la venta eventualmente hecha a un tercero lo fue en condiciones

(29) En la ley de 23 de diciembre de 1986 resultaba innecesaria una referencia paralela a la del art. 15-I de la actual pues, expirado el término contractual, el arrendador recuperaba absolutamente su libertad de estipulación sin necesidad de argumentar que precisaba el inmueble para sí o para sus allegados.

(30) Este tipo de operaciones, puesto que no son ventas, no autorizan al deshaucio para vender el inmueble; podrían, no obstante, constituir un motivo serio y legítimo que autorizase al arrendador a la resolución por esta otra vía (en este sentido, J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 190).

o a un precio más ventajoso para el adquiriente que los ofrecidos al arrendatario, éste tiene aún a su disposición un derecho de "sustitución", que algunos califican de verdadero retracto, por virtud del cual el arrendatario tiene la facultad de subrogarse en la posición contractual del tercer adquirente, facultad que habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a partir de que le fuese notificado el acto de la venta. Esta notificación corre a cargo del notario interviniendo en el contrato a quien, curiosamente, no se le impone plazo alguno para realizarla. A fin de que la notificación del notario pueda efectuarse de modo eficaz, el arrendatario tiene que indicar al arrendador la dirección a la que desea que se le envíe; el incumplimiento de esta última carga conlleva la pérdida del derecho de sustitución.

Los derechos de adquisición preferente del arrendatario previstos en el art. 15-II quedan excluidos cuando se trata de una venta entre parentes hasta el tercer grado, a condición de que el adquirente ocupe el inmueble de forma efectiva durante un tiempo no inferior a dos años a contar desde la expiración del plazo de preaviso. También quedan excluidos los mencionados derechos en las ventas de inmuebles declarados en ruina o insalubres o que no tengan las mínimas condiciones de habitabilidad.

Por último, como regla de protección especial para cierto tipo de arrendatarios, el art. 15-III dispone que el arrendador no se puede oponer a la renovación del contrato en las condiciones del art. 15-1 cuando el arrendatario tenga más de setenta años y sus recursos anuales sean inferiores a una vez y media el salario mínimo, salvo que le ofrezca un alojamiento correspondiente a las necesidades y posibilidades que ese arrendatario y situado en la misma zona geográfica que el que se pretende recuperar. No obstante, esta restricción de los derechos del arrendador no tendrá lugar si él mismo es una persona física con más de sesenta años o si tiene unos recursos anuales inferiores a una vez y media el salario mínimo (31). La edad del arrendador y del arrendatario deben apreciarse en el momento del vencimiento del contrato; el montante de sus recursos en la fecha de notificación del deshacimiento.

A pesar de que la redacción del art. 15-III induce a pensar que la excepción y la contraexcepción a la posibilidad de deshacimiento que recogen afectan a las tres hipótesis reseñadas en el art. 15-1 (recuperación para ocupar la vivienda, recuperación para vender y deshacimiento por motivo legítimos), la mayor parte de los autores entienden que la excepción en favor del arrendatario nunca debe juzgar en beneficio del arren-

(31) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand señalan el carácter "*partiellement stupide*" de la contraexcepción ya prevista en la ley de 1982, en el punto en que toma en consideración la edad del arrendador, pues eso hace posible *v. gr.* que un arrendador de más de sesenta años pueda deshaciar a un arrendatario de más de setenta con recursos limitados para proporcionar una vivienda a un descendiente de veinticinco años ("Commentaire...1989", *loc. cit.*, p. 533).

datario incumplidor y en perjuicio del arrendador que invoca un motivo serio y legítimo para extinguir el contrato (32); incluso algunos autores estiman que el art. 15-III sólo afecta a la hipótesis de deshaucio para recuperar la casa con el fin de que habiten en ella el arrendador o sus allegados (33).

6. EL ABANDONO DEL DOMICILIO Y LA MUERTE DEL ARRENDATARIO

El art. 14 de la nueva ley, claramente inspirado en el 16 de la ley Quilliot, disciplina la suerte del contrato de arrendamiento cuando se produce el abandono del domicilio o la muerte del arrendatario.

En el supuesto de abandono del domicilio el precepto dispone la continuación del arrendamiento en beneficio de las personas que en él se mencionan y que son, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, el conviviente de hecho "notorio" y quienes estuviesen a cargo del arrendatario; con excepción del cónyuge, se exige que los beneficiarios lleven al menos un año de convivencia con el titular del arrendamiento. Para el caso del cónyuge la ley deja expresamente a salvo el derecho que le confiere el art. 1751 del *Code civil*, según el cual el derecho al arrendamiento del inmueble no comercial o profesional que sirva efectivamente de vivienda a los dos esposos corresponde a ambos, sin posibilidad de pacto en contrario y sea cual sea el régimen económico matrimonial y la fecha del contrato de arrendamiento; el párrafo segundo añade que en caso de divorcio o de separación de cuerpos ese derecho arrendaticio podrá ser atribuido por el juez a uno de los cónyuges en consideración a los intereses sociales y familiares en presencia. La mención expresa del cónyuge que realiza la ley de 6 de julio de 1989 supone, a juicio de la doctrina, una mejora respecto del régimen de la ley de 1982, ya que ésta se limitaba a dejar a salvo el art. 1751 del *Code* sin mencionar expresamente el derecho del cónyuge en caso de abandono del domicilio, siendo así que el mencionado precepto codificado no se aplica a los locales de carácter profesional o comercial, aunque su uso sea mixto con la vivienda; por ello, la función principal de esa alusión expresa al cónyuge es salvaguardar su derecho a continuar en el arrendamiento cuando el inmueble tiene carácter mixto (34).

Para que se aprecie efectivamente que existe "abandono de domicilio" y, por consiguiente, derecho a continuar en el arrendamiento, la jurisprudencia exige que la marcha del arrendatario sea brusca e impre-

(32) P. Derruppé, *op. cit.*, p. 29.

(33) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand, "Commentaire...1989", *loc. cit.*, p. 532.

(34) J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 162.

visible; una salida convenida con las personas favorecidas por el precepto será tratada como cesión inconsentida (35).

En el supuesto de muerte del arrendatario el contrato de arrendamiento se transmite al cónyuge superviviente (sin prejuicio del derecho de atribución preferente que el art. 832 párrafos 6 y 7 otorgan al propio cónyuge), a los descendientes, a los ascendientes, al conviviente de hecho notorio y a las personas que vivan a cargo del arrendatario, siempre y cuando cualquiera de ellos (con excepción del cónyuge) viviera con el titular del contrato desde al menos un año antes de la fecha del fallecimiento.

A continuación el art. 14 de la ley de 6 julio de 1981, siguiendo literalmente a sus precedentes inmediatos, establece que en caso de que exista más de un posible beneficiario que solicite la continuidad o transmisión del contrato, decidirá el juez de acuerdo con los intereses en presencia; aunque no faltan opiniones divergentes, la mayor parte de la doctrina estima que este recurso a la autoridad judicial es procedente tanto en la hipótesis de muerte como en la de abandono del domicilio por el arrendatario (36).

Por último, el precepto establece que en defecto de persona que cumpla los requisitos mencionados en él, el contrato de arrendamiento se resuelve automáticamente por la muerte del arrendatario o el abandono de su domicilio. Se consagra así el principio contrario al establecido en el art. 1742 del *Conde civil*, donde se señala expresamente que el contrato de arrendamiento no se resuelve por la muerte del arrendador o el arrendatario; con ello la nueva ley sigue los pasos de la ley Quiilliot, si bien ahora se establece de modo expreso la resolución *ipso iure* tanto en el supuesto de muerte (lo que ya hacía el legislador de 1982) como en el de abandono del domicilio (en 1982 la resolución por esta causa exigía la eventual falta de pago de la renta).

7. LA RENTA

La ley de 6 de julio de 1989 dedica a la merced arrendataria y a las cargas complementarias el Capítulo III de su Título I. En él se establece un régimen que, si bien conserva algunos caracteres secundarios instaurados por la ley Méhaignerie, viene a significar en líneas generales la total ruptura con el régimen liberal propio de la ley inmediatamente precedente.

(35) P. Derruppé, *op. cit.*, p. 21.

(36) MM. Ph. Belot/J. M. Legrand, opinan que, en cualquier caso, debe privilegiarse al cónyuge que residiera habitualmente con el titular del arrendamiento ("Commentaire...1989", *loc. cit.*, p. 521).

7.1 Fijación de la renta inicial

El legislador de 1989 se encontraba ante dos tipos de problemas cuya solución parecía parcialmente contradictoria: de un lado, el planteado por el deseo de favorecer la tendencia a la disminución del número de inmuebles vacantes destinados a vivienda y en buenas condiciones de habitabilidad, siguiendo una línea que ya había marcado la ley de 1986; de otro, el suscitado por la voluntad de evitar el importante aumento de las rentas que, sobre todo en ciertas ciudades, se había acusado a raíz de la entrada en vigor de esta misma ley (37). Para hacer viable el logro de ambos objetivos la ley de 1989 establece un doble sistema de fijación de la renta según sean las características del inmueble arrendado: para cierto tipo de viviendas o inmuebles de uso mixto se reconoce la absoluta libertad de las partes en la fijación del montante de los alquileres; para otros tipos la libertad de las partes está fuertemente controlada (sistema de *liberté surveillée*), control que puede incluso llegar a eliminarla cuando se den las circunstancias previstas en el art. 18 de la nueva ley.

7.1.1 Fijación libre

El art. 17 a) de la ley de 6 de julio de 1989 dispone que la renta será libremente fijada por las partes en tres hipótesis. En primer lugar, cuando se trate de un inmueble de nueva construcción que entra por primera vez en el mercado arrendaticio (38); en segundo lugar, cuando el contrato se refiera a inmuebles vacantes que hayan sido objeto de obras de acondicionamiento o reacondicionamientos según las normas definidas por el Decreto que desarrolla el art. 25 de la ley de 23 de diciembre de 1986 (39); por último, la merced arrendaticia puede ser fijada libremente por las partes cuando el inmueble, sin necesidad de obra alguna de acondicionamiento, se encuentra ya en las condiciones establecidas por el Decreto anteriormente referido y siempre que se trate, bien del primer arrendamiento del mentado inmueble (40), bien de un inmueble vacante que había sido arrendado con anterioridad pero que ha sido ob-

(37) J. L. Aubert/Ph. Bihr, *op. cit.*, p. 57.

(38) Es la interpretación que del término "*logement neuf*" hacen MM. Ph. Belot/J.M. Legrand, "Commentaire...1989", *loc. cit.*, p. 523.

(39) D. núm. 87-149 de 6 de marzo de 1987, relativo a las normas mínimas de confort y habitabilidad que han de cumplir los inmuebles destinados a vivienda.

(40) MM. Ph. Belot/J.M. Legrand entienden que se trata de inmuebles que, a pesar de no ser nuevos, nunca habían sido arrendados por haber estado ocupados por su propietario (*loc. ult. cit.*, p. 523); J. L. Aubert/Ph. Bihr estiman que se trata de inmuebles que no han sido hasta entonces dados en arrendamiento como viviendas o como locales de uso mixto, pero si cabe que hayan sido objeto de arrendamientos anteriores destinados a uso exclusivamente profesional; entienden, por otro lado, que sólo han de tomarse en consideración los arrendamientos consentidos por el actual propietario (*loc. cit.*, p. 159).

jeto de trabajos de mejora en los seis meses inmediatamente precedentes a la locación que se pretende, trabajos que además habrán de alcanzar una cuantía al menos igual a la que corresponde a un año del alquiler anterior.

7.1.2 Fijación controlada

La fijación inicial de la renta en todos los inmuebles arrendados que no puedan ser encuadrados en una de las categorías del art. 17 a), no puede ser libremente realizada por las partes. Según se establece en el art. 17 b), si la renta que se pretende supera la exigida al precedente arrendatario (condición que no operaría cuando lo que se estipule sea un primer arrendamiento), ha de fijarse por referencia a los alquileres habitualmente pactados en la zona para los inmuebles de características comparables y en las condiciones establecidas en el art. 19 de la propia ley (41).

Las referencias aportadas por el arrendador permitirán que, en su caso, el arrendatario utilice la prerrogativa que le concede el art. 17 b) en su párrafo tercero y que no es otra que la posibilidad de contestar en el plazo de dos meses el montante de la renta ante la Comisión de conciliación, basándose en el incumplimiento por el arrendador de las previsiones del art. 19 (42). Si las partes no llegan a un acuerdo ratificado por la Comisión, cualquiera de ellas puede acudir al juez para que fije imperativamente el montante de la renta.

Según pone de manifiesto la doctrina, el legislador ha contemplado esta situación de renta controlada como una medida sujeta a posible revisión. En efecto, el párrafo segundo del art. 17 b) establece que el control se aplicará durante cinco años a partir de la publicación de ley de 6 de julio de 1989; antes de la expiración de este plazo el gobierno deberá presentar al Parlamento un informe que permita establecer la comparación de la evolución de las rentas de los inmuebles vacantes, según pertenezcan a las letras a) o b) de este artículo; los resultados de ese

(41) El art. 19 de la ley de 6 de julio de 1989 dispone que para la aplicación del art. 17, las rentas que sirvan de referencia deben ser representativas del conjunto de las habitualmente existentes en la vecindad para viviendas o locales arrendados de características comparables, situados bien en el mismo grupo de inmuebles, bien en otro grupo que presente características similares y se halle situado en la misma zona geográfica. Un Decreto del Consejo de Estado habrá de definir los elementos esenciales de estas referencias. Añade el precepto que el número mínimo de referencias que deben ser suministradas por el arrendador es de tres. No obstante, las referencias serán seis en los municipios fijados por Decreto, que formen parte de una aglomeración de más de un millón de habitantes. Las referencias aportadas por el arrendador deben señalar también, al menos en sus dos terceras partes, los arrendamientos en los que no ha habido cambio de inquilino durante tres años.

(42) La Comisión de conciliación es la que regula el art. 20 de la propia ley.

informe condicionarán que el legislador opte por prorrogar, modificar o suprimir el sistema de control que ahora se instaura (43).

7.1.3. *Fijación excepcional por el Gobierno*

Como complemento del régimen de fijación controlada de la renta, para determinados contratos de arrendamiento el art. 18 de la nueva ley contempla la posibilidad de que en las zonas geográficas donde le nivel y la evolución de las rentas, comparadas con las existentes en el conjunto del territorio (del Estado), revelen una situación anormal del mercado locativo, el Gobierno mediante Decreto del Consejo del Estado y previo informe de la Comisión Nacional de Concertación, pueda fijar el montante máximo de la evolución de las rentas de los inmuebles vacantes señalados en la letra b del art. 17. Esta facultad, que también puede ser ejercitada respecto de los contratos prorrogados aludidos en el art. 17 c), no es utilizable en el caso de los contratos con renta absolutamente libre. Este tipo de Decretos han de expresar el período de su vigencia, que no puede ser superior a un año y pueden prever adaptaciones particulares, especialmente en caso de trabajos efectuados por el arrendador o de alquileres manifiestamente infravalorados (44).

7.2. **Revisión de la renta en el curso del arrendamiento**

Siguiendo los pasos de sus precedentes inmediatas de 1982 y 1986, la ley de 1989 contempla la posibilidad de que el contrato prevea la revisión convencional de la renta (art. 16 d). Es ésta la única oportunidad que las partes tienen de modificar el montante del alquiler en el curso del arrendamiento, puesto que de no haberse estipulado nada, éste permanecerá fijo durante todo el plazo contractual.

Según el segundo párrafo del mencionado art. 17 d), que también en este punto sigue una línea continuista con la situación anterior, el aumento de la renta resultante de la cláusula revisoria no puede exceder de un índice objetivo: la variación del índice nacional relativo al coste de la construcción publicado por el Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos; si la cláusula contractual no fija la fecha de referencia, ésta es la del último índice publicado en el momento de la firma del contrato de arrendamiento. Ha de observarse que el art. 17 d) habla exclusivamente de "augmentation" de la renta, no contemplándose la posibilidad de que las variaciones del aludido índice operen a la baja. La revisión de la renta es necesariamente anual, pues el párrafo

(43) J. L. Aubert/Ph. Bihr, *loc. cit.*, p. 159.

(44) La previsión del art. 18 ha sido desarrollada ya para la zona de París por el D. núm. 89-590 de 28 de agosto de 1989.

primero del art. 17 d) señala que aquélla se producirá cada año en la fecha convenida por las partes o, en su defecto, al término de cada año de contrato.

Aparte de la estipulación de una cláusula de revisión, la ley de 1989, como la de 1986, contempla otra posibilidad de que en el transcurso del plazo contractual se produzca una variación al alza del montante de la renta. Se trata del caso en el que las partes pacten la realización de trabajos de mejora del inmueble arrendado, que pueden ser realizados tanto por el arrendador (art. 17 d), como por el arrendatario (art. 6 a), y cuyo coste puede repercutir en la elevación de la renta; esta elevación puede ser meramente temporal en el caso de las obras realizadas por el arrendatario (art. 6 a).

7.3. La renta de los contratos renovados

La vocación de estabilidad y permanencia que tiene la nueva ley respecto de los contratos que regula explica que se parta del principio de no modificación de la renta en caso de renovación o prórroga del contrato; esta invariabilidad está, como en el curso del arrendamiento, limitada por la eventual existencia de cláusulas de revisión o de trabajos de mejora del inmueble. Al margen de ello y como situación de excepción, el art. 17 c) de la ley de 1989 contempla de forma expresa la hipótesis de que la renovación del contrato produzca la revisión de la renta cuando ésta se halle manifiestamente infravalorada (45). En esta hipótesis, el art. 17 c) otorga al arrendador la facultad de proponer al arrendatario una nueva renta que, necesariamente, ha de ser fijada por referencia a las habituales en la zona para inmuebles comparables, en las condiciones definidas por el ya transcrito art. 10 de la propia ley.

Para hacer uso de esta facultad, el arrendador debe respetar un plazo de preaviso mínimo de seis meses anteriores a la expiración del plazo contractual. La notificación donde se efectúa la propuesta debe ser realizada en las condiciones de forma del art. 15, es decir, enviada por carta certificada con acuse de recibo o diligencia del alguacil. Además, bajo pena de nulidad, la mentada notificación debe reproducir íntegramente las disposiciones del art. 17 c), mencionar expresamente el montante del nuevo alquiler propuesto y la lista de referencias que el arrendador haya utilizado para su determinación.

Al arrendador que realiza la propuesta de nuevo alquiler se le pro-

(45) La proposición de ley definía el "*loyer sousévalué*" como "*dont le prix au mètre Carré est inférieur à celui indiqué pour un logement comparable par l'Observatoire les Loyers ou la référence la plus basse, telle que définie à l'art. 18 si'il n'y pas d'Observatoire agréé*". La ley aprobada no incluye ninguna definición, aunque del contexto se deduce que la renta sólo puede ser calificada como "infravalorada" por comparación con las habituales en la misma zona para viviendas o locales semejantes (P. Derruppé, *op. cit.*, p. 35).

híbe ejercitar la facultad de resolver el contrato en los casos previstos por el art. 15, decisión que la doctrina considera perfectamente justificada en la medida en que se dirige a evitar las presiones sobre el arrendatario para obligarle a aceptar la nueva renta (46).

Una vez recibida la propuesta de nuevo alquiler en las condiciones establecidas por las leyes, el arrendatario tiene dos opciones, aceptarla o rechazarla. Si decide aceptar, el contrato se prorroga, con la nueva renta, por un plazo mínimo de tres o seis años, según que el arrendador sea una persona física o jurídica. Si, por el contrario, decide rechazarla o no da respuesta alguna cuatro meses antes de la expiración del contrato, el arrendador (o el arrendatario, si lo desea) puede dirigirse a la Comisión de conciliación establecida en el art. 20, que debe emitir su informe en un plazo máximo de dos meses. En defecto de acuerdo constatado por la Comisión y antes del térmico contractual, cualquiera de las partes (normalmente el arrendador) puede dirigirse al juez para que sea él quien fije la nueva renta; en este caso el contrato se entiende renovado por el tiempo determinado en el art. 10 (tres o seis años). Si el arrendador o el arrendatario no acuden al juez antes de que expire el plazo contractual, el contrato se reconduce automáticamente en las mismas condiciones de renta que tenía hasta entonces.

En los puntos hasta ahora indicados, las disposiciones relativas a la renta de los contratos renovados son prácticamente idénticas a las establecidas por el art. 21 de la ley de 23 de diciembre de 1986. Sin embargo, ambas leyes, la de 1986 y 1989 difieren en la forma en que la eventual elevación de la renta acordada por las partes o fijada por el juez va a ser aplicada. La ley de 1989 distingue según que la elevación del alquiler sea o no superior al 10% del alquiler precedente. Si es inferior o igual al aludido 10%, la elevación convenida o fijada por la autoridad judicial se aplica de modo progresivo por tercios o por sextos, según sea la duración de la prórroga del contrato. Si la elevación es superior a ese 10%, lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos, pues se partía de que la renta anterior estaba manifiestamente infravalorada, la aplicación del aumento es siempre por sextos, de tal suerte que si el contrato sólo ha sido prorrogado por tres años, la elevación progresiva pactada o impuesta se prolonga a lo largo de no solo de la primera, sino también de la segunda prórroga trienal; esto significa que el arrendador en esa segunda prórroga no podrá solicitar una nueva modificación de la renta por manifiesta infravaloración (47).

(46) J. L. Aubert/Ph. Bihr, *loc. cit.*, p. 162.

(47) Quizás un ejemplo ayude a comprender mejor el mecanismo de elevación de la renta. Imáginese un contrato de arrendamiento entre dos personas físicas con un alquiler anual de 10.000 fr.; las partes se ponen de acuerdo en que, para el nuevo período de prórroga contractual, la renta se eleve a 16.000 fr. La diferencia entre ambos alquileres es superior al 10% de los 10.000 fr. iniciales, luego el aumento habrá de producirse por sextos. El primer año de prórroga del contrato el alquiler anual será de 11.000 fr., el segundo de

Por último, conviene recordar que el art. 18 de la ley permite fijar por vía reglamentaria el montante máximo de los alquileres de los contratos prorrogados a los que se alude en el art. 17 c) que se refieran a inmuebles situados en las zonas geográficas cuyo mercado locativo presente una situación “anormal”.

12.000 fr. y el tercero de 13.000 fr. Si se produce una segunda prórroga, el arrendador no puede proponer una nueva renta por infravaloración, sino que seguirá aumentando el alquiler anual en 1.000 fr. hasta llegar, pasando seis años desde el acuerdo de aumento, a los 16.000 inicialmente convenidos. Por el contrario, el art. 21 de la ley de 23 de diciembre de 1986, reformado por la ley núm. 89-18 de 13 de enero de 1989, permitía un segundo aumento en el segundo plazo de prórroga contractual.

El derecho al honor de las sociedades mercantiles en el ordenamiento inglés

JOSE M.^a GARRIDO (*)

Universida de Alcalá

SUMARIO: I. Introducción histórica. 1. El derecho al honor en el ordenamiento inglés. 2. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.—II. El reconocimiento del derecho al honor de las sociedades mercantiles. 1. La generalización. 2. La diferenciación: el concepto de trading reputation. 3. La casuística de la trading reputation. 4. La expansión de la trading reputation: su relación con el concepto de goodwill.—III. La protección de la reputación de la sociedad y el derecho al honor de sus administradores y empleados.—IV. De la falta de justificación de un concepto deformado y arcaico.

I. INTRODUCCION HISTORICA

1. El derecho al honor en el ordenamiento inglés

En rigor, la protección del derecho al honor en el ordenamiento inglés no aparece desarrollada hasta el siglo XVI (1). Con anterioridad a dicho período, tal protección se presenta solamente de forma embrionaria. Durante la Edad Media, los tribunales locales, de origen consuetudinario, eran los encargados de resolver las disputas relativas al honor de las personas, aunque estos tribunales tuvieron como principal objetivo asegurar la pacífica convivencia de la comunidad, dejando al mar-

(*) El presente artículo ha sido elaborado en el *Centre for Commercial Law Studies (Queen Mary & Westfield College)* de la Universidad de Londres, gracias a una beca de la Fundación Banco Exterior..

(1) Cfr., para la evolución histórica, E. WOOLL, *A guide to the law of libel and slander*, Londres, 1939, pág. 7 y sigs.; C.H.S. FIFOOT, *History and sources of the Common Law —Tort and contract*, Londres, 1949, págs. 126-137; G. WILLIAMS —B.A. HEPPLE, *Foundations of the law of tort*, Londres, 1984, págs. 3 y sigs.

gen cualquier otro tipo de consideración, como sería el indemnizar a la persona cuyo honor había sido dañado (2). En el siglo XIII, los tribunales eclesiásticos (*Courts Christian*) adquieren competencia para conocer de las violaciones del honor de las personas (*defamation*) que hagan referencia a las cualidades espirituales de éstas (3). La extensión de la competencia de los tribunales eclesiásticos, expresada con tal indeterminación, fue siempre incierta. También lo fueron sus sanciones, pero el principio general que regía su aplicación se basaba en que los tribunales eclesiásticos no pueden sino castigar al pecador, y nunca indemnizar a la víctima de la especie injuriosa. Por tanto, la situación a principios del siglo XVI no ofrece posibilidades de adecuada protección contra las violaciones del derecho al honor: los tribunales locales van desapareciendo; los tribunales eclesiásticos no indemnizan a la víctima.

Ante esta situación, los tribunales de *Common Law*, gozando de libertad de decisión judicial cuando no existen casos anteriores y análogos, ofrecían la oportunidad de *experimentar*, de intentar conseguir una satisfacción material frente a una conducta que se percibe como antijurídica. Así, en 1535 y 1536, los tribunales de *Common Law* afirman, por vez primera, su competencia para conocer de acciones en las que se solicita una indemnización por afirmaciones que atentan contra el honor de las personas. (4). A partir de este momento histórico, las acciones por *defamation* aumentan de una manera tan vertiginosa que ya en 1985 los jueces comienzan a intentar poner coto al abuso del recurso indiscriminado a las acciones judiciales (5).

Los tribunales desarrollan la doctrina que afirma que todo hombre tiene derecho a su honor, a su buen nombre (*his good name*) y a la estima en que es tenido por los demás (6), a la vez que declaran cuáles son las conductas concretas que sirven en fundamento a una acción indemnizatoria. Tales conductas son, en primer lugar, la imputación de un delito; en segundo lugar, las manifestaciones sobre la incompetencia de una persona para desempeñar un cargo o ejercer un oficio; por último, los tribunales castigan todo tipo de declaraciones ofensivas que traigan como consecuencia una pérdida material para el ofendido, si tal pérdida es probada por éste (*special damages*).

De este modo, a finales del siglo XVI la protección del derecho al honor asume caracteres que aún hoy le son definitorios. Importa destacar que todo este proceso se lleva a cabo en los tribunales civiles. Los tribunales penales se ocuparon de reprimir, fundamentalmente, las ofen-

(2) FIFOOT, *ob. cit.*, pág. 126.

(3) La competencia de los tribunales eclesiásticos sobre esta clase de acciones se funda en el documento *Circumspecte Agatis* (1.285).

(4) Los dos casos, ambos relativos a falsas imputaciones de robo, son: *Y. B. 26 Hen. 8. Hil. T. 9. pl. 1; y Y. B. 27 Hen. 8. Trin. T. 22. pl. 17.*

(5) *Vid. Stanhope v. Blyth* (1585) 4 Coke Rep. 15 a.

(6) Cfr. *Halsbury's Laws of England*, vol. 28, pág. 3.

sas al honor de las personas perpetradas por medios escritos (*libel*) (7). Pero la ofensa escrita aparece pronto definida también como una de las conductas englobadas dentro del ilícito de la *defamation*, sirviendo de fundamento para una acción civil indemnizatoria. La diferencia básica entre ofensa escrita (*libel*) y oral (*slander*) es que la ofensa escrita no requiere la prueba de daños económicos en ningún caso: tales daños se presumen *iuris et de iure* (8).

2. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

Frente al temprano desarrollo de la acción indemnizatoria civil por daños al honor (9), la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles tiene un reconocimiento tardío en el derecho inglés. Como es sabido, las sociedades mercantiles se vieron privadas de la ventaja de contar con personalidad jurídica por causa de una serie de escándalos financieros que tuvieron el efecto de que, a los ojos del legislador, las ideas de *personalidad jurídica* y *responsabilidad limitada* se percibieran como partes de una misma realidad (10). El Parlamento receló de las sociedades mercantiles a causa de la extendida opinión que veía en ellas vehículos idóneos para el fraude a gran escala. El retraso en la concesión de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles ocasionó que estas sociedades tuvieran enormes problemas de *organización*: las complicaciones procesales de una acción judicial dirigida por o contra los socios de una gran sociedad sin personalidad jurídica son un buen ejemplo (11). Con el tiempo, sin embargo, la realidad de la sociedad mercantil y su importancia dentro de la economía industrial se reconocen

(7) El conocido tribunal penal de la *Star Chamber* contaba con jurisdicción sobre el crimen de *libel*. Sin embargo, resulta engañoso referirse a un delito de injuria escrita (*libel*) y a un ilícito civil de injuria oral (*slander*). Hubo casos en los que los tribunales de *Common Law* otorgaron indemnizaciones por daños causados por ofensas escritas; y el tribunal de la *Star Chamber* castigó injurias orales con severas penas.

(8) Sobre la distinción entre *libel* y *slander*, *vid. Ratcliffe v. Evans* (1892) 2QB 524-528; *South Hetton Coal Co. Ltd. v. North-Eastern News Association Ltd.* (1894) 1QB 133-145. La distinción está también presente en el derecho norteamericano, *v. N. ROSENBERG, Protecting the best men. An interpretive history of the law of libel*, N. Carolina, 1986.

(9) Se configura definitivamente como una acción especial dentro del derecho de la responsabilidad extracontractual (*tort law*); *vid. P.H. WINFIELD, The province of the law of tort*, Cambridge 1931, págs. 3 y sigs.; DIAS (ed.), *Clerk and Lindsell on torts*, Londres 1989, pág. 170 y sigs. Para el derecho norteamericano, cfr. C MORRIS, *Morris on torts*, Brooklyn 1953, págs. 284-309; PROSSER, *Torts*, 4^a ed., Minnesota 1971, págs. 737-800; KEETON y KEETON, *TORTS*, 2^a ed., Minnesota, 1977, págs. 934-1.103.

(10) Sobre las circunstancias históricas, sobre todo el escándalo de la compañía del Mar del Sur (*South Sea Bubble*) *v.*, por todos, GOWER, *Gower's principles of modern company law*, 4^a ed., Londres 1979, págs. 28 y sigs.

(11) V. GOWER, *ob. cit.*, pág. 35; RAJAK, *A sourcebook of company law*, Londres 1989, págs. 35 y sigs.

con la concesión de la personalidad jurídica por medio de las leyes de *Gladstone* de 1844 (12). La personalidad jurídica deja de ser un *privilegio* (13) para convertirse en un *derecho*, cuando se han cumplido los requisitos establecidos por la Ley. El resultado es la proliferación de personas jurídicas en el tráfico: el nuevo derecho de las sociedades mercantiles no inventa la categoría de la persona jurídica, pero *generaliza* su existencia. Los jueces se encuentran, por tanto, ante un grave problema: la existencia de un derecho creado y desarrollado para regular relaciones entre personas físicas que se ve *invadido* por personas jurídicas. Este problema de *inadecuación* se dio en numerosas ramas del derecho; pero es probable que en ninguna de ellas haya sido tan evidente ese desajuste como en la protección del honor de la persona.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL HONOR DE LAS SOCIEDADES

1. La generalización

El conflicto que se presenta a los jueces ingleses tiene como solución alternativa o bien reconocer la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles atribuyéndoles todos los derechos propios del individuo —incluso el derecho al honor—, o bien atender exclusivamente a la naturaleza patrimonial de la sociedad mercantil y negarle tales derechos. Este conflicto se plantea muy tempranamente, en el crucial caso *Metropolitan Saloon Omnibus Co. Ltd. v. Hawkins* (14). En este caso, por primera vez una sociedad mercantil demanda a un individuo por haber ofendido su honor; en concreto, por haber manifestado que la compañía era “*insolvente, estaba mal administrada, y la llevanza de sus negocios era irregular y deshonesta*” (15). La sentencia recoge el principio de que una sociedad puede emprender una acción judicial por ofensas a su honor del mismo modo que un individuo (16). De esta manera, los tribunales optan por una interpretación literal de la ley: si el Parlamento dis-

(12) Cfr. GOWER, *ob. cit.*, pág. 42. V. Sir W. HOLDSWORTH, *A history of english Law*, Londres 1932, vol. VIII, págs. 195 y sigs.

(13) Existían con anterioridad compañías creadas por privilegio real, v. RAJAK, *ob. cit.*, págs. 18 y sigs.

(14) (1959) 4 H&N 87.

(15) *Ibid.*, 87.

(16) En palabras del juez POLLOCK: “*A corporate body may maintain an action for libel or slander in the same way as an individual*”. *Ibid.* 87; cfr. DIAS (ed.) *ob. cit.*, pág. 171; DUNCAN-NEILL, *Duncan & Neill on defamation*, Londres 1988, págs. 42-45. Curiosamente, tal afirmación ha sido repetida, más de un siglo después, en la primera sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la misma materia: v. *Dun & Braelstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc.*, 472 US 749 (1985).

puso que las sociedades tuvieran personalidad, deben tenerla con todas sus consecuencias. No obstante, en este primer e importante caso, existe ya una restricción al amplísimo principio enunciado: en su sentencia, el juez Pollock afirma que, de acuerdo con el sentido común, las compañías no pueden ejercitar acciones judiciales por ofensas o su honor cuando tales ofensas consistan en la imputación de crímenes como el asesinato, el incesto, o el adulterio; crímenes que, como resulta evidente, los entes sociales no pueden cometer (17). Hay que advertir que esta distinción, ciertamente elemental, es ilustrativa de la contradicción que supone el reconocimiento del derecho al honor de un ente que es radicalmente distinto a las personas físicas. No es sólo que existan conductas humanas que no puedan serle atribuidas, la cuestión que se plantea es de mayor profundidad: ¿Existe en un ente no humano un "honor"?

Esta pregunta, que el juez Pollock evitó en el caso *Metropolitan Saloon*, aparece por vez primera en el caso *South Hetton Coal Co. Ltd. v. North Eastern News Association Ltd.* (18). En este caso se descarta la existencia, para las sociedades, de lo que podríamos denominar la *dimensión interna del honor*. Las sociedades, como habían declarado los tribunales anteriormente, no son individuos. Esto no sólo restringe las conductas que les puedan ser imputadas, sino que también lleva a la inevitable constatación de que las sociedades carecen de la dimensión moral de la persona. *El daño moral, por tanto, es inexistente*. La sociedad no es un ser humano; no puede, debido a ello, padecer moralmente por una ofensa. *"Una compañía no puede ser herida en sus sentimientos, por la lisa y llana razón de que una compañía no tiene sentimientos"* (19).

La contradicción que representa reconocer el derecho al honor de la persona jurídica y, a la vez, negarle una dimensión moral, solamente puede salvarse mediante la elaboración de un concepto de "honor" que sea peculiar a las especiales circunstancias de la persona jurídica.

2. La diferenciación: el concepto de trading reputation

El concepto de *trading reputation* es una creación judicial, realizada a partir del caso *South Hetton Coal*. Al descartar que las sociedades tengan un honor en el sentido subjetivo, y psicológico, de este término, los jueces ingleses reemplazan el concepto de honor del individuo por otro más adecuado a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles; la *trading reputation*: *"Una compañía mercantil tiene una reputación co-*

(17) *Metropolitan Saloon...* (cit. nota 14), pág. 90.

(18) (1894) 1QB 133.

(19) Lopes CJ, *Ibid*, 143. Cfr. Lord Escher, *ibid*, 138. La afirmación ha sido reiterada en la jurisprudencia más moderna, v. gr. *Rubber Improvement Ltd. v. Daily Telegraph Ltd.*; *Rubber Improvement Ltd. v. Associated Newspapers Ltd.* (1963) 2 All ER 151, 156; (1964) AC 234, 262.

mercial y puede emprender una acción por "libel o slander respecto de una declaración que dañe su comercio o negocio (20). Los tribunales han seguido esta definición con total fidelidad (21).

La *trading reputation* supone una corrección respecto de la primera sentencia de un tribunal inglés declarando aplicable todo el derecho de protección al honor a las personas jurídicas. A pesar de que se insista en que el derecho es el mismo para personas jurídicas y físicas (22), es claro que, a la especial naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, caracterizada por la nota de la *patrimonialidad*, lo lógico es corresponder con un derecho al honor, o reputación, caracterizado también por la patrimonialidad. La *trading reputation* no es más que un derecho al honor *patrimonializado*, adaptado a la naturaleza de las sociedades mercantiles (23). La noción de *trading reputation* no se distingue del honor individual sólo por la necesaria existencia de un perjuicio patrimonial; es también diferente en el sentido de que es una *reputación*, y como tal, asume un carácter totalmente externo: el daño a la reputación viene constituido por la *pérdida de la estima de los demás*. No hay posibilidad, pues de un daño subjetivo, de orden moral, que sólo puede existir en el caso de los individuos. Además, al tratarse de una reputación *mercantil*, la consecuencia es que no todas las manifestaciones que dañen la reputación de la sociedad dan lugar a un daño resarcible, sino que, por la patrimonialización antes reseñada, sólo son indemnizables *aquellas manifestaciones que se presuntamente causan una pérdida económica a la empresa*. En este sentido, quizás la formulación más célebre de la *trading reputation* sea la de Lord Reid: "*Una compañía no puede ser herida en sus sentimientos, puede ser herida sólo en su bolsillo (...) La ofensa debe sonar en dinero*" (24). El daño patrimonial es lo que caracteriza a las ofensas contra la *trading reputation*.

3. La casuística de la trading reputation

A pesar de que la *trading reputation* venga definida de un modo amplio por los tribunales ingleses (25), la determinación de las conductas

(20) *South Hetton Coal*..., (cit. nota 18) pág. 133.

(21) El concepto puede encontrarse en los casos siguientes: *Linotype Co. Ltd. v. British Empire Type-setting Machine Co. Ltd.* (1889) 81 LT 331 HL; *Lyan v. Lipton*, (1914) 49 LJQ 542; *Slazengers Ltd. v. C. Gibbs & Co.*, (1916) 33 TLR 35; *D&L Caterers Ltd and Jackson v. D'Ajou*, (1945) KB 364, (1945) All ER 563.

(22) Cfr. Lord ESHER, en *South Hetton Coal*... (cit. nota 18), pág. 138: "*The law of libel is one and the same for all the plaintiffs*".

(23) Cfr. KAY LJ, en *South Hetton Coal*... (cit. nota 18), págs. 133 y 147: "*A corporation has a trading character which may be destroyed by libel*". Cfr. DIAS (ed.) *ob. cit.*, págs. 1092.

(24) En *Rubber Improvement Ltd. v. Daily Telegraph*, (1963) 2 All ER 156.

(25) Cfr. *D&L Caterers Ltd. v. D'Ajou* (1945) KB 365.

que constituyen violaciones de la reputación comercial es lo que marca de modo concreto el alcance y fronteras del concepto. Desde el primitivo caso *Metropolitan Saloon* se van describiendo las manifestaciones ofensivas que se consideran dañinas económicamente para las sociedades mercantiles (26). Las manifestaciones, orales o escritas, que se consideran violaciones de la *trading reputation* son las siguientes:

- Manifestaciones referidas a la situación financiera de la sociedad (27).
- Manifestaciones que descalifiquen la eficacia de la gestión empresarial (28).
- Manifestaciones que atacan la capacidad y honestidad de los administradores de la sociedad (29).
- Manifestaciones ofensivas que se refieren a los bienes producidos o servicios prestados por la sociedad (30).

Cuando alguna de estas manifestaciones ofensivas se produce, los tribunales presumen *iuris et de iure* la existencia de un daño económico, sin que sea preciso probar su existencia ni su cuantía (31), del mismo modo que ocurre en los casos en que el honor de las personas físicas es violado, el concepto de *trading reputation* sirve, pues, para delimitar las conductas que permiten a la sociedad prescindir del requisito de la prueba del daño para entablar, con éxito, una acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual. A su vez, la tipificación de las manifestaciones que constituyen violaciones de la *trading reputation* restringe, en cierta medida, ese privilegio procesal.

(26) Cfr. las clasificaciones judiciales que se van produciendo, sobre todo la de *Thorley's Cattle Food Co. v. Massan* (1880) 14 Ch. D. 763, donde se distingue entre declaraciones referidas a las mercancías o productos de la compañía, declaraciones referidas a su solvencia, y declaraciones destinadas (*calculated*) a dañar a la compañía en su negocio. Cfr. DIAS (ed.) *op. cit.*, pág. 171.

(27) Como en el caso *Metropolitan Saloon* ... (cit. nota 14).

(28) V. Lord ESHER, en *South Hetton Coal...* (cit. nota 18), pág. 139.

(29) Lo que enlaza con el problema de la separación del derecho al honor de los administradores y la *trading reputation* societaria (*V. Infra*). Este tipo de violación de la *trading reputation* es uno de los alegados con mayor frecuencia: v. *Associated Leisure Ltd. (Phonographic Equipment Co. Ltd.) v. Associated Newspapers Ltd.* (1970) 2 QB 450, (1970) 2 All ER 754; *DDSA Pharmaceuticals Ltd. v. Times Newspapers Ltd.* (1972) 2 All ER 417, (1973) QB 21; *London Computer Operators Training Ltd. v. BBC*, (1973) 2 All ER 170, (1973) 1 WLR 424.

(30) Cfr. *Linotype Co. Ltd. v. British Empire Type-setting Machine Co. Ltd.*, (1889) 81 LT 331. Destaca el caso australiano *Sungrarwe Property v. Middle East Airliban SAL* (1975) 49 AJLR 17, sobre declaraciones afirmando que unas líneas aéreas eran particularmente vulnerables a los secuestros.

(31) Cfr. *Company of proprietors of Selby Bridge Ltd. v. Sunday Telegraph Ltd.*, (1966) 197 Estates Gazette 1.077.

4. La expansión de la trading reputation: su relación con el concepto de goodwill

La definición del concepto de *trading reputation*, no representa una solución duradera para el problema de delimitar la protección que el Ordenamiento debe dispensar a las sociedades mercantiles. La definición de la *trading reputation* como un honor de naturaleza patrimonial o económica no tiene en cuenta que el concepto de lo patrimonial no es estático, sino histórico, y sujeto a una permanente evolución. La aparición de la idea de *goodwill* (fondo de comercio) es buena prueba de ello.

La relación entre el concepto de reputación comercial y el de fondo de comercio (*goodwill*) dista de haber sido estudiada en profundidad. La idea de *goodwill* aparece en las sentencias inglesas en un período histórico ligeramente anterior al del desarrollo de la *trading reputation* (32). La definición primitiva de *goodwill* parece comprender solamente la probabilidad de que los clientes sigan adquiriendo los bienes o servicios que el comerciante suministra. Sin embargo, el desarrollo de la industria y de las formas complejas de producción y organización empresarial hacen que el concepto cambie, expandiéndose de una manera notable. Así, en 896, en el caso *Trego v. Hunt* (33), Lord Macnaghten opina que el *goodwill* es ya un concepto demasiado amplio como para ser englobado por la definición anterior. Se entiende que *goodwill* es el valor añadido que tiene una empresa ya existente, no sólo por contar con una clientela establecida, sino también por otros factores, como la organización de la empresa. Entre uno de esos factores, figura, en un conocido caso (34) la *reputación* de la empresa.

De este modo, los conceptos de *goodwill* y *trading reputation* quedan íntimamente entrelazados. Como vimos, para que pueda existir una ofensa a la *trading reputation* debe existir un daño económico. Ahora bien, si el *goodwill* es uno de los valores económicos de la sociedad, cualquier manifestación que lo dañe resulta en una ofensa a la *trading reputation*. Al estar incluida dentro del *goodwill* la reputación y el buen nombre del negocio, todo ataque dialéctico contra una compañía es fundamento suficiente para establecer la responsabilidad —y la consiguiente indemnización— por *defamation sin necesidad de probar la existencia y cuantía de los daños*. En suma, la ascensión del concepto de *goodwill* anula todos los esfuerzos judiciales de contener la expansión de la responsabilidad por manifestaciones ofensivas referidas a entes sociales.

(32) De entre los primeros casos en los que parece la definición de *goodwill*, destacan *Cruinell v. Lye* (1.810) 17 Ves. 335; *Chissum v. Dewes*, 91828) 5 Russ. 29; *Potter v. Inland Revenue Comrs.*, (1854) 10 Exch. 147; *Wedderburn v. Wedderburn*, (1856) 22 Beav. 84; *Austen v. Boys*, 1858) 2 De Co.&J. 626.

(33) (1896) AC 7 HL.

(34) *Inland Revenue Comrs. v. Muller & Co.'s Margarine Ltd.*, (1901) AC 217 HL; v., de nuevo, en *Hill v. Fearies*, (1905) 1 Ch. 466.

Los tribunales trataron de elaborar un concepto restringido de *reputation*, que tan sólo protegiese el patrimonio de las sociedades; no imaginaron que la *reputation*, en un sentido amplio, acabaría por convertirse en un elemento de ese patrimonio: el concepto de *trading reputation* pierde su sentido.

Ello provoca que la protección de la reputación de las sociedades mercantiles tenga *en la práctica* un alcance muy similar al de la protección de la reputación de las personas físicas (35). No cabe duda de que, en la actualidad, un daño a la reputación de una sociedad constituye, generalmente, una merma económica en su actividad de empresa (36). Pero una cosa es reconocer que esto sea así y otra muy distinta es el proporcionar a las sociedades los privilegios procesales que protegen a las personas físicas, especialmente la exención del requisito de la prueba del daño y su cuantía.

III. LA PROTECCION DE LA REPUTACION DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO AL HONOR DE SUS ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS

El problema de diferenciar la protección contra la *defamation* de las personas jurídicas y físicas se plantea en su forma más ayuda en el caso de los administradores y empleados de las sociedades mercantiles. Brevemente, la cuestión es ésta: ¿Cuál es la persona legitimada para emprender una acción judicial indemnizatoria cuando se ha ofendido a un administrador o empleado de la sociedad?

No es posible dar una respuesta general a esta pregunta. La *defamation* de los directores y empleados no implica *necesariamente* la *defamation* de la sociedad y viceversa (37). El principio general es que la sociedad no puede emprender una acción por *defamation* cuando las manifestaciones infamatorias se refieren a *cualidades personales* de los administradores, y no van referidas a su condición de administradores en sí misma considerada puesto que entonces sí habría un descrédito comercial para la sociedad (38). Esta fórmula resulta notoriamente oscura. Resulta difícil, en la práctica, deslindar las cualidades personales de los administradores y empleados de su propia condición de administradores o empleados. En Estados Unidos, donde la protección del derecho al honor tiene caracteres muy similares a los del derecho inglés, se dan curiosos y contradictorios resultados: en el caso *Hapgoods v. Crat-*

(35) La única diferencia, como se vio anteriormente, sería que la persona jurídica no puede exigir una indemnización por daños morales.

(36) Cfr. DUNCAN-NEILL, *ob. cit.*, pág. 43.

(37) Cfr. R. SACK, *Libel slander and related problems*, N. York, 1.980, págs. 124 y sigs.

(38) Cfr. Lord ESHER, en *South Hetton Coal...* (cit. nota 18), pág. 141.

ford (39) se consideró que los apelativos de “faquires y ladrones”, dirigidos a los administradores y empleados de la sociedad, no constituyían una *defamation* de la propia sociedad. Por otro lado, en *Neiman-Marcus Co. v. Lait* (40), las declaraciones sobre los hábitos sexuales de los empleados de unos grandes almacenes fueron consideradas *defamation* de la sociedad. No resulta predecible, por tanto, la existencia o inexistencia del derecho de la sociedad a obtener una indemnización en los casos en que los administradores o empleados son el objeto inmediato de la *defamation*. En la práctica, es común que los administradores o empleados y la sociedad ejerzan la acción judicial conjuntamente (41). La tendencia más reciente de los tribunales parece indicar que la *defamation* de los administradores o empleados constituye generalmente *defamation* de la sociedad, y viceversa (42). Si existe una mínima relación con la sociedad, los tribunales tienden a considerar la probabilidad de que —por ejemplo— la conducta imputada al administrador o empleado se asocie en la opinión pública con la sociedad (43). Del mismo modo, las declaraciones hechas contra una compañía llevan, en la mayoría de los casos, descalificaciones y ofensas para las personas responsables de su administración.

La consecuencia final de las confusiones jurisprudenciales del honor de las personas físicas relacionadas con la sociedad y la reputación de ésta, es la *ampliación exorbitante* de la protección de las sociedades mercantiles, que pueden emprender acciones judiciales de indemnización incluso en casos en los que las ofensas van dirigidas directamente a personas físicas y se refieren a cualidades y conductas impropias de la persona jurídica.

(39) 125 App. Div. 856, 110 NYS 122 (1908).

(40) 107 f. Supp. 96 (SDNY 1952). Para un análisis completo de la cuestión en derecho estadounidense, v. A. W. LANGVARDT, “A principled approach to compensatory damages in corporate defamation cases”, en *American Business Journal*, 1990 págs. 526 y sigs.

(41) La sociedad y los administradores, en el caso *Associated Leisure Ltd. v. Associated Newspapers Ltd.* (1970) 2 QB 450, (1970) 2 All ER 754; y en *S&K Holdings Ltd. v. Throgmorton Publications Ltd.* (1972) 3 All ER 497, (1972) 1 WLR 1036; la sociedad y el gerente en el caso *Broadway Approvals Ltd. v. Odhams Press Ltd.* (1965) 2 All ER 523 (1965) 1 WLR 805.

(42) Cfr. ARTHUR-KIRBY -REIN, “Defamation suits as a weapon in corporate control battles”, en *Business Lawyer* (1980), pág. 5.

(43) El derecho relativo a las corporaciones y sociedades no mercantiles está formulado de un modo más impreciso: en el caso *Manchester Corp. v. Williams*, (1891) 1 QB 94, se negó la legitimidad de una corporación municipal para entablar una acción por *defamation*, a pesar de que se la había acusado de corrupción y soborno. Sin embargo, se duda de la corrección de tal sentencia. La línea jurisprudencial ortodoxa tiene su más claro exponente en *Bognor Regis UDC v. Campion* (1972) 2 QB 169, (1972) All ER 61, donde se recoge el concepto de *governing reputation*, que no es sino versión de la *trading reputation* aplicada a las corporaciones municipales.

IV. DE LA FALTA DE JUSTIFICACION DE UN CONCEPTO DEFORMADO Y ARCAICO

Las personas jurídicas, y en especial las sociedades mercantiles, gozan de una protección amplísima frente a las manifestaciones que ofenden su reputación, no sólo en el derecho inglés, sino también en el estadounidense (44). La extensión de un régimen especial de responsabilidad extracontractual adaptado a la persona física, y que se hallaba muy desarrollado en el momento histórico en que las personas jurídicas irrumpen en el tráfico mercantil, parece la principal causa de este fenómeno, junto a la creciente importancia de la reputación comercial como uno de los valores económicos de la empresa comprendidos en el concepto de *goodwill*.

En lo que toca a la reforma del derecho sustantivo y procesal relativo a la *defamation*, el informe del comité *Porter* (45) no recomendaba ningún cambio en lo que respecta a la protección de la persona jurídica. No obstante, posteriormente, el comité *Faulks* (46) propuso que se restringiera el derecho de las sociedades mercantiles a demandar por *defamation*. El comité no estimó conveniente reconocer el derecho a emprender una acción indemnizatoria por parte de una compañía a no ser que ésta *demonstrase* o bien la existencia de un daño especial o bien la existencia de grandes probabilidades de que las manifestaciones injuriosas causaran a la sociedad un daño cuantificable en dinero. Desgraciadamente, estas recomendaciones no fueron atendidas por el legislador inglés.

En su actual configuración, podría calificarse de desproporcionada la protección de la reputación de las sociedades. La reputación y el honor de las personas físicas son valores morales y jurídicos que merecen el respeto de los individuos y la protección del derecho. Sólo atribuyendo un valor superior al honor de la persona es posible justificar el límite a la libertad de expresión que su reconocimiento supone. Al faltar esta dimensión moral en la persona jurídica, resulta un tanto ilógico otorgarle la misma protección que a los sujetos físicos.

Las sociedades pueden aprovecharse de las normas especiales de la *defamation* referentes a la prueba. La no exigencia de prueba de la existencia y cuantía del daño es adecuada cuando se protege el honor de los individuos, puesto que estos requisitos harían difícil, si no imposible, una reparación del daño moral. Sin embargo, una sociedad mercantil sólo puede sufrir daños patrimoniales. Los daños patrimoniales pueden

(44) Cfr. BAMBERGER, "Public figures and the law of libel", en *Business Lawyer* (1983), pág. 209 y sigs.; FRANKLIN, "Winners and losers and why. A study of defamation suits", en *ABA Research Journal*, 1980, págs. 483-484.

(45) *Report of the committee on the law of defamation*, Londres 1948.

(46) *Report of the committee on the law of defamation*, Cmnd. 5909. V. esp. párrafos 336-342.

ser objeto de prueba; por tanto, *deberían probarse* (47). De otro modo, el permitir que las sociedades se beneficien del privilegio de la no exigencia de la prueba del daño equivale a admitir la posibilidad de que reciban una indemnización superior al perjuicio efectivamente sufrido, o incluso de que las sociedades reciban una indemnización cuando no ha existido, de hecho, daño económico alguno (48). El valor económico de la reputación de una sociedad puede protegerse mediante las normas generales de responsabilidad extracontractual (*tort*) y el desarrollo del derecho de la competencia desleal. Existen vías alternativas para lograr que el daño económico causado a la sociedad sea reparado.

Otorgar a las sociedades mercantiles, y a las personas jurídicas en general, privilegios procesales dirigidos a proteger valores típicamente individuales supone desequilibrar la balanza entre libertad de expresión y daño económico (49). La dificultad de prueba del daño no debería ser una justificación suficiente para dejar de buscar una solución adecuada para los intereses en juego (50).

(47) V. J.A. WEIR, "Local authority v. Critical ratepayer -a suit in defamation", en *Cambridge L.J.*, 1972, págs. 238-246.

(48) WEIR, *Cambridge L.J.*, 1972, págs. 239 y sigs., analiza el caso *Bognor Regis UDC v. Campion*, (1972) 2 QB 169, en el que se condenó a un vecino de un municipio a indemnizar a éste con treinta mil libras, por haberlo calificado de "dictatorial". Como escribe WEIR, la cuantía de la indemnización no es importante, porque "si se permite a un demandante entablar una acción aunque se dé la posibilidad de que no haya sufrido un daño, cualquier indemnización que se le otorgue será infinitamente grande".

(49) La dialéctica entre libertad de expresión y valores económicos se da en el derecho estadounidense con particular intensidad; v. V. BRUDNEY, "Business corporations and stockholders' rights under the First Amendment", en *Yale LJ*, 1982, págs. 235 y sigs.; y, sobre todo, A. W. LANGVARDT, "Free speech and economic harm", en *Temple Law Review*, 1989, págs. 903 y sigs.

(50) La dificultad de probar los daños económicos causados a una sociedad por *defamation* no debe conducir a la equiparación de la persona jurídica y la persona física. V. LANGVARDT, en *American Business Journal* 1990, pág. 491; v. la opinión disidente del Juez BRENNAN en el caso *Dun & Braelstreet* en 472 US 793 (1985).

VIDA JURIDICA

In memoriam

EXCMO. SR. D. RAFAEL NUÑEZ LAGOS

Rafael Núñez Lagos ha fallecido en Madrid, el 11 de enero de este año. Con su enorme actividad y gran personalidad, entre sus múltiples y diversas actividades, fue Consejero de Número del Instituto de Investigaciones Científicas; y, durante muchos años, estuvo íntimamente unido al Instituto de Estudios Jurídicos, del que fue Vicedirector; al Anuario de Derecho Civil, formando parte desde el principio de su Consejo de Redacción, y al Seminario que don Federico de Castro creó y dirigió tantos años. En él, recuerdo a Rafael interviniendo en las discusiones con la peculiar agudeza y la gran sencillez que le caracterizaban.

Nació en Madrid, en 1902. Estudió la carrera de derecho en Valencia, obteniendo las máximas calificaciones y la remató con el premio extraordinario de la licenciatura en 1925. Castán Tobeñas, que fue uno de sus más queridos maestros, le calificaría, pocos años después, de "honor de las aulas de la Universidad de Valencia".

A partir de su licenciatura, y en menos de diez años, se doctoró en Madrid; ingresó con la edad mínima en el Notariado; obtuvo plaza de primera por oposición entre notarios, siendo en aquel momento el más joven de esa clase, y, en otra oposición, llegaría a Madrid. Durante su preparación tuvo tiempo de escribir su primera obra "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", aparecida en 1934, prologada por Castán Tobeñas, quien escribiría que, en ella, Núñez Lagos había acertado a construir "una teoría del enriquecimiento sin causa, que, a pesar de no ser ajena al derecho positivo patrio, permanecía completamente al margen de nuestra doctrina científica"; y que había "sabido trazar un cuadro dogmático del enriquecimiento sin causa en el derecho español que puede colocarse al lado de las mejores monografías jurídicas que se publiquen en los países de cultura civilista más avanzada".

A su sólida formación, desde su base civilista, se uniría una riqueza de ideación al captar la realidad viva en imágenes, y extraordinaria brillantez de pluma como expositor.

Esa capacidad de traducir la realidad jurídica en ideas y exponerlas con imágenes, explican que Rafael Núñez Lagos resulte, siempre y a la vez, clásico y original. Su saber es clásico y fundamentado; pero resulta original su percepción. Después de radiografiada la realidad jurídica, esta originalidad le permite enfocarla desde los ángulos más reveladores, llenándola de luminosidad y transparentándola en imágenes expresivas.

El estilo de Núñez Lagos era de orfebrería, trabajado en esas imágenes vaporosas por su transparencia.

Como civilista publicó notabilísimos trabajos; en su variadísima temática se ocupa más extensamente:

A) De la *gestión de negocios ajenos* y el *pago de lo indebido*, que, después de varios excelentes estudios monográficos, subsumió en los dos volúmenes del tomo XXX del Código Civil de Mucius Scaevola, dedicados, el primero, a los quasi contratos en general y a la gestión de negocios ajenos, y, el segundo, al cobro de lo indebido y al enriquecimiento sin causa.

B) Del *mandato sin poder*, los *apoderamientos*, la ratificación, la *cesión de contrato*, la *condictio ob turpem vel iniustam causa*.

C) De *derecho sucesorio*, materia de la cual tiene publicados importantísimos trabajos:

— *El derecho sucesorio ante la tradición jurídica española y el Código civil español*, que me sirvió de rayo de luz con el que iluminar el enfoque, desde nuestra raíces históricas, de mi tratado de *Las Legítimas*.

— *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, que brinda uno de los ejemplos más claros de éstos que utilicé en mi examen de la antítesis inflación justicia y me ayudó para tratar este punto en mi estudio de la colación.

— Su contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia de mi maestro Ramón María Roca Sastre, *El fideicomiso “si sine liberis decesserit” y el Código civil*. Contestación polémica que me dio lugar a que terciara en ella.

— Y la contestación, con que honró, al mío: *Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima*.

D) En *derecho inmobiliario*, donde apoyó la tarea de no desvincular el Registro de la propiedad de la realidad, para evitar que se pierda en lo abstracto y que pueda suplantar la realidad, en lugar de mostrarla y servirla adecuadamente.

E) En *derecho notarial* y, con una perspectiva más general, en *derecho documental*, puedan distinguir —como hizo Manuel Romero Vieitez— varias facetas en las tareas emprendidas por Rafael Núñez Lagos:

a) *Actuación en la publicación y dirección de revistas jurídicas*, dedicada especialmente a los estudios jurídicos notariales. Entre ellas su participación en la organización de estudios y conferencias que aparecieron en los primeros anales de la Academia Matritense del Notariado. Desde la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, de la

que fue su primer secretario a partir de 1951, promovería la fundación de la Revista de Derecho Notarial, de la cual fue su director hasta que le sucedió otro gran civilista y tratadista de derecho documental, Antonio Rodríguez Adrados.

También participó en la creación de la Revista Internacional del Notariado, de la que en enero-marzo 1949 aparecería el primer número. Además, en 1941 comenzó su cooperación a la dirección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y, desde su creación, en 1948, fue miembro del Consejo de Redacción del Anuario de Derecho Civil.

Sus artículos han destacado, en todas ellas, por su contenido e importancia:

b) *Enseñanza oral y, especialmente la universitaria, de teoría del instrumento público.* Rafael Núñez Lagos, que es el primero de los pocos singularmente designados Doctor Honoris Causa de la Universidad Notarial de Argentina, ha recorrido las Universidades españolas y americanas impartiendo lecciones de Derecho notarial. El 21 de noviembre de 1961 se inauguró en la Universidad de Madrid el primer curso, 1961-1962 de la cátedra de *Teoría y sistema de instrumento público*, creada por el Doctorado de la Facultad de Derecho y patrocinada por el Colegio Notarial de Madrid, de la que fue titular el propio Rafael Núñez Lagos, que la desempeñó muchos años. Recuerdo muy bien el acto inaugural en el que hizo la presentación de la nueva Cátedra el Profesor Federico de Castro pronunciando una preciosa disertación sobre el Derecho notarial que, lamentablemente no ha sido publicada.

c) *Colaboración asidua y fecunda en la creación y desarrollo de la organización de los notariados de tipo latino* y en sus labores y estudios en común. Fue elegido Vicepresidente de la Unión en el I Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en 1949. En el V, que tuvo su sede en Río de Janeiro en 1956, designado Presidente. En el VIII, en México, en 1965, Presidente de Honor, ratificándosele por unanimidad y dándole carácter vitalicio, en el IX, celebrado en Munich-Salzburgo en 1967.

d) *Auditoría de estudios de historia y doctrina científica de derecho notarial.*

Estos trabajos están recogidos sistemáticamente en los tres volúmenes editados por el Instituto de España en 1986 y que tuve el honor de prologar.

En esta materia irrumpió, señalando y siguiendo los cauces del progreso científico del derecho notarial, su perspectiva histórica y su teoría:

1) El primer cauce, es decir, el de la historia notarial, lo había ya abordado en su conferencia de 5 de mayo de 1943 en la Academia Matritense del Notariado, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, donde en la sección primera de su parte segunda repasa la historia del documento latino y del documento germánico. Pero, donde se introdujo en ella de lleno magistralmente fue al traducir en colaboración con el Padre Vela, la *Aurora* del Rolandino Passaggeri, con las adicio-

nes de Pedro de Unzola, y al prologarla extensamente con una exposición de la historia del documento notarial en Italia desde el siglo VIII al XIII. Era el único trabajo hasta entonces publicado que examinara la evolución de cada uno de los capítulos o secciones de la escritura pública.

Siguió este mismo camino en su discurso de ingreso en esta Real Academia de la Jurisprudencia, al estudiar *La estipulación en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá*, examinadas en sus fuentes auténticas, con análisis de cuanto la *stipulatio* tenía de sustancial y de formal, de la doctrina de los glosadores de Bolonia, los comentaristas del *ius commune* y los juristas castellanos del siglo XVI y comienzos del XVII, Palacios Ruvios, Rodrigo Suárez, Covarrubias, Juan Gutiérrez, Luis de Molina, Suárez de Paz, Azevedo, Quintana Dueñas, Salgado de Somoza, Castillo de Solórzano, etc.

2) El segundo cauce, al que llegaría en su citada conferencia de 1943, lo llenó en 1945 su libro *Hechos y derechos en el documento público*, al que constantemente fue añadiendo otros estudios, que cubrían cuestiones nuevas, y depuraba en la exposición de otras.

De la referida conferencia, verdadera monografía, escribió José González Palomino en 1948: «No hay ninguna obra que la supere ni siquiera que se le asemeje en el valor sistemático, técnico y lógico ni por la riqueza de materiales que contiene» ... «Es un libro que tanto vale por lo que enseña como por lo que sugiere, provocando reacciones favorables o discrepantes. Varias de sus conclusiones han sido recibidas inmediatamente por el Tribunal Supremo de Justicia» ... «Todo el esfuerzo que se emplee en su estudio será, no obstante, recompensado largamente».

F) Sin salir del derecho documental, pero penetrando también en el procesal, Rafael Núñez Lagos examinó el valor probatorio del documento público en sus trabajos *Falsedad civil en documento público*, *El pasado y su prueba*, *Fe pública en la jurisdicción ordinaria*, y, especialmente, *El documento auténtico en la casación con un concienzudo análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo*.

Rafael Núñez Lagos colaboró, especialmente, primero en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, dirigida por su maestro Castán Tobeñas, y, después, en la Revista de Derecho Notarial, de la que como hemos recordado fue Director, y en la Internacional del Notariado. Sin embargo, en Anuario de Derecho Civil, recuerdo su artículo *Perfiles de la fe pública*, aparecido en el número II-I, de enero-abril 1949, pp. 29 y s.

¡Descanse en paz el sabio jurista, gran maestro, persona de bien y entrañable amigo!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH y
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. NACIONALIDAD. Establecimiento de criterios interpretativos en relación con la Ley 18/1990 de reforma del Código civil en materia de nacionalidad.
Instrucción del Ministerio de Justicia de 20 de marzo de 1991 ("B.O.E." del 26).

El análisis concreto de esta instrucción, en relación con diversos preceptos de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que modificó la regulación de la nacionalidad, se realizaron en el trabajo de I. Arana de la Fuente, publicado en el número anterior de este Anuario.

2. Derecho de obligaciones

2. RESPONSABILIDAD CIVIL. Modificación de los Códigos civil y penal en materia de Responsabilidad civil del profesorado.

Ley 1/1991 de 7 de enero ("B.O.E.", del 8 de enero).

Se modifican los artículos 1.903 y 1.904, del Código civil y 22, del Código penal, realizándose, en este mismo número del Anuario, un comentario detallado del alcance de la reforma.

3. ANIMALES. Protección y defensa de los animales de compañía.

Ley de la Asamblea Regional de la Región de Murcia 10/1990, de 27 de agosto ("B.O.E.", del 7 de febrero de 1991).

Al amparo del artículo 30-2 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia ha sido promulgada la presente Ley, cuyo objeto principal consiste en el establecimiento de una serie de obligaciones y prohibiciones, puestas a cargo del po-

(*) Selección de las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el primer trimestre de 1991.

seedor de un animal de compañía (definido en la propia Ley como “el que habita cotidianamente en el ámbito del hombre sin intención de lucro por su parte ni actividad económica ejercida sobre aquél”), así como en la regulación de los criaderos y establecimientos de venta de estos animales, tanto en lo relativo a su necesaria dotación y equipamiento, como a los requisitos administrativos establecidos para su funcionamiento (básicamente la declaración de los mismos como “núcleo zoológico”, o su inscripción en los registros establecidos al efecto, según los casos), o a las medidas que han de adoptar en el desarrollo de sus actividades con el fin de garantizar la evitación de sufrimientos o daños a los propios animales o a terceros.

Se establece asimismo la competencia de los Ayuntamientos o, en su caso, de la Consejería correspondiente, en orden al censo, inspección y una tipificación de infracciones, divididas en leves, graves y muy graves, con sus correspondientes sanciones y cuya lectura deja bastante perplejo, no sólo por existir un claro error al incluirse las infracciones graves y muy graves en la sección relativa a las sanciones (parece evidente que los números 2 y 3 del artículo 24 han de ser incluidos en el artículo 22, según se desprende claramente del texto legal), sino por la propia discordancia entre la gravedad de la conducta y su tipificación como falta leve, grave o muy grave, bastando como ejemplo de lo indicado, citar el hecho de que la filmación de escenas con animales para cine o televisión que conlleven crueldad, maltrato o sufrimiento, *cuando éstos no sean simulados* se tipifique como falta leve en el artículo 22-1-g), en tanto idéntica conducta, llevada a cabo *sin autorización administrativa, cuando el daño sea simulado*, se considera infracción grave [art. 24-2-h]).

En cuanto al Derecho Civil se refiere, resultan interesantes los términos en que se expresa el artículo 5.^º-1 de la Ley en punto a la responsabilidad aquiliana, al establecerse en el citado precepto que: “el poseedor de un animal, sin perjuicio de la responsabilidad *subsidiaria* del propietario, será responsable de los daños, perjuicios y molestias que causare, de acuerdo con el artículo 1.905 del Código civil” (el subrayado es nuestro). También resulta destacable la necesidad de que un servicio veterinario dependiente del establecimiento vendedor otorgue certificados de salud para la venta de estos animales, que “no eximirá al vendedor de responsabilidad ante enfermedades en incubación no detectadas en el momento de la venta” [artículo 11-1-g] de la Ley], y, muy en especial, la confusa previsión establecida en el artículo 11-3, al señalar que “se establecerá un plazo mínimo de catorce días por si hubiera lesiones ocultas o enfermedades en incubación”, lo cual parece hacer referencia al vicio redhibitorio contemplado en el artículo 1.495 del Código civil, y más concretamente al plazo establecido para el ejercicio de la correspondiente acción, según el 1.496 del propio texto legal, si bien también podría estarse refiriendo a un plazo mínimo de observación por parte del establecimiento de venta, dados los confusos términos en que el precepto se expresa. Pues bien, tanto las expresiones subrayadas con anterioridad, que a pesar de intentar buscar su apoyo en el artículo 1.905 del Código civil constituyen interpretación o desarrollo del mismo, como, más claramente, este último plazo de ejercicio de la acción derivada del vicio redhibitorio, plantean algunas dudas en relación con el artículo 149-1-8.^º de la Constitución Española, por cuanto viene este precepto a configurar la legislación civil (aun entendiendo el término en el sentido más restringido como referido a la legislación contenida en el Código civil y en contraposición al Derecho foral) como competencia exclusiva del Estado.

4. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Modificación parcial del artículo 14 de su ley reguladora.

Ley 5/1991, de 28 de febrero (“B.O.E.”, de 1 de marzo).

En cumplimiento de la Directiva CEE 67/531, de 25 de julio, se procede a la modificación del artículo 14 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, ampliando a las personas y sociedades nacionales de los Estados miembros de la CEE la excepción, ya existente en base al principio de reciprocidad, de la prohibición de que los extranjeros puedan ocupar la posición jurídica del arrendatario, en los contratos regulados por el citado texto legal.

3. Derechos reales

5. PROPIEDAD TERRITORIAL. Edificación y usos en el medio rural.

Ley de la Junta General del Principado de Asturias 6/1990, de 20 de diciembre (“B.O.E.”, de 6 de febrero de 1991).

A) Exposición

La presente disposición viene a desarrollar, según su Exposición de Motivos, la escueta regulación llevada a cabo por el artículo 80 del texto refundido de la Ley del Suelo en relación con el suelo no urbanizable. Así, el texto legal presentado subdivide este suelo en seis categorías, para su posterior aplicación por los planes y normas municipales, estableciendo una sistematización de los usos en tales suelos en: Permitidos, autorizables, incompatibles y prohibidos. De toda la regulación legal resulta destacable especialmente la figura de los llamados *núcleos rurales*, la posibilidad de instalar *usos industriales* en este suelo, incluso admitiendo por razones de “urgencia” y “excepcional interés público” la entrada en vigor de un Plan Especial Industrial en suelo no urbanizable sin necesidad de seguir la tramitación ordinaria, y la peculiar regulación de las parcelaciones urbanísticas:

1) Se definen como *núcleos rurales* en el artículo 7.^º-1 de la Ley los “asentamientos consolidados de población en suelo no urbanizable que el planeamiento municipal configure con tal carácter, en función de las circunstancias edificatorias, socioeconómicas y de cualquier otra índole que manifiesten la imbricación racional del asentamiento en el medio físico donde se sitúa”.

El planeamiento es el encargado de concretar los requisitos necesarios para que una agrupación poblacional pueda ser calificada como núcleo rural y en ellos se permiten las parcelaciones urbanísticas y la edificación que determine la normativa urbanística, e incluso la construcción de viviendas agrupadas sobre una sola finca, que adquirirá la condición de indivisible, y de las necesarias dotaciones, servicios y sistemas de espacios libres, a obtener como regla general por expropiación, aun pudiendo, excepcionalmente, establecerse formas de gestión análogas a las de otras clases de suelo.

La valoración de este suelo se remite al artículo 66 de la Ley Estatal 8/1990, con lo cual, suponemos, se está pretendiendo establecer en el valor inicial.

2) En cuanto a la posibilidad de usos industriales en este suelo, basta con que el planeamiento asigne un *destino industrial* al mismo, pero que por falta de la necesaria gestión mantenga aún las características fácticas del suelo no urbanizable. Ha de dotarse el suelo de acceso rodado por el propietario, que se comprometerá además a ejecutar la pavimentación y servicios urbanísticos mínimos, aceptando las obligaciones relativas a reservas dotacionales. La autorización compete a la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias, a propuesta del Ayuntamiento y previa información pública.

3) La parcelación urbanística se pone en relación con la finalidad edificatoria, y ésta se entiende, en suelo no urbanizable, cuando la fragmentación no responda a criterios objetivos de la explotación que, debidamente autorizada, se venga realizando.

Es curiosísimo que se establezca la prohibición de parcelaciones urbanísticas fuera de los núcleos rurales en suelo no urbanizable, *con la excepción* de las divisiones de cosa común adquirida a título lucrativo, tanto “mortis causa” como “inter vivos”, siempre que, en este último caso, el transmitente esté vinculado con todos los condóminos adquirentes por relación de parentesco hasta el tercer grado. No es preciso aludir expresamente a las infinitas posibilidades de fraude que tal regulación permite, además de existir otras vías para salir del estado de indivisión (art. 404 del Código civil, por ejemplo).

B) Observaciones

La presente Ley, en su regulación de los núcleos rurales, viene a dar carta de naturaleza a una clase de suelo a medio camino entre el urbano y el no urbanizable. No pocos autores, como los arquitectos Sánchez del Río en su artículo “La ocupación ilegal del suelo rústico o el juego de una noche de verano” (*Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 98), o Martín-Crespo Diaz, en sus “Apuntes sobre los problemas de la edificación en suelo no urbanizable” (*Revista de Derecho Urbanístico* número 69), se han mostrado partidarios de la búsqueda de fórmulas más flexibles que las derivadas del artículo 86 en relación con el 85 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, con el fin de lograr una especie de suelo urbano de segunda categoría y cuyos servicios y equipamientos no impliquen excesiva carga para las arcas municipales. El problema no es ya de intentar lograr una salida para atender a situaciones consolidadas, sino dar carta de naturaleza, como hace esta Ley, para el futuro, a urbanizaciones antes ilegales en suelo no urbanizable, otorgando cada vez mayor ámbito de discrecionalidad a la administración local en materia tan delicada. Pero es que además, el propio artículo 6 de la nueva Ley 8/1990 de 25 de julio, sobre Reforma del Regimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, parece que puede plantear algún problema en relación con la regulación autonómica comentada, por cuanto establece, como legislación básica y para las construcciones e instalaciones autorizables en esta clase de suelo, la necesidad de que se garantice, en todo caso, la preservación del mismo del proceso de desarrollo urbano. En definitiva, además de

lo ya expuesto, ni desde la óptica de la protección del suelo no urbanizable, ni desde la de las condiciones mínimas que para los *hábitats* humanos parecen exigir los artículos 45 y 47 de la Constitución, nos parece acertada la disposición reseñada.

6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de las carreteras de la Región de Murcia.

Ley de la Asamblea Regional de la Región de Murcia 9/1990, de 27 de agosto (“B.O.E.”, de 7 de febrero de 1991).

A) Exposición

En uso de las competencias atribuidas por el artículo 10 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, se promulgó la presente Ley que viene a seguir, básicamente, el texto de la Ley Estatal 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras:

1) Estructurada en cinco Títulos, una Disposición Adicional, tres Disposiciones Transitorias y tres Finales, se ocupa el primero de los aludidos títulos de delimitar el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, conteniendo una jerarquización de las carreteras regionales en tres categorías:

- Red de Primer Nivel.
- Red de Segundo Nivel.
- Red de Tercer Nivel.

2) El Título segundo se refiere al Programa de Actuación en Carreteras de la Región de Murcia, desarrollándose en el mismo el objeto, contenido y procedimiento de elaboración y aprobación de este instrumento planificador.

3) En el Título tercero se acoge básicamente, y con las modificaciones necesarias para adaptar su texto a la organización autonómica, el contenido de las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II de la Ley Estatal, estableciéndose las previsiones oportunas en orden a la construcción de carreteras y su relación con el Planeamiento urbanístico afectado, así como las relativas a su financiación, a través de los Presupuestos de la Comunidad (acogiéndose la posibilidad de establecer contribuciones especiales), y a la explotación de las mismas. Se establece además la facultad de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas para ordenar el tráfico pesado, con vistas a la mejor explotación y mantenimiento de las carreteras regionales.

4) El Título IV es quizá, junto con la última previsión comentada en el epígrafe anterior, el que mayor interés plantea para el Derecho privado, al referirse, bajo la denominación de “uso y defensa de la carretera”, a las zonas llamadas de dominio público y de protección y a la línea límite de edificación. La zona de protección está sometida a un régimen jurídico análogo al establecido por la ley estatal para la zona de servidumbre, con idénticas restricciones a las obras y usos autorizables, contemplándose también la posibilidad de utilización o autorización para la utilización de esta zona, en favor de la Administración, por interés general o para el mejor servicio de la carretera, indemnizando los daños y perjuicios que por ello pudieran causarse. Se establece igualmente la prohibición de publicidad visible desde la zona de dominio público y la posibilidad de expropiación de los bienes existentes en la zona de protección y hasta la línea de edificación, entendiéndose implícita la declaración de utilidad pública en la aprobación de un proyecto de trazado o construcción.

En cuanto a la regulación del incidente de paralización de obras o suspensión de usos no autorizados o que no se ajusten a las condiciones de la autorización, no existen más novedades que las relativas, lógicamente, al órgano competente (el Consejero de Política Territorial y Obras Públicas), y al plazo fijado para la resolución en torno a la demolición o legalización (dos meses en la ley estatal y tres en la autonómica), remitiéndose expresamente a la ley estatal el régimen sancionador y asimilándose a estos efectos la zona de protección a las de servidumbre y afección de aquella normativa.

5) El Título V acoge las disposiciones específicas relativas a las travesías y redes arteriales, siguiendo fielmente la regulación correspondiente de La ley Estatal, con las modificaciones lógicas en relación con los órganos competentes.

B) Observaciones

Dos son básicamente los puntos destacables de la presente Ley:

— El primero hace referencia a la ya apuntada previsión, establecida en el artículo 20-3 de la ley autonómica, y de que “La Consejería de Política Territorial y Obras Públicas queda facultada para ordenar el tráfico pesado con vistas a la mejor explotación y mantenimiento de las carreteras regionales”. Si bien es cierto que el artículo 148-1-5.^o de la Constitución establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias en relación con el transporte por carretera, competencias efectivamente asumidas por la Comunidad Autónoma de la región de Murcia, según se contempla en el artículo 10 d) de su Estatuto de Autonomía, tales competencias son posibles, según la Constitución y el Estatuto “en los mismos términos” que las relativas a Ferrocarriles, Carreteras y Caminos, esto es, en cuanto su itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma. Por su parte, el artículo 149-1-21.^o de la Constitución establece como competencias exclusivas del Estado y entre otras, las relativas a los transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma y el tráfico y circulación de vehículos a motor, con lo cual, a primera vista, nos parece probable la existencia de una extralimitación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias y, aun cuando el supuesto de hecho considerado no sea totalmente asimilable, parece coherente traer aquí a colación la STC 86/1988, de 3 de mayo, en relación los conflictos de competencia acumulados números 652 y 923/84, promovidos por el Gobierno de la Nación contra los Decretos Forales de Navarra números 182/84 y 24/84, en cuyo Fundamento jurídico número 3 se atribuyen claramente al Estado en exclusiva, las competencias de orden normativo relativas al transporte discrecional de mercancías y viajeros, en la medida en que el itinerario excede del ámbito territorial de la Comunidad. La pregunta es si la norma discutida puede ser considerada como regulación del transporte o del tráfico y si su supresión vaciaría de contenido la competencia autonómica en relación con las carreteras.

— En cuanto a la regulación de la “zona de protección”, su régimen legal, en cuanto a limitaciones de uso, es coincidente con el establecido por la Ley Estatal para la “zona de servidumbre” y la anchura de las franjas de aquélla son de 50 metros en caso de autovía (25 metros para la zona de servidumbre de la Ley de Carreteras estatal) y de 30 metros en los restantes casos (8 metros para la zona de servidumbre de la Ley Estatal). Estas limitaciones y prohibiciones a que se ven someti-

das las propiedades contiguas a las carreteras y comprendidas en su área de influencia, al no entrañar privación singular de derecho e intereses patrimoniales, no son, en principio, indemnizables, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo constituyendo, por tanto, elementos configuradores del contenido normal y ordinario del derecho de propiedad, por ello se nos escapan razones justificativas de esas diferencias en la regulación, que implican un mayor gravamen para el propietario de terrenos colindantes con una carretera autonómica. Cabe argumentar que se elimina la llamada *zona de afección* y, sin embargo, las restricciones y las potestades administrativas son mucho mayores, cualitativamente, en la zona de servidumbre que en aquélla. ¿Se compensan ambos factores? Además, no cabe alegar la reducción de la línea límite de edificación en la Ley autonómica respecto de la estatal, toda vez que ello parece más bien un factor adicional de perturbación, dado que, por las distancias establecidas para el mismo (18 ó 25 metros de la calzada, según nivel de la carretera), quedaría, prácticamente en todos los casos, dentro de la zona de protección, con lo cual, hasta el límite de ésta se solaparían ambas regulaciones y, pese a la imprevisión expresa de la Ley autonómica, suponemos habría de retrase el límite de edificabilidad hasta el borde exterior de la reiterada zona de protección.

Aunque según el Tribunal Constitucional la igualdad del artículo 149-1-1 de la Constitución no exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo cual sería incompatible con la autonomía, y que el principio de igualdad consagrado en su artículo 14 impone sólo la prohibición de dispensar un trato desigual a quienes se hallen en la misma situación (STC 84/87, de 29 de mayo, Fund. jurídico número 3), lo cierto es que no aparece, ni en la Exposición de Motivos, ni en el articulado de la Ley, dato alguno que permita intuir la razón de esa diferencia de trato entre el propietario de un terreno colindante con una carretera autonómica y el de otro situado en los márgenes de una carretera estatal, incluso dentro del territorio de una misma Comunidad Autónoma, debiendo comenzar a preguntarnos si el interés público, delimitador del contenido de la propiedad de esta clase de bienes en tanto integrante de la función social que los mismo están llamados a cumplir, puede conducir a resultados normativos diferentes, según sea el legislador estatal o el autonómico el llamado a interpretarlo.

7. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha.

Ley de Las Cortes de Castilla-La Mancha 9/1990, de 28 de diciembre (“B.O.E.”, de 11 de marzo de 1991).

El presente texto legislativo sigue la regulación establecida por la Ley de Carreteras estatal de 29 de julio de 1988 de modo aún más fiel que la Ley de Carreteras de la región de Murcia, reseñada en estas mismas páginas.

Estructurada en seis capítulos, el primero de ellos, bajo la denominación de Disposiciones Generales, contiene la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley y una clasificación tripartita de las carreteras comprendidas en la misma en básicas, comarciales y locales; los siguientes capítulos comprenden, respectivamente, la normativa correspondiente a la planificación y proyectos, gestión y financiación, uso de las carreteras y caminos, control, infracciones y sanciones, y travesías, viniendo a in-

cluirse en este término el tramo urbano y la travesía en sentido propio de la legislación estatal.

Peculiaridad de la ley, si bien de escasa importancia, es la denominación de zona de protección dada a una franja de terreno cuyo régimen jurídico se corresponde con el correspondiente a la zona de afección de la Ley Estatal, si bien se reduce la anchura de la franja cuando no se trate de autopistas, autovías o vías rápidas (50 metros para la zona de afección de la Ley Estatal y 30 para la de protección de esta Ley autonómica). Se mantienen las denominaciones de zona de dominio público y de servidumbre, así como la del límite de edificabilidad, reduciéndose éste para carreteras que no configuren la red básica, ni tengan la consideración de autopistas, autovías o vías rápidas (de 25 metros en la Ley Estatal a 18 en estos casos).

Como dato destacable cabe citar el contenido del artículo 30 de la Ley por cuanto viene a establecer de modo expreso que “las limitaciones de usos y actividades impuestas por esta Ley a los propietarios o titulares de derechos sobre los inmuebles configuran el contenido ordinario del derecho de propiedad y no darán lugar a indemnización”, no viiendo sino a conferir rango legislativo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

8. PROPIEDAD TERRITORIAL. Modificación de la Ley Foral 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda.

Ley Foral del Parlamento de Navarra 8/1990, de 13 de noviembre (“B.O.E.”, de 20 de marzo de 1991).

A) Exposición

En la Ley Foral 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda, y más concretamente en su artículo 7.-1, se estableció la posibilidad de que el Gobierno de Navarra, a través de Decreto Foral y de oficio o a instancia de los Ayuntamientos, procediera a la delimitación de zonas en las cuales las transmisiones por compra-venta o permuta de terrenos y edificaciones, quedarán sometidas a un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Comunidad Foral. Además, se recogió la posibilidad de proceder a la expropiación de suelo en las zonas indicadas, para la constitución de reservas destinadas a promoción de viviendas o de usos industriales, incluyéndose una serie de preceptos cuya finalidad consiste en impedir el acceso al Registro de la Propiedad de escrituras de venta o permuta en las cuales no apareciese acreditado fehacientemente el cumplimiento de las correspondientes cargas de notificación y contemplándose, en sus artículos 47-3 y 48, la atribución de potestad sancionadora al Consejo de Ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente, en relación con las infracciones de Notarios y Registradores de la Propiedad, cometidas al autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras públicas, sin constancia o acreditación de la existencia de tales notificaciones. Precisamente esta Ley fue objeto del Recurso de Inconstitucionalidad n.º 1840/1989, promovido por el Presidente del Gobierno.

La disposición presentada viene, básicamente, a elevar el rango de la norma en virtud de la cual se había de proceder a la delimitación de las zonas sometidas a los aludidos derechos de tanteo y retracto, sustituyendo el Decreto Foral por la Ley Foral, con lo cual se soslayan los problemas que pudiera plantear la regulación anterior, en relación con la reserva relativa de ley proclamada, en materia de propie-

dad, por el artículo 33-3 del texto constitucional, restringiéndose la competencia del Gobierno de Navarra (cuyo ejercicio puede atribuirse a las entidades locales) a la realización del proyecto de delimitación de las referidas zonas.

Debe señalarse que no es éste el criterio que ha seguido la legislación estatal, al remitir a los Ayuntamientos la facultad de delimitar zonas de su término en que las transmisiones de terrenos estarán sujetas a los derechos de adquisición preferente que se conceden a la propia corporación (art. 90 de la Ley sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, 8/1990, de 25 de julio).

Además, los fines que puedan pretenderse con el establecimiento de estas limitaciones son tan amplios (intervenir en el mercado inmobiliario, facilitar el cumplimiento de los objetivos del planeamiento) que resulta prácticamente discrecional su aplicación por los Ayuntamientos.

B) Observaciones

Sigue dejándose entrever en la regulación comentada la tensión existente entre las competencias en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (asumibles según el artículo 148-1-3.^º de la Constitución por las Comunidades Autónomas, y efectivamente asumidas en el artículo 44-1 de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra como competencia exclusiva) y la configuración, como competencia exclusiva del Estado, en el artículo 149-1-1.^º del mismo texto de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. También se plantea el alcance de la propia competencia atribuida al Estado en relación con la legislación civil en el artículo 149-1-8.^º, aun interpretando el término en el sentido más limitado, es decir, como contrapuesto a las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en relación con la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan. La incertidumbre se incrementa cuando de los derechos de tanteo y retracto legales se trata, por añadirse a las anteriormente expuestas, las dudas existentes acerca de la concepción misma de estos derechos como limitación de alguna de las facultades integrantes del derecho de propiedad (o, hablando en términos más actuales, como delimitación de su contenido), o bien como limitativas, no de las facultades dispositivas del *dominus* sino meramente de la libre contratación y tan sólo respecto de la persona del adquirente. Ahora bien, ambas argumentaciones parecen poco consistentes ante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la importante sentencia n.^º 37/87, de 26 de marzo, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad planteado contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Andalucía n.^º 8/84, de 3 de julio, de Reforma Agraria, en la cual venía a encomendar la regulación de la función social del dominio al poder público que, en cada caso concreto, tiene confiada la tutela de los intereses generales a satisfacer con la concreta función social, con el límite único de la competencia estatal derivada del artículo 149-1-1, el cual a su vez no puede ser utilizado para vaciar de contenido las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas. El establecimiento, además de estos derechos de preferencia adquisitiva en las Comunidades Autónomas es moneda corriente, bastando la consulta, en estas mismas páginas, de la reseña relativa a la Ley Foral 13/1991 de Protección y Desarrollo del Patrimonio Forestal de Navarra, para encontrar otros supuestos análogos.

Las leyes Forales 1, 2, 3 y 4/1991, de 20 de febrero (“B.O.E.” del 20 de marzo) aplican las medidas establecidas por la Ley reseñada a zonas concretas del territorio navarro.

9. PROPIEDAD TERRITORIAL. Protección y desarrollo del Patrimonio Forestal de Navarra.

Ley Foral del Parlamento de Navarra 13/1990, de 31 de diciembre (“B.O.E.”, de 22 de marzo de 1991).

En uso de las competencias, atribuidas por el artículo 50-1-e) y 50-2 de la Reintegración y Amejoramiento del Regimen Foral de Navarra, se promulga la presente Ley Foral en la cual luego de establecerse la finalidad y el ámbito de aplicación de la misma, se contempla una clasificación cuatripartita de los montes en:

- a) Espacios naturales protegidos.
- b) Montes de utilidad pública.
- c) Montes protectores.
- d) Montes sin calificar.

1) El régimen jurídico de esta diversa tipología legal se contempla en el Título II. Así, en los montes o terrenos forestales que constituyan o formen parte de los espacios naturales protegidos o de su zona de protección, se remite la Ley a la regulación específica de aquellos espacios, sometiendo no obstante a sus preceptos los usos o acciones de índole forestal eventualmente admitidos en tales espacios naturales y en cuanto no se opongan a esa regulación específica.

2) Los Montes de Utilidad Pública de Navarra, integrantes del correspondiente catálogo, son sometidos a un régimen jurídico similar al establecido por la Ley de Montes Estatal, partiendo de la titularidad pública de los mismos, y siendo sus rasgos más destacables los siguientes:

a) La presunción de posesión en favor de la Entidad Pública a cuyo nombre figure el Monte en el catálogo, la cual no podrá ser discutida a través de interdictos o procedimientos especiales (art. 10-1 de la Ley).

b) La autotutela administrativa de esta posesión, en tanto, no recaiga sentencia firme en juicio *declarativo ordinario* de propiedad (parece eliminarse la posibilidad de acudir al procedimiento establecido por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria aun cuando no se diga expresamente, como en la regulación estatal) (art. 10-2 de la Ley). Además se impone la necesidad de reclamación previa en vía administrativa como requisito para la admisión de toda demanda civil (art. 13-2), cuestión de interés a los efectos de la excepción dilatoria contemplada en el artículo 533-7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) Inscripción obligatoria en el Registro mediante certificación administrativa (art. 11-1), *necesariamente* acompañada de plano topográfico (en la legislación estatal se dice que “caso de existir” tal plano) (11-2).

d) Plantea también interés la necesidad de acompañar certificación de la Administración forestal, acreditativa de que las fincas no están incluidas en un monte catalogado cuando se trate de inmatricular fincas sitas en un término municipal en donde exista algún monte catalogado de utilidad pública. De no aportarse tal certificación, la Ley establece la imposibilidad de proceder a la inscripción solicitada. En la Ley Estatal, esta previsión se establece para fincas *colindantes con montes catalogados*, imponiendo la constancia de ello en la descripción de la finca, pero al

tiempo se establece la necesidad de que la Administración Forestal expida estas certificaciones en un plazo máximo de treinta días, pasado el cual podrá llevarse a efecto la inscripción solicitada. La Ley Foral no resuelve la cuestión relativa al silencio administrativo, lo cual plantea una grave inseguridad ante la regulación general de esta figura (art. 95 LPA).

Además se establece un derecho de tanteo y retracto en favor de las Administraciones Públicas titulares de Montes, según el catálogo, en relación con los enclaves comunales o de particulares, situados en las mismas y a los cuales refiere el artículo 4.º1-b de la propia Ley, regulando su ejercicio.

f) En el catálogo deberán constar las servidumbres y derechos reales que graven los montes incluidos.

3) Los Montes de *titularidad privada* a que se refiere en el artículo 17 de la Ley, podrán ser declarados *Montes Protectores de Navarra*, e incluidos en el correspondiente catálogo, debiendo constar, al igual que en los Montes de Utilidad Pública, las servidumbres y derechos reales que los graven.

Además se establece un derecho de tanteo y retracto, a favor de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a estos montes y que se realicen en favor de personas distintas de las Administraciones Públicas.

4) En el Título III se contemplan una serie de medidas relativas a la conservación, defensa y aprovechamiento de los montes, con especiales previsiones para los Montes de Utilidad Pública y Protectores. Destacan las amplias potestades conferidas a la Administración Forestal para limitar o incluso prohibir el pastoreo en el monte, la necesidad de autorización administrativa para proceder al cambio de uso en un monte o terreno forestal, la necesidad de que en los instrumentos de planeamiento urbanístico sean clasificados y calificados los montes de utilidad pública y protectores como suelo no urbanizable de uso forestal, o las facultades administrativas en relación con las servidumbres y ocupaciones de los montes catalogados y la regulación de la roturación destinada al cultivo agrícola o ganadero de los montes.

Asimismo se establecen medidas protectoras en relación con las plagas y enfermedades forestales y los incendios forestales (estableciéndose la taxativa prohibición del *cambio de uso* de montes o terrenos forestales incendiados), así como de recuperación de los montes y de ordenación y aprovechamiento de los mismos, regulándose además su utilización recreativa e imponiendo especiales limitaciones al libre desplazamiento de vehículos automóviles. En relación con las medidas de recuperación de los montes, es destacable la posibilidad, similar a la establecida por la Ley Estatal de Montes y contemplada en el artículo 49-1 de la Ley Foral, de que el Gobierno de Navarra declare la utilidad pública de la repoblación en una zona o monte determinado, lo cual conlleva la obligación de repoblar por parte del titular de los terrenos afectados, con la consecuencia, para el caso de incumplimiento, de imposición de consorcio forzoso, ejecución sustitutiva a cargo del propietario o iniciación de expediente de expropiación forzosa.

5) El Título IV, denominado "De la mejora de los montes y las ayudas a los trabajos forestales", contiene un catálogo de acciones a desarrollar por la Administración forestal, así como el reparto del coste de las mismas entre ésta y el titular del monte, viniendo a completar el estatuto de la propiedad forestal, resultante de la función social de esta clase de bienes, estableciéndose la posibilidad de subvenciones por parte de la Administración de la Comunidad Foral que cubran parcialmente los gastos de las acciones puestas a cargo de los titulares del monte.

6) Por último, el Título V de la Ley comentada viene a contener el régimen sancionador, con una completa tipificación de infracciones, sistematizadas en leves, graves o muy graves, y sus correspondientes sanciones.

II. DERECHO REGISTRAL

10. REGISTRO CIVIL. Modificación del artículo 16 de la Ley del Registro Civil.

Ley 4/1991, de 10 de enero (“B.O.E.”, de 11 de enero).

Se modifica la redacción dada al citado precepto con la finalidad de posibilitar que la inscripción de los nacimientos acaecidos en territorio español, cuando sea solicitada dentro de plazo, pueda llevarse a efecto en el Registro Civil Municipal del lugar en que se producen o bien en el correspondiente al domicilio o residencia habitual en España, del progenitor o progenitores legalmente conocidos. Para esto será preciso solicitud formulada al efecto y de común acuerdo por los representantes legales del nacido o, en su caso, por el único representante legal de éste.

III. DERECHO MERCANTIL

11. COMPETENCIA DESLEAL. Promulgación de su Ley Reguladora.

Ley 3/1991, de 10 de enero, (“B.O.E.”, de 11 de enero)

Con el fin de reunir en un único cuerpo legal toda una serie de medidas dispersas en diversos textos legislativos, así como de establecer una regulación inspirada en los modelos más modernos de nuestro entorno europeo y a la vez acorde con los principios inspiradores de nuestro derecho constitucional se promulga esta Ley, estructurada en cuatro Capítulos, una Disposición Transitoria y una Disposición Derogatoria.

1) En su Capítulo I se contempla la competencia como bien jurídico protegido por la ley, lo cual, según su misma Exposición de Motivos afirma, implica un fundamental cambio de óptica respecto a la tradicional concepción de la competencia desleal como un ordenamiento dirigido a resolver conflictos entre competidores, conllevando a su vez la necesaria apertura de la legitimación activa a todos los participes en el mercado y señaladamente a los consumidores.

Se establecen asimismo los elementos configuradores del llamado ilícito concurrencial, de general aplicación a los supuestos específicamente tipificados, excepción hecha del relativo a la violación de secretos industriales. Tales elementos son sistematizados en el artículo 2º de la Ley: Ha de tratarse de actos realizados *en el mercado y con fines concurrenceiales* no siendo necesaria la condición de empresario de los sujetos activo y pasivo, ni la existencia de relación de competencia alguna entre ellos.

Además se establece el ámbito de aplicación de la Ley en función del mercado afectado y así los efectos de la misma se ponen en conexión con el *mercado español*.

2) El Capítulo II define los actos de competencia desleal como: “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (art. 5)

añadiendo una relación de actos concretos que vienen a incluir, al lado de las ajenas figuras de los actos de confusión, denigración y explotación de la reputación ajena, los más modernos supuestos de engaño, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, venta con primas y obsequios, violación de las normas, discriminación y venta a pérdida, publicidad comparativa y actos de imitación, buscando, en todo caso, una tipificación que no incluya en el ámbito de lo prohibido comportamientos valiosos en orden a lograr una elevada trasparencia de los mercados.

3) El Capítulo III nos presenta el catálogo de acciones derivadas del acto de competencia desleal (declarativa, de cesación, de remoción, de rectificación, de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto), así como la regulación relativa a la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las misma y el plazo de prescripción (*un año* desde que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal o *tres años* desde el momento de la realización del acto *en cualquier caso*).

4) En el Capítulo IV reviste interés la posibilidad de que quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal pueda instar la práctica de *diligencias preliminares* para la comprobación de hechos indispensables para preparar el juicio; asimismo se establecen como *medidas cautelares la cesación provisional* del acto respecto del cual existan indicios de ser constitutivo de competencia desleal, a instancia y bajo responsabilidad de parte legitimada, y que podrán adoptarse en caso de peligro grave o inminente, incluso sin previa audiencia de las partes.

Por último y en materia probatoria, se establece la posibilidad de inversión de la carga de la prueba en relación con la inexactitud o falsedad de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas, en beneficio del demandante.

12. COMPRAVENTA INTERNACIONAL. Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980).

Instrumento de Adhesión de 17 de julio de 1990 ("B.O.E.", de 30 de enero de 1991).

El Estado español se adhiere a la referida Convención cuyos remotos precedentes vienen constituidos por el nombramiento hecho en 1924 por la International Law Association, de un Comité para la elaboración de reglas de Derecho internacional privado relativas al Comercio Internacional. Así, en la Conferencia de Viena de 1926, celebrada por la indicada asociación, fue aceptado un Convenio sobre la venta, elaborándose además proyectos de reglas de Derecho internacional privado complementarias en relación con la representación, la transmisión de la propiedad y el foro. Sometidos tales textos a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, constituyeron la base del Convenio sobre la venta de 1951 y de los Convenios sobre la transmisión de la propiedad y sobre el foro de 1956.

Según pusiera ya de manifiesto Algot Bagge, pronto se comprobó que las reglas de Derecho internacional privado, en cuanto deciden únicamente la ley nacional aplicable a un contrato internacional, no satisfacían plenamente las aspiraciones de seguridad jurídica de los comerciantes, al permanecer el perturbador aspecto del conocimiento de los distintos derechos nacionales. Por ello, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de Roma, encarga en 1930 a un Comité internacional de expertos la elaboración de un proyecto de reglas uniformes en ma-

teria de venta de bienes muebles corporales, cuyo resultado fue sometido por la Sociedad de Naciones a sus miembros, dándose así lugar a un proyecto reformado, cuya conclusión tuvo lugar en 1938. Debido a la Segunda Guerra Mundial, hasta la Conferencia de la Haya de 1951 no fue abordado el estudio del proyecto de 1938, encargándose su revisión a una comisión especial que tomara en consideración las observaciones hechas por los delegados gubernamentales en la conferencia. Tal proceso de revisión dio lugar a los sucesivos textos de 1956 y 1963, comenzándose simultáneamente los trabajos de una Ley Uniforme aplicable a la formación del contrato, cuyo proyecto vio la luz en 1958.

Por fin en abril de 1964 una Conferencia Internacional de 28 países se reunió en la Haya para trabajar sobre los citados textos, obteniéndose como resultados las leyes uniformes sobre la venta internacional de mercaderías y sobre la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, estos convenios, precedente inmediato del texto objeto de la presente reseña, obtuvieron escasas ratificaciones, a pesar de su calidad técnica, por la concurrencia de una serie de factores, como el carácter meramente dispositivo de los indicados textos, la posibilidad de que los Estados limitaran su aplicación a aquellos supuestos en los cuales las partes eligieran sus regulación como ley del contrato o la escasa participación que los Países del Este tuvieron en la elaboración de los citados textos, viñiendo éstos a constituir el reflejo de los sistemas jurídicos de la Europa Occidental.

Sin embargo, dado que los factores aludidos vienen a concurrir en alguna medida en la actual convención, no parece posible considerar cerrada la relación de causas aludidas ni absolutamente resuelta la explicación del escaso número de adhesiones conseguido por los textos de 1964. Lo cierto es que en 1966, a través de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se creó la "United Nations Commission on International Trade Law" (UNCITRAL), cuya primera sesión tuvo lugar en 1968, estableciéndose como finalidad prioritaria la consecución de una ley uniforme para la compraventa internacional y comenzando el citado organismo por preguntarse si sería posible promover la adhesión de los Estados a las Convenciones de 1964 o sería preferible preparar unos textos nuevos. Abandonada la primera vía ante las reticencias manifestadas por los distintos Gobiernos, UNCITRAL estableció un grupo de trabajo compuesto de 14 Estados, al cual se encogió la preparación de un texto de fácil aceptación por países de diferente organización jurídica, económica y social. El grupo de trabajo redacta dos textos, basados en los Convenios de 1964, examinados y unificados por la Comisión en junio de 1978 y cuyo resultado fue objeto de debate en la Conferencia Diplomática convocada en marzo de 1980 en Viena, que concluiría a su vez con el texto objeto de las presentes líneas. (Un estudio detallado de todo este proceso histórico brevemente glosado y cuya consulta resulta obligada para la comprensión del sentido y de la problemática existente en torno a cada una de las soluciones adoptadas en el texto vigente, puede encontrarse en la obra de Honnold, "Documentary Study of the Uniform Law for International Sales", ed. Kluwer, Deventer/Netherlands, 1989, donde se contienen también los textos en las diferentes lenguas oficiales).

Aun resultando imposible, con un mínimo de brevedad, comentar cada una de las disposiciones contenidas en esta Convención, vamos a dedicar los siguientes epígrafes de este trabajo a referir algunos apartados de su contenido:

1) En la *parte primera* se establecen las normas relativas al *ámbito de aplicación del Convenio* y de las *disposiciones generales* del mismo. Es destacable la restric-

ción operada, respecto a la Ley Uniforme de 1964, al circunscribirse aquél en la nueva Convención a la compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando sean Estados contratantes o bien cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante, estableciéndose la posibilidad de excluir la aplicación del Convenio, en este último supuesto mediante la formulación de reserva. Se niega a estos efectos cualquier relevancia a datos como el de la nacionalidad de las partes intervenientes en el contrato de compraventa, o el relativo al carácter civil o mercantil del mismo.

Se contiene también una lista de operaciones excluidas de su ámbito de aplicación, señalando pautas para diferenciar, a los mismo efectos, el contrato de compraventa de otras figuras con las cuales pudiera tener algún punto de similitud (básicamente arrendamientos de obra o servicio con aportación de materiales por el arrendador). Son destacables asimismo en ese apartado, tanto la exclusión de la aplicabilidad de la Convención a la responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones causadas a una persona por las mercaderías, como el carácter dispositivo que se asigna expresamente a la regulación establecida.

Entre las disposiciones generales plasmadas en los artículos 7 a 13 del texto presentado, resultan destacables por su interés las relativas a la interpretación de la Convención, estableciéndose el deber de tener en cuenta el carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en aplicación de la misma, como criterios básicos. También se contienen normas de hermenéutica contractual, considerándose además incorporado al contrato, salvo pacto en contrario, cualquier uso del cual tenían o debían haber tenido conocimiento las partes, ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional.

Es destacable igualmente la proclamación del principio de libertad de forma, con la salvedad de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado cuya legislación exija forma escrita y que haya efectuado la oportuna reserva en relación con el principio aludido.

2) La *parte segunda* (artículos 14 a 24), regula la formación del contrato, diferenciándose con bastante claridad los conceptos de *oferta contractual, propuesta de celebrar un contrato e invitación a realizar una oferta*, inclinándose por diferir la eficacia vinculante de la oferta contractual al momento en el cual ésta *llegue* al destinatario, y abordando los problemas de la revocación y extinción de la oferta.

Contiene también la normativa referente a la aceptación, remitiendo igualmente su eficacia al momento en que *llegue* al oferente, y fijando como plazo para que esa llegada se produzca eficazmente, de manera que el oferente continúe vinculado por su declaración de voluntad, un *período razonable*, en atención a las circunstancias de la transacción y a la rapidez de los medios de comunicación *empleados por el oferente*.

En cuanto al modo de verificarse esa aceptación, si bien el *silencio* o la mera inactividad no se consideran aceptación, cabe, de conformidad con lo establecido en el artículo 18-3 y en los supuestos allí contemplados, la aceptación a través de un *acto concluyente* ejecutado por el destinatario de la oferta.

Se contemplan también los efectos de la fijación por parte del oferente de un plazo para la aceptación, así como de la aceptación tardía y de la retirada de la aceptación. El momento de perfección del contrato, lógicamente, se hace coincidir con el de la eficacia de la aceptación, y, como quiera que la eficacia de las manifestaciones

ciones de voluntad viene estableciéndose, según hemos ido viendo, en atención al dato de su *llegada* al destinatario, resulta del mayor interés la norma contenida en el artículo 24 de la convención, por cuanto en ella se indica cuándo ha de entenderse producida tal *llegada*.

3) La *parte tercera* (artículos 25 a 88) se refiere a la *relación obligatoria* que del contrato surge para las partes; se estructura en cinco capítulos, conteniendo el primero de ellos una serie de disposiciones generales, en tanto los siguientes versan sobre las obligaciones del vendedor, las obligaciones del comprador, la transmisión del riesgo, y disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador:

— Quizá la nota más destacable del conjunto normativo dedicado a las obligaciones de vendedor y comprador, sea el sistema de remedios establecido por la Convención para el supuesto de que el interés contractual de una de las partes resulte insatisfecho. Así, eludiendo al acogido en la Ley Uniforme y consistente en la distinción de remedios diversos para categorías diferentes de infracciones contractuales, la Convención se ha inclinado por unificar las reacciones legales para el caso de que el vendedor o comprador incumplan cualquiera de las obligaciones que les incumben (artículos 45 y 61). El remedio concreto a aplicar no se hace depender de la obligación incumplida, sino de la propia gravedad del incumplimiento, diferenciándose en el texto según sea aquél *esencial* o *no* de acuerdo con la definición establecida en el artículo 25.

— En relación con lo anterior, también se acogen mecanismos de flexibilización, tendentes a la conservación del contrato, la posibilidad de subsanación del incumplimiento, concedida al infractor en algunos casos y si ello no supone inconvenientes excesivos a la otra parte (en este sentido se manifiestan los artículos 34, 37 y 48, por ejemplo). Responde también a esta idea la limitación establecida para el acceso directo al remedio resolutorio, posible sólo en los supuestos de incumplimiento *esencial*, (artículos 25, 49 y 64), y cuya viabilidad en caso de incumplimiento *no esencial*, pasa por la necesidad de que la parte agraviada conceda al infractor un “plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento” (artículos 47, 49, 63 y 64 del Convenio).

Los límites temporales para el ejercicio de la resolución se fijan mediante la alusión a un “plazo razonable” cuyo inicio se determina en base a los criterios suministrados por los artículos 49-2 y 64-2, para el comprador y para el vendedor respectivamente.

— El lugar y tiempo de la entrega de las mercaderías, la conformidad de las mismas y la necesidad de que se entreguen libres de derechos o pretensiones de un tercero, son también materias objeto de amplio desarrollo normativo, resaltando como nota curiosa, ante la discusión doctrinal existente en nuestro derecho interno, que, como ya se hiciera en la Ley Uniforme de 1964, la transmisión de la propiedad se configura expresamente como obligación del vendedor.

Correlativamente se desarrollan las obligaciones de pago del precio y recepción de las mercaderías, a cargo del comprador, salvando la inexistencia de fijación expresa y aun tácita de aquél, mediante la referencia al “precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate” (artículo 55).

En lo relativo a la cuestión de la *transferencia de riesgos*, parece haberse seguido la regla de situar el riesgo de pérdida en la parte contractual que está en mejor posición para evitarlo o asegurar las mercaderías. Así, evitando acudir a conceptos ju-

rídicos como el de la propiedad, se establece el momento de tal transferencia por remisión a acontecimientos puramente físicos, diferenciando entre compraventas que *impliquen transporte* de las mercaderías (art. 67), mercaderías vendidas en tránsito (art. 68), y el resto de los supuestos sometidos a las reglas establecidas en el artículo 69, en cuyo texto parece haberse omitido un párrafo completo, según se desprende de la versión en lengua inglesa, al decirse que “el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías que se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción”, pareciendo que debería decir que “el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías, o si no lo hace a su debido tiempo, cuando se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción”. Lógicamente, en cuanto a la transferencia de riesgo, se establecen también especiales previsiones para los supuestos de incumplimiento contractual (artículos 69 y 70 de la Convención), y se contempla el requisito de la especificación de las mercaderías a través de señales, documento de expedición o cualquier otro modo (se establece así de modo expreso en los artículos 67 y 69, estando implícitamente cumplido en el supuesto de mercaderías en tránsito, contemplado en el artículo 68).

El capítulo relativo a las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador se subdivide, a su vez, en seis secciones, donde se abordan los problemas del incumplimiento previsible y de los contratos con entregas sucesivas, la indemnización de daños y perjuicios, limitándose su alcance a la “pérdida prevista o previsible en atención a los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en el momento de la celebración del contrato la parte incumplidora”, fijándose además criterios para cuantificar algunas partidas de los daños indemnizables. También se regulan los requisitos que han de concurrir para la exoneración de la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, con alusión especial al supuesto del incumplimiento de un tercero, encargado de la ejecución total o parcial del contrato por la parte infractora, y los efectos de la resolución, sobre la base de la restitución recíproca de las prestaciones ya realizadas. Por último, la sección sexta aco ge unas interesantes disposiciones, basadas en el texto de la Ley Uniforme de 1964, acerca de la conservación de las mercaderías en aquellos supuestos en los cuales existen diferencias de opinión entre las partes acerca de quién ha incumplido y quién ha de cargar con el cuidado de esas mercaderías. Los artículos 85 a 88 establecen, en determinados casos, que si la parte agraviada puede fácilmente impedir el deterioro o la pérdida de aquéllas, tiene el deber de hacerlo, con derecho al reembolso de los gastos efectuados.

4) La *parte cuarta* contiene ya por último la regulación de todos los aspectos relativos a la ratificación, aceptación, aprobación y adhesión, el régimen de reservas posibles, la entrada en vigor del Convenio y la denuncia y sus efectos.

V. OTRAS DISPOSICIONES

13. INGRESOS PÚBLICOS. Se aprueba el nuevo Reglamento General de Recaudación.

Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre (“B.O.E.”, del 3 de enero de 1991).

La nueva organización territorial del Estado, los no menos novedosos principios presupuestarios y tributarios plasmados en la Constitución, la integración de España en la CEE, la sustitución de los patrimonios materiales por patrimonios finan-

cieros y la de los tradicionales medios de pago en efectivo por anotaciones en cuenta, son algunas de las razones que, de conformidad con el preámbulo de la disposición presentada, están en el origen de las importantes reformas experimentadas por la función recaudatoria estatal y que han ido llevándose a efecto a través de diversas normas, cuyo encaje sistemático en el texto del Reglamento General de Recaudación se lleva a cabo ahora. Con la misma estructura formal que el aprobado por Real Decreto 3154/1968, el nuevo Reglamento es objeto no obstante, de importantes modificaciones de fondo, las cuales, siguiendo también el preámbulo de la norma, podrían ser sistematizadas de este modo:

1) El *Título Preliminar*, bajo la denominación de “disposiciones generales”, hace referencia a la gestión recaudatoria, órganos recaudadores, obligados al pago y domicilio de estos últimos, experimenta, entre otras, las alteraciones tendentes a acoger las relaciones entre la gestión recaudatoria de la Hacienda Pública y la de las Comunidades Autónomas y entidades locales. Además, se actualiza la regulación de los sujetos obligados y responsables teniendo en cuenta las aportaciones doctrinales.

2) El *Libro I* contiene la regulación relativa a la extinción de las deudas, resultando destacable la detallada regulación del aplazamiento y fraccionamiento del pago, acogida en el Capítulo VII de su Título I.

3) El *Libro II*, cuyo objeto está constituido por la normativa referente al procedimiento recaudatorio en período voluntario intenta adaptarse para una mayor eficacia en la gestión, contemplándose con amplitud las cuestiones relativas a los ingresos a través de entidades de depósito que prestan el servicio de caja y de las entidades colaboradoras en la recaudación.

4) El *Libro III* regula la recaudación en vía de apremio y está dividido en cinco títulos, el primero de los cuales, dedicado al procedimiento de apremio, experimenta modificaciones en relación con sus disposiciones generales, ingresos en el procedimiento de apremio, embargo de bienes (en este particular aspecto, además de un nuevo orden a seguir en los embargos se establece expresamente que en caso de concurrencia de embargos, judiciales y administrativos sobre unos mismos bienes o derechos, la preferencia ha de determinarse por la prioridad en la traba), depósito y enajenación de los bienes embargados. También es actualizado el Título II, referente a la adjudicación de bienes al Estado, con interesantes previsiones sobre la reducción de créditos de los titulares de cargas reales sobre los bienes inmuebles adjudicados, en caso de que el débito en favor del Estado esté protegido por hipoteca legal tácita. En los Títulos III, créditos incobrables; IV, finalización del expediente de apremio, y V, recaudación por el Estado de créditos a favor de otros entes, destaca la agilización llevada a cabo en relación con el Título III. Las modificaciones introducidas en el Título VI, relativo a las reclamaciones previas de tercierías vienen a consistir en la alteración de los órganos competentes para su resolución y en la posibilidad de delegar tales funciones en los Delegados de Hacienda.

5) El *Libro IV*, rubricado “Recursos administrativos, ingresos en el Tesoro, responsabilidades y demás normas generales”, presenta escasas novedades, salvo las necesarias para adaptar su contenido a la nueva situación, en la cual la gestión recaudatoria se encomienda a órganos de la propia Administración.

6) Se establecen también las oportunas disposiciones transitorias, una relación de las disposiciones derogadas por la norma reglamentaria, complementada por la

habitual cláusula general de “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto”, y una disposición final relativa a la entrada en vigor del texto glosado.

14. CONTRATO DE TRABAJO. Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

Ley 2/1991, de 7 de enero (“B.O.E.”, de 8 de enero).

Como es sabido, esta controvertida Ley establece la obligación a cargo del empresario de entregar a los representantes de los trabajadores en la empresa una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse *por escrito*, salvo los relativos al personal de alta dirección. Se exceptúan del contenido de la copia básica el número del Documento Nacional de Identidad, domicilio, estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal, y se establece el deber de sigilo, prohibiendo la utilización de la documentación facilitada para fines distintos de los que motivaron su conocimiento.

15. CONTRATO DE TRABAJO. Se establecen el Salario mínimo y las normas de cotización a la Seguridad Social para 1991.

Reales Decretos 8 y 9/1991, de 11 de enero (“B.O.E.”, de 16 de enero) y 1670/1990, de 28 de diciembre (“B.O.E.” del 29).

Como es habitual, se fijan las cuantías para 1991 del Salario mínimo interprofesional y los criterios para la cotización a la Seguridad Social, aportaciones al Fondo de Desempleo o Fondo de Garantía Salarial y para la revalorización de pensiones o prestaciones sociales en el mismo ejercicio.

16. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA. Reestructuración de Departamentos Ministeriales.

Real Decreto 298/1991, de 12 de marzo (“B.O.E.”, de 13 de marzo).

Haciendo uso de la autorización conferida en la Disposición Final segunda de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, se procede a la reestructuración de los Departamentos Ministeriales de la Administración Central del Estado.

Las más trascendentales modificaciones consisten en la atribución al Ministerio de Obras Públicas y Transportes de las competencias del anterior Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, excepción hecha de los que por este último venían siendo ejercidas a través de la Secretaría General de Turismo. El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo asumirá, por su parte, las funciones anteriormente atribuidas a los de Industria y Energía y algunas de las atribuidas a Economía y Hacienda (las ejercidas a través de la Secretaría de Estado de Comercio, *excepto* las de Defensa de la competencia, régimen jurídico de control de cambios y precios), y a Transportes, Turis-

mo y Comunicaciones (las ejercidas a través de la Secretaría General de Turismo).

El Organismo Autónomo Caja Postal de Ahorros se adscribe al Ministerio de Economía y Hacienda.

17. CODIGO PENAL. Se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias.

Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo de 1991 ("B.O.E.", de 27 de marzo).

A) Exposición

La presente disposición viene a operar una reforma de diversos preceptos del Título VII del Libro II del Código Penal, rubricado "De los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos", forzada hasta cierto punto por diversas experiencias que han venido a mostrar cómo determinados comportamientos tenidos como sancionables y cuya gravedad se estimaba asimilable a la de otras conductas penalmente relevantes, resultaban sin embargo difícilmente encuadrables en tipo penal alguno, ante lo cual, la tajante prohibición de la analogía en perjuicio del reo, vigente en la materia, habría de conducir en no pocas ocasiones a la impunidad de esos comportamientos o, en todo caso, a la imposición de una sanción administrativa.

La reforma operada puede desglosarse en tres apartados:

a) En primer lugar la modificación operada en relación con los artículos 367 y 368 antiguos, consiste básicamente en la refundición de ambos en el nuevo artículo 367.

El artículo 368 sin embargo no queda sin contenido, pasando a albergar la tipificación del *delito de utilización indebida de información privilegiada*. Consecuentemente, el Capítulo IV del Título VII del Libro II, pasa a rubricarse "De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido".

b) Se modifica la redacción dada al artículo 390, en el cual viene a contemplarse el que podríamos denominar tipo básico del cohecho.

c) Se añade un nuevo Capítulo al Título VII del Libro II del Código Penal, con el número XIII y la rúbrica "Del tráfico de influencias", y cuyo contenido está constituido por los nuevos artículos 404 bis a), bis b) y bis c), que vienen a desarrollar esta nueva faceta delictual.

B) Observaciones

En relación con la utilización indebida de información privilegiada, es destacable y al tiempo meritoria, la similitud existente con la descripción de información privilegiada hecha por el legislador en el artículo 81 de la Ley 24/88, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores. La conducta tipificada en el nuevo artículo 368 del Código Penal es por un lado *más amplia*, ya que no ha de circunscribirse a las operaciones realizadas en los mercados de valores a que la Ley 24/88 se refiere, ni la información debe guardar relación alguna con tales valores, y por otro más restringida, toda vez que se trata de uno de los llamados tipos especiales propios en la terminología penal (en ellos el sujeto activo ha de reunir la cualidad de funcionario o autoridad y si no reúne tal cualidad la conducta es penalmente irrelevante)

y se requiere además la obtención de un beneficio económico para sí o para tercero, no pareciendo punibles las formas imperfectas de ejecución, al configurarse como delito de resultado y no de mera actividad, como se construye por el contrario la infracción contenida en el meritado artículo 81 de la Ley 24/88. Lógicamente el funcionario o autoridad puede incurrir en una conducta que sea constitutiva del supuesto de hecho de ambas normas, en cuyo caso, obviamente, habría de aplicársele la sanción penal, y no los preceptos de la reiterada Ley 24/88.

— En cuanto al nuevo delito de tráfico de influencias, cabe señalar también la configuración como delito de resultado, al menos de los tipos legales contenidos en los artículos 404 bis a) y bis b), con lo cual las formas imperfectas de ejecución quedarán impunes, salvo que puedan constituir la conducta tipificada en el artículo 404 bis c), al que aludiremos luego, constituyendo además requisitos del tipo la consecución de una resolución y la obtención por ello de un beneficio económico.

— También merece alguna atención el extraño supuesto contemplado por el artículo 404 bis c), que viene a sancionar la conducta de “los que ofreciendo hacer uso de *influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos*, soliciten de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa”. La tipificación legal plantea toda una serie de interrogantes que harán difícil la persecución efectiva de estas conductas.

18. INCOMPATIBILIDADES. Se modifican determinados artículos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley de Contratos del Estado y de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Ley 9/1991 de 22 de marzo de 1991 (“B.O.E.”, de 27 de marzo).

Si fuera posible establecer un criterio unificador del heterogéneo contenido de la norma objeto de presentación, podríamos quizá considerar como tal el establecimiento de un conjunto de medidas, tendentes a evitar que, a través de la utilización de una posición de ventaja, vinculada directa o indirectamente a la utilización de un cargo público, o de una información conseguida como consecuencia del desempeño de determinadas funciones u oficios, el sujeto activo obtenga, por sí mismo o a través de persona interpuesta y bien para sí mismo o para un tercero, una inconcreta ventaja patrimonial. De tal modo, estas medidas vendrían a complementar las establecidas por la Ley Orgánica 9/91, de modificación del Código Penal, presentada en estas mismas páginas. Para la exposición más sistemática del contenido concreto de la norma comentada, procederemos al análisis de la misma en atención al criterio de los distintos textos legales cuya redacción viene a modificar:

1) Las modificaciones más revelantes operadas en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos, consisten en la adición al listado de altos cargos, a efectos de esta Ley, de los Presidentes, Directores Generales, Gerentes y equivalentes de monopolios estatales y empresas con participación pública mayoritaria, cualquiera que sea su forma, así como de las Cajas de Ahorro de fundación pública estatal. Se establece además la prohibición de que el alto cargo desarrolle actividades privadas, directamente relacionadas con expedientes sobre los que haya dictado resolución en el ejercicio del cargo, durante dos años a partir de la fecha del cese. Los deberes de prestar declaración se extienden, para altos cargos en general, a cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, y no ya sólo a las causas de posible incompatibilidad.

2) Las modificaciones operadas en el artículo 75 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, viene a extender la obligación de declarar de los miembros de las corporaciones locales, ya existente en cuanto a los bienes, a determinadas actividades y a las causas de posible incompatibilidad, a cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.

3) En cuanto a la prohibición de contratar, establecida por el apartado n.º 6 del artículo 9.º de la Ley de Contratos del Estado, relativa a estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 25/83, o de la Ley 53/84, de incompatibilidades de Altos Cargos y de Personal al servicio de las Administraciones Públicas, respectivamente, se amplía tal prohibición a cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/85, del Régimen Electoral General, y a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes menores de edad de todas aquellas personas referidas (por cierto ¿por qué se equipara expresamente aquí al cónyuge y a las personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, y no se hace lo propio en la modificación comentada en el apartado n.º 1 de estas líneas, de la Ley 25/83, en relación con la participación superior al 10% en determinadas empresas? Suponemos que por haberse limitado el legislador, en este último caso, a repetir en tal punto el contenido del precepto modificado, y sin embargo esta deficiencia en una reforma unitaria, aun de diversos textos legales, pudiera conllevar consecuencias interpretativas poco deseables).

4) Las modificaciones operadas en diversos preceptos de la Ley 24/88, de 28 de julio, Reguladora del Mercado de Valores consisten, básicamente, en lo siguiente:

a) El contenido del antiguo artículo 81 de la Ley, relativo a la información privilegiada, viene ahora a configurar los números 2 y 3 del nuevo artículo 81, operándose además algunos cambios en su redacción, entre los cuales son especialmente relevantes el de referir ahora la información privilegiada, no solamente a "uno o varios valores", sino también a "uno o varios emisores de valores", o la posibilidad, expresamente admitida, de comunicar tal información privilegiada a terceros en el ejercicio normal de trabajo, profesión, cargo o funciones, sin incurrir en el ámbito de la conducta prohibida.

b) En el número 1 del nuevo artículo 81, se viene a establecer un deber de salvaguardar datos e informaciones relativos a los mercados de valores así como de impedir su utilización abusiva, puesto a cargo de todas las personas o entidades que actúen en los mercados de valores, o ejerzan actividades relacionadas con ellos, y, en general, de cualquiera que, por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones, tenga acceso a los citados datos o informaciones. Tales conductas, obviamente, no se refieren al concepto legal de información privilegiada, sino a datos e informaciones en general.

c) Se modifican también los preceptos relativos a infracciones y sanciones, en un doble sentido:

— Para clasificar como infracción grave el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 del nuevo artículo 81 de la Ley 24/88, y muy grave el relativo a los apartados 2 y 3 del propio texto legal.

BIBLIOGRAFIA

Libros

CAZORLA PRIETO, Luis M.: "Las Sociedades Anónimas deportivas", Ediciones de las Ciencias Sociales, Madrid, 1990, 360 páginas.

He aquí un libro necesario por dos fundamentales motivos. Uno: está escrito por la persona idónea. Dos: sale a la luz pública en un momento en que resulta imprescindible.

La idoneidad personal de Luis María Cazorla Prieto para escribir este libro es tan obvia para los estudiosos del Derecho deportivo como innecesaria resulta su demostración. Su preparación jurídica es de tal altura que el solo repaso de su currículum abruma. En efecto, en el servicio a la Administración pública une a su condición personal de Abogado del Estado, la de Inspector de Servicios del Ministerio de Hacienda, la de Letrado de las Cortes Españolas y la de profesor universitario de Derecho Financiero y Tributario. Y en el sector privado ha sido consejero de una conocida Corporación financiera y en la actualidad dirige un prestigioso bufete de abogados.

A todo ello debe sumarse su particular dedicación y especialización por el tema del deporte, al que se ha volcado tanto desde la perspectiva de la Administración (fue miembro del Comité Organizador del Mundial de Fútbol de España en el año 1982) como desde el estudio y la reflexión (sus conferencias y trabajos en este campo son variados, siendo obligada la mención de su libro de 1979 "Deporte y Estado"). Todo ello le convierte —a mi juicio y sin desdoro ni menoscabo para nadie— en uno de los más autorizados especialistas españoles en Derecho deportivo.

La necesidad del libro en este momento histórico que vivimos tampoco requiere ser probada con alambicados argumentos. Basta con reparar en la situación creada por la nueva Ley del Deporte de 1990, que lleva a cabo —en cuanto al deporte profesional se refiere— un verdadero "vuelco jurídico" del sistema. Explicar este vuelco y servir de guía para la nueva dirección que a partir de ahora se debe seguir son dos de las finalidades perseguidas con este libro. Y a juicio de quien recensiona, plenamente conseguidas.

El libro se halla dividido en tres partes: la primera se ocupa de la polémica surgida en nuestra patria en torno a la transformación de los clubes deportivos en Sociedades anónimas. La segunda analiza el proceso mismo de transformación. Y la tercera estudia los caracteres y especialidades de la Sociedad Anónima Deportiva dibujada en la Ley.

Este esquema es ya en sí mismo el primer acierto del autor, pues no cabe duda

de que enfocar adecuadamente la perspectiva de estudio es ya comenzar a acertar en el tratamiento del tema mismo. Y en el caso de las Sociedades Anónimas Deportivas, me parece que este enfoque es el que exigen tanto las circunstancias de gestación de la Ley como el texto definitivo de ésta, pues tan importante como el examen de los artículos 13 a 29 de la Ley es el estudio de las Disposiciones Adicionales y Transitorias.

La primera parte (p. 21-47) se ocupa, como decimos, de la discusión jurídica que ha rodeado todo el proceso de gestación de la Ley hasta la conclusión de su "iter" parlamentario. El autor hace repaso en ella de los distintos hitos de ese proceso, exponiendo los principales argumentos esgrimidos, tanto a favor (Sánchez Calero, Jiménez de Parga) como en contra (Otero Lastres, Sáenz de Santa María) de la Sociedad Anónima Deportiva. Y con una valentía sólo superada por su honradez intelectual, rectifica lícitamente su anterior postura como defensor de lo que él mismo llamó en alguna ocasión la "sociedad deportiva profesional" (subtipo de las Asociaciones civiles) hasta su actual posición, en la que —a su juicio— la sociedad anónima resulta la respuesta más adecuada del Derecho como "técnica de organización de una actividad social".

Sin entrar en el tema de fondo, debo decir como opinión personal que dedicar todo un capítulo a esta discusión jurídica es síntoma revelador de que el tema no ha quedado definitivamente zanjado, ni siquiera después de la promulgación de la Ley.

La segunda parte (p. 49-137), bajo el epígrafe "la creación de la sociedad anónima deportiva", trata del complejo proceso de transformación en que la nueva Ley ha sumergido a casi todos los clubes deportivos españoles que participan en competiciones profesionales de fútbol y baloncesto. Y es donde el libro resulta de más urgente consulta para los profesionales e interesados, dado lo inminente del cambio y la multiplicidad de supuestos de hecho en que los clubes pueden hallarse.

Esta multiplicidad es reducida a sistema por Cazorla distinguiendo:

- 1) Clubes-tipo que cumplen los requisitos de la Disposición Transitoria Primera, con una sola modalidad deportiva.
- 2) Clubes-tipo que cuenten con varias secciones deportivas, profesionales y no profesionales.
- 3) Clubes-tipo que cuenten con varias modalidades deportivas, todas profesionales.
- 4) Clubes que en el futuro adquieran derecho a integrarse en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal.
- 5) Sociedades anónimas comunes que adquieran derecho a integrarse en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal.
- 6) Sociedades anónimas deportivas constituidas con anterioridad a la nueva Ley del Deporte.

De todos estos supuestos se ocupa con detenimiento el autor, analizando con brillantez los pasos a dar en cada uno para llegar al destino perseguido, común a todos: la regular conformación como S.A.D., ajustada a los términos previstos por el legislador. A destacar el importante papel que en todos los procesos de transformación tiene la Comisión Mixta que se creará en el futuro. Y por cuya virtud operaciones jurídicas de transformación dentro de sociedades privadas se van a ver constantemente intervenidas, vigiladas y fiscalizadas por un ente público.

A estos seis supuestos analizados debe sumarse la única “vía de escape legal” a la forma jurídica de S.A.D.: la de los clubes de fútbol (4 y sólo 4, como se sabe) que, cumpliendo los requisitos generales, hayan tenido un saldo patrimonial neto positivo en los últimos cinco años. Digo que es la única “vía de escape legal” porque el otro supuesto imaginable (clubes que voluntariamente renuncien a participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal) resulta meramente académico, a nuestro juicio.

La tercera parte (p. 139-246) finalmente, se ocupa del “régimen jurídico especial de la Sociedad Anónima Deportiva en particular”. Prescindiendo de los problemas de Derecho transitorio, el autor se vuelca en ella en el análisis jurídico del “tipo social” creado por el legislador. Tipo que con razón encuadra dentro de las Sociedades Anónimas Especiales por razón del objeto (como, por ejemplo, las Sociedades de Inversión Mobiliaria, las Sociedades de Valores, las Sociedades Gestoras de Carteras o las Sociedades de capital riesgo), ya que es la especificidad del objeto —en nuestro caso el deporte— lo que determina la introducción de salvedades dentro del esquema general de la S. A.

Objeto social, denominación, escritura pública e inscripción, capital social, acciones y órganos de la Sociedad son los principales temas estudiados (además de otras cuestiones como el tanteo y retracto legal creado). Y en cada uno de ellos analiza Cazorla la permanente pugna existente entre el interés mercantil y el deportivo; el primero, destacando la importancia del elemento lucrativo; el segundo, inspirado en los valores esenciales del deporte.

Este tercer capítulo del libro se halla enriquecido en muchos puntos con la cita de las soluciones que prevé el “inaccesible” proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley, lo que sin duda es otro factor que realza aún más el valor de la obra. Y digo inaccesible porque a mí —y lo mismo le ha sucedido a bastantes interesados en el Derecho deportivo— me ha resultado literalmente imposible conseguir el texto de este Reglamento. Quizá las fluidas relaciones del autor con el Secretario de Estado para el Deporte (que prologa el libro) pueden explicar esta facilidad de acceso.

Un pequeño lunar debe ser señalado en este momento (y no es imputable al autor). Me refiero a que una cuidada encuadernación como la del libro recensionado debería verse acompañada de una cuidada tipografía que evitara los molestos errores de imprenta. No ha sido así, y éstos son más frecuentes de lo deseable en estos tiempos en que la tipografía ha alcanzado tan notable perfección.

Algunas de estas erratas no sólo dificultan la tarea del lector, sino que incluso distorsionan seriamente el sentido de las frases. Es el caso —por ejemplo— de la errata deslizada en la página 27 del texto y que convierte a quien escribe estas líneas en autor material del documento preparatorio de la Ley titulado “Elementos de trabajo previos a la elaboración de la Ley del Deporte”. Aprovecho estas líneas para aclarar que no se me puede atribuir una tal paternidad, cuyo origen sólo los duendes de la imprenta conocen.

De todas formas, estoy seguro de que la segunda y sucesivas ediciones de este magnífico libro —adaptadas en el futuro al Reglamento o Reglamentos de desarrollo de la Ley, conforme se vayan dictando— serán sin duda pulidas en un aspecto

tan secundario como éste. Y no podrán evitar que, ya desde esta primera edición, "Las Sociedades Anónimas Deportivas" de Cazorla se convierte en el "Manual de cabecera" de todos los asesores jurídicos de los clubes deportivos profesionales.

ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA

Notario

DOGLIOTTI, Massimo: "Affidamento e adozione". Vol. VI. t. 3 del "Tratatto di Diritto Civile e commerciale" de CICU-MESSINEO-MENGONI, Milano, Dot. A. Guiffré, Editore, 1990, p. 400.

Reuniendo la doble cualidad de Profesor universitario y Magistrado, así como de acreditado experto en el tema, el autor estaba especialmente preparado para abordar un estudio en profundidad de la Ley italiana de 4 mayo 1983 sobre adopción, una vez sedimentadas las corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre la institución. De ahí la importancia que presenta para nosotros pues no pocos autores han señalado que aquélla ha servido de fuente de inspiración para la nuestra.

El punto de partida de esta monografía es la afirmación de los derechos del menor, tanto a nivel constitucional italiano como internacional, planteamiento que ha servido a los Tribunales de Menores (Giudici Minorile) para propugnar una aplicación de la ley de 1967 que ha preparado el camino para la vigente. La Ley de 1983 se abre con la siguiente declaración: "El menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de la propia familia", lo que sirve de base al *affidamento* familiar, definido como la inserción del menor en una familia diversa de la de origen por un período limitado de tiempo. Al buscarse precedente para nuestra ley conviene no sacar conclusiones apresuradas antes de conocer el real funcionamiento del modelo extranjero; en efecto, este *affidamento* familiar lo concibe el autor como alternativa a la adopción ya que debe preparar la reincisión del menor en su propia familia evitando el remedio último siempre sospechoso de encubrir una "expropiación" de niños pobres por familias acomodadas. Bien es verdad que el propio autor reconoce que no pocas veces estos acogimientos temporales encubren verdaderos abandones de niños que nunca volverán a su familia de sangre.

En Italia la adopción se concede respecto de menores declarados en estado de adoptabilidad por el Juez cuando se produce una situación de abandono, cuya delimitación es uno de los problemas más arduos; en favor de cónyuges que lleven al menos tres años casados, sin que exista entre ellos separación judicial o de hecho, y que sean aptos para instruir, educar y alimentar al menor, debiendo tener más de dieciocho años y menos de cuarenta que el adoptado. Una vez declarada la situación de adoptabilidad el Tribunal de Menores concede un *affidamento* preadoptivo que se concibe como período de prueba y que ha de durar un mínimo de un año.

Ulteriores capítulos se ocupan del procedimiento, de los efectos de la adopción (sustancialmente coincidentes con la ley española), de la adopción internacional y de la adopción en casos particulares (de parientes, por el cónyuge del progenitor, de mayores de edad).

Cierta perplejidad causa en el lector el último capítulo en el que se exponen diversas propuestas de reforma de la normativa adopcional, que hace reflexionar sobre la provisionalidad con que se legisla en la materia; todos los partidos importantes proponen reformas —casi siempre de detalle—, resultando curioso que el partido socialista sea partidario de privatizar la adopción y reducir controles. A juicio del autor la revisión debiera afectar a la adopción internacional (apenas contemplada en la ley española) al objeto de evitar el tráfico de niños desde países sub-

desarrollados a los países ricos (conclusiones coincidentes con las tomadas en la sección correspondiente del Congreso Internacional de Derecho Comparado de Montreal).

Comparando nuestra ley de adopción con la italiana de 1983 resulta inevitable concluir que ha sido excesiva, y poco justificada, la desjudicialización operada entre nosotros en el punto clave de la declaración de abandono, así como también parece excesiva la intervención de la Administración en la fase formalizadora del vínculo adoptivo; en contraste no queda claro que el acogimiento sea un trámite previo o período de prueba, sumamente conveniente para que los adoptantes y el adoptado hagan el "noviciado" de la adopción.

En la lenta y dilatada andadura del *Trattato* que inicialmente dirigieran Antonio Cicu y Francesco Messineo, la presente monografía constituye una importante novedad. El lector español hubiera deseado que las referencias comparativas a nuestro ordenamiento fueran más completas y actualizadas.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MERELO ABELA, José Manuel: «La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Cuadernos de Gestión Local, núm. 1; Banco de Crédito Local; Madrid, 1991, 297 páginas.

La obra se presenta al lector como un comentario sistemático y ordenado a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. No pretende ser este libro —y no lo es— un manual de Derecho Urbanístico que exponga de modo completo y más o menos pormenorizado la disciplina jurídica del urbanismo; trata sencillamente —y no es poco— de explicar el contenido del centenar de artículos que, con las Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales, integran la mencionada Ley. Para ello, el autor da cuenta, en primer lugar, de los principios estructurales de la Ley de reforma, fundamentalmente el sistema de adquisición gradual y sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico del derecho de propiedad y la relevancia que al factor temporal se otorga en ese proceso, que constituyen la verdadera innovación del texto normativo, pues la Ley de reforma incide sobre el Texto Refundido del 76, más insuflándole un nuevo espíritu que derogando formalmente sus preceptos para sustituirlos por otros. Posteriormente, se pasa al análisis detenido de los diversos aspectos de la nueva regulación, utilizando en gran medida, a este objeto, la sistemática que brinda la estructuración en títulos y capítulos del texto legal de 1990.

No es de extrañar, dadas las pretensiones de la obra que quedan señaladas, que la misma aparezca desparrista de un apartado crítico doctrinal y jurisprudencial, si bien este último tampoco está del todo ausente en algunos de sus apartados (véase, a modo de ejemplo, la exposición de la evolución y el estado actual de la Jurisprudencia en lo que se refiere al régimen indemnizatorio por modificación o revisión del planeamiento, págs. 165 a 170).

Por lo demás, es conveniente destacar que no parece ser un libro de fácil lectura para quien se acerca por primera vez a los temas del Derecho Urbanístico. La misma complejidad de bastantes de las cuestiones reguladas por la Ley requiere una mínima soltura conceptual y una cierta familiaridad con los problemas jurídicos del urbanismo en quien emprende la lectura de una obra poco divulgativa y de elevado rigor técnico.

Al lector iniciado, sin embargo, se le instruye con precisión en la terminología un tanto críptica de la Ley de reforma, plagada de conceptos (áreas de reparto, aprovechamiento tipo y patrimonializable...) que, una vez conocidos, parecen funcionar como un mecanismo de relojería. En este sentido, constituyen una notable ayuda para la comprensión los abundantes ejemplos numéricos, así como los cuadros sistematizadores que se intercalan a lo largo de la exposición.

Se hace gala de un profundo conocimiento de las entretelas del texto de la reforma que permite al autor explicar la finalidad última de los preceptos legales (por ejemplo, cómo la inclusión de la superficie de los terrenos destinados a dotaciones públicas en el denominador de la fórmula para calcular el aprovechamiento tipo de un área de reparto supone, de hecho, la cesión gratuita de esos terrenos, pág. 82, *passim*); o salir al paso de problemas que puede plantearse el estudioso de la nueva Ley (por ejemplo, al aclarar de qué modo se evita con la regulación de la técnica de las transferencias la posibilidad de que surja un mercado libre de tráfico de aprovechamientos urbanísticos, pág. 113). Sin olvidar, además, el aislamiento de determinadas cuestiones que deberán ser resueltas por el legislador en el Texto Refundido que ha de regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana: ad exemplum, la introducción o no de correcciones al criterio de la superficie para valorar los derechos aportados a una repartición o compensación en suelo urbano (pág. 136); o el modo de coordinar las inscripciones en el Registro de la Propiedad y en el de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos (pág. 205).

Pero, quizás, sea la exposición del régimen transitorio, materia casi siempre complicada y espinosa, la que constituye el más valioso apoyo hermenéutico a la norma, al ofrecerse una interpretación que hace perfectamente posible la inmediata entrada en vigor de gran parte de los preceptos de la Ley de reforma, sin hacerla depender de la delimitación de áreas de reparto y de la fijación de aprovechamientos tipo (págs. 241 a 259). Por último, el libro incluye como apéndice el texto de la Ley que se comenta.

No es exagerado decir, aunque parezca una cláusula de estilo en este tipo de referencias bibliográficas, que es esta una obra de imprescindible estudio para comprender el contenido y la transcendencia de la Ley de reforma del régimen de la propiedad urbana.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

NIEW NEDERLANDS BURGERLIJK WETBOEK. HET VERMOGENSRECHT. NEW NETHERLANDS CIVIL CODE. PATRIMONIAL LAW. NOUVEAU CODE CIVIL NEERLANDAIS. LE DROIT PATRIMONIAL. Québec Centre of Private Law and Comparative Law. Centre de recherche en droit privé et comparatif de Québec. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer-Boston, 476 págs. 1990.

De auténtico acontecimiento puede calificarse la publicación de esta obra, realizada mediante un magnífico esfuerzo de la comunidad científica internacional, que representa una preciosa aportación de Derecho comparado, con evidentes e inmediatas aplicaciones prácticas dentro de la Comunidad Económica Europea. Diganos ante todo que se trata de una presentación trilingüe (holandés, inglés y francés) del nuevo Derecho patrimonial neerlandés, integrante de los libros 3.^º, 5.^º, 6.^º y 7.^º

del Código civil en fase de elaboración sucesiva, los cuales entrarán en vigor el 1.^o de enero de 1992. La traducción ha sido realizada bajo la responsabilidad y dirección de los profesores Haanappel y Mackay, ambos de origen holandés, aunque actualmente enseñan, respectivamente, en las Universidades canadienses de Mc Guill y Montreal; a nivel institucional la publicación ha contado con la ayuda del Ministerio de Justicia de Holanda y del "Centre de Recherche en Droit Privé et Comparativa" de Québec, vinculado a la Universidad Mc Guill de Montreal.

El fenómeno de la "recodificación holandesa" ha tenido escaso eco entre nosotros, salvo las elogiosas referencias del maestro De Castro a la figura del profesor Meijers, de la Universidad de Leyden, que fue su motor inicial. Es sabido que el Código civil, todavía parcialmente en vigor, data de 1838, inspirado en el C.c. francés, salvo en algunos puntos relativos al derecho de las personas, de la familia (capitulaciones matrimoniales), sucesiones y bienes. En 1947 el profesor Meijers fue encargado de elaborar un nuevo Código civil que debía comprender nueve libros:

- I. De las personas y de la familia (con inclusión del régimen económico).
- II. De las personas jurídicas.
- III. Del derecho patrimonial en general (incluyendo disposiciones aplicables a los restantes libros).
- IV. De las sucesiones.
- V. De la propiedad y de los derechos reales.
- VI. Parte general del Derecho de obligaciones.
- VII. De los contratos en particular.
- VIII. Del Derecho del transporte.
- IX. De los derechos de propiedad intelectual.

Este plan inicial ha sido mantenido, salvo en lo relativo al libro IX debido a que la materia ha sido objeto de numerosos Convenios Internacionales y Leyes Uniformes a las que Holanda se ha adquirido, y forman un cuerpo de doctrina que, en parte, desborda los límites de un Código civil. Fallecido Meijers en 1954, le sucedió un Comité al frente de los trabajos de reforma del Código constituido por Drion, De Jong y Eggens, siendo este último sustituido por De Groth. Cada uno de los libros ha sido debatido por separado en el Parlamento, y han sido aprobados y entrado en vigor el primero, en 1970, y el segundo en 1976. Lo que ahora se publica constituye propiamente el resto del C.c., a excepción del libro IV relativo a las Sucesiones que ya entró en vigor el pasado año.

No es posible dar una idea, ni siquiera general, del nuevo Derecho patrimonial neerlandés; baste decir que incluye tanto la materia civil como la mercantil, y que incorpora la legislación protectora de los consumidores así como la Convención de Viena sobre la venta internacional de cosas muebles. Como caracterización general se dice de él que ha dejado de ser un "código popular" para convertirse en un "código culto" inspirado en buena parte en el B.G.B. alemán y en la doctrina germánica, aunque se encuentran instituciones adoptadas de la *Common Law* y de los países escandinavos. Cabe, con todo, esperar que la doctrina comparatista dedique su atención al que, por ahora, va a ser, cronológicamente, el último código europeo y comunitario.

La lectura de esta utilísima publicación puede sugerirnos alguna iniciativa a los juristas españoles: Si queremos que nuestro Derecho y nuestra Ciencia jurídica sean conocidas y valoradas en el extranjero, hemos de procurar su traducción a alguna

de las lenguas comunitarias de mayor difusión. ¿Para cuándo una edición francesa o inglesa de nuestro Código civil?

GABRIEL GARCÍA CANTERO

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira: “Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informacões”, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, 703 páginas.

I. Sobre la base de una inteligencia exquisitamente liberal de las relaciones intersubjetivas, ha sido tradicional, en todos los sistemas jurídicos, colocar las consecuencias de los consejos, recomendaciones e informaciones en el ámbito de lo meramente fáctico, en los dominios de las vinculaciones morales o sociales, más allá, en todo caso, de las fronteras de lo jurídicamente relevante.

De acuerdo con esta concepción —y fuera de los supuestos, tenidos por excepcionales, en que la conducta del aconsejante, recomendante o informante constituya el objeto específico de una relación contractual, o esté presidida por una intención dolosa— los daños correspondientes al seguimiento de un consejo, recomendación o información serán de la exclusiva incumbencia de su receptor. La solución es coherente con los planteamientos del individualismo económico: siendo cada cual señor absoluto de su propio interés y no pudiéndose reconocer, por tanto, carácter vinculante en la exhortación explícita o implícitamente contenida en el consejo, en la recomendación o en la información, la eventual frustración de las expectativas del receptor no puede considerarse indemnizable. Empleando la terminología propia del Derecho de daños, se llega a decir, en este mismo sentido, que la interferencia de la conducta del aconsejado rompe la posible relación de causalidad entre el consejo (recomendación o información) y el perjuicio que pudiera derivar de su seguimiento.

La formulación anterior, que cuenta con fundamento normativo expreso en algunos ordenamientos (art. 676 del B.G.B., art. 485 del Código civil portugués) no puede dejar satisfecho al jurista moderno, educado en una comprensión muy amplia de la virtualidad del principio general de la buena fe en el plano de la integración contractual, familiarizado en consecuencia con nociones tales como la “culpa in contrahendo” o la “responsabilidad por confianza”, testigo, en fin, de la crisis de los presupuestos de la autonomía privada y del consiguiente replanteamiento de la teoría de las fuentes de las obligaciones. A esto hay que añadir que las exigencias del Estado social imponen al jurista de nuestros días una superior sensibilidad por la reparación de todos los daños, incluidos los meramente patrimoniales, a que puede dar lugar la actual complejidad de las relaciones económicas. Desde esta nueva perspectiva, y una vez agotadas las posibilidades de ensanchamiento de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, se justifica la búsqueda de vías conceptuales alternativas que permiten dar soluciones más circunstanciadas a los problemas planteados por la emisión de consejos o informaciones falsos o incorrectos, posibilitando la atribución de responsabilidad al autor del consejo o la información, en particular en los casos en que el destinatario tenga razones para confiar en su contenido y en aquellos en los que concurra un interés propio del emisor. La exploración de estas nuevas vías dogmáticas es justamente el objetivo esencial de la obra que presentamos.

II. El plan trazado por el autor para el desarrollo de dicha exploración comienza con el encuadramiento de la cuestión en el marco normativo propio y la justifi-

cación del tratamiento jurídico unitario de las tres categorías estudiadas: consejos, recomendaciones e informaciones (*capítulo primero*). A continuación se trata de tomar conocimiento de las relaciones de la vida social a las que el precepto del art. 485 del Código civil de Portugal está potencialmente llamado a dar respuesta (“sólo conociendo el problema podremos interrogar al sistema”). Con este fin, ofrece Sinde Monteiro un completo panorama de las soluciones jurisprudenciales alemana e inglesa, el cual permite, además de entrar en contacto con una rica casuística, poner de manifiesto la insuficiencia de las fuentes tradicionales de responsabilidad (contrato y delito) para resolver cumplidamente las cuestiones suscitadas por la emisión de consejos, recomendaciones o informaciones (*capítulo segundo*). Una vez conocidos los hechos, se estudian las consecuencias jurídicas deducibles del régimen de la responsabilidad extracontractual en el Derecho portugués, que se desvela insatisfactorio para atender a los intereses en juego (*capítulo tercero*). Con este bagaje, afronta el autor la construcción de una teoría general de la responsabilidad por informaciones (*capítulo cuarto*), para terminar con una aproximación a los nuevos fundamentos dogmáticos de dicha responsabilidad (*capítulo quinto*). La obra culmina con una extensa síntesis de los resultados de la investigación (*capítulo sexto*) y unos cuidados índices bibliográfico y analítico.

III. La escueta referencia al contenido de cada uno de sus capítulos, y la constante atención que de la misma se deduce hacia el particular esquema normativo vigente en el Derecho portugués, no da idea del interés y de la trascendencia científica del libro que comentamos. La importancia del estudio del profesor de Coimbra procede precisamente de la posibilidad de extensión de sus planteamientos y soluciones a otros ordenamientos, incluso a aquellos que —como el francés, el suizo, el italiano y el español— carecen de previsiones legales específicas respecto a las consecuencias jurídicas de la comunicación de consejos, recomendaciones o informaciones. Pero para llegar a conclusiones de alcance general, el autor ha tenido que zafarse previamente de la prisión normativa que, según sus propias palabras, representa el art. 485 del Código civil portugués.

Dispone este precepto en su párrafo primero que “Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, incluso cuando concurre negligencia por su parte”, añadiendo en el párrafo segundo que “La obligación de indemnizar existirá, sin embargo, cuando se haya asumido responsabilidad por los daños, cuando existiese un deber jurídico de dar consejo, recomendación o información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando el modo de actuar del agente constituya hecho punible”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una lectura apresurada de la misma, y de su colocación sistemática en el Código civil, la norma del art. 485 no constituye, en opinión de Sinde Monteiro, una regulación omnicomprensiva y autosuficiente de la responsabilidad por la emisión de consejos, recomendaciones o informaciones. Refiriéndose en su párrafo primero sólo a los “simples” —es decir, lo que se prestan por pura obsequiosidad— el precepto parece admitir que surja, por aplicación de los principios generales de la teoría del negocio jurídico y del Derecho de obligaciones, y con independencia de que concurran las circunstancias del párrafo segundo, un deber de indemnizar a cargo de los autores de los consejos, recomendaciones o informaciones que trasciendan de la mera cortesía.

La constatación de que la disciplina especial sobre la responsabilidad por consejos, recomendaciones o informaciones contenida en el Código portugués tiene un

valor simplemente declarativo, no permitiendo al intérprete desconocer la posibilidad de que los mismos constituyan autónomamente el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual, delictual o por culpa in contrahendo, sitúa a Sinde Monteiro en una posición semejante a la que, frente a idéntica realidad social, constituye el punto de partida para los juristas de los países, entre ellos el nuestro, en cuyos ordenamientos no se cuenta, a este respecto, con una regulación positiva específica. Es, por consiguiente, a partir del lugar (capítulo cuarto) en el que nuestro autor alcanza la aludida conclusión donde la obra adquiere la fundamental importancia que más arriba le hemos reconocido.

Especial interés tiene, desde esta perspectiva, el tratamiento que se hace en el capítulo quinto de algunos de los aspectos más generales del problema objeto de estudio. En primer término, es abordada la difícil cuestión de la delimitación entre las relaciones propiamente contractuales cuyo contenido está integrado por la prestación diligente de consejos, recomendaciones o informaciones, y las relaciones en que, prestándose aquellos por pura cortesía, no hay lugar a la generación de obligaciones jurídicas. A este propósito, el autor refiere algunos de los criterios que pueden servir para fundamentar la existencia de una verdadera vinculación contractual: relaciones anteriores a la prestación del consejo, emisión del consejo a título de empresa o profesión, interés económico del dador del consejo, remuneración percibida por éste, importancia del consejo para quien lo recibe. Pero la consideración de estos criterios de diferenciación exige superar, con carácter previo, un obstáculo crucial, derivado del hecho de que en todos los ordenamientos la noción de contrato presupone necesariamente la presencia en las partes de un "animus contrahendae obligationis", es decir, de la intención y la conciencia de producir efectos jurídicos. Este requisito puede no darse, y de hecho no se da las más de las veces, en los supuestos normales de prestación de consejos, aún cuando sí concurran alguno o algunos de los "índices de contractualidad" (en definitiva, "índices de juridicidad") antes mencionados. En esta tesitura, no hay más solución que reconocer que el moderno proceso de diferenciación social y las interdependencias de ella resultantes obligan a la normación de ciertos contactos sociales que no se dejan comprender como contratos fundamentados en una voluntad de vinculación jurídica. De este modo, pueden entrar en el mundo del Derecho relaciones de la vida social, como las nacidas de la emisión de consejos o informaciones, que antes se consideraban carentes de relevancia jurídica. Bien se comprende que la admisión de esta posibilidad implica, como hemos intentado poner de manifiesto desde el inicio de este comentario, una nueva orientación sobre el papel de la voluntad en la creación de las relaciones jurídicas: cuando del ordenamiento cabe deducir la imputación a determinados comportamientos sociales típicos de un determinado valor declarativo típico puede y debe establecerse una distinción entre lo que es la voluntad real de las partes y lo que esa voluntad representa desde el punto de vista del Derecho. Así, aún faltando la voluntad de vinculación jurídica —la intención y la conciencia en las partes de producir efectos jurídicos— puede, en determinados casos, apreciarse el nacimiento de compromisos de esa índole.

Lo problemático será saber cuáles son tales casos y cuál es el mejor camino para articular dogmáticamente esas nuevas situaciones de responsabilidad. Al respecto, nuestro autor pasa revista, en la segunda parte del capítulo quinto, a las distintas propuestas teóricas que, sobre todo en la doctrina alemana y a partir de los años setenta, han tratado de dar fundamento a la existencia de nuevas fuentes de las obligaciones. En las páginas del libro de Sinde Monteiro se analizan detenidamente las

diferentes aplicaciones del “principio de la confianza” elaboradas por Lammel, Hopt y Von Bar, la idea de la “autovinculación sin contrato” de Koendgen, el concepto de “promesa unilateral de prestación” debido a Stoll y la noción de “relación especial” ofrecida por Picker. Pero el resultado de este análisis no es muy halagüeño: en realidad, todas estas propuestas no representan más que meras sugerencias, formuladas a impulsos de la necesidad de explicar las concretas soluciones alcanzadas en cada caso por la jurisprudencia alemana y, en consecuencia, insuficientes para constituir un soporte dogmático de carácter general.

Abandonando aquellas construcciones, a su entender estimables de “iure condendo” pero inaplicables de “iure condito”, el autor dedica la última parte del capítulo quinto a la consideración de los supuestos de consejos, recomendaciones e informaciones no encuadrables en las categorías tradicionales de la responsabilidad. Para su tratamiento jurídico, identifica Sinde Monteiro las dos vías de fundamentación que estima preferibles: la de las llamadas “relaciones obligacionales sin deberes primarios de prestación” y la teoría del abuso de derecho. Sin poder entrar en pormenores, interesa destacar que en relación con la primera de estas vías se reitera que las “relaciones obligacionales sin deberes primarios de prestación” resultan directamente del Derecho objetivo, debiendo por tanto abandonarse, en la dinámica futura del Derecho de obligaciones, el enfoque tradicional basado en la investigación de la voluntad de las partes.

IV. El carácter inusual de los comentarios sobre monografías jurídicas portuguesas motiva una última precisión. Es ya tópica la referencia a la incomunicación cultural entre españoles y portugueses. Aunque, por fortuna, los fundamentos estructurales de la misma (recelos históricos, escasez de los intercambios comerciales) están hoy en retirada, el hecho parece persistir en un ámbito, el de la dogmática jurídico-privada, en el que resulta particularmente incomprensible. En efecto, en la situación actual, y al menos desde la perspectiva española, todos los factores militan a favor de la intesificación de nuestro trato científico: la común tradición romanista, la vinculación de los juristas lusos con la doctrina alemana, francesa e italiana, enriquecida por su peculiar contacto con el mundo anglosajón, la misma accesibilidad del idioma, y, sobre todo, el fenomenal esfuerzo del legislador portugués, siempre por delante del español, para adaptar su normativa a los nuevos hechos económicos (Código Civil de 1966, Decreto-Ley sobre condiciones generales de los contratos de 1985, Código de las Sociedades Comerciales de 1986), deben obligar a los juristas españoles a volver los ojos hacia las valiosas aportaciones de la doctrina jurídica de Portugal.

Significativo exponente de esta necesidad de acercamiento a la doctrina portuguesa es el espléndido libro de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, obra llena de sugerencias, adornada de todas las virtudes metodológicas y sistemáticas propias del verdadero trabajo científico, y que habrá de constituir, a buen seguro, un sólido apoyo para el futuro —y ya inaplazable— tratamiento, desde las coordenadas del Derecho español, de la responsabilidad por consejos, recomendaciones o informaciones.

JOSÉ LUIS DE CASTRO

Universidad Autónoma de Madrid

Revistas

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de: Jesús ALFARO AGUILA-REAL
Colaboran: Isabel ARANA DE LA FUENTE
José Luis DE CASTRO MARTIN
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ
Fernando OLEO BANET

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. BAIKANG, Xu: *Panorama du Droit Chinois en vigueur*, , «RIDC», núm. 3, 1990, *Doctrine-études*, págs. 885-914.

El autor presenta una breve panorámica del Derecho Chino, según el modelo de los informes nacionales publicados en la «Enciclopedia internacional del Derecho comparado».

2. C. W. BEYER, Thomas: *Europa 1992: Gemeinschaftsrecht un Umweltschutz nach der Einheitlichen Europäischen Akte*, «JuS» 1990 pp. 962 y ss.

Sobre el fundamento normativo y la extensión de una política comunitaria del medio ambiente.

3. GEIS, Max-Emanuel: *Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts*, «JZ», 1991 pp. 112-117.

Defensa de la «teoría de las esferas» como criterio para determinar aquel sector de la vida privada de los individuos protegida por el derecho a la intimidad frente a los que consideran que el problema debe resolverse recurriendo a la doctrina del contenido esencial del Derecho.

4. GREMENTIERI, Valerio: *La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti europee*, «RDC», septiembre-octubre 1990, pp. 547 y ss. (Parte II).

Comentario sobre la relevancia de las instituciones jurídicas y modelos normativos según la configuración llevada a cabo por los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, a lo largo de sus treinta años de actividad. En el seno de dichos tribunales, el Derecho comparado y la circulación de los diversos modelos normativos de los Estados miembros, han asumido unos caracteres y dimensiones de notable interés, que son aquí analizados.

5. GUSY, Christoph: *Wirklichkeit in der Rechtsdogmatik*, ,«JZ», 1991, pp. 213-222.

Sobre la relación entre argumentación jurídica y argumentación fáctica.

6. IPSEN, Jrn: *«Stufentheorie» Übermaßverbot-Zur Dogmatik des art. 1266, «JuS», 1990, pp. 634 y ss.*

Examen de los límites constitucionales a la regulación del derecho al libre ejercicio de una profesión u oficio.

7. KAYE, P.: *Situs of Debts and Jurisdiction to Make Orders of Garnishee, J. Bus Law*, noviembre 1989, pp. 449-459.

Se trata de un estudio sobre la norma de conflicto que a los efectos de la determinación de la competencia jurisdiccional en las cuestiones de derecho internacional privado. Señala como lugar de cumplimiento el lugar de residencia del deudor. El estudio se realiza a la luz de los cambios introducidos en las normas de jurisdicción del Reino Unido por la Convención de Bruselas de 1968 sobre jurisdicción y ejecución de sentencias en asuntos civiles y mercantiles.

8. KIRCHGÄSSNER, Gebhard: *Führt des homo oeconomicus das Recht in die Irre?*, «JZ», 1991 pp. 104-111.

Contestación a otros artículos aparecidos en esta misma revista en los que se criticaba el análisis económico del Derecho, defendiendo su utilidad como instrumento de análisis de las normas.

9. PERDRIAU, André: *La partée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation*, «SJ», núms. 44-45, 1990. Doctrine 3468, 9 págs.

El autor intenta establecer pautas útiles para el tratamiento informático de la jurisprudencia.

10. RENNERT, Klauss: *Die Verfassungswidrigkeit «falscher» gerichtsentscheidungen*, «NJW» 1991 pp.

Examen del fundamento y de los límites al control de la constitucionalidad de las sentencias judiciales: en particular, de las sentencias que infringen el derecho a la igualdad y la obligación de motivación.

11. SBISA, Giuseppe: *Fattori di evoluzione del diritto privato, scomposizione degli istituti e ricostruzioni del sistema*, «RTDPC», julio-septiembre 1990, pp. 811 y ss.

Se someten a estudio los factores de evolución del derecho privado, abordando las siguientes cuestiones: fuentes del derecho privado, intervención del derecho público en las relaciones comerciales, regulación de la actividad económica, nueva noción de propiedad, fragmentación de la normativa general del contrato, tipología de las sociedades mercantiles y evolución de los títulos de crédito.

Concluye el autor formulando una serie de reflexiones metodológicas sobre la transformación que se está produciendo actualmente en el seno del Ordenamiento Jurídico privado.

12. SMIT, Hans: *Les conflits de juridiction en procédure civile*, «RIDC», núm. 3, 1990, *Doctrine-études*, pp. 871-884.

Estudia este artículo los problemas planteados en las relaciones entre Francia y Estados Unidos cuando un proceso civil, entablado en uno de estos países, afecta a personas residentes en el otro. En especial se abordan tres supuestos: la competencia internacional, la notificación de las actuaciones judiciales y la realización de actividades probatorias en uno de estos países en relación con un proceso que se está sustanciando en el otro. El artículo propone que la situación actual sea mejorada a través de la adopción de medidas simples en ambos países: En Francia, modificando el Tribunal de Casación su jurisprudencia en torno al artículo 14 del Code e introduciendo la doctrina del «forum non conveniens»; en los Estados Unidos, denunciando los Convenios de la haya sobre la notificación de los actos judiciales y la obtención de pruebas en el extranjero.

2. DERECHO DE LA PERSONA

13. BERHAMOUD, Yves: *Vers une Autre Défense de l'Enfant en Justice?*, «GP», núms. 227-228, 1990, *Doctrine*, pp. 2-3.

Estudio crítico de los preceptos contenidos en el Convenio Internacional de los Derechos del Niño relativos a la defensa en juicio del menor. Lamenta el autor, aún reconociendo el avance que el aludido tratado representa, la limitación a los niños dotados de discernimiento suficiente del derecho a expresar su opinión sobre toda cuestión que le afecte, eludiendo la regulación de un sistema de defensa sin límite alguno que tienda a la edad o madurez del menor; también considera la escasa fuerza vinculante del Convenio y las lagunas que el mismo contiene en cuanto al problema de la remuneración del abogado del niño, cuestión esta de especial interés cuando se trata de un menor de edad.

14. BOUVIER, Franoise: *A la recherche de la paternité*, «RTDC», núm. 3, 1990, *Articles*, pp. 394-425.

La posibilidad de manipulación genética, abre la puerta a la elaboración de organismos completos a partir incluso de la fusión en un único embrión de varios óvulos fecundados, teniendo cada uno generadores diferentes. Tras su implantación nacerá un hijo que, biológicamente, tendrá varios «padres» y «madres»; el autor señala cómo en nuestro país vecino existe una proposición de ley para permitir la regulación y prohibición de algunas de estas prácticas. Su conclusión parte de la necesidad de que la reflexión jurídica abarque estos nuevos pasos de la ciencia, aplicándose al tratamiento de la filiación, su determinación y fundamentos, cuya evo-

lución normativa, analizada a la luz de estos nuevos avances científicos pero sin perder de vista el componente ético-sociológico del problema, constituye el objeto central del presente comentario.

15. DAVILLE, Denis Perier: *Une Aberration Juridique. La télématique: Un média assuré de l'impunité*, «GP», núm. 280-282, 1990. Doctrine, pp. 2-5.

La telemática, ¿correspondencia privada o medio de comunicación audiovisual? Las consecuencias de definirse claramente en torno a esta alternativa no pueden ser más radicales, puesto que en el primer caso estaría amparada por el secreto, en tanto en el segundo la posibilidad de deducir la responsabilidad del director del servicio por los mensajes emitidos parece clara. ¿Puede gozar de absoluta impunidad un medio de comunicación audiovisual, una vez que es preciso admitir, dado el carácter indiferenciado e indeterminado de los destinatarios, la imposibilidad de considerar tal servicio como correspondencia privada? Estas cuestiones configuran el interesante objeto del presente comentario.

16. FRITSCH, Klaus/ HAVERKAMP, Kristina: *Das neue Gentechniskrecht der Bundesrepublik Deutschland*, «BB» 1990 fasc. 31.

Examen crítico de la reciente ley de ingeniería genética alemana.

17. GEFFROY, Claire: *La modification de l'article 433 du Code Civil par la loi num. 89-487 du 10 juillet 1989*, «SJ», núm. 47, 1990. Doctrine, 3472, 4 páginas.

El autor efectúa un análisis de la reforma y plantea el grave problema de la ausencia de un estatuto para los niños puestos a cargo de la ayuda social a la infancia como consecuencia de una decisión judicial, mostrándose además partidario de la organización de una cuasi tutela pública para el seguimiento y protección de los niños encargada de la preparación de los expedientes de declaración judicial de abandono.

18. GOBERT, Michelle: *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, «SJ», núm. 49, 1990, Doctrine 3475, 12 páginas.

La más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación, que viene a denegar la posibilidad de proceder al cambio del estado civil de los transexuales bajo el fundamento de que no ha existido auténtica adquisición del sexo opuesto, al permanecer inalterada la estructura cromosómica del individuo, es sometida a crítica por el autor, estando pendiente la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el Caso Botella, informado por la Comisión el pasado 6 de septiembre.

19. HERMES, Georg: *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?*, «NJW» 1990 pp. 1764-1768.

Ánalisis de las más recientes decisiones del Tribunal Constitucional alemán, sobre las relaciones entre derechos fundamentales y Derecho privado, en particular, sobre el deber del legislador de garantizar que las normas de Derecho privado protejan adecuadamente los derechos fundamentales.

20. MEMETEAU, Gérard: *La situation juridique de l'enfant connu*, «RTDC», núm. 4, 1990, Article, pp. 611-624.

Artículo preparado para su presentación al VIII Congreso Mundial de Derecho Médico celebrado en Praga del 21 al 25 de agosto de 1988 y en el cual se aborda de nuevo el eterno problema de innumerables ramificaciones, relativo a la situación

jurídica del nasciturus. Estructurado en dos partes, que aluden respectivamente a lo que el autor denomina situación Clásica y Exaltación Barroca, en la primera de ellas se resumen las tesis elaboradas en torno a la regla romana del «infans conceptus», cuya doble orientación simultánea de respetar y limitar la aplicación de la existencia del sujeto considerado era adecuada para dar solución a los problemas derivados del derecho patrimonial. El avance de la ciencia, en cuanto posibilita toda una serie de actividades de intervención sobre los embriones humanos, necesariamente ha de conducir a un nuevo planteamiento de la cuestión, y a ello se dedica la segunda parte del trabajo, todo ello con la finalidad, confesada por el propio autor, de ofrecer una reflexión sobre la cualidad del sujeto de las actividades biomédicas llevadas a cabo, necesario punto de referencia a través del cual enjuiciar la licitud o ilicitud de aquellas actividades.

21. SUTTON, Genevieve: Le nom aux Etats-Unis, «RTDC», núm. 3, 1990, Variété, pp. 427-441.

El proceso de liberalización del nombre (surname) seguido por la jurisprudencia en los Estados Unidos, franqueando las restricciones existentes en relación con las mujeres casadas y divorciadas y simplificando los modos de atribución del nombre en el momento del nacimiento, plantea el problema de la naturaleza jurídica del mismo: atributo de la personalidad o medio de identificación del individuo ante el Estado? El autor realiza un estudio del Derecho norteamericano relativo al nombre del recién nacido y de la mujer casada o divorciada, problema enormemente complejo debido a la diversidad de fuentes y de legislaciones.

22. VAUVILLE, Frédéric: La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale, «RDS», núm. 38, 1990, Chroniques, pp. 283-290.

El autor realiza un estudio de la utilidad actual de la emancipación y de su deseable evolución futura al hilo de una encuesta local realizada con la finalidad de constatar los efectos que sobre aquella institución produjera la reforma de la mayoría de edad, llevada a cabo por la ley francesa núm. 74-631 de 5 de julio.

3. PERSONA JURIDICA

23. DETKER, Hartmut: Der Wandel vom Ideal-zum Wirtschaftsverein, «NJW», 1991, pp. 385.

Se examinan los cambios registrales que se producen cuando un asociación sin ánimo de lucro se transforma en una entidad empresarial.

24. REIGNE, Ph: Les clauses statutaires éliminant au restreignant le jeu de la démocratie dans les associations, «Rev. Soc.», julio-septiembre 1990, pp. 377-393.

Es frecuente que los fundadores de una asociación recurran a las cláusulas estatutarias para eliminar o limitar el juego democrático para asegurarse el control de la asociación que constituyen. Si bien, algunos autores consideran éstas válidas en nombre de la libertad contractual, los principios generales del derecho de obligaciones y contratos y del derecho de asociaciones permiten fijar límites a la validez y eficacia de estas cláusulas, especialmente, aquellas que afectan a la posibilidad de modificar los estatutos o de disolver la asociación.

25. SCHMIDT, Karsten: Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadenersatzansprüchen, «JZ», 1991, pp. 157-162.

La posición de socio suele calificarse como relación jurídica y, por un sector importante de la doctrina, como derecho subjetivo. Según el autor, la doble calificación debe mantenerse porque explica satisfactoriamente los distintos fundamentos del derecho de un socio a ser indemnizado por la sociedad: como lesión de un derecho subjetivo o como infracción contractual.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL**26. AMOUROUX, Vincent: L'indemnisation des véhicules en crédit-bail et l'entendue du préjudice réparable, «GP», núms. 346-347, 1990, Doctrine, pp. 9-4.**

Artículo aparecido ya en el número de la «*Gazette du Palais*», de 14 de junio de 1990 sin las rectificaciones del autor, contenidas en el aquí presentado. Por nuestra parte dimos ya noticia del referido comentario, que plantea la especial incidencia del problema consistente en la determinación del daño indemnizable en relación con los vehículos objeto de un contrato de arrendamiento financiero.

27. ARNOLD, Karin: La Sous-Traitance en Droit Allemand, «GP», núms. 325-326, 1990, Doctrine, pp. 38-40.

Se analizan en el presente comentario las dificultades planteadas por la regulación legal del contrato de obra en el Derecho Alemán.

Si bien algunos de sus inconvenientes han sido superados a través de la elaboración de un contrato-tipo para el sector de la construcción y también acudiendo a construcciones jurisprudenciales tales como la llamada interpretación integradora, basada en la voluntad hipotética de los contratantes, o la teoría de la desaparición de la base del negocio, los otros inconvenientes derivados del ordenamiento procesal, que no permite la consideración como parte de un tercero llamado al proceso por el demandado, plantean mayores problemas para un tratamiento adecuado de la interrelación existente entre el contrato principal y el sub-contrato en los supuestos habituales de subcontratación.

28. ATIAS, Christian: L'abandon du chantier de construction, «RDS, núm. 39, 1990, Chroniques, pp. 291-294.

Se aborda en el presente trabajo la problemática inherente al incumplimiento del contrato de obra por el contratista. La ejecución por sustitución, planteada como solución adecuada a este supuesto, las condiciones para su aplicación, los efectos de este remedio y los obstáculos más correintemente opuestos por el contratista incumplidor, entre los cuales destaca el ofrecimiento de ejecutar él mismo la obra, son aspectosconcretos de la cuestión estudiados por el autor.

29. BALI, Massimo: Esercizio delle incombenze quale limite della responsabilità dei padroni e dei committenti, «GC», octubre 1990, pp. 339 y ss. (Parte II).

Ánalisis del artículo 2049 del Código Civil italiano en cuanto establece la responsabilidad de los «padroni e committenti» por los daños cometidos por sus «domestici e commessi», en el ejercicio de las funciones que sean de su incumbencia. Este comentario trata de delimitar el ámbito de este tipo de responsabilidad civil, para lo que se detiene especialmente en la interpretación del término «nell'esercizio dell'incombenze», empleado por el legislador italiano como límite a la responsabilidad por hechos ajenos, que en el citado precepto se establece, y que ha dado lugar a fuertes controversias doctrinales y jurisprudenciales.

30. BENEDETTI, Giuseppe: Negozio giuridico e iniziativa economica privata, «RDC», septiembre-octubre 1990, pp. 573 y ss. (Parte II).

Estima el autor que la figura del negocio jurídico, tras una época de notable prevalencia en el ámbito del derecho privado, se halla hoy en situación claramente ambigua y decadente. En este comentario, procura precisar si dicho instrumento sigue siendo aún de utilidad al intérprete del Derecho positivo.

Tras examinar la doctrina del negocio jurídico y los artículos 41-42 de la Constitución y artículos 1323-1324 del Código Civil, italianos ambos, afirma que el área actual de esta figura ha de situarse en sede de relaciones económicas. Así, concluye considerando al negocio jurídico como un instrumento útil para la actividad económica regida por la autonomía privada.

31. BERTIN, Ph: Peut-on parler de «Justice divine»?, «GP», núms. 206-207, 1990, Doctrine, pp. 2-3.

A propósito de un artículo aparecido en «Le Canard Enchâine», se comenta la aplicación a supuestos de difamación de la provisión establecida por el artículo 809 párrafo 2 del Código de Procedimiento civil, para aquellos casos en los cuales el órgano jurisdiccional estima que la obligación de reparar el daño no es seriamente discutible.

32. BIN, Marino: La non conformità dei beni nella convenzioni di Vienna sulla vendita internazionale, «RTDPC», julio-septiembre 1990, pp. 755 y ss.

Este estudio trata de delimitar el alcance que la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías, otorga a aquellos supuestos en los que el vendedor no cumple su obligación de entrega de los bienes, así como aquellos en los que se entregan bienes no conforme a lo establecido en el contrato.

33. BONELL, Michael Joachim: La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale; origini, scelte o principi fondamentali, «RTDPC», julio-septiembre 1990, pp. 715 y ss.

Comentario en torno a determinados aspectos de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercancías, aprobada en la Conferencia de Viena de 1980. Se examinan aquí: los objetivos de la Convención, estos es, el establecimiento de una normativa uniforme y ajustada a las exigencias de la práctica comercial internacional. Y los principios generales que inspiran esta nueva regulación uniforme, en particular el papel que desempeña el principio de la buena fe.

El autor considera que esta disciplina aporta seguridad jurídica y equilibrio entre los derechos y deberes de los contratantes. Reclama, no obstante, la necesidad de promover la uniformidad también en cuanto a la interpretación y aplicación de la Convención por parte de los Estados que la adopten.

34. BOULAY, J. CH.: Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance «Rev. trim. dr. comm.», julio-septiembre 1990, pp. 339-373.

El autor pone de manifiesto la insuficiencia de una aproximación exclusivamente temporal a la noción de exigibilidad del crédito. Además de un análisis de las circunstancias del vencimiento que influyen en la exigibilidad del crédito, el autor hace repaso a otras variables relacionadas con aspectos materiales de la relación de crédito que determinan y condicionan su exigibilidad, incluso antes del momento del vencimiento.

35. BOURIAUD-REMERY, Franoise/ REMERY, Jean-Pierre: *Remarques sur le calcul judiciaire de l'indemnité réparatrice de malfaçons*, «*RDI*», núm. 3, 1990, *Articles*, pp. 295-299.

Se desarrollan en el presente comentario el procedimiento y los factores a considerar para conseguir el total resarcimiento de los daños causados al dueño de la obra como consecuencia de defectos en la construcción.

36. BRAULT, Philipe H.: *Baux commerciaux: Les nouvelles dispositions de l'article 25 du décret du 30 septembre 1953*, «*LC*», núm. 8-9, 1990, *Chronique*, pp. 1-2.

Estudio de la modificación establecida en el precepto citado por la Ley 89-1008, de 31 de diciembre y que viene a ampliar el poder de apreciación otorgado a los tribunales cuando se ejercita la cláusula resolutoria inserta en un contrato de arrendamiento.

37. BLOW, Peter: *Das neue Verbraucherkreditgesetz*, «*NJW*», 1991, pp. 129-134.

Comentario breve a la ley de incorporación al Derecho alemán de las directivas comunitarias en materia de crédito (DOCE L 42/48) al consumo, poniendo de manifiesto que su entrada en vigor supone la práctica derogación de la ley de ventas a plazos. La novedad más importante se encuentra en la regulación de la mora por parte del deudor.

38. CECCHERINI, Grazia: *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. ai contratti preliminari della pubblica Amministrazioni*, «*G.C.*», noviembre 1990, pp. 395 y ss. (Parte II).

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación italiana, de 29 de marzo de 1989, sobre ejecución en forma específica de la obligación de celebrar un contrato por parte de la Administración pública, cuando a ello se haya comprometido, frente a un particular, mediante un contrato preliminar (para la realización de un interés económico de naturaleza privada).

Dicha sentencia admite la competencia de la Jurisdicción ordinaria, así como la ejecución en forma específica prevista en el artículo 2932 del Código Civil italiano.

39. COMOGLIO, Luigi Paolo: *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, «*RTDPC*», julio-septiembre 1990, pp. 785 y ss.

Los principios de libertad de forma y de prueba, aparecen recogidos en el artículo 11 de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías. Según dicho precepto, no es preciso que el contrato se concluya ni pruebe por escrito, ni está sujeto a ningún otro requisito de forma, asimismo, puede ser probado por cualesquiera medios de prueba, incluida la testifical.

El autor analiza esta norma, así como la eventual reserva oficial de inaplicabilidad de la misma, diseñada por los artículos 12 y 96 de la propia Convención.

40. CONTE, Philippe: *Le législateur, le juge, la faute et l'implication (La faible édifiant de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985)*, «*SJ*», núm. 47, 1990, *Doctrine* 3471, 4 páginas.

El autor defiende la separación entre la responsabilidad derivada del artículo 1384-1 del Code Civil y la establecida por la ley de 5 de julio de 1985 para la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de circulación y la aceleración de

los procedimientos de indemnización, analizando el peligro de confusión que una determinada interpretación de los preceptos de ésta en relación con los conceptos de «vehículos implicado en el accidente» o «culpa exclusiva de la víctima» puede conllevar.

41. DECOOPMAN, Nicole: *Le principe du contradictoire et le traitement du surendettement*, «RDS», núm. 32, 1990, *Chroniques*, pp. 237-241.

Se aborda el problema representado por la incidencia del principio contradictorio en ambas fases del juicio universal establecido por la Ley Neiertz: la amistosa y la judicial.

42. DELEBECQUE, Philippe: *Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement*, «RDS», núm. 34, 1990, *Chroniques*, pp. 255-258.

Examen de la incidencia de la Ley de 31 de diciembre de 1989 sobre la fianza, sistematizado por el autor en dos apartados: en el primero se abordan los efectos de la citada norma legal sobre el contrato de fianza, en tanto el segundo alude la incidencia legislativa en la propia garantía personal que de aquél se deriva.

43. DEPRIMOZ, Jacques: *Les innovations apportées par la loi num. 90-488 du 16 juin 1990 la mise en jeu de la responsabilité civile des exploitants nucléaires* «SJ», núm. 43, 1990, *Doctrine*, 3467, 4 páginas.

Comentario de las modificaciones establecidas por la indicada disposición legislativa y cuyo contenido se refiere a la elevación de los límites de responsabilidad establecidos respectivamente para el explotador de la Central. El Estado francés y Estados firmantes del Protocolo de 1982, establecido por los países signatarios de la Convención Complementaria de Bruselas de 31 de enero de 1963.

44. D'ORNANO, Roland: *De l'Application dans le Temps de l'Art 1907 du Code Civil et de la Loi 66-1010 du 28 Décembre 1966 selon la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation*, «GP», núms. 332-333, 1990, *Doctrine*, pp. 10-18.

El problema abordado en el presente artículo es el de la tasa de interés aplicable al descubierto en cuenta corriente. El autor se muestra partidario de aplicar el interés legal en ausencia de pacto expreso, según se deduce del artículo 1907 del Code. Sin embargo la Jurisprudencia, tras unos primeros pronunciamientos proclives a este razonamiento, ha ido atemperando el rigor que para las entidades bancarias representaba la corriente iniciada.

45. DURANCE, Alain: *La loi num. 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement*, «RDI», núm. 3, 1990, *Articles*, pp. 313-323.

Sistematización de las medidas contenidas en la ley presentada por el autor que trata de facilitar el acceso a un alojamiento adecuado a las clases sociales más desfavorecidas. Incluye el texto íntegro de la ley.

46. DURQUET-TUREK, Franoise/ RICATTE, Jean: *Introduction dans les Droits Nationaux des Dispositions de la Directive du Conseil de la CEE (85/374). Relative la Responsabilité du Fait des Produits. L'exemple de la RFA vu de la France*, «GP», núms. 250-251, 1990, *Doctrine*, pp. 2-8.

El autor realiza un estudio de la ley alemana de 15 de diciembre de 1989, relativa a la responsabilidad por los productos defectuosos y que viene a realizar la trasposición al derecho interno germano de la Directiva 85/374 del Consejo de la CEE.

Además aborda la interesante cuestión planteada por la diferencia que puede existir, no solamente entre los diferentes textos nacionales que introducen un Directiva, sino entre las diferentes versiones lingüísticas de estas normas comunitarias.

47. FAVARD, Jean/ GUTH, Jean-Michel: *Le marche vers l'uniformisation?: La quatrieme réforme du droit à indemnisation des victimes d'infractions.* Art. 706-3 706-15 du Code de procédure pénale, «SJ», núm. 42, 1990, Doctrine 3466, 6 páginas.

La reforma en la regulación francesa de las indemnizaciones para las víctimas de infracciones penales constituye el objeto del presente comentario. Las más relevantes modificaciones destacadas por el autor se sitúan en torno a los sujetos beneficiarios de las mismas (suprimiéndose el tratamiento discriminatorio respecto de los ciudadanos de países comunitarios), la eliminación del límite máximo de la indemnización, la inexigencia de un deterioro grave de las condiciones de vida de la víctima y el carácter no subsidiario de estas indemnizaciones.

48. FISCHER, Gerfried: *Culpa in contrahendo im Internationalen Privatrecht,* «JZ», 1991, 168-175.

Crítica al criterio que determina la ley aplicable a un supuesto de culpa in contrahendo por remisión a la lex del hipotético contrato sobre la base de que es demasiado indiferenciado. En particular no debe aplicarse a los supuestos de ruptura de mala fe de tratos previos, supuesto que debe regirse por la ley del lugar donde se llevaron a cabo dichos tratos.

49. FREMOND, Pierre: *L'extension du statut des baux commerciaux certains artistes (Loi du 5 janvier 1988 relative au renouvellement des baux commerciaux),* «GP», núms. 215-216, 1990, Doctrine, pp. 3-4.

Se apuntan en el presente artículo los inconvenientes que puede representar la omisión de ciertas categorías de artistas (fotógrafos y ciertos diseñadores) del ámbito de aplicación de la ley, así como la falta de las indispensables disposiciones transitorias en relación con los arrendamientos en curso.

50. GIAMMARIA, Pierluigi: *Il contrato atípico,* «GC», diciembre, 1990, pp. 443 y ss. (Parte II).

Este comentario contiene, en primer lugar, la delimitación teórica de la figura del contrato atípico, así como su distinción respecto de otras figuras, cuales son el contrato mixto y el contrato complejo. Seguidamente, se diseña la evolución de la Jurisprudencia italiana relativa al contrato atípico, resaltando el progresivo acogimiento del mismo en la segunda mitad de los años ochenta. Se analiza, asimismo, la norma contenida en el artículo 1322-2º del Código civil italiano, que permite a los particulares celebrar contratos no encuadrables en los tipos previstos en el Código, dirigidos a regular intereses merecedores de tutela jurídica.

A la vista de las consideraciones formuladas en este trabajo, el autor propone una reconstrucción de la figura estudiada, según la cual el contenido sustancial del contrato atípico vendría a cumplir, respecto de la categoría de los contratos atípico, una función análoga a la que desempeña el tipo contractual respecto de los contratos típicos.

51. GROUTEL, Hubert: L'extension du rôle de l'implication du véhicule, «RDS», núm. 35, 1990, Chroniques, pp. 263-265.

Estudio crítico de la jurisprudencia de la segunda sala de lo civil del Tribunal de Casación francés que, partiendo de la implicación de un vehículo a motor en un accidente, hace derivar de ella la calificación de accidente de circulación y una presunción de imputabilidad de los daños.

52. HAGER, Gnter: Das neue Umwethaftungsgesetz, «NJW», 1991, pp. 134-143.

Comentario a la reciente ley alemana sobre responsabilidad por daños al medio ambiente que obliga a indemnizar los daños producidos a individuos concretos cuando sean imputables a un sujeto concreto a título no sólo de culpa sino también de riesgo. Además la ley facilita la prueba de los daños y amplía los supuestos en los que procede restitución in natura.

53. HELLER, Jean: L'assurance «Dommages-ouvrage» après la loi du 31 décembre 1989, «RDI», núm. 4, 1990, Articles, pp. 445-451.

Análisis de la reforma introducida por la ley de 31-12-1989 en relación con el seguro obligatorio a contratar por el dueño de la obra para garantizar el pago de la reparación de los daños a que hace referencia el artículo 1792 del Code (vicios de la construcción). Básicamente la reforma amplía la exención a determinadas personas jurídicas de la obligación de concertar dicho seguro, cuando se trate de la construcción de edificios no destinados a vivienda y viene a modificar los plazos del procedimiento a seguir en caso de siniestro. El autor se muestra pesimista en torno a una reforma que dejando inalterado el sistema de doble escalón (seguro de daños-seguro de responsabilidad), surgido para coherenciar la necesidad de una rápida reparación y la determinación de las personas causantes del daño, viene a restringir el ámbito del seguro obligatorio en atención al dato por lo demás difuso del destino residencial del edificio, olvidando que es el dueño de la obra y no el usuario quien ostenta el derecho a la reparación.

54. HETTICH y otros: Die AGB der Banken auf dem Prüfstand des AGB Gesetzes, «BB», 1990, pp. 2347 y ss.

Examen de la validez de las condiciones generales de los bancos alemanes a la luz de la AGBGesetz.

55. HONN, Gnther: Entwicklungslinien des Vertragsrechts, «JuS», 1990, pp. 953 y ss.

Examen de las tendencias más recientes en Derecho de los contratos en particular, sobre la protección del contratante débil, sobre el valor normativo de lo fáctico, etc.

56. JACQUIN, André: La Modification des Clauses Résolutoires, «GP», núms. 215-216, 1990, Doctrine, pp. 2-3.

Comenta el autor la reforma contenida en el artículo 7 de la Ley 89/10008 de 31 de diciembre en relación con el tratamiento legislativo de las condiciones resolutorias explícitas que a menudo suelen insertarse en los contratos de arrendamiento de locales comerciales, para el caso de que el arrendatario incumpla las obligaciones puestas a su cargo.

57. JAUCH, Hans-Gerd H.: Die Schnecke im salat: Zur Wandelung bei Verbrauchsbestimmten Sachen, «JuS», 1990, pp. 707 y ss.

Se analiza el siguiente caso: un matrimonio pide en un restaurante comida y bebería por 10.000 pesetas. Tras haber consumido parte de ellas, la señora encuentra un caracol en la ensalada, ante lo cual rechazan el resto de la comida y se van sin pagar. El dueño del restaurante demanda al matrimonio exigiéndoles el pago de la cuenta descontando el precio de la ensalada. El tribunal condenó al matrimonio a pagar 5.000 pesetas.

58. KARILA, Jean-Pierre: Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locataires d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage, «RDS», núm. 42, 1990, Chroniques, pp. 307-314 y núm. 43, Chroniques, pp. 315-322.

Detenido análisis de la responsabilidad contractual de derecho común y de sus relaciones con las garantías legales específicas, en el cual el autor viene a poner de manifiesto las disfunciones originadas por la diversidad de plazos establecidos para el ejercicio de las respectivas acciones.

59. KHLER, Helmut: Vertragliche Unterlassungspflichten, «AcP», 190 (1990), pp. 496 y ss.

Sobre las obligaciones de no hacer derivadas de un contrato. Exposición amplia y en profundidad.

60. LA CHINA, Sergio: La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di diritto uniforme. Profili procesuali; la giurisdizione, «RTDPC», julio-septiembre, 1990, pp. 769 y ss.

Se abordan los aspectos procesales de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías y, en concreto, las normas que contienen referencias expresas a cuestiones procedimentales y jurisdiccionales. Tras destacar la escasa atención que la convención presta a estas cuestiones, las citadas normas son contrastadas con lo dispuesto en el Derecho italiano y en la convención europea en Bruselas. La reflexión final se dedica al examen de la relación entre las normas de la Convención de Viena y el arbitraje.

61. LEVEL, Patrice: Premières Observations sur le Projet de Loi français Relatif la Responsabilité du Fait du Défaut de Sécurité des Produits (Directives CEE 25 Juillet 1985), «GP», núms. 290-291, 1990, Doctrine, pp. 17-19.

Si es cierto que existen autores para los cuales un proyecto de ley no merece atención alguna en tanto no sea promulgada finalmente la norma legal, habida cuenta no solamente de los numerosos avatares que a menudo sufren los textos en su tramitación parlamentaria sino también la no despreciable posibilidad de que se queden definitivamente en estadio de meros proyectos, este no parece ser el caso del profesor Level, quien lleva a cabo en el presente artículo un estudio de las líneas maestras del referido texto, destinado a ser incluido en el Code, entre el Título IV del libro III, referido a los vínculos originados sin convención y los Títulos V y siguientes, donde se relacionan los diferentes contratos civiles.

62. MACDONALD, E.: *Duress by threatened Breach of contract*, «J. Bus. Law», noviembre 1989, pp. 460-473.

El artículo se refiere al problema que se suscita cuando una parte amenaza con «romper» un contrato preexistente con el fin de obtener una revisión de las condiciones del contrato. En concreto la cuestión que se analiza es la de determinar cuándo la parte coaccionada puede pedir la anulación del «nuevo» contrato por coacción.

63. MADONALDS, E: *Undue influence and third parties*, «J. Bus. Law», noviembre, 1990, pp. 469-479.

La autora considera las circunstancias en las cuales un deudor o fiador puede reclamar contra su acreedor con motivo de haberse obligado, movido por la influencia indebida de un tercero. Se examinan los casos más recientes en este área y los tres criterios que utiliza la jurisprudencia para determinar si aquella influencia ejercida por el tercero sobre el deudor afectará al acreedor. Estos elementos son, primero la relación existente entre el acreedor y el tercero; segundo, el conocimiento y tercero, la ausencia de un consejo independiente o desinteresado.

64. MEDICUS, Dieter: *Typen bei der Rückabwicklung von Leistungen*, «JuS», 1990, pp. 689 y ss.

Exposición de la regulación de la restitución de las prestaciones en Derecho alemán.

65. MEGIER, Henri: *La responsabilité civile de l'Export Judiciaire*, «GP», núms. 353-354, 1990, Doctrine, pp. 12 y 14.

Aún cuando a la Jurisprudencia viene pronunciándose en el sentido de afirmar que son las reglas del derecho común las aplicables a la responsabilidad de los peritos, el autor, partiendo de la diferenciación entre peritos actuantes pro cuanta de las partes y comisionados por el juez, y habida cuanta además de la consideración de estos últimos como participantes en el servicio público de la justicia, se muestra partidario de considerar que, en el supuesto de los peritos judiciales, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, siendo por ello plenamente aplicables los principios generales propios de esta institución.

66. MONTBRIAL, Didier de: *La protection des créanciers en Europe*, «GP», núms. 334-335, 1990, Doctrine, pp. 10-11.

Artículo destinado a recordar la virtualidad del Convenio de Bruselas en orden a conferir en cierta medida, a un acreedor de la Comunidad Económica Europea, la facultad de elegir el Tribunal competente dentro de un Estado miembro y aún en ciertos el derecho aplicable al caso planteado.

67. MONTICELLI, Salvatore: *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, «RDC», septiembre-octubre 1990, pp. 669 y ss. (Parte II).

Análisis de las tendencias de la jurisprudencia italiana en torno a la nulidad a la nulidad negocial, poniendo de relieve los límites operativos impuestos por la interpretación restrictiva que se hace del artículo 1421 del Código Civil italiano. Para contrastar hasta un punto dicha doctrina jurisprudencial se acomoda al ordenamiento jurídico, el autor examina y critica la concepción de la nulidad como categoría unitaria. Asimismo resalta la necesidad de atender al criterio de los intereses tutelados y del carácter de la sanción aplicable, pues los considera indicios inconfundibles.

bles de la naturaleza de la norma co contenida en el citado precepto. Finalmente, trata de refutar los argumentos, aducidos por los jueces en apoyo de esa limitación a la posibilidad de declarar de oficio la nulidad, basados esencialmente en normas procesales.

68. MÜLLER-LAUBE, Hans-Martin: *Auswirkungen vorteilhafter rechtsgeschäfte des Geschädigten auf die Schadensabrechnung mit dem Schadger*, «*JZ*», 1991, pp. -168.

El autor examina el problema de si el dañante puede oponerse a indemnizar cuando los daños producidos han sido reducidos o eliminados por el dañado sin coste alguno para él, sino gracias a relaciones con terceros y responde negativamente.

69. MUSOLINO, Giuseppe: *La figura del mediadores fra codice civile e leggi speciali*, «*RTDPC*», julio-septiembre 1990, pp. 1037 y ss.

El presente trabajo se destina al análisis de las normas del Ordenamiento Jurídico italiano, reguladoras del contrato de mediación, contenidas en el Código Civil y en la ley número 39 de 3 de febrero de 1989. Previamente, el autor examina la naturaleza del contrato de mediación, sus relaciones con el arrendamiento de obra, y el concepto de «affare».

70. DE NOVA, Giorgio: *L'ambito di applicazione «ratione materiae» della convenzione di Vienna*, «*RTDPC*», julio-septiembre 1990, pp. 749 y ss.

Con la finalidad de determinar cuál es el objeto «ratione materiae» y el conjunto de cuestiones reguladas por la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías, el autor analiza el significado jurídico que ha de darse a algunos de los conceptos utilizados en dicha Convención, especialmente los de «compraventa» y «mercancías».

71. PADULA, Luciano: *La «vendita del possesso»*, «*RTDPC*», julio-septiembre 1990, pp. 831 y ss.

El autor plantea la eventual aceptación, en el vigente Ordenamiento Jurídico italiano, del contrato de «venta de la posesión». Conforma la noción de esta figura y analiza la experiencia romanística y germánica, para referirlas al actual Derecho italiano, concluyendo por afirmar la inadmisibilidad de este tipo de contrato, no sin hacer referencia a casos particulares de aparente venta de la posesión.

72. PATTI, Salvatore: *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, «*RDC*», septiembre-octubre 1990, pp. 705 y ss. (Parte I).

Tras exponer la evolución jurisprudencial italiana en torno a la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de daños causados por productos defectuosos, el autor analiza la normativa italiana al respecto, contenida en la ley de 24 de mayo de 1988, en la que se recoge la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985. En ella se prevé una inversión de la carga de la prueba, mediante la cual el perjudicado no necesita probar la culpa del productor, sino que se permite a éste último aportar una prueba liberatoria. Se objetiviza, pues, la responsabilidad del productor.

Sin embargo, el legislador italiano introduce nuevos parámetros de valoración de la prueba, que suponen un alejamiento, tanto de los principios contenidos en la directiva comunitaria como de la legislación de otros países miembros.

73. PAUTOT, Serge: Le Parachutisme et la Loi, «GP», núms. 308-310, 1990, Doctrine, pp. 2-6.

Estudio de la naturaleza y régimen jurídico de los accidentes derivados de la práctica del paracaidismo, tanto en su modalidad deportiva como militar, así como de los diversos tipos de seguro obligatorio de responsabilidad civil relativos a la referida actividad deportiva.

74. PHANG, A. B. L.: Implied terms revisited, «J. Bus. Law», septiembre 1990, pp. 394-413.

El autor, dentro del sistema de *common law*, realiza una revisión de las normas y principios de integración e interpretación de los *contratos implied terms*. El artículo revisa las dos categorías de *implied terms* más destacados. De un lado, los *terms implied in fact* expresados a través del expediente más estrecho de la seguridad y eficacia del tráfico, y por otro, los *terms implied in law* integrados en el expediente más amplio de la «razonabilidad».

75. RAMOS MENDEZ, Francisco: La nuova disciplina dell'arbitrato in Spagna, «RTDPC», enero-marzo 1990, pp. 241 y ss.

El autor examina las consecuencias de la anterior ley de arbitraje, señalando posteriormente las principales novedades que, en esta materia, introdujo en el Ordenamiento Jurídico español la ley de 5-12-1988. Trazo, a continuación, un esquema del desarrollo de esta figura a tenor de la nueva ley y, finalmente, analiza la regulación del arbitraje internacional.

76. RIBS, Jacques: Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, «SJ», núm. 41, 1990, Doctrine 3465, 10 páginas.

El presente artículo aborda el problema representado por las dudas existentes en torno a la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan resolver sus litigios acudiendo al arbitraje internacional. Así, con excepción del ámbito de aplicación de la Convención de Génova, que agrupa a un reducido número de países, la prohibición establecida por el artículo 2060 del Code Civil para las colectividades y establecimientos públicos de acudir al arbitraje internacional en el cual sean parte estas entidades y ello pese a la estimulación de este modo de resolución de conflictos llevada a cabo por el Gobierno francés mediante el decreto de 12 de mayo de 1981.

77. SACERDOTI, Giorgio: I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti, «RTDPC», julio-septiembre 1990, pp. 733 y ss.

El autor trata de establecer cuáles son los criterios de aplicación de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías. A tales efectos, estudia la relación entre las normas de conflicto propias del Derecho internacional privado, las normas materiales uniformes contenidas en la Convención, y el juego de la autonomía de la voluntad.

Para ello, se examinan, en particular: el artículo 1 de dicha Convención, por cuanto establece su ámbito de aplicación, así como los artículos 95, 7 y 6. Este último reconoce a las partes la facultad de excluir la aplicación de la Convención o, salvo el artículo 12, derogar algunas de sus disposiciones o modificar sus efectos.

78. SCHAUFELBERGER, Frédéric: La prévention des situations de surendettement des particuliers. (Commentaire du titre II de la loi núms. 89-1010 du 31 diciembre 1989), «RDI», núm. 3, 1990, Articles, pp. 301-312.

79. SERFATI, Jean-Claude: Barème et mode d'emploi, «GP», núms. 262-263, 1990, Doctrine, pp. 2-4.

En nuestro país vecino ha sido propuesto un nuevo baremo para la evaluación de daños corporales destinado específicamente a su utilización en derecho común, rompiendo así con el tradicional recurso consistente en acudir al de accidentes de trabajo. El autor, perito en la evaluación de daños corporales, realiza un estudio de los problemas planteados por la duplicidad de baremos, así como un análisis crítico del desarrollado para su aplicación en derecho común.

80. TOMASIN, Daniel: Innovation et responsabilité des constructeurs, «RDI», núm. 3, 1990, Articles, pp. 281-294.

El necesario equilibrio entre la protección de la integridad del patrimonio y la seguridad de las personas, el mantenimiento dentro de niveles aceptables del riesgo financiero que toda empresa representa y la necesidad de alicentar la innovación científica, implica un tratamiento delicado de la cuestión relativa a la responsabilidad por vicios no detectables según el estado de la técnica cuando el producto fue concebido y fabricado. El autor realiza un estudio de la cuestión aplicada a la denominada responsabilidad decenal del constructor tomando en consideración el contenido de diversos textos comunitarios relacionados con este problema, entre los cuales destaca por su importancia la directiva de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los productos defectuosos.

81. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice: Fondements de la responsabilité du locataire en cas d'incendie, «LC», núm. 10, 1990, Chronique, pp. 1-2.

Estudio del fundamento de la responsabilidad del locatario cuando se declara un incendio en el local arrendado, tanto frente al arrendador como frente a un tercero perjudicado por la propagación del siniestro.

82. WAGNER, Gerhard: Die Aufgaben der haftungsrechts-eine Untersuchung am Beispiel des Umwelthaftungsrechts-Reform, «JZ», 199, pp. 175-183.

En opinión del autor, el actual sistema de responsabilidad civil no cumple adecuadamente las funciones que le asigna el Ordenamiento, considerando básico para mejorar la situación una regulación nueva del Derecho del asegurador a repetir contra el dañante y una «socialización relativa» de los daños en los que no puede identificarse a un dañante concreto.

83. WASSERMANN, Peter: Grundfälle zum Recht der Haustürgeschäfte, «JuS», 1990, pp. 723 y ss.

Exposición breve de la regulación de los negocios celebrados fuera del establecimiento del vendedor.

84. ZIEGLER, Christoph E.: Die Beschränkung der Haftung aus culpa in contrahendo in Allgemeinen geschftsbedingungen, «BB», 1990, pp. 2345-2347.

Propuesta de cláusula de exclusión de responsabilidad por culpa in contrahendo teniendo en cuenta la ley de condiciones generales.

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

85. ALFONSI, François: *L'étoile du droit d'auteur pâlit-elle en France?*, «GP», núms. 199-200, 1990, *Doctrine*, pp. 2-6.

Tras analizar los problemas planteados por la colorización de las películas rodadas en blanco y negro, en buena parte derivadas de la colisión entre las distintas concepciones imperantes en los derechos norteamericano y francés en relación con el Derecho de autor, el presente comentario trata de fijar alguna pauta acerca del desenvolvimiento futuro de la propiedad intelectual, en especial en cuanto a la incidencia que sobre la misma puede tener el derecho comunitario.

86. BRWALDT, Roman: *Keine Dereliktion eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück*, «JuS», 1990, pp. 788 y ss.

Se estudia el siguiente caso: las partes eran copropietarios de una «calle privada», por cuotas equivalentes 1/24 cada uno. Dos de los copropietarios abandonan su cuota e inscriben el abandono en el Registro de la Propiedad. Los demás copropietarios (que pretenden que los abandonantes contribuyan a los gastos de conservación) demandan pidiendo la anulación de la inscripción.

87. COHEN JEHORAM, Herman: *Principes fondamentaux des Sociétés de droit d'auteur*, «LDA», núms. 7-8, 1990, *études*, pp. 224-231.

88. DELIVRÉ, Gilles: *Le Choix de la Procédure en expulsión d'un squatter*, «GP», núms. 217-219, 1990, *Doctrine*, pp. 2-3.

Luego de exponer los inconvenientes con que puede encontrarse el actor si utiliza el procedimiento de la acción posesoria para expulsar a un squatter, viene a sugerirse la acción petitoria como cauce procesal más adecuado a la situación del propietario cuyo inmueble ha sido ilícitamente ocupado.

89. EDELMAN, Bernard: *Entre copyright et droit d'auteur: l'intégrité de l'œuvre de l'esprit*, «RDS», núm. 40, 1990, *Chroniques*, pp. 295-300.

La adhesión de los Estados Unidos a la Convención de Berna es motivo de preocupación para el autor del presente comentario, dado el diferente tratamiento de la protección dispensada a la integridad de las obras del espíritu en el sistema del Copyright, que parte de la consideración como producto de la obra literaria o artística, y en aquéllos otros sistemas construidos en torno al derecho moral de autor, lo cual le lleva a temer que el artículo 6bis de la citada convención sistemáticamente incumplido, una vez analizadas con detalle las diferencias entre ambos ordenamientos.

90. EDELMAN, Bernard: *Chronique de propriété littéraire et artistique*, «SJ», núms. 51-52, 1990, *Doctrine*, 3478, 18 páginas.

Estudio jurisprudencial en torno a tres problemas de la propiedad intelectual: la relación entre el derecho de autor y el derecho de la competencia, las sociedades de gestión de derechos de autor y la adaptación del derecho moral a las nuevas exigencias económicas, así como las peculiaridades de este derecho moral de autor cuando los titulares del mismo son artistas-intérpretes o arquitectos.

91. EHMANN, Horst: *Wohnungseigentum ist kein Eigentum mehr*, «JZ», 1991, pp. 222-231.

Examen de la legitimación activa de cada uno de los comuneros en la legislación sobre propiedad horizontal.

92. EMERY, Miguel Angel: *Quelques questions concernant le project de dispositions types de législation dans le domaine du droit d'auteur: approche pragmatique*, «LDA», núm. 9, 1990, études, pp. 318-332.

93. FABRE, Bertrand/ SCHMITT, Roger: *La Clause de Renonciation a la règle de l'accession foncière dans les marchés privés de travaux*, «RDI», núm. 4, 1990, Articles, pp. 453-459.

Para el supuesto de insolvencia del dueño de la obra, el autor del presente comentario se muestra partidario de garantizar al contratista mediante la inserción en el contrato de arrendamiento de obra de una cláusula denominada de renuncia a la accesión, a través de la cual se vendría a afirmar la existencia de un derecho de propiedad, cuyo titular sería el mencionado empresario contratista, sobre la obra incorporada en tanto su crédito no hubiera sido enteramente satisfecho.

Resultan evidentes los problemas de todo tipo planteados por semejante solución y precisamente podríamos señalar entre ellos el de la oponibilidad a terceros (recordemos que entre nosotros tal derogación implica, para su trascendencia frente a terceros, la constitución de un derecho de propiedad horizontal) y el de los efectos de tal separación en cuanto a los derechos de propiedad del dueño de la obra en relación con el suelo y del contratista sobre la obra incorporada. Estos temas son abordados en el comentado artículo, si bien las soluciones apuntadas y las conclusiones deducidas, favorables a la oponibilidad a terceros, parten precisamente de que ello es así por no implicar mutación o constitución de derechos reales inmobiliarios (en cuyo caso salvo inscripción registral, el artículo 30 del decreto de 4 de enero de 1955, de reforma de la publicidad fundiaria implicaría su inoponibilidad a tercero que inscribe) y, aun cuando no compartimos el punto de vista del autor, el comentario resulta interesante desde el punto de vista del derecho de accesión.

94. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, Edith: *Assemblées de Copropriété et Lots Transitoires* (1), «GP», núms. 196-198, 1990, Doctrine, pp. 2-5.

El autor se manifiesta partidario de aplicar el régimen legal de la copropiedad al supuesto de conjuntos inmobiliarios en los cuales unos edificios están terminados y otros aún no han sido construidos, constituyendo parte privativa en este último caso el propio derecho de edificar y calculándose en base al mismo el porcentaje de participación en los elementos comunes.

95. POLLAUD-DULLIAN, Frédéric: *Architecture et droit d'auteur*, «RDI», núm. 4, 1990, Articles, pp. 431-444.

La protección dispensada a los arquitectos por la legislación sobre propiedad literaria y artística, si bien no plantea especiales problemas en cuanto a los derechos patrimoniales se refiere, presenta mayor dificultad cuando se trata de aplicar a aquellos profesionales los preceptos reguladores del derecho moral de autor y muy especialmente el derecho al respeto de la obra. El presente artículo, partiendo del conflicto existente entre el derecho de propiedad sobre el inmueble y el derecho de propiedad intelectual sobre la obra, señala la necesidad de lograr un adecuado equilibrio que, teniendo en cuenta las funciones que un edificio está llamado a cumplir no puede implicar ni la absoluta intangibilidad de la obra ni la total prevalencia de consideraciones económicas en relación con la protección de las obras del espíritu.

96. RIEDINGER, Louis: *De la licéité des «revues de presse» d'entreprise*, «GP», núms. 257-258, 1990, Doctrine, pp. 2-5.

La proliferación de las llamadas «revistas de prensa» de empresa puede entrar en colisión con los derechos de autor. Después de examinar el concepto jurisprudencial de las revistas de prensa y las dificultades existentes para calificar como ta-

les a las realizadas en el seno de una empresa, en tanto reservadas a un grupo restringido de lectores, el presente comentario se inclina por la necesidad de que el interesado en confeccionar estas reproducciones se diriga al Centro Francés del Copyright para evitar las acciones legales que cada autor pudiera llevar a efecto contra él.

97. ROUSSEL, Ghislain: *Le droit d'auteur des auteurs salariés et employés: étude comparative de législations nationales*, «LDA», núms. 7-8, 1990, études, pp. 232-244.

98. SPOOR, Jaap H.: *Les systèmes experts et le droit*, «LDA», núm. 10, 1990, études, pp. 346-353.

Los denominados «sistemas expertos» o sistemas informáticos que imitan el comportamiento de un experimentado ser humano en un ámbito determinado, parecen poder ser tutelados a través del derecho de autor, ante las dudas planteadas por la patentabilidad de los programas de ordenador, imposible en algunos países.

99. VIGNERON, Guy: *Le syndic en justice*, «LC», núm. 11, 1990, Chronique, pp. 1-3.

Estudio jurisprudencial de la capacidad procesal del presidente de la comunidad de propietarios.

100. TILMANN, Winfried: *Der Schutz gegen Produktpiraterie nach dem gesetz von 1990*, «BB», 1990, pp. 1565 y ss.

Análisis de la reciente ley alemana de protección de la propiedad industrial e intelectual frente a la «piratería», la cual, incluye protección penal e incautación de las copias ilegales entre otras medidas.

6. DERECHO DE FAMILIA

101. DELCONTE, Roberto Carlo: *Sulla legitimazione ad agire per l'assegno di mantenimento dei figli maggiorenni, in regime di separazione e di divorzio*, «GC», diciembre 1990, pp. 454 y ss. (Parte II).

Si bien no se discuté, ni en la doctrina ni en la Jurisprudencia italianas, que la obligación de «mantener, instruir y educar» a los hijos no cesa aunque éstos alcance la mayor edad, queda en pie la polémica sobre quién ha de ser el destinatario de la pensión cuando el hijo es mayor de edad.

Tras exponer las diversas soluciones propuestas, el autor considera que, si bien el verdadero destinatario es el hijo, también podría admitirse la legitimación de los progenitores, ante la inactividad de aquél, para reclamarse judicialmente las eventuales contribuciones económicas.

102. DOGLIOTTI, Massimo: *Quattro progetti per una (contro)riforma dell'adozione*, «GC», julio-agosto 1990, pp. 309 y ss. (Parte II).

El autor somete a severo análisis crítico los cuatro proyectos de ley, sobre modificación del ordenamiento italiano en materia de adopción, presentados ante el Parlamento italiano, por diversos partidos políticos durante el mes de mayo de 1989.

103. Institut de droit comparé de Strasbourg: Le régime juridique des biens destinés l'usage commun des époux, «RIDC», núm. 4, 1990, pp. 1105-1325.

Estudio comparativo del régimen jurídico de los bienes destinados al uso común de los esposos en los derechos de diez países miembros del Consejo de Europa considerados como los más representativos de una tendencia general, realizado por el grupo investigador del Instituto de Derecho Comparado de Estrasburgo y dirigido tanto a determinar si se han concretado los deseos armonizadores manifestados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su recomendación núm. R(81) 15, de 16 de octubre, como a plantear si puede constatarse la existencia misma de algunos caracteres que permitan hablar de un régimen jurídico peculiar para el conjunto de bienes destinados al uso común de los esposos en los ordenamientos jurídicos analizados.

Las conclusiones obtenidas son que ninguna de las legislaciones examinadas somete a un régimen particular el conjunto de los bienes de uso común de los esposos. Solamente en relación con la vivienda familiar y los objetos constitutivos del ajuar doméstico, es decir, bienes que por su naturaleza están destinados a ese uso común, existen reglas específicas con mayor o menor grado de desarrollo.

En cuanto al grado de cumplimiento de la precipitada encomendación, los resultados no dejan de ser igualmente pesimistas, toda vez que prácticamente ninguna de las legislaciones estudiadas había llevada enteramente a la práctica los ocho principios configurados en el anexo de la citada recomendación.

104. OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA: Il matrimonio simulato nell'ordinamento civile, «RDC», septiembre-octubre 1990, pp. 625 y ss. (Parte I).

La reforma del derecho de familia, realizada en Italia en 1975, a través del artículo 123 del Código Civil, dio al matrimonio simulado una relevancia que ha conducido a numerosas polémicas en la civilística de dicho país. Para un amplio sector de la doctrina, la figura del matrimonio simulado no puede reconducirse a la categoría genérica de la simulación. En consecuencia, se construyen diversas tesis que la acercan al negocio jurídico fiduciario, al negocio indirecto, al abuso del derecho, y a supuestos vicios que afectan a la causa o al objeto del negocio matrimonial.

En este comentario, el autor analiza esas teorías y llega a la conclusión de que la figura, contenida en el artículo 123 del Código Civil italiano, debe ser reconducida a la teoría del negocio jurídico simulado. Tal resultado constituye la premisa para examinar la calificación que corresponde a la acción, mediante la cual, puede impugnarse el matrimonio simulado.

105. SCHANBACHER, Dietmar: Ehegattenunterhalt und eheähnliche Gemeinschaft, «JuS», 1991, pp. 124 y ss.

Sobre la validez de los pactos por los que los cónyuges, renuncian anticipadamente a cualquier pensión alimenticia en caso de divorcio.

106. TAKIZAWA, Itsuyo: Quelques aspects du Droit japonais de la Famille, «RIDC», núm. 3, 1990, Doctrine-études, pp. 915-940.

Si bajo determinados puntos de vista, Japón es diferente de los países europeos, su especificidad debiera reflejarse en el conjunto de su derecho. El derecho de la familia parece a primera vista el más indicado para confirmar a la idea de Casa institución jurídica feudal regulada por las viejas normas del Código Civil.

Tras la Segunda Guerra Mundial, este Estatuto familiar del Código sería totalmente reelaborado según los ideales democráticos de la nueva Constitución de 1946. El desfase existente en esa época entre un modo de vida tradicional y un derecho

excesivamente avanzado era enorme. Con el tiempo no obstante, este desfase ha desparecido y los japoneses parecen haber llegado a las ideas inspiradoras del Código Civil, estando incluso a punto de sobrepasar éstas.

107. VENTURA, Francesco Della: *Successione nella locazione del coniuge, legato di contratto e communione legale*, «RDC», septiembre-octubre 1990, pp. 587 y ss. (Parte II).

El comentario se limita a estudiar el primer párrafo del artículo 6 la ley italiana de 27-7-1978, sobre la sucesión «mortis causa» por parte del cónyuge viudo, herederos y parientes con los que habitualmente convivía el arrendatario de una vivienda. A tales fines, y centrándose en la sucesión del cónyuge, procede el autor al examen comparativo entre lo dispuesto en el precepto citado y lo establecido en el artículo 1614 del código civil italiano.

108. RFNER, Wolfgang: *Zum neuen kinder-und jugendhilfegesetz*, «NJW», 1991, pp. 1-6.

Exposición de la reciente reforma de la legislación alemana sobre protección de la infancia y la juventud.

7. DERECHO DE SUCESIONES

109. EBENROTH, Carsten Th./ BACHER, Urban: *Geldwertänderungen bei Vorempfängen*, «BB», 1990, pp. 2053 y ss.

Sobre los problemas planteados por la devaluación del dinero en el ámbito de la colación hereditaria de las donaciones.

110. HABERSACK, Mathias: *Erbenhaftung und Konvaleszenz*, «JZ», 1991, pp. 7-75.

El autor contesta afirmativamente a la cuestión de si se produce una convalidación de la transmisión nula por haber sido realizada por un representante sin poder cuando el representante adquiere posteriormente la propiedad del objeto de transmisión en el caso de que hubiera actuado en nombre ajeno.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL EMPRESA

111. BANDRAC, Monique/ CHANTAL, Momege: *La Fermeture Dominicale et le Droit Communautaire*, «GP», núms. 318-319, 1990, Doctrine, pp. 12-17.

La decisión del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23-11-89, considerando el cierre dominical como una medida susceptible de restringir las importaciones, confía al juez nacional el control de la proporcionalidad de la medida al objetivo perseguido. Los autores analizan la decisión del Tribunal Comunitario y los problemas planteados por la misma a los tribunales franceses, debido a la propia peculiaridad de tal apreciación, dado que no se trata de una mera cuestión de hecho.

112. BERGER-DELHEY, Ulf: *Presse und Produkthaftung «BB», 1990, pp. 1501-1507.*

Sobre la conciliación entre la legislación de responsabilidad del fabricante y la libertad de prensa.

113. BBIACARELLI, Jacques: *Vers une utilisation optimale du Droit Communautaire par les opérateurs économiques?, «GP», núms. 313-314, 1990, Doctrine, pp. 12-27.*

Estudio de las condiciones que han de permitir la consecución de una utilización óptima del Derecho Comunitario por parte de los operadores económicos, a través del planteamiento de tres preguntas previas: tienen los citados operadores económicos un suficiente conocimiento de este Derecho para utilizarlo eficazmente?, en la práctica aplican correctamente el ordenamiento jurídico comunitario?, utilizan plenamente las posibilidades que les son ofrecidas por el Derecho Comunitario?

114. BOULOC, Bernard: *Observations sur le respect de la Legalité devant le Conseil de la Concurrence, «GP», núms. 325-326, 1990, Doctrine, pp. 10-16 y 34-37.*

El autor, luego de analizar el heterogéneo Derecho francés en materia de prácticas restrictivas de la competencia, viene a concluir que, constituyendo los comportamientos contrarios a la libre competencia violaciones de la ley perturbadoras del orden social, sean cuales sean las peculiaridades en cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas a adoptar para su represión a la autoridad llamada a decretarlos, deben someterse a la legalidad procedural aplicable en materia penal y al respeto estricto del principio de legalidad imperante en derecho sancionador.

115. CAQUELIN, Franois: *Une Nouvelle Réglementation des Loteries Publi-citaires? «GP», núms. 322-324, 1990, Doctrine, pp. 2-3.*

La ley francesa de 23 de junio de 1989, sobre información y protección de los consumidores y diversas prácticas comerciales, prohíbe en su artículo 5 las denominadas loterías publicitarias, conteniendo en su primer párrafo una delimitación de tales operaciones plenamente coherente con la interpretación jurisprudencial del artículo 2 de la vieja Ley de 21 de mayo de 1836, relativa a las loterías ilegales, cuya regulación fue extendida a las loterías publicitarias por el legislador a través de la Ley de 18 de abril de 1924.

Ante esta situación el autor viene a incidir en lo incorrecto de la solución adoptada y que se pone como ejemplo de la inflación legislativa a que se asiste en Francia, fenómeno, añadimos nosotros, en absoluto exclusivo de nuestro país vecino.

116. DEBBASCH, Charles: *Le nouveau statut des fondations: fondations d'entreprise et fondations classiques, «RDS», núm. 36, 1990, Chroniques, pp. 269-276.*

Comentario de la ley francesa 90-559 de 4 de julio de 1990, de creación de las fundaciones de empresa y modificación de las disposiciones de la ley 87-571 de 23 de julio, sobre el desarrollo del mecenazgo, relativas a las fundaciones.

117. DESJEUX, Xavier: *Le «character merchandising» et le droit français, «LDA», núm. 10, 1990, études, pp. 340-345.*

Los problemas suscitados en Francia por esta figura han sido regulados, según el autor, por aplicación de las leyes existentes sobre el derecho de autor, los derechos de la personalidad o el derecho de marcas.

118. DREIFUSS-NETTER, Frédérique: *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, «RTDC», núm. 3, 1990, Articles, pp. 369-393.

El presente artículo afronta la problemática inherente a la necesaria interrelación entre derecho de obligaciones y derecho de la competencia. En este sentido, la regulación de la competencia llevada a cabo por la Ordenanza Francesa de 1-12-1986 no deja de plantear problemas que no han pasado desapercibidos al autor del presente comentario. La existencia de diversos procedimientos para hacer efectivas sus disposiciones, muy en especial en aquellos ámbitos en los cuales existen competencias concurrentes entre los tribunales jurisdiccionales ordinarios y el Consejo de la competencia, plantea el problema de la posibilidad de llevar a decisiones contradictorias sin que se haya regulado de modo satisfactorio sistema alguno de prejudicialidad.

Señala el autor además la posibilidad de que los principios y preceptos de la Ordenanza puedan tener un efecto de ósmosis en relación con el Derecho Común, dando lugar, por ejemplo, a una inclusión en el marco del abuso del derecho de una práctica mercantil derivada del abuso de posición dominante pero sin producir un efecto perjudicial sobre el mercado, esto es, sin efecto sobre la competencia. Sin embargo, cabe el peligro de que se produzca una reacción inversa, constituyendo la inercia representada por algunas construcciones de la civilística o cuando menos una cierta interpretaciones de las mismas, un serio obstáculo al eficaz funcionamiento del derecho de la competencia. En este sentido cabe citar como ejemplo la incidencia de las diversas teorías relativas a la formación del contrato en la asimilación del rechazo a la remisión de catálogo e información a minoristas de una denegación del contrato.

119. DU COULOUX-FAVARD, C.: *Société d'un seul, entreprise unipersonnelle*, «GP», núms. 329-331, 1990, Doctrine, pp. 5-8.

A propósito de la Ley francesa de 11 de julio de 1985, creadora de la denominada empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada y que en principio permite que un empresario pueda separar de su patrimonio las deudas derivadas de su actividad empresarial, el artículo presentado viene a plantear nuevamente la panorámica actual del derecho comparado en torno a la sociedad de un solo socio.

120. EHLER, Dirk: *Die unerwünschte Zusendung von Werbematerial durch öffentliche Unternehmen*, «JZ», 1991, pp. 231-235.

Comentario a una sentencia sobre si un particular tenía o no derecho a exigir que Correos dejase de enviarle publicidad. Lo específico del caso, frente a la valoración general de la publicidad molesta como competencia desleal es si existe un fundamento jurídico administrativo en el que puede justificarse la cesación.

121. EHRICKE, Ulrich: *Zur Einführung: Grundstrukturen und Probleme der lex mercatoria* «JuS», 1990, pp. 967 y ss.

Exposición breve del concepto y sentido actual de la llamada lex mercatoria.

122. EMMERICH, Volker: *Europa 1992: Europäisches Kartellrecht* «JuS», 1990, pp. 695 y ss.

Exposición manualística del Derecho europeo de defensa de la competencia con atención especial a la influencia del Acta Única Europea sobre dicha regulación y al control de ayudas públicas y fusiones empresariales.

123. HENSSLER, Martin: *Selektive Vertriebssysteme und Preisbindungsverbot* «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 545-566.

Examen de los sistema de distribución selectiva y su legalidad a la luz del Derecho de defensa de la competencia y de la prohibición de fijar precios.

124. HERMITTE, Marie-Angle: *Droit de la concurrence. Les décisions de la Commission des Communautés européennes*, «RDS», núm. 37, 1990, Chroniques, pp. 277-282.

Recopilación de decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas establecida a modo de fichero; el autor presenta los elementos destacables de cada decisión, agrupándolos por referencia al concepto que desarrolla o interpreta. Es un trabajo de evidente utilidad que permite consultar con comodidad la doctrina de la Comisión en torno a diversos conceptos del derecho de la competencia.

125. HIRTE, Heribert: *Zivil-und kartellrechtliche Schranken fr Wettbewerbsverbote in Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen* «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 443-469.

Examen de los límites a la validez de las cláusulas contenidas frecuentemente en los contratos de compraventa de empresas por las que se establece una prohibición de competencia. Los límites proceden del derecho al libre ejercicio de la profesión y de la legislación de defensa de la competencia.

126. KORNMANN, André: *Le Développement des Enterprises Commerciales et l'amélioration de leur Environnement Economique, Juridique et Social*, «GP», núms. 318-319, 1990, Doctrine, pp. 17-20.

Desarrollo del contenido de la Ley núm. 89-1008 de 31 de diciembre de 1989, en la cual vienen a establecerse una serie de medidas favorables para las empresas, el empresario individual y su cónyuge, así como de simplificación en materia fiscal y social.

127. KÖHLER, Helmut: *Wettbewerbrechtliche Vorgaben für den Selbstbedienungsgrosshandel* «BB», 1990, pp. 1429 y ss.

Examen de la jurisprudencia alemana sobre el b a)2 de la ley de competencia desleal en relación con la publicidad realizada utilizando la expresión «mayorista» o «fabricante».

128. MÜLLER-LAUBE, Hans-Martin: *Europa 1992: Die Europäische Fusionskontrolleddanken zu einem neuen europäischen Gesetz* «JuS», 1991, pp. 184 y ss.

Sobre el reglamento comunitario de control de fusiones entre sociedades de distintos países europeos.

129. RAISCH, Peter: *Handels-oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht* «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 567-578.

Examen crítico de las últimas aportaciones sobre el concepto de Derecho Mercantil.

130. RODHAIN, Claude: *Contrefaçon de Brevet «GP», num. 280-282, 1990, Doctrine, pp. 6-7.*

Análisis, a la luz de la jurisprudencia ya recaída, de los mecanismos y condiciones establecidos por la Ley francesa 84-500 de 27 de junio, con la finalidad de lograr en breve plazo la suspensión provisional de una actividad de imitación en perjuicio de una patente en vigor.

131. STORP, Roger: *Investissements Etrangers en RDA. Aprs l'entrée en vigueur du premier Contrat d'Etat (Staatsvertrag) du 18-5-1990, «GP», num. 301-303, 1990, Doctrine, pp. 2-3.*

La incidencia del Contrato de Estado en el orden económico de la RDA tiene, evidentemente, importantísimas consecuencias para los inversores. Así, el nuevo régimen de libertad contractual, profesional, industrial, de trabajo y asociación, así como la garantía de la propiedad de la tierra y de los bienes de producción, son factores que, junto con la organización bajo forma de sociedades de capital de las empresas y entidades viables y los beneficios fiscales a los inversores, deberían impulsar a las empresas francesas a tomar su lugar en ese nuevo mercado.

132. TOFFOLETTO, Alberto: *La concentrazioni nel Diritto comunitario antitrust, «Giur. Comm.», mayo-junio 1990, pp. 449 y ss.*

En este artículo Toffoletto realiza uno de los primeros análisis del reciente (21 de diciembre de 1989) Reglamento Comunitario sobre el control de las concentraciones emprendedoras. Se examina el difícil proceso de elaboración de este reglamento y su adecuación a las previsiones de los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

133. VOGEL, Louis: *Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France, Bilan d'une année d'activité du Conseil de la Concurrence et de la Cour d'appel de Paris, section concurrence, «SJ», núm. 46, 1990, Doctrine 3470, 10 páginas.*

Estudio acerca de la tendencia actual del derecho de la concurrencia al hilo de la publicación del tercer informe sobre la actividad del Consejo de la competencia francés.

134. WEATHERILL: *Unsafe Goods: Protecting the Consumer and Protecting the Diligent Trader, «J. Bus. Law», enero, 1990, pp. 36-47.*

En el artículo se estudia un reciente caso de la jurisprudencia británica como pretexto para considerar la naturaleza y significación jurídicas de la diligencia debida como instrumento de identificación de las tendencias actuales en materia de defensa del consumidor y sus efectos sobre los negocios y el desarrollo en la práctica.

135. RENGELING, H. Werner/ HEINZ, Kersten: *Die dänische Pfandflaschenregelung-EuGH, «NVwZ», 1989, núm. 849, «JuS», 1990, pp. 613-617.*

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE que consideró contraria al artículo 30 —medidas de efecto equivalente— la regulación danesa sobre utilización de envases retornables.

136. ZIMMER, D.: Kartellrecht und neuere Erkenntnisse der Spieltheorie
«*ZHR*», núm. 154, 1990, pp. 470-487.

La dificultad para probar la existencia de «prácticas concertadas» o «conductas conscientemente paralelas» o admitir que se trata de un comportamiento «natural» del mercado, constituye un serio problema de aplicación del Derecho de la competencia. El autor aplica la teoría de los juegos y el dilema del prisionero al supuesto de mercados oligopolísticos.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

137. LORD ALEXANDER OF WEEDON: *Takeovers: The Regulatory Scene*, «*J. Bus. Law*», mayo 1990, pp. 203-216.

El trabajo ofrece una visión práctica (su autor es el presidente de la división de fusiones y adquisiciones del «Panel» londinense) sobre el papel y límites de operación del Panel. En él se examinan los principios establecidos en el «City Code» y su relación y plasmación en las reglas de desarrollo de aquel en el marco de un mercado financiero altamente volátil.

138. BACH, Albrecht: *Die BGB-Gesellschaft als Mitglied einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung?* «*BB*», 1990, pp. 1432 y ss.

Sobre si una sociedad civil puede ser socia de una agrupación europea de interés económico.

139. BAILLOD, R.: *L'information des administrateurs des sociétés anonymes* «*Rev. trim. dr. comm.*», enero-marzo 1990, pp. 1-19.

El artículo tiene un especial interés en el momento actual de reforma de nuestro derecho de sociedades anónimas. En él, ante la ausencia de pronunciamiento legal, se examina la elaboración jurisprudencial sobre el derecho de los administradores de la sociedad a ser informados tanto con anterioridad a las reuniones del Consejo, respecto de los asuntos que serán tratados, como de modo permanente para el ejercicio de sus funciones generales de vigilancia de la de la dirección de los negocios sociales. Ello se pone en conexión con el régimen de impugnación de los acuerdos del órgano de Administración; materia ésta que introduce con carácter de novedad en nuestro Derecho la vigente ley de Sociedades Anónimas (art. 143).

140. BOLZE, Ch.: *Le règlement (CEE) 4064/89 du conseil relatif au contrôle des opérations de concentration* «*Rev. Soc.*», abril-junio (2), 1990, pp. 207-219.

El autor hace un comentario general de este reciente reglamento «comunitario» especialmente en lo que se refiere al ámbito de la aplicación material y al procedimiento de control.

141. BUTZKE, V.: *Die Bedeutung anderweitiger Auffüllung des Stammkapitals für Einlage oder Erstattungsansprüche der GmbH gegen ihre Gesellschafter* «*ZHR*», núm. 154, 1990, pp. 357-373.

¿Qué sucede cuando la aportación de los socios de una SRL no se ha realizado en el momento debido y se realiza posteriormente de una manera diferente a la prevista en el contrato social? El autor llega a la conclusión de que, una vez realizada la aportación, la responsabilidad de los socios no puede ser igual a la de un socio no aportante.

142. CAVERIVIERE/DEBENE: *Sociétés privatisées et stratégies actionnaires* «Rev. Soc.», octubre-diciembre 1989 (4), pp. 589-631.

El trabajo hace especial referencia a los mecanismos jurídicos de privatización del capital de sociedades estatales utilizados en el proceso de reprivatización llevado a cabo en Francia en los últimos años (OPV, GAS, etc...), recogidos en distintas normas legales (especialmente las leyes de 1986 y 1989 sobre reprivatización de empresas públicas), así como a los mecanismos de intervención pública en estos procesos.

143. CERONI, Cristina: *Simulazione e patti parasociali*, «RTDPC», octubre-diciembre, 1990, pp. 111 y ss.

El objeto de este trabajo consiste en verificar la eventual relación entre la figura de la simulación y la cuestión de los pactos parasociales en el ámbito societario.

Tras individualizar algunos tipos concretos de pactos parasociales, detallando su dinámica, funciones y consecuencias, la autora examina su eventual reconducción al esquema simulatorio, haciendo depender la respuesta del criterio interpretativo por el que se opte.

144. COSTI, Renzo: *Aumento di capitale: categorie di azioni e assemblee especiali*, «Giur. Comm.», julio-agosto 1990, pp. 563 y ss.

Se trata de un dictámen en el que el autor concluye que el acuerdo de aumento de capital no debe estar sujeto a la aprobación de la junta especial de tenedores de acciones ordinarias previstas en el artículo 2376 del Código Civil italiano.

145. D'ALESSANDRO, Floriano: *Aumento di capitale, categorie di azioni e assemblee speciali*, «Giur. Comm.», julio-agosto 1990, pp. 577 y ss.

Se trata también de un dictámen en el que D'Alessandro llega precisamente a la solución contraria de la sostenida por Costi, entendiendo necesaria la celebración de una junta especial de los accionistas ordinarios cuando el capital de una sociedad está constituido por acciones ordinarias, acciones de ahorro y acciones privilegiadas con voto limitado, y el aumento de capital pueda afectar a los derechos específicos de la categoría de las acciones ordinarias.

146. DE BERMOND DE VAULX: *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire* «Rev. Soc.», abril-junio 1989 (2), pp. 221-236.

Este estudio tiene por objeto analizar los mecanismos jurídicos disponibles para separar de su gestión a los dirigentes (accionistas controladores) que han avocado a la sociedad a una situación de crisis. En concreto se hace referencia a la posibilidad de la inmovilización y cesión forzada de sus derechos sociales.

147. DI MAIO, Federico: *Società fiduciarie tra mito e realtà*, «Giur. Comm.», noviembre-diciembre 1990, pp. 1039 y ss.

Se analizan los nuevos datos normativos y jurisprudenciales que en el derecho italiano han modificado el debate sobre el concepto de sociedad fiduciaria, debate en el que se advierten hoy nuevas potencialidades de esta institución.

148. DRAKE, Ch.: Disqualification of Directors: the red. card., «J. Bus. Law», noviembre 1989, pp. 474-491.

El autor analiza en este trabajo las técnicas legales de inhabilitación y su alcance con respecto a los administradores de las sociedades mercantiles, por actos que avoquen a una situación de crisis a la compañía.

149. FERRARINI, Guido: Il carattere pubblico della sollecitazione del risparmio, «Giur. Comm.», noviembre-diciembre 1990, pp. 1013 y ss.

Se trata de determinar el significado de la llamada «pública» al ahorro en la normativa italiana sobre el Mercado de Valores.

150. FORTUNATO, Sabino: Societá di capitali e diritto comunitario: linee evolutive, «Giur. Comm.», septiembre-octubre 1990, pp. 799 y ss.

Desde la perspectiva de los dos grandes principios fundamentales de los que se desprenden todas las reglas sobre las sociedades anónimas, responsabilidad limitada de los socios y distribución del capital social en acciones se abordan en este artículo los problemas surgidos de la adaptación de las Directivas Comunitarias al Derecho de Sociedades italiano. La intervención legislativa de la Comunidad Económica Europea en las sociedades de capitales representa una exigencia de la realidad económica si la comprensión de la sociedad anónima huye tanto de la demonización como de la exaltación que han caracterizado su evolución legislativa: la sociedad anónima no puede ser concebida ni como instrumento de fraude contra los ahorradores y los terceros acreedores ni como un mecanismo perfecto de solidaridad.

151. GAMBINO, Agostino: Geie e consorzi, «Giur. Comm.», julio-agosto 1990, pp. 592 y ss.

El autor se plantea la utilidad para las empresas italianas de acogerse al Estatuto jurídico de la llamada Agrupación Europea de Interés Económico, desarrollado en el Reglamento Comunitario núm. 2137/85.

152. JAEGER, Pier Giusto: Appunti sul arbitrato e le società commerciali «Giur. Comm.», marzo-abril 1990, pp. 219 y ss.

El autor enfatiza la importancia del arbitraje en el ámbito de las relaciones societarias, recordando a este respecto que en el Code de Commerce de 1807 el arbitraje era obligatorio para todas las controversias entre los socios concernientes a la sociedad mercantil. Aunque la obligatoriedad del arbitraje ha sido abolida en el sistema jurídico francés y en el resto de los sistemas jurídicos, el precedente marcado por el Code da idea de la trascendencia de la institución del arbitraje para la solución de cuantas cuestiones litigiosas puedan surgir entre las sociedades mercantiles y sus socios.

153. GRAMLICH, Ludwig: «Öffentliche Unternehmungen» im Verfassungstaat des Grundgesetzes «BB», 1990, pp. 1493 y ss.**154. HAMMEN, Horst: Offene Fragen beim Recht der Genußscheine, «BB», 1990, pp. 1917 y ss.**

Examen de algunos problemas jurídicos de la emisión de bonos de disfrute, en particular, el control del contenido de los contratos de suscripción que contienen condiciones generales, la financiación del precio por parte de la entidad de crédito que los emite, etc.

155. HIRTE, H.: Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsgusschluß, «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 372-389.

Examen de la idoneidad del principio de igualdad de trato como criterio para garantizar los intereses de los accionistas en caso de ampliación de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente.

156. KNOBBE-KEUK, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 325-356.

Sobre los obstáculos que a la libertad de establecimiento en el seno de la CEE oponen las reglas sobre modificación del domicilio social de la legislación nacional.

157. LOWRY, John P.: The international approach to insider trading: the Council of Europe's convention, «J. Bus. Law», noviembre 1990, pp. 460-468.

Lowry repasa los objetivos de la convención del Consejo de Europa sobre «Insider Trading», abierta a la ratificación de los Estados miembros desde el 20 de abril de 1990. Se hace un análisis artículo por artículo de la Convención.

158. LUXTON, P.: Share Transfer Restrictions and the Relative Nature of Property Rights «J. Bus. Law», enero 1990, pp. 14-22.

En el presente artículo se tratan fundamentalmente los efectos que pueden derivarse para el adquiriente en un contrato de transmisión de acciones en violación de una cláusula limitativa de la misma a la luz del derecho común.

159. MAYER, Dieter: Der Leistungszeitpunkt bei Sacheinlageleistungen im Aktienrecht, «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 533-544.

Según el autor, las aportaciones no dinerarias en caso de fundación de una Sociedad Anónima o aumento de su capital, deben haberse realizado en el momento de su inscripción registral, de acuerdo con el Derecho alemán.

160. MAYER, Dieter: Wettberwerbsklauseln in Personengesellschaftsverträgen, «NHW», 1991, pp. 23-25.

En las sociedades de personas existen prohibiciones a los socios de realizar competencia a la sociedad (legales o contractuales). Estas prohibiciones pueden resultar ilegales por ser contrarias al Derecho al trabajo o por constituir pactos restrictivos de la competencia en algunos supuestos.

161. MOUSOULAS, S.: La société unipersonnelle responsabilité limitée communautaire: aprécitation de la XII Directive du conseil en matière de sociétés «Rev. Soc.», julio-septiembre 1990, pp. 395-406.

El autor pone de manifiesto que la duodécima directiva del Consejo de la Comunidad, adoptada el 21 de diciembre de 1989, relativa a la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, constituye un texto flexible cuya finalidad es la de levantar los obstáculos a su constitución, respetando en gran medida las concepciones jurídicas de los Estados miembros.

162. PAEGEN, Thomas C.: Wettberwerbsverbot nach «provoziertem Rausschmißaus der Personenhandelsgesellschaft «BB», 1990, pp. 1777 y ss.

Examen de los problemas planteados por la prohibición de hacer competencia a la sociedad que pesa sobre los socios colectivos.

163. PICAND-L'AMÉZEC, A.: L'obligation des associés en participation envers les tiers «Rev. Soc.», octubre-diciembre 1990, pp. 567-589.

Tradicionalmente la obligación de los cuentapartícipes respecto de terceros está influida por la no atribución de personalidad jurídica a la sociedad, estimando, por ello, que sólo queda obligado el participante contratante. La ley de 4 de enero de 1978 ha permitido, sin embargo, a los tercios la posibilidad de dirigirse contra los partícipes cuyo comportamiento revele la actividad propia del asociado. Sin embargo, el autor pone de manifiesto cómo la tendencia restrictiva de la jurisprudencia a la aplicación de aquel expediente, hace que paradójicamente las cuentas en participación, pese a su falta de personalidad, protegen más a los asociados que las sociedades de capitales.

164. RECALDE, Andrés: El nuevo régimen de sociedades de capital (Nota informativa sobre la reforma de la legislación mercantil en España), «Giur. Comm.», mayo-junio 1990, pp. 404 y ss.

Se trata de una extensa y completísima aproximación a la reforma del Derecho español de Sociedades de capital. El autor no sólo da cuenta del proceso legislativo de adaptación a las directivas comunitarias, sino que también ordena sistemáticamente las cuestiones que han sido objeto de dicha reforma y aporta valiosas consideraciones críticas y propuestas de interpretación de los nuevos preceptos.

165. SCHMIDT, Karsten: Die Schenkung von Personengesellschaftsanteilen durch Einbuchung, «BB», 1990, pp. 1992 y ss.

Sobre la coordinación entre la regulación de la donación y el Derecho de Sociedades.

166. SMART, J.: Corporate Domicile and Multiple Incorporation in English Private International Law «J. Bus. Law», marzo 1990, pp. 126-136.

Partiendo de la norma de la «Companies Act» de 1985 que establece el domicilio social en Inglaterra para las empresas constituidas en dicho país, el autor estudia los problemas legales que plantea, en cuanto la jurisdicción aplicable, la reciente práctica (jurisprudencial) que permite la «refundación» de la sociedad en el extranjero con transferencia de su domicilio.

167. VIANDIER, Alain: L'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966 et les rechats d'entreprise, «SJ», núm. 50, 1990, Doctrine 3476, 4 páginas.

El autor aborda el problema de las relaciones entre la adquisición de una empresa mediante el control de la sociedad por acciones que lleva a cabo su explotación, y la prohibición, establecida por el artículo 217-9 de la ley francesa de 24 de julio de 1966, de que una sociedad anticipe fondos, acuerde préstamos o preste garantía para la suscripción o compra de sus propias acciones por un tercero, partiendo para ello de una interpretación finalista de este último precepto cuyo objetivo no es sino prolongar a operaciones similares la prohibición de que una sociedad adquiera sus propias acciones, y de aquí que no sea procedente verificar una extensión del mismo a situaciones sin relación alguna con su supuesto de hecho.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRAFICO

168. ASSMANN, Heinz-Dieter: *Neues Recht für den Wertpapiervertrieb, die Förderung der Vernögensbildung durch Wertpapieranlage und die Geschäftstätigkeit von Hypothekenbanken*, «NJW», 1991, pp. 528-534.

Comentario de urgencia a recientes modificaciones legales en materia de responsabilidad del emisor de títulos del mercado de capitales por el contenido del prospecto de emisión (directiva CEE 89/298 del 17-4-1989, DOCE 5-5-1989) y algunas otras del Derecho alemán de los títulos-valor.

169. BARRE: *Le placement privé de valeurs mobilières aux états-Unis*, «Rev. trim. Dr. Comm.», abril-junio, pp. 167-184.

El trabajo analiza los requisitos y procedimientos establecidos en la reglamentación y práctica bursátil norteamericana sobre la excepción que supone el denominado «placement privé» (emisión de valores inmobiliarios no publicados) a las condiciones de requisito obligatorio de la emisión en la SEC que establece la «Securities Act» de 1933 (art. 5).

170. FOURGOUX, Jean-Claude y Jean-Louis: *Le Conseil de la concurrence dans la vie économique et juridique de l'Europe* «GP», núms. 269-270, Doctrine, pp. 12-20.

En el presente comentario se aborda un estudio del Consejo de la Competencia Francés, a través de la exposición de sus funciones y del papel concreto que el ordenamiento jurídico atribuye a este órgano, mostrándose los analistas partidarios de un sistema que permitiera obtener ante una misma jurisdicción la constatación de la infracción, cesación rápida, sanción e indemnización de daños y perjuicios en favor de las víctimas de tales prácticas.

171. GAVALDA, Ch.: *Commentaire de la Loi du 2 août 1989, concernant l'amélioration de la transparence et de la sécurité du marché financier*, «Rev. Soc.», enero-marzo 1990 (1), pp. 1-26.

172. MARTIN, Raymond: *La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, «SJ», núms. 44-45, 1990, Doctrine núm. 3469, 3 páginas.

El autor intenta determinar si el Consejo de la Competencia francés cumple o no funciones jurisdiccionales a través del análisis de los diversos elementos formales y materiales constitutivos del acto de jurisdicción y su aplicabilidad a las decisiones del órgano mencionado.

4. CONTRATOS MERCANTILES

173. ARORA, A.: *The bank's Liability as a Constructive Trustee*, «J. Bus. Law», mayo 1990, pp. 217-230.

El artículo examina la aplicación de la doctrina de la «constructive trusts» (construcción fiduciaria) de la relación entre banquero y cliente.

174. CASHMORE, Ch.: *The legal Nature of the Doctrine of Deviation*, «J. Bus. Law», noviembre 1989, pp. 492-496.

Se realiza una breve reflexión sobre la fundamentación jurídica de la doctrina del desvío en el transporte marítimo.

175. CASHMORE, Ch.: Who are Consignors and consignees for the purposes of a contract of carriage?, «J. Bus. Law», septiembre 1990, pp. 377-393.

En este artículo el autor discute quiénes han de considerarse consignador y consignatario en diferentes configuraciones de contrato de transporte, destacando la importancia que su correcta determinación tiene en la relación negocial.

176. CERVEAU, Bernard: L'Intégration de la Directive Communautaire Relative a l'Assurance de Protection Juridique en Droit Franais, «GP», núms. 189-191, 1990, pp. 5-14.

177. CORIAT: La reconnaissance d'un contrat bancaire: le compte courant, «Rev. trim. dr. comm.», octubre-diciembre (1989), pp. 597-632.

Se trata de un interesante estudio histórico jurídico de esta figura bancaria que se proyecta sobre su naturaleza jurídica y su inserción dentro del ámbito general del derecho de obligaciones.

178. GIORDANO, Alessandro: In tema di responsabilità della Banca per pagamento di assegno non trasferibile a persona non legittimata, «GC», octubre 1990, pp. 370 y ss. (Parte II).

La siempre difusa circulación de los instrumentos alternativos al dinero, como son los títulos de crédito, han hecho que en la práctica comercial, y bancaria en particular, surjan problemas de orden práctico querequieren las oportunas soluciones en términos jurídicos. Esta cuestión adquiere aún mayor relevancia por las oscilaciones que, al respecto, ofrece la Jurisprudencia italiana y los notables contrastes de opinión en el seno de la doctrina.

En concreto, el problema que aborda este comentario, se centra en la responsabilidad de la banca por el pago de títulos bancarios no transferibles a persona no legitimada. Especialmente se plantea la debatida cuestión de la relación existente entre dos normas del ordenamiento jurídico italiano: el artículo 1992-2º del Código Civil y el artículo 43 del real decreto núm. 1736 de 21-12-1933.

179. GODWIN, W.: Transferable Letters of Credit: the Effect of Lariza, «J. Bus. Law», enero 1990, pp. 48-57.

El autor, partiendo de un caso obtenido de la jurisprudencia, analiza cuando el banco emisor de una carta de crédito, emitida como transferible y expresamente sometida a las Reglas y Usos Uniformes, puede rechazar la transferibilidad del crédito solicitada por el primer beneficiario.

180. GURLAND, Harro: Franchise et Agende en RFA. Intégration de la Législation communautaire. Particularités et conflits de lois, «GP», núms. 311-312, 1990, Doctrine, pp. 8-10.

Estudia el autor la problemática planteada por los posibles conflictos entre el derecho comunitario y el derecho nacional alemán en relación con el contrato de Franquicia, especialmente en relación con las soluciones aportadas para los supuestos de recomendación de precios, límite máximo de duración de la cláusula de no-concurrencia e indemnización por la clientela.

181. KHLER, Helmut: Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers: Bestehen, Bemessung, Abwälzung «NJW», 1990, pp. 1689-1696.

Examen del derecho del franquiciado a exigir el pago de una indemnización del franquiciador en caso de terminación del contrato. En particular, se examina si el franquiciador puede ceder la deuda al sucesor del franquiciado.

182. KOLLER, Ingo: Informationsobliegenheiten bei Brösentermingeschäften, «BB», 1990, pp. 2202 y ss.

Sobre las cargas que ha de cumplir el profesional en la celebración de contratos bursátiles frente a inversores privados, informándole de los riesgos de las operaciones a término.

183. KSTNER, Wolfram/ VON MANTEUFFEL, Kurt: Gedanken zu dem neuen Ausgleichs-Ausschlußtatbestand gem. 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB, «BB», 1990, pp. 1713 y ss.

Examen de la regla introducida en Alemania por la directiva comunitaria sobre el contrato de agencia y según la cual el agente no tiene derecho a recibir indemnización cuando es sustituido por un tercero en virtud de un acuerdo entre principal y agente.

184. LEHMANN, Michael: Just in time: Handels-und AGB-rechtliche Probleme, «BB», 1990, pp. 1849 y ss.

Examen de los problemas jurídicos que plantea la figura del «*just-in time*», acuerdo entre un fabricante y un suministrador por el que éste se integra en el proceso de producción del fabricante.

185. MULLAN, R.: Satisfaction Guaranteed or No Deal? «J. Bus. Law», mayo 1990, pp. 231-238.

En un reciente trabajo en esta misma revista (1988.56), el autor estudiaba el significado de la aceptación en la «Sale of Goods Act» de 1979. En este artículo Mullan examina las normas relativas al rechazo de la aceptación de la mercancía suministrada en un contrato de suministro por incumplimiento de las condiciones contractuales.

186. MLLER, Gerd: Zur Haftung des Kfz-Händlers beim Verkauf mangelhafter Gebrauchtwagen, «BB», 1990, pp. 2136 y ss.

Sobre la responsabilidad del vendedor de automóviles usados por los vicios de éstos cuando la venta se realiza en nombre del anterior propietario.

187. RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe: Il contratto di «franchising» e le procedure concorsuali, «RTDPC», enero-marzo 1990, pp. 15 y ss.

El autor examina la configuración del contrato de «franchising», como contrato entre empresas, en el seno del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, así como la naturaleza, caracteres e intereses tutelados por dicho contrato.

Finalmente, hace hincapié en la dificultad de determinar la disciplina aplicable en el supuesto de que uno de los contratantes se viera sujeto a procedimiento concursal.

188. RINZE, Jens: Das Lastschriftverfahren: Rechtsprobleme um das Einzugsermächtigungsverfahren, «JuS», 1991, pp. 202 y ss.

Examen de los problemas fundamentales de la autorización del deudor al acreedor para que éste retire el importe de la deuda de la cuenta bancaria de aquél.

189. ROSE, F.: Failure to Sue and Labour, «J. Bus. Law», mayo 1990, pp. 190-202.

El autor analiza las circunstancias en que el asegurado en un seguro marítimo queda cubierto aún por culpa propia y de sus dependientes y el deber que pesa sobre éste y aquellos de evitar o minimizar las pérdidas.

190. ROTH, Herbert: Beweismaß und Beweislast bei der Verletzung von bankvertraglichen Aufklärungs-und Beratungspflichten, «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 513-534.

Sobre si debe ser el demandante o el banco el que ha de probar que el daño se hubiera producido igualmente aunque la información facilitada por el Banco hubiera sido correcta en los casos de cumplimiento defectuoso de la obligación de asesoramiento por parte de los bancos.

191. SCHFER, Herbert: Schadensersatzansprüche des Maklers-auch auf entgangene Provision bei vertragswidrigem Verhalten des Auftraggebers, «BB», 1990, pp. 2275-2280.

Sobre la cuantía y la prueba de la indemnización que corresponde al mediador cuando el principal impide el cumplimiento del encargo.

192. SCHMIDT, Detlef: Qualitätssicherungsvereinbarungen und ihr rechtlicher Rahmen, «NJW», 1991, pp. 144-152.

Aproximación a los acuerdos sobre nivel de calidad en los que los distintos empresarios que toman parte en la fabricación de un producto se comprometen a mantener un determinado estándar de calidad.

193. SEUNG CHONG, W.: The abusive calling of performance bonds, «J. Bus. Law», septiembre 1990, pp. 414-427.

Se examinan las principales características de los «performances bonds» (semejantes a las llamadas garantías abstractas o a primer requerimiento), analizando la eficacia jurídica de la excepción de fraude, generalmente ineficaz en el contexto que trata el autor, y refiriéndose, por último, a otras técnicas de oposición a un requerimiento abusivo de cumplimiento.

194. SIEG, Karl: Die Relevanzrechtsprechung im Privatversicherungsrecht, «BB», 1990, pp. 2280-2282.

Sobre la pérdida de la indemnización cuando el asegurado omite dolosamente las cargas que le incumben tras la producción del siniestro.

195. TEUBNER, G.: «Verbund», «Verband» oder «Verkehr», «ZHR», núm. 154, 1990, pp. 295-324.

Examen de la responsabilidad del franquiciador por actuaciones de los franquiciados y viceversa. El autor mantiene la tesis de que las reglas generales de responsabilidad no pueden trasladarse al sistema de franquicia sin tener en cuenta que la estrecha vinculación entre franquiciador y franquiciados modifica notablemente la valoración del sistema de responsabilidad contractual.

196. TSCHERWINKA, Ralf: Das Recht des Handelsvertreters, «JuS», 1991, pp. 110 y ss.

Examen manualístico de los principales problemas del Derecho de agencia, concesión, etc.

197. WERNICKE, Konrad: Die Rückführung überlanger Wettbewerbsverbote in der BGH-Rechtsprechung, «BB», 1990, pp. 2209 y ss.

Sobre si los pactos de no competencia excesivos pueden reducirse o deben declararse totalmente nulos.

198. HWEE YING: Common Law Materiality: an Australian Alternative «J. Bus. Law», marzo 1990, pp. 97-109.

El autor analiza la más reciente jurisprudencia en los países del «common law» en materia de deberes de comunicación del asegurado al asegurador respecto de hechos materiales relevantes en la relación asegurativa.

5. DERECHO CAMBIARIO

199. MULLER-CHRISTMANN, Bernd/ SCHNAUDER, Franz: Grundfälle zum Wertpapierrecht, «JuS», 1991, pp. 117 y ss. y «JuS», 1991, pp. 208 y ss.

Examen manualístico de los problemas básicos del derecho de los títulos-valor.

6. DERECHO CONCURSAL

200. GALLET, Charles-Henri: La Vente des Immeubles d'une Enterprise en Liquidation Judiciaire a la Requete d'un Crédancier Privilégié, «GP», núms. 334-335, 1990, Doctrine, pág. 9.

Concluye el presente comentario por afirmar la facultad del acreedor beneficiario de un privilegio especial sobre los inmuebles de una empresa deudora para solicitar la venta de éstos en subasta pública si el liquidador no ha emprendido su actividad en tres meses a contar desde el fallo judicial acordando la liquidación.

201. LORIEUX, Alain: La loi du 30 décembre 1988. La Fin des Occasions Manquées?, «GP», núms. 276-277, 1990, Doctrine, pp. 2-6.

La Ley de 30 de diciembre de 1988 extiende al agricultor al beneficio de los juzgados universales de la ley de 1985 a la cual reenvía. Así, tras una fase de prosecución de la explotación «bajo protección judicial», el agricultor podrá asegurar la rehabilitación de su empresa en el marco de un plan decretado por el Tribunal y comportando plazos de pago impuestos y remisiones aceptadas de deudas.

Tras afirmar las indudables ventajas de tal reforma, el autor plantea las dificultades de aplicación de determinadas medidas propias de los juicios universales en este nuevo campo.

202. PEROCHON, Franoise: Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise, «RDS», núms. 33, 1990, Chroniques, pp. 252-254.

La cesión judicial, instrumento de rehabilitación establecido por la Ley de 25 de enero de 1985 con la finalidad de preservar un centro de actividad conservando al tiempo los puestos de trabajo, corre el riesgo de transformarse en un medio ideal para obtener activos a la baja y realizar espléndidas plusvalías a expensas de los acreedores, afirman el autor, preocupado ante la falta de sanciones establecidas por el legislador para el caso de incumplimiento de sus compromisos por el adquiriente.

203. PINTO, Luigi: Le nuove prospettive di un vecchio problema: rapporti tra società, «Giur. Comm.», noviembre-diciembre 1990, pp. 1048 y ss.

Se estudia la posible participación de los socios ilimitadamente responsables de una sociedad de personas en el convenio preventivo de la propia sociedad. El autor busca determinar las iniciativas que el socio y los acreedores sociales pueden tomar en defensa de sus respectivos intereses cuando la sociedad pide la admisión en el procedimiento concursal. En particular, se dilucida la cuestión de si el socio puede garantizar la propuesta de la sociedad y convertirse así en parte del procedimiento concordatario.

204. PONCEBLANC, Gérard: L'harmonisation des procédures collectives en Europe: espérances utopiques, «GP», núm. 334-335, 1990, Doctrine, pp. 2-8.

Interesante exposición panorámica de las diferencias existentes entre el derecho concursal de Bélgica, Italia, Alemania, Francia y España, las cuales mueven al autor a la inquietud en cuanto a la virtualidad de una armonización de este sector del ordenamiento requerida por el Mercado Común.

205. ROITMAN, Horacio: Responsabilité des tiers dans la faillite en Argentine, «RIDC», núm. 3, 1990, Doctrine-études, pp. 941-954.

La legislación argentina sobre concurso de acreedores ha previsto el ejercicio de acciones indemnizatorias contra los responsables de actuaciones que hubieran disminuido la responsabilidad patrimonial del deudor o conducido a su insolvencia. Las condiciones sustanciales para su ejercicio, la diferencia con la responsabilidad societaria, el procedimiento a seguir y la prescripción de estas acciones constituyen el objeto del presente comentario.

206. VALIGNANI, Marcello: La indagini bancarie del curatore del fallimento, «Giur. Comm.», enero-febrero 1990, pp. 87 y ss.

El autor postula el establecimiento de límites a los derechos del «curatore del fallimento» en orden a requerir de los bancos con los cuales tuviese relaciones el quebrado las informaciones necesarias paracompletar la documentación aportada por dicho quebrado. No siempre, por tanto, estarán los bancos obligados a comprometer el secreto bancario dando respuesta a los requerimientos del «curatore».

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AcP:	Archiv fr die civilistische Praxis
BB:	Betriebs Berater
GC:	Giustizia Civile
GP:	Gazette du Palais
Giur. Comm.:	Giurisprudenza Commerciale
JuS:	Juristische Schulung
JZ:	Juristen Zeitung
LC:	Loyers et Copropriété
LDA:	Le Droit d'Auteur
LNLCC:	Le Nouve Leggi Civile Commentatae
NJW:	Neue Jursitische Wochenschrift
RDC:	Rivista di Diritto Civile
RDI:	Revue de Droit Inmobilier
RDS:	Recueil Dalloz-Sirey
RIDC:	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC:	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC:	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ:	Jc Semaine Juridique
ZHR:	Zeitschrift fr das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht

Revistas que se citan sin abreviar:

Journal of Business Law

Revue des Sociétés

Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit économique

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

I. SENTENCIAS COMENTADAS

HERMANOS PATIÑO CONTRA “EL PAÍS” Y “DIARIO 16”

Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.^a (“BOE” 30-11-1990), y 172/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.^a (“BOE” 30-11-1990)

Area de Derecho Civil, Universitat Pompeu Fabra

JUAN-JOSE CANO GONZALEZ
M.^a DOLORES FEREZ FERNANDEZ
MARGARITA GARRIGA GORINA
PABLO SALVADOR CODERCH (Director)

SUMARIO: I. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988. 1. Los hechos. 2. El pleito en las dos instancias y en el Tribunal Supremo.—II. Los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. 1. Los dos recursos de amparo. 2. Posición del Ministerio Fiscal. 3. Los demandantes en el proceso originario de la decisión recurrida en amparo.— III. Las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre (Sala 2.^a); y 172/1990, de 12 de noviembre (Sala 2.^a). 1. La STC 171/1990. A) Derecho a la información veraz y a la libertad de expresión. a) Hechos probados y recurso de amparo. b) Informaciones sobre asuntos públicos que son de interés general. c) Verdad y diligencia en su contrastación. La cuestión de la carga de la prueba. Verdad sustancial y rectificación voluntaria de inexactitudes. d) Hechos y opiniones; conjeturas e insultos. e) Animo de injuriar. B) El art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18.3.1966. C) Pluralidad de daños y acumulación de acciones. 2. La STC 172/1990. A) Los límites a la libertad de información y de expresión. a) Información y diligencia en contrastar su veracidad: beneficios generales y costos particulares. b) Publicación y referencia a las fuentes de información. c) Opiniones

y su límite. Expresiones literalmente injuriosas y ánimo de injuriar. d) Información e intimidad. e) Resolución del caso. B) El art. 65 de la Ley de Prensa e imprenta de 18.3.1966. C) Pluralidad de acciones dañosas y acumulación.

I. LA SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1988

1. Los hechos

Los diarios EL PAÍS, en sus ediciones del 20 de febrero (p. 14), 14 de marzo (p. 20) y 17 de marzo (pp. 1 y 64) de 1985, y DIARIO 16, en los días 22 de febrero (p. 1), 23 de febrero (p. 5), 24 de febrero (p. 4) y 18 de marzo (p. 2) de ese mismo año, publicaron la noticia y comentarios de un accidente aéreo acaecido en Sondica (Vizcaya) el día 19 de febrero de 1985 en el que murieron los 148 ocupantes de la aeronave entre los que se encontraba su comandante-piloto, el señor José Patiño Arróstegui.

El primer diario dio a entender que el comandante fallecido venía padeciendo estados de depresión que podían haber sido la causa del accidente. Para el segundo, en cambio, habría sido su carácter extrovertido, sus relaciones privadas, y su afición a la bebida lo que podría haber contribuido a originar el desastre (1).

(1) El profesor Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la STS de 7.3.1988*. CCJC, N.º 16. Enero-marzo 1988. Pp. 185-7, ha recopilado la información relevante que ahora entresacamos:

A) EL PAÍS:

Edición del 20 de febrero de 1985, página 14, artículo titulado *José Luis Patiño, un piloto aristócrata*: “Al parecer, eran frecuentes sus estados de depresión, que se habían acentuado en los últimos tiempos, especialmente tras la huelga y expulsión de la compañía. Hace dos días, en el curso de una cena, comentó a un amigo íntimo que estaba atravesando una mala racha y que se encontraba muy deprimido y muy mal, aunque no llegó a explicar claramente los motivos”.

Edición del 14 de marzo, página 20, artículo titulado *El retraso en el informe sobre el accidente aéreo de Málaga se debe a que ardío la “caja negra”*: “La vida privada del piloto que se estrelló en Bilbao será investigada:...se iniciará un detallado análisis de la personalidad, carácter y vida privada del comandante del avión siniestrado, José Luis Patiño, para determinar si esos extremos pudieron influir en la seguridad de los vuelos en los que intervenía”.

B) DIARIO 16:

Edición del 23 de febrero de 1985, página 5 de un artículo titulado *El último vuelo del comandante Patiño. Perfil humano del piloto del avión siniestrado*: “Bebedor de cerveza, extrovertido, alegre y conservador”.

“Unos dicen que era un «cachondo mental», un tipo genial, alegre, divertido y sumamente marchoso, que no bebía en exceso, que no podía pasar inadvertido y que tenía la virtud de ser siempre el centro de la reunión.

Otros, que era un poco animal, que de genial no tenía nada, que era mal educado y grosero, que se creía el centro del mundo y que bebía demasiado para un comandante de líneas aéreas comerciales que tiene que volar cada cuatro días. Pero, para unos y otros, Patiño era un gran piloto”.

“En la actualidad vivía con otra mujer, una azafata de Iberia que se encuentra embarazada de siete meses. «Ahora era un hombre feliz, le iba muy bien con esta chica y se

2. El pleito en las dos instancias y en el Tribunal Supremo

Los señores José Luis, Matilde, Cristina, Ignacio y María Teresa Patiño Cobíán, hijos y herederos del piloto muerto, demandaron a Promotora de Informaciones, S.A., al señor Juan Luis Cebrián y a Informaciones y Prensa, S.A., por un lado; y al señor Pedro J. Ramírez, al señor Juan Tomás de Salas y al señor Juan Fernando Baeta, por el otro y pidieron la publicación del encabezamiento y fallo de la Sentencia condenatoria, que ocupara como mínimo media página de la primera de cada uno de los diarios en cuestión y la condena solidaria de los demandados a pagar 50 millones de pesetas de indemnización.

La Sentencia del JPI de Madrid n.º 26, de 16 de octubre de 1985 condenó a Promotora de Informaciones, S.A. y al señor Juan Luis Cebrián Echarri, a publicar la Sentencia y a pagar, solidariamente entre sí, una indemnización de 4.000.000 de pesetas; y a Información y Prensa, S.A., al señor Pedro J. Ramírez Codina, al señor Juan Tomás de Salas Castellano y al señor Fernando Baeta Gil, también solidariamente, a pagar la cantidad de 6.000.000 de pesetas. En el mismo sentido se pronunció, en apelación, la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 28 de octubre de 1986.

Las partes demandadas y condenadas en las instancias formularon sendos recursos de casación y la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 7-3-1988 los desestimó.

La mayor parte de la argumentación del TS se dedicó a considerar y rebatir los motivos del recurso de PRISA y del señor Juan Luis Cebrián (F. de D. 1 a 10). El resto de la argumentación jurisprudencial (F. de D. 11 a 13) rechazó el recurso interpuesto por Información y Prensa, S.A. y otros. Ello introduce, probablemente, un

sentía feliz. Además, le gustaba vivir, era un vitalista y un tío que siempre veía todo positivamente».

“Según un buen amigo «no tenía ningún problema de tipo psicológico que pudiera repercutir en su forma de pilotar, tampoco era un depresivo ni lo había sido nunca».

“Entre vuelo y vuelo, el comandante Patiño se tomaba sus buenas cervezas en el bar El Bosco muy cercano a su domicilio...

La cerveza y algunos problemas económicos llevaban últimamente de cabeza a este hombre. Algunos compañeros relatan las dificultades de Patiño con la cerveza. Hace algunos meses tuvo «sus más y sus menos con la piscina de un hotel en Málaga. También le preocupaba excesivamente la pensión que todos los meses debía pasar a su mujer».

“Entre las azafatas de Iberia era muy conocido por ser el único comandante que solía pasarse para ver las pruebas de aptitud de las auxiliares femeninas de vuelo. «La verdad es que le encantaba ver nadar a las chicas y observar como se les pegaba el mono humedecido a su cuerpo».

Edición del 24 de febrero, página 4, artículo titulado *Analizan restos de los pilotos en busca de residuos de alcohol*: “La hipótesis del error humano toma cuerpo”.

“Algunos restos de los cuerpos de José Luis Patiño Arróspide y Emilio López Peña Ordóñez, comandante y segundo piloto... están siendo analizados para descubrir si hay en los mismos huellas de alcohol y si el grado de alcoholismo, en caso que exista, fuera superior al permitido.

Parece ser que desde los primeros instantes se pensó en llevar a cabo estos análisis, sobre todo en la figura del comandante Patiño. Su enorme pasión por la cerveza, conocida en diversos estamentos y de dominio público entre algunos compañeros y auxiliares de vuelo, ha podido ser determinante”.

sesgo en la argumentación del Tribunal Supremo pues los contenidos y estilos de las informaciones y opiniones publicadas por cada uno de los diarios y que están en la base del pleito son distintos entre sí, sobre todo desde un punto de vista cultural. Al margen de lo anterior, la argumentación del Tribunal se centró en rechazar cinco grupos de alegaciones que conforman, a grandes rasgos, los cinco grandes temas en torno a los cuales se resuelve. Ante todo, dijo el TS, lo publicado ha de ser verdad y, en este caso, no lo era:

“...las pruebas practicadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en el motivo se pretende deducir del contenido de los artículos del citado diario” (F. de D. 2). En el motivo en cuestión, el n.º 6, que estaba amparado en el n.º 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aludía a una serie de documentos según los cuales “siendo veraz la información del diario EL PAÍS” se pretendía (por la Sentencia recurrida) “estimar como inversa la información publicada sobre el comandante Patiño y que se concentraba en que sufría estados de depresión que dentro de unos seis meses se iniciaría un detallado análisis de la personalidad, carácter y vida privada del comandante del avión siniestrado...” (F. de D. 1).

En segundo término, señaló el TS, lo publicado llevaba al lector a conclusiones de las que el mismo lector no podía llegar ni tan siquiera a tomar conciencia y, en este caso, a la de que el accidente fue probablemente causado por el comportamiento insensato del piloto de la aeronave:

“(las informaciones publicadas)... después de producirse la catástrofe aérea y estando abiertas unas diligencias penales y una investigación técnica para determinar sus causas, conducen subliminalmente, a los lectores del periódico, mediante una especie de juicio paralelo, a la conclusión de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del comandante del avión siniestrado” (F. de D. 2).

En tercer lugar, el Tribunal exigió que la información fuera neutral:

“Los artículos de EL PAÍS a que el proceso se refiere (no se caracterizan por su asepsia, ni por su objetividad, en cuanto carecen de la neutralidad que debe caracterizar a las noticias y comunicados ofrecidos por la prensa y medios de publicidad, dado que en ellos aparecen hábilmente involucrados presupuestos de hecho objetivos, esto es, noticias, lusiones reticentes o insidiosamente sensacionalistas dirigidas, cual dice el Tribunal *a quo*, a hacer patente subyacentemente la irresponsabilidad profesional del padre de los actores ” (F. de D. 6).

Sin embargo, la Sentencia utilizó la expresión “neutralidad” en un contexto que desfigura notablemente su sentido cabal. Neutral, estrictamente hablando, es quien, entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse hacia ninguna de ellas, esto es, quien se conduce con imparcialidad, como el juez o el árbitro. Resulta, desde luego, complicado tratar de asimilar las funciones de periodista a las del juez, pero como además, se añadía que la “asepsia” y la “objetividad” integran esa neutralidad, la complejidad deviene evidente: *aséptico* se dice de lo perteneciente o relativo a la asepsia, que es un concepto de origen médico relacionado con la asepsia de gérmenes infecciosos o con la búsqueda de procedimientos para garantizarla; en sentido figurado y tal vez más cercano al que apunta la sentencia considerada, *aséptico* quiere decir que no se compromete, sin originalidad, falto de sensibilidad. Aquí se ha dado un paso más en relación a la neutralidad, pero éste nos aleja no ya sólo de la función tradicionalmente admitida como lícita dentro del buen periodismo, sino también del propio estilo de la curia judicial: ciertamente, una opinión judicial ha de tratar de ser neutral, pero no tiene por qué ser *aseptica*; mucho menos, un

comentario periodístico. La exigencia de objetividad, es decir, de imparcialidad coincide, en cambio, con la idea de neutralidad.

En cuarto lugar, la acumulación de acciones denunciada por los recurrentes es correcta en cuanto, dijo el TS, “no puede en el supuesto aquí contemplado provocar la incompetencia del Juzgado ante el que se esgrimieron las acciones” (F. de D. 4).

En quinto término, el TS añadía que la regla sobre responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, establecida en el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18-3-1966, permanecía vigente y no había sido derogada por la Disposición Derogatoria de la CE, en contra de lo que sostenían los recurrentes. El artículo en cuestión no establecía, en opinión del Tribunal, responsabilidad política alguna ni coartaba el derecho de libertad de información y comunicación, sino una regla de responsabilidad civil que, en todo caso, también resultaría de aplicar el art. 1.903 del Cc cuya vigencia nadie discute. Aceptada la doctrina genérica en materia de responsabilidad solidaria, procedía hacer lo propio con lo que es una de sus consecuencias normativas más claras, esto es, la posibilidad de que el actor pudiera dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos solidariamente, como dice literalmente el art. 1.144 del Cc. Por ello, se rechazaba el motivo de los recurrentes relativo a la infracción, por parte del Tribunal de instancia, de las reglas relativas a la aplicabilidad del litisconsorcio pasivo necesario.

La Sentencia citada resuelve un caso paradigmático de lo que Willian Lloyd Prosser (1898-1972) llamó *False light in the Public Eye* (2) y que en otro lugar tradujimos por *tergiversación o distorsión de los hechos que falsea la imagen de una persona ante el público*.

En Prosser y en el Derecho norteamericano de responsabilidad civil que él contribuyó decisivamente a moldear, la *tergiversación* es un *tort*, un ilícito civil a caballo entre la difamación y la lesión de la intimidad, pero que, en todo caso, está más cerca de la primera que de la segunda y por eso, en el ordenamiento citado, las reglas básicas de naturaleza constitucional que limitan la acción de difamación cuando ésta se refiere a personajes públicos, también se aplican al caso de la tergiversación (3). Con todo, permanece la idea de que la distorsión afecta primariamente a la imagen personal y no a la reputación como, en cambio, es el caso en la difamación, y de ahí la ambigüedad del Tribunal mezclada quizás con una cierta dosis de perplejidad; así, éste dice que lo publicado por el diario EL PAÍS “...configura por sí sólo una intromisión ilegítima en el ámbito del honor y de la intimidad personal de dicho piloto” (F. de D. 2).

a) Analíticamente, tal vez sería preferible distinguir entre aquellas materias tocantes a la intimidad de las que no cabe hablar, ni siquiera con verdad ni, mucho menos, de manera ultrajante, de aquellas otras relativas al honor de las que, en todo

(2) Véanse William L. PROSSER. *Privacy*. 48 *California Law Review* 383 (1960). P. SALVADOR, M. T. CASTIÑEIRA, M. YSAS, J. J. CANO, S. DURANY, D. FELIP y E. GADEA *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*. Madrid. Ed. Civitas, 1987. P. 104 y ss. Cfr. Pablo LUCAS MURILLO *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid. Tecnos, 1990, capítulo titulado *El derecho a la intimidad. Reconstrucción del proceso de su formulación jurídico-constitucional*, pp. 43-99 (redacción llevada a cabo con materiales distintos a los usados en la obra anterior).

(3) P. SALVADOR (Dir.), M. T. CASTIÑEIRA, F. IGARTUA, M. MARTÍN, P. SALVADOR, J. SANTDIUMENGE *El mercado de las ideas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Pp 330 y ss.

caso, cabe hablar con verdad y valorar, con mesura o desmesura, siempre que no se recaiga en el insulto personal, en la ofensa gratuita.

b) También se podría haber hecho jugar el concepto de personaje público y distinguir ulteriormente entre la personalidad pública que lo es como consecuencia de su propia decisión y aquélla que se ve inmersa en un acontecimiento público sin haberlo pretendido en ningún momento. Esto es lo que señala el Prof. Bercovitz en su documentado comentario a esta Sentencia:

“El caso del que se ocupa esta Sentencia es un ejemplo claro de cómo cualquier persona puede convertirse del día a la mañana, por razones totalmente ajenas a su voluntad, en noticia para los medios de comunicación social. A partir de ese momento su intimidad desaparece, su imagen es reproducida públicamente sin contar con la autorización de nadie, su reputación (fama, honor) queda a merced de los periodistas” (4).

El piloto de la aeronave siniestrada devino así personaje público como consecuencia del accidente que le costó la vida. No era tal, antes del accidente, sino en la medida en que todo profesional con funciones de alta responsabilidad y elevado riesgo ha de saber que su comportamiento puede llegar a ser objeto de *inquisición* y *escrutinio* más estrictos que el de otras personas; y que ello está en función, precisamente, de la magnitud del riesgo y de la relevancia de su comportamiento en su incremento o disminución. Es decir, debe tenerse en cuenta la cuantía de los daños que pueden llegar a originarse, la probabilidad de que esto ocurra así como la relación de causalidad que media entre el comportamiento del agente y esos daños probables.

c) Por último, estaría la distinción entre materia de interés público y la que no tiene este carácter. No cabe la menor duda de la naturaleza esencialmente pública de las informaciones relacionadas con una catástrofe aérea.

Si al caso se hubiera aplicado este aparato de distinciones u otro similar es muy posible que se hubiera llegado a la conclusión apuntada por el citado profesor Bercovitz en su comentario repetidamente citado:

“Por lo pronto conviene distinguir entre la actuación de *EL PAÍS* y la de *DIARIO 16*. El primero publicó desde el primer día ese estado anímico de depresión que aquejaba al comandante Patiño, aunque sin sensacionalismo alguno y sin relacionarlo con el accidente. Unicamente saca a relucir esa relación cuando, al hilo de la crisis interna de la compañía Iberia, publica el papel que en la misma ha tenido un informe interno sobre las malas condiciones personales en las que el comandante Patiño se encontraba para pilotar. No creo que en general puedan considerarse sensacionalistas los artículos en cuestión, por lo que se refiere al comandante fallecido. En cambio el tono general de *DIARIO 16* es mucho más sensacionalista. Las intromisiones en la intimidad y en el honor del coman-

(4) Véase BERCOVITZ, *Comentario*. P. 93.

dante son más llamativas en sus artículos. La imputación del accidente a la irresponsabilidad de aquél es mucho más directa” (5).

La cita es larga, pero su contenido es premonitorio de lo que pasaría luego. Aunque, en pura teoría, el aparato de distinciones al que se ha hecho alusión había sido ya acogido por la STC 6/1988, de 21 de enero, ponente el Magistrado Luis Díez Piñazo y Ponce de León, publicada en el BOE de 5 de febrero de 1988, es decir, un mes antes de la fecha de la Sentencia del TS aquí reseñada, esta última no alcanza, comprensiblemente, a hacerse eco de la primera. Pero en seguida lo harían las dos sentencias del TC que son el objeto central de este trabajo.

II. LOS RECURSOS DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Los dos Recursos de Amparo

En efecto, el 29-4- 1988 el señor Juan Luis Cebrián Echarri y la Sociedad Anónima Mercantil “Promotora de Informaciones, S.A.”, interpusieron recurso de amparo contra la STS de 7-3-1988 (R.A. n.º 784/88) y lo propio hicieron los señores Pedro J. Ramírez Codina, Tomás de Salas Castellano, Fernando Baeta Gil así como la entidad Información y Prensa, S.A. el día 3.5.1988 (R.A. n.º 803/88).

Unos y otros recurrentes entendían que la Sentencia del Tribunal Supremo violaba el art. 20.1.d de la CE y el 24 de la CE. Veamos por separado cuál es el contenido de ambos recursos.

A) En lo relativo a la vulneración del Art. 20.1.d de la CE., la representación jurídica de los recurrentes por el diario *EL PAÍS* alegó que lo publicado era una “semblanza del piloto exponiendo una serie de cualidades positivas (6)... y otras negativas”; y, en segundo lugar, adujo que la información publicada era sustancialmente verdadera (7) ya que el único error cometido en la misma era marginal y que constituía “un desliz informativo” que no afectaba al conjunto de la información y que había sido rectificado por el periódico.

Los recurrentes añadían que la información era de interés institucional (8) y que versaba sobre un personaje público así como que la STS de 7-3-1988, violaba los derechos a la libertad de expresión reconocidos y garantizados por el art. 20.1.d de la CE (9) en virtud de los cuales podrían valorar y criticar los hechos y a sus agentes protagonistas. Para los recurrentes, el derecho a la libertad de expresión, es decir, el derecho a opinar es distinto a la libertad de información y no tiene por qué ejercerse de manera neutral o aséptica (10).

(5) Ibídem R. BERCOVITZ. P. 195.

(6) Véase STC 171/1990, de 2 de noviembre, antecedente n.º 3 a).

(7) Antecedente 5 f).

(8) Antecedente 3 a).

(9) Antecedentes 3 y 3 a).

(10) Antecedentes 5 d).

B) En el marco de una segunda línea argumentativa, los recurrentes sostenían su incompatibilidad con el art. 20.1.d de la misma (11).

Añadían que la responsabilidad solidaria del autor de la noticia, del director de la publicación y de la sociedad editora del medio informativo, tenía carácter político y sancionador y no, como sostenía la Sentencia recurrida del TS, civil y reparador (12).

C) Por último y en su opinión, el hecho de haber acumulado acciones contra dos grupos de personas perfectamente diferenciados suponía sumar la información publicada por varios medios lo que determinaba “un efecto multiplicador de la carga ofensiva que pueda haber en las diversas publicaciones y como onda expansiva afectar a los demás medios informativos” (13). Por ello, señalaban los recurrentes, la Sentencia vulneraba el derecho a obtener la tutela judicial efectiva reconocido y garantizado por el art. 24.1 de la CE (14).

Por su parte los recurrentes relacionados con DIARIO 16 (señores Pedro J. Ramírez Codina, Juan Tomás de Salas Castellano, Fernando Baeta Fil y la entidad Información y Prensa, S.A.) sostuvieron, con tono más liviano, argumentaciones similares:

A') En su opinión, la Sentencia del Tribunal Supremo vulneraba el art. 20.1.d de la CE pues lo publicado era fundamentalmente cierto aunque reconocían que se podía “encontrar alguna expresión más o menos afortunada” (15), así como “pequeñas licencias periodísticas para hacer más asequible a los lectores un determinado tema” (16) y, añadían, “tampoco se puede exigir al periodista que sea un perfecto malabarista en la confección de sus expresiones divulgadas, siempre que partan de datos reales y corroborables”.

B') El mismo artículo de la CE había sido violado por el TS en cuanto éste había aplicado el art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta que, en opinión de los recurrentes, había sido derogado por la CE. Su argumentación era similar a la anteriormente expuesta por los recurrentes del diario EL PAÍS (17).

Añadían que era incorrecto integrar las disposiciones de la L.O. 1/82 con las reglas generales sobre responsabilidad civil de los arts. 1.902 y ss. del Cc y que, consecuentemente, convenía aplicar el argumento *a contrario* (18).

C') Alegaban, por último, que la Sentencia había violado el art. 24.1 de la CE y argumentaban de manera muy similar a lo expuesto en el apartado C de este número (19).

(11) Antecedente 3 b).

(12) Antecedente 3 b).

(13) Antecedente 3 c).

(14) Antecedente 3 c).

(15) Véase STC 172/1990, de 12 de noviembre, antecedente 3 a).

(16) Antecedente 3 a).

(17) Antecedente 3 b).

(18) Antecedente 3 b).

(19) Antecedente 3 c).

2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal interesó en ambos casos la denegación del recurso de amparo y con respecto al recurso interpuesto por los demandantes de amparo relacionados con el diario EL PAÍS, sostuvo, en síntesis lo siguiente:

Ad A) Después de recordar que las cuestiones debatidas sobre la verdad o falsedad de la información eran de hecho y, por tanto, que en ellas no podía entrar el TC (art. 44.1.b de la LOTC) recalcó que el TS recogía la afirmación de la Sentencia recurrida “según la cual las pruebas aportadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en pleito se pretende deducir”.

Y en cuanto a las opiniones expresadas por el diario, el Ministerio Fiscal entendía que algunas de ellas, concretamente las relativas a la “forma irreflexiva de volar del Comandante Patiño” y que hubiera necesitado “...algo más que un curso de refresco para volver a volar” (20) resultaban formalmente injuriosas.

Por otro lado, la rectificación llevada a cabo por el diario de aquella parte de información cuya falsedad había reconocido no precluía el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes al amparo de la Ley 1/82 (21).

Ad B) El Ministerio Fiscal entendía que el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta seguía vigente en cuanto se limitaba a reproducir una regla que cabía deducir fácilmente de los criterios generales y tradicionales del Cc en materia de responsabilidad extracontractual (22).

Añadía que “el director tiene un derecho de veto —que efectivamente ejerce— sobre el contenido de todos los originales del periódico y, por lo que respecta a la empresa editora, es ella la que designa y remueve al director” (23). Por ello, resultaba perfectamente aplicable la vieja doctrina de la *culpa in eligendo*.

Además el propio tenor del art. 9 de la L.O. 1/82 abonaba esta solución al decir que la tutela judicial comprende todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima que se trate, así como al especificar que una de ellas es la obligada difusión de la sentencia en el medio que se llevó a cabo la intromisión ilegítima. Parece obvio, señalaba, que el editor y director habían de poder ser demandados pues, de lo contrario, no habría forma de adoptar las medidas aludidas (24).

Ad C) Negaba el Ministerio Fiscal que fuera de apreciar indefensión alguna como consecuencia de la discutida acumulación de acciones (25) ya que los hechos y las responsabilidades estaban diferenciados perfectamente en las sentencias de Instancia y Supremo.

(20) STC 171/1990 de 12 de noviembre, antecedente 6 d).

(21) Antecedente 6 f).

(22) Antecedente 6 b).

(23) Antecedente 6 b).

(24) Antecedente 6 b). Por último el Ministerio Fiscal se remitía al Auto de 14-11-88, F.J. 3.^º (Recurso de amparo 554/1988).

(25) Antecedente 6 a).

En el caso del segundo recurso, relacionado esta vez con el periódico DIARIO 16, sostuvo el Ministerio Fiscal:

Ad A') “Hay que observar que no existe en las actuaciones la más mínima corroboración de lo publicado. Por otra parte, no cabe duda de que nos encontramos ante una cuestión de hecho, en la que este Tribunal no debe entrar”. Además, añadía que las sentencias impugnadas declaraban que la información no era veraz (26). Otras afirmaciones publicadas por el DIARIO-16, como las relativas a que el Comandante era “un mal educado y grosero” o que “bebía demasiado para un comandante”, eran, en opinión del Ministerio Fiscal, injuriosas (27).

Ad B') Con relación al art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, el Ministerio Fiscal reprodujo una argumentación muy similar a la que se acaba de reseñar más arriba (28).

Ad C') Y lo mismo cabe decir sobre la argumentación de indefensión por acumulación de acciones (29).

3. Los demandantes en el proceso originario de la decisión recurrida en amparo

La representación de los señores Luis y Cristina Patiño Cobián mantuvo en sus alegaciones unas tesis jurídicas similares a las expuestas por el Ministerio Fiscal. Pero, más allá del contenido técnico jurídico del alegato forense, parece oportuno recoger lo que tienen de clamor.

Sobre EL PAIS:

“La tesis del recurrente viene a ser la de que en materia de información «todo vale», siempre que lo diga un medio público de información y que lo dicho sea más o menos veraz e interesante para el lector” (30).

Y en relación a DIARIO 16:

“Ni los Tribunales ni las comisiones técnicas de investigación vierten expresiones como las que hemos leído. Este terreno escabroso parece reservado a los medios de información. Uno se pregunta con qué derecho irrumpieron los recurrentes en la vida privada del Comandante, haciendo del trágico acontecimiento una especie de novela por entregas en la que el comandante Patiño resultase un personaje agresivo, frívolo e irresponsable” (31).

(26) STC 172/1990 de 12 de noviembre, antecedente 5 b).

(27) Antecedente 5 c).

(28) Antecedentes 5, 5 a) y 5 b).

(29) Antecedente 5.

(30) STC 171/1990, de 12 de noviembre, antecedente 9 a).

(31) STC 172/1990, de 12 de noviembre, antecedente 6.

III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 171/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.^a (“BOE” 30.11.1990); Y 172/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.^a (“BOE” 30.11.1990)

1. La STC 171/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.^a (“BOE” 30.11.1990)

A) Derecho de información veraz y a la libertad de expresión

a) Hechos probados y recurso de amparo

La STC 171/1990 comienza el análisis de la cuestión con una reflexión sobre la intimidad y el honor: Son, dice con ciertas dificultades lógicas y ontológicas el F.J.4, “realidades intangibles” pero con una “extensión” que “viene delimitada, en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en las sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”. Esta determinación constituye, se nos dice, el “punto de partida” para el “juicio” del Tribunal Constitucional.

En cambio, una vez situados en éste, se trata de “ponderar” los derechos fundamentales en conflicto pero siempre, recalca con cita del art. 44.1.b) LOTC, “a partir de los hechos enjuiciados y declarados probados en la decisión impugnada”, y comparar esa ponderación con la realizada por el Tribunal cuya decisión se recurre en amparo y a efectos de juzgar sobre su corrección constitucional. Y en esa función, añade el TC, “nuestra jurisdicción no está vinculada a las valoraciones efectuadas por el órgano judicial sometido a nuestro control”.

Cabe, con todo, preguntarse si, a la vista de las dos sentencias (la STS 8.3.1988 y la STC 171/1990 que ahora se comenta), el TC ha respetado realmente la declaración de hechos probados de la resolución recurrida. En ésta, el TS había indicado, que “las pruebas practicadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en el motivo se pretende deducir del contenido de los artículos del citado diario” (F. de D. 2). Y lo que, dado el contexto del citado F. de D., se infería de la información publicada era que el estado de ánimo del Comandante Patiño había contribuido a provocar el accidente. Para la Audiencia y el Tribunal Supremo había difamación porque los artículos insinuaban (“conducían subliminalmente” a creer en) esa relación de causa a efecto y, además, eso mismo se consideraban hechos probados.

¿Respeta el TC la declaración de hechos probados de la STS? No cabe afirmarlo sin más a la vista de lo que se puede leer en el F.J.8 de la STC, ahora comentada: “los órganos judiciales han resuelto el caso sin tener en cuenta ni tratar de comprobar la veracidad de la afirmación fáctica de que existían informes internos en los que se hubiese cuestionado que el comandante piloto estuviese en las condiciones adecuadas para pilotar el avión... No se ha declarado judicialmente... la inveracidad de los hechos”.

b) Informaciones sobre asuntos públicos que son de interés general

Más adelante, el F.J.5 reitera el criterio, ya recogido por resoluciones anteriores,

res (32), según el cual el derecho a la libertad de información prevalece sobre los derechos al honor y a la intimidad cuando “la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen”.

a) En relación a las personas, el TC señala que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos a la personalidad resulten afectados” por la información o interés de los demás y “por tanto, el derecho de información alcanza en relación a aquéllos su máximo nivel de eficacia legitimadora” pues, además, “su vida y conducta moral participan del interés general” con “mayor intensidad” que las “personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública”. Se matiza así la doctrina de sentencias anteriores —marcadamente la recogida por la STC 107/1988— en cuando no se opone personaje público a simple particular sin más, sino que se distingue expresamente entre quienes asumen *voluntariamente* los riesgos que la publicidad conlleva y quienes se ven *involuntariamente* envueltos en un asunto objetivamente público. Estos últimos, dice el Tribunal, gozan de un “ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos” (*ibidem*).

b) Más el *test* debe tratar de *objetivarse* en la medida de lo posible ya que no se trata tanto de la asunción voluntaria de una determinada función social como de valorar la *relevancia* de los hechos de la vida privada en la correcta realización de aquella actividad y, en ese sentido, cabe concordar con el F.J.7 de la Sentencia cuando dice que “resulta innegable la relevancia pública y social del accidente y de sus posibles causas... La competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público de transporte aéreo han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público, que traspasan los límites de la esfera privada”. Las condiciones en que se encontraba y su “conducta profesional” deben considerarse sujetas “a crítica y escrutinio públicos... por parte de los medios de comunicación”.

Obsérvese que el Tribunal no entra en la cuestión *doctrinal* sobre las *concepciones descriptiva y normativa del discurso público* (33) sino que, correctamente, se limita a resolver el caso y a añadir un nuevo dato para la configuración *jurisprudencial* de la figura: la salud mental de un piloto de líneas aéreas es un hecho socialmente relevante y sobre el que cabe informar a la opinión pública. Esa es una *decisión* de la que no es fácil discrepar (34).

(32) Véanse las STC 159/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 105/1984, 20/1990, 105/1990.

(33) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 86-88.

(34) Mas la dificultad de generalizar es evidente: ¿se podría, p. ej., informar de la posibilidad de que personas fallecidas como consecuencia de una enfermedad muy infecciosa pudieran haberla contraído por contagio causado por una tercera persona también fallecida? ¿Influye el tipo de relación (profesional, personal, etc.) que hubiera mediado entre las primeras y la última (maestro de escuela, médico, amigo, amante...)?

c) *Verdad y diligencia en su contrastación. La cuestión de la carga de la prueba.*
Verdad sustancial y rectificación voluntaria

Pero, naturalmente, lo anterior no basta: para resultar amparada constitucionalmente, la información ha de ser “veraz”, como dice el artículo 20.1.d) CE; más el requisito de la veracidad se entiende *secundum New York Times v. Sullivan* desde la STC 6/1988 (35). Como reitera ahora el F.J.8 de la Sentencia comentada, “la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en las informaciones sean rigurosamente verdaderos sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad”; debe negarse así “la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores o insinuaciones insidiosas” (36).

En su formulación originaria, la regla de la *actual malice* que instituyó *New York Times* suponía que no sólo había de haber *dolo* o *negligencia grave* en relación a la verdad sino que la *carga de la prueba* correspondía al actor que era personaje público y no al demandado. Con ello, se modificaba el criterio tradicional del *Common Law* en materia de *Defamation* según el cual el demandado publicaba *a su riesgo*, es decir, que respondía si la información difamatoria no era verdadera, que su responsabilidad era objetiva, pero que, por último, podía defenderse alegando y probando la verdad de lo publicado. Así, se pasó de un sistema de responsabilidad prácticamente objetiva y de *exceptio veritatis*, es decir, de irrelevancia de la culpa y del dolo en relación a la falsedad o verdad de lo publicado y de alegación y carga de la prueba de la *verdad* a cargo del *demandado*, a otro en el que la alegación y la carga de la prueba de la *falsedad* y de la *malicia* (*dolo* o *negligencia crasa*) gravaban al *actor* que tuviera la condición de personaje público (37).

En España, la *regulación tradicional* del derecho al honor era aún más favorable al actor que su correspondiente norteamericana: la tutela del honor ha sido siempre fundamentalmente *penal* y *no civil*. Y en el derecho penal, las calumnias e injurias entre particulares sólo son persegibles a instancia de parte (art. 467.3 del Cp) y la verdad o falsedad de la imputación difamatoria sólo es relevante en la calumnia más nunca en la injuria; en esta última es indiferente, a la hora de apreciar la existencia del delito, la verdad o falsedad de la imputación deshonrosa (art. 461 del Cp). En lo tocante a las calumnias e injurias dirigidas contra personajes públicos, la mayor parte —concretamente, las formuladas contra autoridades y funcionarios— constituyen delitos de desacato, que son siempre persegibles de oficio y en los que la verdad o falsedad de las imputaciones es atendible cuando se refiere a hechos concernientes al ejercicio de los respectivos cargos (art. 467.3 del Cp). Re-

(35) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 82 y ss. y 254 y ss.

(36) Véase también STC 51/1989.

(37) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 253-259. Nótese que en el texto se refiere la irrelevancia de la culpa al tema de la verdad o falsedad del enunciado difamatorio y no a otras cuestiones como, p. ej., la propia publicación: en el *Common Law* la cuestión de la relevancia o irrelevancia de la culpa del demandado en relación a todos los elementos del supuesto de hecho de la difamación era mucho más compleja. Véase PROSSER AND KEATON, *On the Law of Torts*. Fifth ed. St. Paul (Minn.): West. 1984, 113.

cientemente y por influencia de la jurisprudencia constitucional, la Sala 2.^a del TS ha tomado en consideración la *verdad* de las imputaciones aplicando la causa de justificación 11.^o del art. 8 del Cp (ejercicio de un derecho) cuando se trata de informaciones de interés público (38).

Por su parte, la regulación civil llevada a cabo por la LO 1/1982 no dejó claro el papel de la verdad o falsedad de la imputación difamatoria ni, mucho menos, el de la carga de la prueba: el art. 7.7 de la citada ley califica como intromisión ilegítima en el derecho al honor la “divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o haga desmerecer la consideración ajena” y su redacción da pie a la aplicación en derecho civil del criterio tradicional y penal de la irrelevancia de la verdad o falsedad en los atentados contra el honor. Aún y cuando se admita lo contrario, es decir, la relevancia de la veracidad de la información, al menos cuando ésta se refiera a asuntos de interés general, relevantes para la formación de la opinión pública, permanecen las cuestiones de a quién corresponde la carga de la prueba —al demandado, como era tradicional: *exceptio veritatis*, o al demandante— y la relativa a quién debe atribuirse la del *dolo o culpa grave* de la información *no ajustada a la verdad*.

Hasta la fecha, la respuesta de la Sala 1.^a del TS a ambas cuestiones no ha sido clara en ninguna dirección aunque en los últimos años el influjo de la jurisprudencia constitucional permite afirmar que el tema previo de la relevancia de la verdad ha quedado positivamente resuelto en lo referente a las informaciones (que el TS considera) de interés general (39). En efecto, cuando se admite la relevancia de la verdad, la tendencia que se apunta es más bien la de seguir la línea tradicional de la *exceptio veritatis* y, por tanto, atribuir la alegación y carga de la prueba de la verdad al demandado, pero, en el fondo, lo que hace la Sala 1.^a del TS es seguir una orientación pragmática y flexible: no se aplica rígidamente un principio abstracto a de dos —atribución de la carga de la prueba la demandado o al actor— sino que, partiendo de la doctrina tradicional, el grado real de su exigencia depende mucho de las circunstancias del caso (40). Son éstos, pues, los que deben analizarse y ordenarse en lugar de desgajar de ellos los *dicta* doctrinales del Tribunal.

La STC comentada no entra claramente en la cuestión ya que su F.J.8 se limita a decir que “Los órganos judiciales han resuelto el caso sin tener en cuenta ni tratar de comprobar la veracidad de la afirmación fáctica de que existían informes internos en los que se hubiese cuestionado que el comandante piloto estuviese en las condiciones adecuadas para pilotar el avión. Ni tampoco el órgano judicial ha tratado de valorar si el periódico actuó con la debida diligencia en la búsqueda de la verdad al asumir la fiabilidad de dichos informes... No se ha declarado judicialmente ni la *inveracidad* de los hechos, ni la falta de diligencia en la búsqueda de la verdad por parte del periódico, por lo que a los efectos del art. 20.1.d) CE la información publicada no puede dejar de ser considerada veraz”.

El inicio del texto citado aborda el tema como si correspondiera a los órganos judiciales civiles “tratar de comprobar” la verdad y no decidir *iuxta allegata et probata*, según lo alegado y probado por las partes; pero el inciso final —subrayado por nosotros— parece dar a entender que la *verdad se presume*. Y si ello es así, se impo-

(38) Véase *El mercado de las ideas*, Parte IV, pp. 484 y ss.

(39) *El mercado de las ideas*, pp. 282-290.

(40) *El mercado de las ideas*, pp. 294-295.

ne la conclusión de que la alegación y prueba de la falsedad recaen sobre el actor. Sólo que, en ausencia de una declaración más rotunda, el criterio únicamente puede apuntarse como probable. Más, de consagrarse en el futuro esta orientación, las similitudes del caso español con su modelo comparado básico se acentuarían aún más que en la actualidad.

Algunas matizaciones que, en torno a este tema, aparecen luego en la Sentencia resultan, tal vez, opinables. Así, y a continuación del texto antes transcrita, el TC recuerda, en el citado F.J.8, *la doctrina de la verdad sustancial* [la llamada *Gist* o *Sting Rule* (41)] según la cual no se responde por las inexactitudes de detalles cuando la información publicada es cierta en lo sustancial o en su conjunto: "Los errores informativos intrascendentes han de estimarse protegidos también por el derecho constitucional de información. De otro modo la posibilidad ilimitada de acciones civiles por tales pequeños errores podría ser una amenaza latente que pusiese en peligro el espacio constitucionalmente protegible en una sociedad democrática para la comunicación libre de informaciones". Esta afirmación se hace con referencia a la inexactitud constatada relativa a las causas de un despido anterior del señor Patiño (42) y ulteriormente rectificado por el diario, "rectificación", dice el TC, "que muestra que el error fáctico no fue malicioso".

Puede suscribirse o no la valoración del carácter insustancial de la inexactitud en cuestión, pero lo que no se razona es por qué su rectificación posterior prueba que no hubo dolo al cometerse la incorrección anterior. Si, en el caso, ello se infería de alguna otra circunstancia, eso es algo que no resulta de la Sentencia comentada, pero, expresado tal y como se lee en ella, el *dictum* del Tribunal carece de base argumentativa.

d) *Hechos y opiniones; conjeturas e insultos*

En teoría, la distinción entre *información acerca de hechos y expresión de opiniones* parece clara: por un lado, están las afirmaciones acerca de la realidad a las que cabe atribuir un valor de verdad y calificarlas como (aproximadamente) verdaderas o falsas, caso de que estemos en condiciones de verificarlas o falsarlas; por el otro están las apreciaciones personales o valoraciones de esa realidad, y de ellas cabe decir, por ejemplo, que son más o menos críticas o que se expresan en un lenguaje más o menos admisible, etc. Así, hay informaciones ciertas o falsas y opiniones críticas mesuradas, razonables, desaforadas o insultantes.

En la práctica, sin embargo, la distinción no siempre es fácil de llevar a cabo (43).

(41) *El mercado de las ideas*, pp. 244-247.

(42) Que había tenido lugar por una cuestión técnica de vuelo y no como publicó el diario "por un altercado con un compañero".

(43) Véanse los criterios expuestos en *El mercado de las ideas*, pp. 164-200. Un caso reciente, *Milkovich v. Lorain Journal Co.* (110 S. CT, 2.695 (1990)) muestra la dificultad práctica de la cuestión. Michael MILKOVICH, entrenador de lucha en una escuela norteamericana de enseñanza media, demandó por libelo a un medio de información que había publicado una noticia según la cual el actor había mentido al declarar ante una comisión investigadora acerca un incidente deportivo. Lo publicado oscilaba entre la información de hecho, la conjetura y la opinión. siguieron varias decisiones judiciales de signos opuestos; unas favorables a caracterizar lo publicado como hechos; y otras, como opinión.

aunque todos los ordenamientos liberales y tolerantes en materia de derechos de *información* (acerca de hechos) y de *expresión* (de opiniones) tratan de respetarla en cuanto son más generosos con la segunda que con la primera: estamos menos seguros sobre los criterios, p. ej. éticos, de corrección de una opinión que sobre el hecho de que una información falsa no ayuda al conocimiento de la verdad ni, por tanto, a la formación de opiniones fundadas en conocimiento razonablemente verdadero. En otras palabras, razonamos peor en términos de corrección, justicia, bondad o moralidad que en términos de verdad y falsedad. Por eso, estamos menos seguros de nuestra razón práctica que de la razón teórica.

Una causa de la dificultad en distinguir entre *hechos* y *opiniones* (44) deriva de que no todas las afirmaciones son iguales y de que lo propio sucede con las opiniones: Hay una *gradación obvia* de las afirmaciones de hecho en función del *valor de la verdad* que razonablemente se les puede *atribuir* cuando se formulan y presentan: Se puede afirmar algo *categóricamente*, pero quien habla puede también limitarse a *hipotizar* y, por último, puede simplemente atreverse a *conjeturar* algo. Y, desde luego lo que sólo cabe conjeturar no debe afirmarse apodícticamente: si luego lo dicho es falso y perjudicial, el que así se expresó habrá de responder por ello.

Pero también hay *grados* en la opinión pues la apreciación o valoración de los hechos puede ser positiva o negativa y, en este último caso, puede serlo en mayor o menor intensidad; y las desvaloraciones pueden expresarse de manera más o menos comedida, respetuosa, hiriente o ultrajante, descendiendo al terreno del insulto personal o con lenguaje inadmisible según reglas elementales de convivencia civil.

Entonces, si nos situamos en los extremos bajos de ambas escalas, la distinción entre hechos y opiniones parece difuminarse. Así, p. ej., cuando se formula una conjetura basada sólo en apreciaciones personales, sin fundamento objetivo conocido, y ello se expresa de manera muy negativa y personal (*'yo creo que X es un estafador'*), lo dicho parece susceptible de ser considerado tanto de una manera como de la otra. Pero, naturalmente, ello no es indiferente pues, como acabamos de decir, se es más laxo con las opiniones que con las informaciones. Se precisa, pues, de un criterio, de un *test*, que permita diferenciar unas de otras. En la STC 6/1988, de 21 de enero, el TC indicó que, en el caso de combinación o entremezclamiento de hechos y opiniones, había que estar al “elemento preponderante” (F.J.5 de la Sentencia últimamente citada). Nosotros hemos sostenido en otro lugar que hay que atender, entre otras cosas no relacionadas con la cuestión que ahora nos ocupa, a *si lo dicho es efectivamente valorable en términos de verdad o falsedad, o no hay, en cambio, un método plausible para su contrastación* de forma tal que un *lector razonable* no creería que los enunciados de que se trate tienen un contenido factual sino que son *meras apreciaciones personales* de quien así se expresó (45).

La propia *Supreme Court* de Ohio decidió primero en aquél sentido y luego en éste. Finalmente, el Tribunal Supremo federal anuló la última resolución: aplicando el criterio del *lector o investigador razonable*, el *Chief Justice Rehnquist* consideró, con la mayoría del Tribunal, que un lector razonable concluiría que la columna periodística objeto de la discordia implicaba afirmaciones verificables de hecho. La doctrina ha criticado el recurso al (alegadamente vago) *Reasonable-Reader standard* (Véase p. ej. *The Supreme Court, 1989 Term. Leading cases*. 104 *Harvard Law Review* 219-227 (1990)).

(44) Y una causa a la que no se aludió en la obra citada en las notas anteriores.

(45) *El mercado de las ideas*, p. 168 y allí referencias doctrinales y jurisprudenciales.

El TC no ha seguido en el caso comentado ninguna de esas dos orientaciones sino que, entrecruzando hechos y opiniones, ha considerado que conjeturar es opinar: “Sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir formular razonadamente conjeturas, que en cuanto tales conjeturas no pueden ser valoradas, como se ha dicho, desde la exigencia constitucional de la veracidad sino como ejercicio de la libertad de opinión, a partir de unos datos fácticos veraces” (F.J.10). Discrepamos de este punto de vista: la conjetura cae del lado de la información, no del de la opinión y lo que habría que haberse analizado es, en primer lugar, si lo que se dijo podía sólo conjeturarse o si podía, en cambio, afirmarse con mayor rotundidad dada su base objetiva, para luego comprobar si el modo más o menos rotundo de hacer las afirmaciones en cuestión se adecuaba a lo que razonablemente se podía asegurar o, en cambio, iba más allá, dando como cierto lo probable o como probable lo conjetural. Al no haberse hecho las cosas así o de mejor manera, se ha aplazado la tarea de perfilar ulteriormente la distinción entre hechos y opiniones (46).

Es importante, por el contrario, la clasificación que el Tribunal introduce en este caso en torno al *derecho a informar y a opinar sobre actuaciones sujetas a investigación judicial*. La Sentencia del TS había señalado que admitirlo “suponía realizar de forma ilegítima un (juicio paralelo)” (F.J.10). El Tribunal Constitucional señala que el art. 10.2 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* hecho en Roma el 4.11.1950 (47) permite “la posibilidad de establecer límites legales a los derechos de información para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial, cuando lo exija una necesidad social imperiosa” (48), pero que este “límite ha sido interpretado muy restrictivamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (casos Handyside,

(46) Luego, en el mismo F.J.10, el TC concluye: “El derecho fundamental reconocido en el art. 20 CE, no puede restringirse a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, sino que incluye también la investigación de la causación de hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probabilística de esas hipótesis y la formulación de conjetura sobre esa posible causación. Exigiendo la presentación pura de meros hechos, la Sentencia del Tribunal Supremo ha limitado, indebidamente, »el abanico de informaciones accesibles a los lectores, resultado contrario a un de los objetivos de una sociedad democrática” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Barthold*, Sentencia de 25 de marzo de 1985, n.º§ 53” (F.J.10). Con anterioridad se cita en el mismo sentido el *Caso Handyside* Sentencia de 7.12.1976, n.º 65. Véase infra nota 51.

(47) Art. 10:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

(48) Subrayado nuestro.

Sentencia de 7.12.1976; The Sunday Times, 26.4.1979; Lingens, 8.7.1986) (49)... “Ni siquiera de las circunstancias del caso podría deducirse que la información publicada haya puesto en peligro la imparcialidad y prestigio de los Tribunales” (F.J.10). Recuérdese, con todo, que entre las “necesidades sociales imperiosas” del citado

(49) Los casos citados guardan, entre sí y con el resuelto por el TC español, una relación de analogía más bien laxa.

1. En el caso *Handyside (STEDH 7.12.1976, Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgements and Decisions. Vol. 24. Registry of the Court Council of Europe. Strasbourg, 1976, Karl Heymanns Verlag, pp. 2-37)*, el señor Richard Handyside, un editor radical de Londres, había publicado en 1971 un libro destinado a la educación y adoctrinamiento de adolescentes titulado “The little Red Schoolbook”. El texto, originalmente publicado en Dinamarca en 1969 y luego en otros países europeos, tenía 208 páginas de extensión. Comenzaba con una introducción titulada “Todos los adultos son tigres de papel”; seguían otra introducción, esta vez a la edición británica, y cinco capítulos dedicados a los temas “Educación”, “Aprendizaje”, “Maestros”, “Alumnos”, y “El Sistema”. El capítulo relativo a los alumnos contenía una sección de 26 páginas dedicada al “sexo” con subsecciones sobre “masturbación, orgasmo, relaciones y caricias sexuales, anticonceptivos, polución nocturna, menstruación, pederastas y viejos verdes, pornografía, impotencia, homosexualidad, lo normal y lo anormal, más cosas, enfermedades venéreas, aborto, aborto legal e ilegal, no olvides métodos para abortar y direcciones de ayuda para cuestiones sexuales”. El libro dio lugar, primero, a polémica pública abundante y, luego, a un litigio judicial que concluyó con la condena del editor, por infracción de las *Obscene Publications Act 1959/1964* a pagar una multa de 50 libras y las costas judiciales y a la destrucción de los originales incautados y todavía no vendidos. Tribunales superiores confirmaron la condena y el señor Handyside recurrió ante la Comisión y el Tribunal europeos.

El recurrente alegaba la infracción de varios artículos de la Convención y, entre ellos la del art. 10. Su recurso fue rechazado por mayoría y, en relación al artículo citado, el Tribunal hubo de decidir si la limitación de la libertad de expresión en cuestión podía considerarse “necesaria en una sociedad democrática ...para la protección de la moral”. Al efecto, señaló:

“En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción» destinada a dar una respuesta a ello. El Tribunal nota en esta ocasión que si el adjetivo «necesario» en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de «indispensable» (comparar en los artículos 2.2 y 6.1 las palabras «absolutamente necesario» y «estrictamente necesario» y en el art. 15.1 la frase “en la estricta medida en que la situación lo exija”), no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como «admisible», «normal» (comparar el artículo 4.3), «útil» (comparar la primera línea del artículo 1.1 del Protocolo), «razonable» (comparar los artículos 5.3 y 6.1) u «oportuno». Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de «necesidad» en este contexto.

En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional («previstas por la ley») y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor” (n.º 48).

art. 10.2 se cuenta la “protección de la reputación” ajena. La Sentencia no trata de esta cuestión.

La propia selección de los hechos acerca de los cuales se informa supone normalmente valoraciones, pero el amplio campo que se deja a la opinión crítica no

Más este margen tiene, a su vez, límites y el Tribunal supervisa que éstos no sobrepasen lo que resulta necesario en función de las finalidades a que se refiere el art. 10:

“Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una «sociedad democrática». La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionalidad al fin legítimo que se persigue”.

Ahora bien, en el caso, las autoridades judiciales británicas no sobrepasaron estos límites: *The little Red Schoolbook* estaba específicamente dirigido a escolares de edades comprendidas entre los 12 y los 18 años y algunas de sus páginas relativas al comportamiento sexual podían entenderse “como un estímulo a la práctica precoz de actividades perjudiciales para ellos o, incluso, a la comisión de delitos criminales” (n.º 52); no se probó que el litigio tuviera una intencionalidad política (*ibidem*); tampoco apreció el Tribunal que las medidas adoptadas no fueran necesarias y ajustadas al margen de apreciación nacional (n.º 53 y ss.).

En España, un caso notablemente similar al citado fue resuelto por la STC 6/1982, de 15 de octubre (BOE 17.11.82). En él, el señor A.B.C. había editado la traducción española de un libro de educación sexual destinado a niños y adolescentes y titulado “A ver”. El editor fue condenado por un delito de escándalo público y por la STS (Sala 2.) de 29.10.81 a un mes y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas con arresto sustitutorio de un día por cada 2.000 pesetas de multa, y a seis años y un día de inhabilitación especial para ejercer cargos de Dirección o análogos de revistas o publicaciones, periódicas o no, que contuvieran representaciones gráficas o suministraran informaciones, reportajes o comentarios de carácter erótico o que hagan referencia a la intimidad sexual.

El señor A.B.C. recurrió en amparo al Tribunal Constitucional y éste desestimó el recurso. En particular, hay que destacar que el Tribunal acudió a la noción de *proporcionalidad* a la hora de dilucidar el concepto de *medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar la finalidad prevista* (en el artículo 10.2 del Convenio de Roma) de *protección de la moral*. Y, en el caso, juzgó que la Sentencia recurrida no había infringido el principio de proporcionalidad. (F. de D. 5.º y 6.º).

2. En el caso *Sunday Times* (STEDH 27.10.1978, Eur. Court H. R. Series A, n.º 30) los puntos de contacto con el resuelto por el TC español y comentado en el texto son algo mayores: Entre 1959 y 1952 nacieron en varios países europeos muchos niños afectados de malformaciones congénitas que pronto fueron atribuidas al consumo, por sus madres y durante la gestación, de un tranquilizante denominado *Thalidomide* y fabricado en Inglaterra por Distillers Company (Biochemical) Ltd., que fue subsidiariamente demandada por muchas madres afectadas por la tragedia. En 1972, el diario *The Sunday Times* anunció la publicación de una serie de artículos sobre el suceso y su historia. Distillers reclamó entonces judicialmente que se prohibiera su publicación en cuanto, ésta, pendientes todavía de resolución los procesos en cuestión, constituiría un desacato o desobediencia a los Tribunales (Contempt of Court) pues prejuzgaría su resultado. La reclamación de Distillers fue atendida por los tribunales inferiores y, aunque apelada con éxito, fue restable-

es coincidente con el rigor que razonablemente cabe exigir de la información: la crítica no es escudo adecuado para la mentira o el error inexcusable.

La opinión, dice el Tribunal, también tiene sus propios límites: aunque no basta con que lo publicado tenga un "carácter molesto e hiriente", sobrepasan "el lí-

cida por la Cámara de los Lores en 1973. En 1976 se alzó la prohibición al considerarse que habían desaparecido las razones que la justificaban. En el interín, Times Newspapers Ltd. había recurrido ante el Tribunal de Estrasburgo por violación de los arts. 10 y 14 del Convenio de Roma. El Tribunal apreció la violación del artículo 10 y, a lo que aquí interesa, hubo de pronunciarse sobre la cuestión de si la información pronunciarse sobre la cuestión de si la información periodística prohibida constitúa un juicio paralelo, un auténtico "perjuicio" en este sentido, por parte del diario (*trial by newspaper*) que hubiera abocado a un perjuicio ("the prejudices of prejudgetement") y si ello era razón suficiente para considerar que la decisión de la Cámara de los Lores era una medida necesaria para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial: Aunque "necesario" no es sinónimo de "indispensable", dijo el Tribunal, tampoco tiene la "flexibilidad" de expresiones como "admisible, u ordinario", "útil", "razonable" o "deseable" sino que implica la existencia de una necesidad social apremiante o urgente ("pressing social need", "besoin social imperieux" dice el Tribunal Europeo, que el Tribunal español traduce del francés por "imperiosa" (n.º 59). Y ésta no concurre en este caso. No siempre resultará lícito el juicio periodístico y, desde luego, no está puesta en cuestión la institución del *Contempt of Court*; pero: "Como ya señaló el Tribunal en el caso *Handyside*, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática" y "es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a que aquellas que se oponen chocan o inquietan al Estado o a algún sector de la población".

Los principios citados, añadió, "se aplican igualmente en el campo de la administración de justicia", y los Tribunales no pueden pretender "operar en el vacío" de toda la información y debate públicos.

Los hechos que iban a ser objeto de la publicación prohibida, añadió el Tribunal constituyan indiscutiblemente una materia de preocupación pública y su divulgación y debate, una información crucial para las familias de las numerosas víctimas del desastre de la Tálidomida. Esos hechos no dejaban de ser materia de interés público simplemente porque fueran, a la vez, el presupuesto de un litigio pendiente de resolución (n.º 66).

3. En el caso *Lingens* (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1987-75, STEDH de 8 de julio 1986*), el señor Bruno Kreisky, estadista austriaco que, durante su carrera política fue varias veces canciller federal por el Partido Socialdemócrata, se había querellado con el señor Peter Michael Lingens quien, con ocasión de una polémica política relacionada por los crímenes nacional-socialistas, había calificado el comportamiento del señor Kreisky como de "oportunismo más detestable", "irracional, inmoral e indigno". Una Sentencia del Tribunal de Apelación de Viena, de 29.10.1981, había condenado al señor Lingens a pagar una multa y éste recurrió ante el Tribunal Europeo. Este, en una Sentencia que recogió con claridad la distinción entre hechos y opiniones y que proclamó la libertad de opinión, amparó al recurrente:

La libertad de expresión, indicó, es "uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual". Y, por eso, "no se aplica solamente a las «informaciones» o «ideas» que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay «sociedad democrática» (Sentencia, ya citada, en el caso *Handyside*, serie A, núm. 24, p. 23, apartado 49)". (n.º § 41).

Los Tribunales austriacos se dedicaron lo primero a resolver si los fragmentos por

mite de lo tolerable” las expresiones que deban ser “consideradas... insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias que sólo pueden entenderse como insultos o descalificaciones dictadas no por un ánimo o por una función informativa, sino, como ha dicho la STC 105/1990, con malicia calificada por un ánimo ve-

los que se acusaba al señor Lingens eran objetivamente difamatorios. Así lo atribuían a algunos de los términos empleados: “el peor oportunismo” (o “el oportunismo más odioso o aborrecible”), “inmoral” e “indigno” (apartado 21 anterior).

El acusado alegó que se trataba en estos casos de “juicios de valor”, formulados en el ejercicio de su libertad de expresión (apartados 22 y 29). El Tribunal, coincidiendo con la Comisión, compartió esta tesis y señaló:

“Lo que estaba en juego no era un derecho de difundir informaciones, sino su libertad de opinión y su derecho de dar a conocer sus ideas”. (n.º 456).

“En opinión del Tribunal, se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba.

El Tribunal observa, a este respecto, que los hechos en que el señor Lingens fundaba su juicio no se discutieron, como tampoco se discutió su buena fe” (n.º 46).

4. Tampoco el caso *Barthold* (Las citas se hacen de *CONSEIL DE L'EUROPE. COURT EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Barthold*, 10/1983/66/101. Arrt. Strasbourg 25.3.1985) se parece demasiado al resuelto por TC español y comentado en el texto: El doctor Sigurd BARTHOLD regentaba una clínica veterinaria en la ciudad de alemana alemana de Hamburgo, y, desde hacía varios años, trataba sin éxito que su gremio organizara un turno nocturno obligatorio. El 24-8-1978, el diario *Hamburger Abendblatt* publicó un artículo en el que se narraban las desventuras de una gata enferma y sus dueños, quienes, tras larga y angustiosa búsqueda nocturna de atención veterinaria, habían acudido a la clínica del doctor Barthold. El artículo incluía unas declaraciones de este último en las que manifestaba que su servicio de urgencia permanecía abierto toda la noche. El doctor Barthold fue demandado por infracción del código deontológico de su corporación (aplicable por mandato de la legislación alemana sobre competencia desleal) según el cual estaba prohibido todo género de publicidad. Condenado a abstenerse de toda actividad similar en el futuro bajo la comunicación de otras penas más graves y rechazados los recursos posteriores, el doctor Barthold recurrió al Consejo de Europa.

El Tribunal señaló, por mayoría, que el art. 10 del Convenio de Roma había sido infringido pues, en su opinión, la limitación que se discutía iba más allá de las exigencias del fin legítimo perseguido:

“Puede ser muy bien que estas informaciones hayan tenido un efecto publicitario para la clínica del doctor Barthold y hayan inquietado a sus colegas, pero en este caso un efecto semejante aparece como algo muy secundario en relación con el contenido principal del artículo, así como con la naturaleza del problema sometido a la consideración del gran público. La injerencia de 24 de enero de 1980 no establece un justo equilibrio entre los dos intereses en juego: para el Tribunal de Apelación Hanseático hay intención de activar con fines de concurrencia en el sentido de la Ley de 1909, desde el momento en aquélla no se eclipsa totalmente detrás de otros móviles (*nicht völlig hinter sonstigen Beweggründen verschwindet*, parágrafo 22 *supra*). Un criterio tan rígido en la forma de abordar el problema de la publicidad de las profesiones liberales no cuadra con la libertad de expresión. Su aplicación entraña el peligro de desanimar a los miembros de estas profesiones a contribuir a la discusión pública de las cuestiones relativas a la vida de la colectividad, a poco que semejante contribución pueda parecer como productora de algún efecto publicitario. Por lo mismo la aplicación de tales criterios puede obstaculizar a la prensa en el cumplimiento de su tarea de información y de control”.

Por ello, concluye el Tribunal en el n.º 58, las prohibiciones en cuestión no parecen

jatorio o la enemistad pura y simple” (F.J.11); este tipo de expresiones, “innecesarias y gratuitas en relación con la información”, “teniendo en cuenta el interés público”, no están amparadas por la libertad de expresión. Los “insultos” y “vejaciones” que son manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información permiten estimar que quien se expresa “con una finalidad difamatoria y vejatoria” (50) (F.J.5) queda fuera del ámbito de la libertad de expresión.

Pero éste no es el caso del presente recurso de amparo, señala el TC, pues “no cabe considerar que las expresiones utilizadas fueran innecesarias y gratuitas en relación con la información ni que por su contenido y forma tuvieran una finalidad vejatoria o fueran producto de la enemistad personal”, “no eran... irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales del piloto, ponderándose... tanto las ...positivas, al tratarse de un piloto muy capacitado y de los más expertos, su carácter jovial y extrovertido, como también sus defectos, en sí mismos no contrarios a la honra o a la buena fama, como el carácter irascible, o el que estuviese pasando una mala racha personal y hubiese sufrido depresiones. Ello se expone además para cuestionar la diligencia de la dirección de la compañía al permitirle volar en esa situación”. (F.J.11).

e) *Animus de injuriar*

Dejando al lector la apreciación de la valoración de los hechos que lleva a cabo el Tribunal, hay que hacer notar que la Sentencia exige la concurrencia de un *dolo específico* (“propósito de descalificación o descrédito global de la persona”, “finalidad vejatoria”, F.J.11; “malicia calificada por un ánimo vejatorio, F.J.5) con lo que se lleva al *Derecho constitucional* (y al civil) el (discutido) requisito del *animus iniuriandi* propio de la regulación penal de la injuria (51).

Más la superposición del ánimo de injuriar al dolo genérico es opinable incluso en el campo concreto del Derecho penal vigente pues si “el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, difícilmente se puede exigir luego la voluntad de ofender como un elemento diferenciado” (52).

Por otra parte, el ánimo de injuriar se entiende excluido cuando el Tribunal penal aprecia la presencia de algún otro ánimo, como criticar, bromear, informar, etc.

proporcionadas al fin legítimamente perseguido ni, consecuentemente “necesarias en una sociedad democrática para (...) la protección de (...) los derechos ajenos” de tal manera que infringen el artículo 10 del Convenio.

Las cuestiones relacionadas con los límites entre información sobre asuntos de interés público y publicidad mercantil así como con la hipotética tutela del denominado *Commercial Speech* (V. por todos Ronald D. ROTUNDA, JOHN E. NOWAK, J. NELSON YOUNG *Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure*. St Paul, Minn. West, 1986 n.º 20-26) están, también, bastante alejadas de los problemas planteados por el caso español.

(50) Con cita de la STC 105/1990.

(51) Véanse además STC 104/1986 y 20/1990 Cfr. STC 105/1990.

(52) Véase María Teresa CASTIÑEIRA, *El mercado de las ideas*, p. 478, quien muestra, además, cómo la jurisprudencia penal hace luego dos cosas probablemente rechazables: presumir la existencia del ánimo de injuriar e invertir la carga de la prueba (pp. 479-482).

y la ausencia de aquél (53). Es obvio que esta técnica se presta a la inseguridad jurídica cuando no a la simple arbitrariedad dada la enorme dificultad de llevar a cabo una apreciación del tipo de *animus* en cuestión. Además, la aplicación de esta doctrina a *ilícitos civiles*, a la difamación civil, carece de base textual y es rechazada por parte de la doctrina (54). Ciertamente, su influencia en la jurisprudencia civil del TS se ha hecho sentir y la mayor parte de las sentencias de la Sala 1.^a posteriores a 1988 que aluden a la cuestión acusan recibo de la misma. Por lo dicho ello es criticable y a los argumentos citados hay que añadir ahora algún otro fundamental: Derecho civil no es Derecho penal; la denominada *injuria o ultraje civil* será normalmente *dolosa*, pero puede apreciarse también en casos de *culpa grave* (55) que, por definición es incompatible con cualquier dolo genérico o específico y, en todo caso, el dolo civil no incluye el ánimo de perjudicar. Si, por último, se recuerda que la función de la condena civil, es básicamente indemnizatoria y no sancionadora, cabrá concluir que la recepción civil de la doctrina penal del ánimo de ofender es rechazable. Pretender luego que ello deriva de la tutela constitucional a la libertad de expresión es algo que, en el mejor de los casos, resulta ajeno al texto del art. 20 de la C.E.

B) El artículo de la Ley de Prensa e Imprenta de 18-3-1966

La Sentencia comentada zanja, al menos en parte, la cuestión relativa a la vigencia del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 (56): la responsabilidad solidaria que este artículo establece a cargo de “los autores, directivos, editores, impresores e importadores de impresos extranjeros” por “actos u omisiones ilícitos, no punibles” (57) alcanza, al menos, a *directores y editores*: A los primeros porque tienen “derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico” (art. 37 de la Ley de Prensa), y a los segundos en cuanto les “corresponde la libre designación del director” (art. 40.1 de la ley citada) (F.J.3). Son casos, dice el Tribunal, de aplicación del principio de *culpa in eligendo o in vigilando* (58). Pero es éste —véanse arts. 1.903 y 1.904 Cc— más que el art. 65.2 de la Ley de Prensa, el que hay que considerar como regla del caso: el art. 65.2 de la Ley de Prensa establece un supuesto muy rígido de responsabilidad en cascada que no parece tener en cuenta criterios de *causación múltiple* de un daño, de creación de *riesgos*, de *control* o, pura y simplemente, de *responsabilidad empresarial*. El texto puesto en cuestión por el recurrente parece pensado para disuadir a cualesquiera agentes imaginables del proceso informativo —llega a responsabilizar a los impresores o a los distribuidores internacionales que importan publicaciones extranjeras— de tomar contacto con la información que se pretende controlar. El precepto carece de todo valor ejemplar y, en ese sentido, su autonomía es hoy escasa. Hoy en día hay que entenderlo, en todo caso, como un texto incardinado en las reglas generales sobre res-

(53) *El mercado de las ideas*, pp. 482-484.

(54) Véase últimamente Fernando HERRERO-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid. Colex 1990, p. 192.

(55) V. *El mercado de las ideas*, p. 424.

(56) Auto del TC de 14.11.1988.

(57) Es decir, por la comisión de ilícitos civiles o administrativos.

(58) Ibídem.

ponsabilidad civil del empresario y de todo aquel que participa, en principio negligente o dolosamente, en la causación del daño indemnizable. De hecho, y como manifiesta una nutrida jurisprudencia civil (59), se llegaría a la misma solución por aplicación de aquellas reglas; por ello, la supresión del art. 65.2 de la Ley de Prensa coadyuvaría a mejorar el sistema pues desaparecería el texto que sitúa en el mismo plano a quien normalmente ha de ser considerado responsable (la empresa editora) y a quien sólo muy excepcionalmente debería llegar a serlo (los impresores). Desde el punto de vista de lo que acaece normalmente, la equiparación normativa de responsabilidades no refleja una paralela equiparación de contribución a la causación del resultado dañoso.

C) Pluralidad de daños y acumulación de acciones

La Sentencia rechaza que la resolución recurrida hubiera vulnerado el art. 24.1 de la CE al haber convalidado la acumulación de acciones denunciada por los recurrentes. Afirma, al efecto, que la acumulación procede o no conforme a criterios de legalidad ordinaria en los que el Tribunal Constitucional no puede entrar salvo que aquélla “haya creado un confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa” (F.J.2). Con todo, más que de “confusionismo” —que es una expresión que viene a querer decir oscuridad en las ideas causada normalmente de intento—, parece que ha de tratarse sencillamente de *confusión* procesal y ésta no se dio en el caso: “En la demanda se concretan, de manera singularizada, los antecedentes fácticos y fundamentos jurídicos de las dos acciones acumuladas, se identifican los dos demandados con la debida separación y no se confunden las responsabilidades exigidas a los mismos... individualizándose la responsabilidad que a cada grupo de demandados se impone” (60).

Quid, con todo, en relación al “efecto multiplicador” de la ofensa y pretendidamente producido por la acumulación? El Tribunal señala que, en cuanto ello hubiese conducido “a una inadecuada valoración de la presunta ofensa y por ello a una incorrecta consideración de los valores constitucionales en juego... podría constituir violación del derecho reconocido en el art. 20 de la CE” (F.J.2). Más, añade, lo que en realidad hacen los recurrentes es invocar el art. 24.1 de la CE en apoyo de su reclamación principal relativa al art. 20 CE o, tal vez, subsidiariamente a ella. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que los recurrentes no solicitaron en el súplico de su demanda la nulidad de todas las actuaciones judiciales. El brusco quiebro en la argumentación deja en el aire la cuestión relativa a la definición de los criterios materiales de *valoración adecuada* a que se refiere el Tribunal.

El tema tiene cierta importancia pues los recurrentes hablaban, como vimos, de que “el hecho de haber acumulado las acciones... supone acumular información publicada por varios medios” con el “efecto multiplicador de la carga ofensiva que pueda haber en las diversas publicaciones” que fuera “como onda expansiva a afectar a los demás medios informativos”. Esta fundamentación apuntaba a la posibilidad de que, efectivamente, la conjunción de las dos informaciones produjera un daño superior a la suma del que cada una de ellas, considerada aisladamente, hubiera podido generar. Teniendo en cuenta que la presunta ofensa se proyectaba so-

(59) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 148-150.

(60) Ibídem.

bre la reputación del fallecido y que ésta no es estrictamente divisible, que los daños morales son, por definición, difíciles de medir y que, por último, la suma de informaciones y opiniones críticas publicadas por diarios de muy distinta orientación deben normalmente considerarse como multiplicadoras del daño, parece razonable concluir que no hubiera sido disparatado accionar conjuntamente contra todos los recurrentes.

El Tribunal no entra en la cuestión, pero su insistencia en la necesidad de evitar el “confusionismo procesal” en la acumulación de acciones puede dar lugar a que se crea que los actores en el pleito civil apuraron los límites de sus facultades procesales ex. art. 156 LEC en relación con el 24.1 CE. Mas, vistas las cosas desde el punto de vista de la naturaleza del daño, la cuestión adquiere perfiles muy distintos: El tema es si un medio de información (o cualquier otro agente social), en cuanto ha de tener en cuenta el entorno en el que actúa, ha de valorar el grado en que el conjunto de actos posibles y de la misma naturaleza de los demás medios de comunicación (o de los demás consociados) multiplica las potencialidades dañinas del propio actuar. Si la respuesta es positiva, algo más que la acumulación de acciones hubiera sido posible en este caso (61).

2. La STC 172/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.^a (“BOE” 30-11-1990)

A) Los límites a la libertad de información y de expresión

a) *Información y diligencia en contrastar su veracidad: beneficios generales y costos particulares*

La STC 172/1990 —más lineal en la argumentación y más ceñida al caso en la decisión que la anterior— comienza delimitando identidades y diferencias con el supuesto resuelto por la STC 171/1990:

“Existe identidad total en los problemas relativos a la responsabilidad solidaria y a la acumulación de acciones, que son problemas de orden teórico en el que no intervienen datos de hechos que pudieran alterar su sustancial identidad, pero no ocurre lo mismo con el problema que se suscita en relación con la fuerza legitimadora de la veracidad de la información, puesto que este problema nos sitúa de lleno en el alcance de la prevalencia del derecho de información sobre los derechos al honor y a la intimidad de las personas y ello entraña un juicio ponderativo de los derechos en conflicto, en el que resulta decisivo, en cada caso concreto, atender al contenido de la información a fin de establecer si reúne o no las condiciones de li-

(61) En muchos supuestos lo es: varias acciones ilícitas que, aisladamente, sólo producirían daños leves pueden generar, sumadas, uno grave. Es más: varias acciones inocuas, acumuladas, pueden resultar en un perjuicio grave. La concurrencia de varios cursos causales que, independientemente, son insuficientes para originar el resultado pero que, conjuntamente, lo producen es un viejo tema en la doctrina de la causalidad. Sus mejores tratamientos acostumbran a proceder del campo de la dogmática penal. Véase, por todos, Santiago MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed. Barcelona. PPU, 1990. pp. 231-239.

citud constitucional que le son exigibles para que el derecho merezca la protección privilegiada que le corresponde". (F.J.1).

Se anuncia así que la resolución coincidirá con la de la STC 171/1990 en cuanto a aquellos dos primeros temas, mas, se nos dice inmediatamente a continuación, el tercero debe ser resuelto "con total independencia y con sujeción a la singularidad incomunicable que caracteriza a cada una de las informaciones publicadas" en EL PAIS y en DIARIO 16 "si bien los criterios generales aplicables" deben ser "para ambas" "los mismos que ya hemos establecido en resoluciones anteriores" (62).

Las libertades del art. 20 de la CE, sigue diciendo el TC, *prevalecen* sobre los derechos de la personalidad garantizados en el art. 18 de la CE pues aquéllos "no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano sino también condición de existencia de la opinión pública libre indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático". (F.J.2).

Sin embargo, esa prevalencia *no es absoluta* sino que sólo existe en la medida en que las informaciones y opiniones de que se trate "resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intrusión en la intimidad y el honor de otros más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad" (Ibidem). El Tribunal apunta claramente a un *concepto normativo de discurso público*: no sólo requiere la "veracidad" de la información "sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere", "que tenga relevancia pública" (ibidem). Un índice (normativo) de esa relevancia lo ofrece la naturaleza *pública o privada* de la persona (cuyo comportamiento es) objeto de la información así como el hecho de que se haya involucrado voluntariamente en asuntos públicos (63).

En todo caso, la exigencia constitucional de veracidad no lo es de verificación sino de contrastación diligente de las informaciones que se publican: "la regla de veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que, imponen un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información recientemente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia

(62) STC 6/1981, 12/1982, 105/1983, 13/1985, 51/1985, 104/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 51/1989, 121/1989, 20/1989, 20/1990 y 105/1990. (Ibidem).

(63) "El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública o privada de la información varía, según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona puesto que los personajes públicos o delicados o actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos". (F.J.2.^º).

de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menoscenso de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras intervenciones o insinuaciones insidiosas". (F.J.3).

Tres cosas deben señalarse en relación al párrafo transscrito:

i) Para la valoración de la inversión en precaución —en esfuerzo de “comprobación”— que debe hacerse al informar, el Tribunal recurre a un concepto *cualitativo* —lo que es “razonable”—. *Cuantitativamente* puede partirse de la fórmula que enseñara Learned Hand (1872-1961): Para exonerarse de responsabilidad por negligencia, el informador debe invertir en precaución una cantidad igual, por lo menos, al importe del daño que puede causar multiplicado por la probabilidad de originarlo. Pero como, además, la actividad informativa sobre asuntos de interés general tiene un valor propio, éste habrá de ser tenido en cuenta para contrapesar (“ponderar”), junto con las precauciones adoptadas, el daño probable: no sólo trattamos del art. 18 de la CE sino de éste y del 20 de la CE (64).

ii) Pero nótese que, entonces, los costes derivados de los daños causados por la publicación de un discurso (más) beneficioso (que costoso pero, por tanto, no gratuito) llevada a cabo por un informador suficientemente diligente, los paga o sufre la persona que es objeto de esa información mientras que los beneficios se reparten entre el informador y la colectividad. La doctrina de los personajes públicos trata de salvar este desequilibrio, pero es dudoso que lo consiga completamente: es cierto que el *sujeto público* trata de hacer suyos los beneficios de su actividad pública (al menos en parte) así como que tiene normalmente más fácil acceso al *público* que un simple particular, pero también lo es que hay materias *objetivamente* relevantes para el interés general al margen de los sujetos que intervienen o que se ven involucrados en ellas. Resulta claro que, en esos casos, *una persona*, precisamente la perjudicada por la información, pagará por el beneficio de *todos* y la idea de que todos debemos contar con la probabilidad de vernos envueltos en un asunto de interés general no basta para justificar que tengamos, por ello, que asumir individual y efectivamente el riesgo del daño producido por la información de que se trata; desde luego, no parece bastar cuando aquella probabilidad de *perder* no esté asociada a ninguna probabilidad de *ganar* algo con la asunción del riesgo en cuestión. Veremos que la Sentencia comentada no es, en manera alguna, ajena a esta problemática.

iii) En tercer lugar el texto recuerda la *doctrina de la verdad sustancial*: no es preciso que la “exactitud” sea “total”. No se indica la *parte* de error admisible que, así las cosas, puede ser muy grande. Es más, en los casos de cuestiones muy problemáticas será muy difícil *acertar sustancialmente* por más diligencia en comprobaciones que se haya aplicado. Pero para eso está la siguiente regla que enuncia el Tribunal: *no debe atribuirse a lo probablemente falso un valor de verdad elevado*, es decir, *no hay que dar por cierto lo dudoso*. La doctrina de la verdad sustancial se apli-

(64) Richard POSNER consideraría, al menos, una tercera variable junto con la precaución y el valor del discurso: el error legislativo o judicial que inevitablemente se comete al tratar de controlar restringir, prohibir, etc— un discurso. Véase *El mercado de las ideas*, pp. 47-55.

ca entonces para permitir salvar las inexactitudes menores o de detalle en una información sustancialmente correcta. La idea de *sustancia* está implícita en la acertada referencia de la Sentencia a la irrelevancia de los errores *circunstanciales* en cuanto las circunstancias son los accidentes de tiempo, lugar, modo, etc. que están unidos a la sustancia de lo que se dice.

b) *Publicación y referencia a las fuentes de información*

A la enunciación de la doctrina general que se recoge en el epígrafe anterior sigue una matización de importancia:

“En este punto, debemos añadir que el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que es el que está ejerciendo el derecho a informar, y, por tanto, aquél al que incumbe no exceder sus límites, evitando la propagación de noticias que, aún procediendo de sedicentes fuentes bien informadas, no se ha preocupado de contrastar con diligencia razonable y resulten después ser lesivas del derecho al honor y a la intimidad personal, cuya falta de fundamento pudo comprobar si hubiera desplegado esa diligencia que, a tal efecto, exige el ejercicio serio y responsable del fundamental derecho a comunicar información”. (F.J.3).

Las reglas tradicionales en materia de *publicación* de enunciados difamatorios son que ésta es *divulgación* (arts. 7.3 y 7.7 de la L.O 1/1982), *comunicación a terceros*, y, luego, que cada *repetición* de comunicaciones anteriores es una nueva publicación (65). El Tribunal apunta a que todo acto de nueva publicación es *autónomo* en relación a los anteriores en el sentido de que la contrastación de la veracidad de la afirmación es objeto de un “deber propio y específico de cada informador”. Sin embargo, esta autonomía es relativa y el informador puede razonablemente confiar en la responsabilidad y solvencia de sus fuentes de información cuando estas cualidades existen efectivamente. Nótese que la Sentencia no obliga a cada nuevo informador a realizar una inversión en precauciones, en comportamiento diligente, igual a la ya llevada a cabo por el anterior informador o por las fuentes originarias de que se trate. La Sentencia apunta a una autonomía relativa y no absoluta del informador: no basta para exonerarle la “pura y genérica remisión a las fuentes indeterminadas” ni la alusión a “sedicentes fuentes bien informadas”, pero sí es posible llevar a cabo un reportaje honesto o justo cuando se divulga con exactitud y sin sesgos intolerables lo que ha manifestado o publicado una fuente oficial de información y se cita esa misma fuente (66).

(65) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 140-145.

(66) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 151-152.

c) *Opiniones y su límite. Expresiones literalmente injuriosas y ánimo de injuriar*

Con rotundidad distingue el Tribunal entre opiniones y hechos: “Entendiendo así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones, y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión y de información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos”. (F.J.3).

A continuación se dice que, en los supuestos de *información* acompañada de *valoración*, ésta no desnaturaliza a aquélla, si “el elemento preponderante” es “el informativo”. En cualquier caso, lo realmente importante es que “las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación” por lo que el criterio para apreciar su licitud no es la (diligencia en contrastar la) verdad sino “la ausencia de expresiones injuriosas... innecesarias para el juicio crítico”. En efecto, si bien cabe la “actitud crítica... enérgica o áspera siempre que los términos en que se exteriorice no sean desmesurados o desproporcionados con la finalidad de oposición o repulsa” que se pretende y sin que pueda exigirse que las informaciones “sean neutrales o estrictamente objetivas”, “en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información”. (F.J.3, subrayado nuestro).

A diferencia de la Sentencia 171/1990 anteriormente comentada, la 172/1990 *no exige un dolo específico*, el ánimo de injuriar, sino que, presuponiendo la voluntariedad de la conducta reprobable, señala que la *literalidad* insultante o vejatoria de la expresión proferida basta para descalificarla. Es pronto para poder afirmar si, con ello, se apunta a un cambio, en nuestra opinión deseable, en relación a la doctrina tradicional, pero, en cualquier caso, salta a la vista la diversidad de orientaciones de ambas resoluciones.

d) *Información e intimidad*

Finalmente, la Sentencia concluye la síntesis de la doctrina del Tribunal precisando otro límite al derecho de información cuando ésta, por más que con verdad, se refiere a la intimidad:

“El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aún siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa”. (F.J.3).

El *test* apuntado parece permitir un grado de *relativización notable* del derecho a la intimidad en función del *interés público*. Hay que considerar, con todo, implícita la salvaguarda de su *contenido esencial* tal y como lo define la propia jurisprudencia constitucional.

e) *La resolución del caso*

El F.J.5 de la Sentencia comentada resuelve que la aplicación al caso de la doctrina expuesta no permite amparar a los recurrentes:

“La información, al margen de la veracidad o falsedad, lesionó de manera ile-

gítima el honor y la intimidad personal del piloto fallecido, puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden el ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a la información”.

“Apreciado en el contexto global de la información transmitida, debemos considerar constitucionalmente irreprochable el criterio del órgano judicial de incluir entre las expresiones que, por su literalidad, califica de intromisión ilegítima en el honor del Comandante Patiño, las de «cachondo mental» y «mal educado y grosero», puesto que exteriorizan un juicio personal del informador a cuya consideración judicial de formalmente vejatorias, ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas, nada tiene que objetar este Tribunal y tal consideración es mucho más notoria y de mayor gravedad respecto a la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos, «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», puesto que tal afirmación, que de ser cierta podría quizás, en determinadas circunstancias venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información, tanto más cuanto que se trata de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto”.

Las expresiones se consideran insultantes y las informaciones, verdaderas o no, se estiman improcedentes por afectar a la intimidad del piloto fallecido. Esta se considera a estos efectos, “una persona privada” y no una figura pública. Recuérdese que la STC 171/1990 obviaba esta cuestión pues hacia derivar la relevancia pública del asunto de *datos objetivos* (“la competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto... han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público que traspasan los límites de la esfera privada” e, igualmente, “las condicioneen que se encontraba y la conducta profesional”, F.J.7 de la STC 171/1990).

El criterio relevante es, finalmente, el objetivo y ahí se encuentran ambas resoluciones: no hay, dice la STC 172/1990 “la más mínima conexión” entre la información y el suceso público. Si se acepta el hecho base de esta afirmación, hay que concordar con la decisión del Tribunal por más que pueda discutirse el carácter de simple persona privada de un piloto de líneas aéreas.

B) El artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966

C) Pluralidad de acciones dañosas y acumulación de acciones

En uno y otro tema los Fundamentos Jurídicos 5 y 6 de la Sentencia 172/1990 resuelven de igual forma que lo hizo anteriormente la 171/1990. Por ello cabe remitirse a lo que se señala en los apartados correspondientes de este comentario, pero, principalmente, el lector que relea el claro tenor de los Fundamentos Jurídicos ahora citados podrá apreciar su concisión y corrección. Aquí el comentario degeneraría en inútil paráfrasis.

II. SENTENCIAS

Dirección: Encarna ROCA TRIAS
Secretaría: Ramón CASAS VALLES
Colaboradores: Juan EGEA FERNANDEZ
Isabel MIRALLES GONZALEZ
Josep FERRER RIBA
Elena RIBERA GARIJO

1. STC 1/90, de 15 de enero, BOE de 15 de febrero

RA

Ponente: De los Mozos

Desestimado

Conceptos: Igualdad en la aplicación de la Ley

Preceptos de referencia: art. 14 CE

Se plantea recurso de amparo alegando vulneración del art. 14 CE por desigualdad en la aplicación de la ley. El TC reitera la doctrina de resoluciones anteriores:

1.º No cabe hablar de desigualdad cuando las sentencias discrepantes han sido dictadas por órganos judiciales diferentes (vid. SSTC 126/88 y 185/88, entre otras). Tratándose —como en el caso— de decisiones de diversas Audiencias Territoriales, la cuestión debía haberse resuelto mediante el oportuno recurso de revisión.

2.º Sólo se apreciará vulneración del art. 14 CE cuando el Tribunal se aparte de sus decisiones anteriores de forma injustificada, obedeciendo el cambio a un “mero voluntarismo selectivo” (vid. SSTC 55/88 y 181/87, entre otras).

3.º La igualdad “en la aplicación” de la Ley presenta, sin embargo, particularidades respecto a la igualdad “ante” la Ley. Esta es “de carácter material”, en tanto que aquélla es “predominantemente formal”. De lo que se trata es de que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal (vid. STC 49/85, entre otras).

Nota: La selección y resumen de las sentencias incluidas en este número ha sido realizada por Ramón CASAS VALLES, Isabel MIRALLES GONZALEZ, Josep FERRER RIBA. Elena RIBERA GARIJO.

2. STC 9/90, de 18 de enero, BOE de 15 de febrero

CI (Art. 2.2 de la LO 1/82, de defensa civil del honor intimidad e imagen; adición al mismo introducida por la LO 3/85)

Ponente: Díaz Eimil

Estimada (se anula la adición)

Conceptos: Derecho a la tutela judicial

Preceptos de referencia: art. 24 CE

La LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad e imagen, fue parcialmente modificada (LO 3/85, de 29 de mayo) a fin de añadir a su art. 2.2 el siguiente inciso: “iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado”. La denegación de tal autorización, solicitada en un proceso civil seguido contra un Senador por presuntos daños al honor del demandante, dio lugar al correspondiente recurso de amparo ante el TC, al entender el agraviado que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial. El amparo fue concedido, disponiéndose que el proceso civil siguiera su curso prescindiendo de la autorización (STC 243/88; en igual sentido STC 186/89). Asimismo, la Sala acordó someter al Pleno la constitucionalidad del inciso final del art. 2.2 LO 1/82, por suponerlo contrario al art. 24.1 CE. El Abogado del Estado y el Fiscal General mantuvieron tesis opuestas, defendiendo el primero la norma impugnada y pronunciándose el segundo por su inconstitucionalidad.

El TC la declaró nula con el siguiente razonamiento: “es incuestionable que el requisito de la previa autorización parlamentaria [...] constituye una grave y excepcional limitación del derecho a acceder al proceso que esta ley regula”.

NOTA (R.C.V.).—Esta sentencia ha venido a poner fin a una situación casi bochornosa. Cuando se tramitaba la LO 1/82, la mayor parte de los parlamentarios —con la sola excepción del Grupo Comunista— se negó a ver que, junto al art. 18 CE (honor, intimidad e imagen) se estaba desarrollando el art. 20 CE (libertad de opinión e información). Creyendo tramitar una “inocua” ley “meramente civil”, no se dieron —o no quisieron darse— cuenta de que la nueva regulación iba a incidir de forma directa en uno de los puntos más sensibles de toda sociedad democrática. Pero no tardaron mucho en salir de su error. Pronto tuvieron ocasión de experimentar en sus propias carnes la vitalidad de su imperfecta criatura. El caso que les abrió los ojos tiene nombre y apellido: Pablo Castellano, demandado por una asociación de Magistrados a raíz de sus críticas contra los Jueces y la Justicia en España. De repente, los parlamentarios se percataron de que ellos —como los periodistas y otras personas que tienen como profesión informar u opinar— estaban en el punto de mira de la LO 1/82. Tras comprobar —a la vista del caso citado y de los que le siguieron— que los clásicos privilegios de la inviolabilidad y la inmunidad no les daban la cobertura deseada, decidieron reformar la ley. Podría haberse aprovechado la circunstancia para una reforma a fondo, en línea con las sugerencias de la mejor doctrina. Pero no se hizo así. Los parlamentarios decidieron que la ley ya era buena... para los demás. Con el amplio consenso que es de suponer, se limitaron a autoexcluirse de su aplicación, por el sencillo expediente de someter la continua-

ción de los procesos civiles incoados contra ellos a la previa autorización de la Cámara. Acaso por mala conciencia, en el Senado se creyó oportuno que el precepto precisase que la reforma obedecía a “imperativo del artículo 71 de la Constitución”. De este modo se presentaba la necesidad de autorización como una consecuencia obligada del principio de inviolabilidad parlamentaria. Pero con ello se cometía un grave error, incurriendo además en flagrante contradicción con el Preámbulo de la propia LO 3/85, pues en éste se había justificado la reforma alegando la necesidad de proteger a Diputados y Senadores contra demandas debidas a actuaciones “a las que no alcanzaría el principio de inviolabilidad”. Como dice el TC, “sería suficiente centrar nuestra atención en esta última frase para obtener, sin más razonamiento, la constitucionalidad de esa exigencia de autorización previa” (FJ 3).

La sentencia del TC pone las cosas en su sitio, distinguiendo con claridad —en la línea de resoluciones anteriores— entre inviolabilidad e inmunidad. La primera “es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras” (FJ 3 B). Por contra, la inmunidad “es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia del ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento” (FJ 3 B).

La inmunidad, y el instrumento autorizatorio que le es propio, se limitan al proceso penal. La inviolabilidad en cambio también puede tener virtualidad en procesos civiles, pero nunca sometiendo su tramitación a la previa autorización de las Cámaras. No corresponde a éstas sino a los Tribunales controlar el uso que los parlamentarios hagan de su libertad de expresión y, en su caso, decidir si procede o no la aplicación de la garantía de inviolabilidad (vid. FJ 5).

3. STC 17/1990, de 7 de febrero, BOE 1 de marzo

RI

Ponente: De la Vega

Desestimado

Conceptos: Competencia legislativa en materia de aguas. Garantía constitucional de la propiedad privada. Derecho de asociación

Preceptos de referencia: Artículos 22, 33.3, 132.2, 149.1.1 y 149.1.8 CE

Se impugnan mediante el recurso que da lugar a esta sentencia diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas. A grandes rasgos, el recurso se fundamenta en la supuesta extralimitación competencial de la Comunidad Autónoma de Canarias (en parte por legislar sobre cuestio-

nes civiles reservadas implícitamente al Estado por la Disposición Adicional 3.^a de la Ley estatal 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas) y en la vulneración por varias de sus normas de la garantía constitucional de la propiedad privada, los derechos individuales y la seguridad jurídica.

La sentencia desestima el recurso en su integridad. En las cuestiones atinentes al Derecho civil, el TC se remite reiteradamente a sus propias conclusiones expuestas en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley estatal de Aguas. En el plano competencial, al margen de dicha remisión, declara el TC que la regulación de las “entidades de gestión del agua” no comporta invasión alguna del título competencial que el art. 149.1.8 CE reserva al Estado en materia de legislación civil, pues tales entidades quedan definidas en la Ley como Corporaciones de Derecho Público (FJ 4).

En orden a la pretendida vulneración de la garantía constitucional de la propiedad por causa de la demanilización de determinadas categorías de aguas, el TC da por reproducidas sus conclusiones en la mencionada STC 227/1988 (así, especialmente, en los FJ 12 y 14). Tampoco la exigencia de que se constituya una entidad en la que deban integrarse los propietarios de conducciones e instalaciones que deseen obtener la concesión administrativa para prestar el servicio de transporte del agua es contraria al derecho de asociación, en su vertiente negativa, “por cuanto dichas entidades no son en manera alguna asociaciones propiamente dichas, susceptibles de ser reconducidas al referido art. 22 de la Constitución” (FJ 16).

4. STC 20/90, de 15 de febrero, BOE de 1 de marzo

RA

Ponente: García-Mon

Estimado

Conceptos: Honor, injurias y “tono despectivo”. Las libertades ideológica y de expresión y sus respectivos límites. Mayor amplitud de la primera

Preceptos de referencia: arts. 16, 20.1 y 18 CE

Con ocasión del Mundial de fútbol de 1982, se publicó en un semanario un artículo crítico en el que se destacaba la utilización que de los campeonatos habían hecho distintos políticos —Hitler, Mussolini, Franco, Videla— a lo largo de la historia. Sin ser lo esencial, se incluían además algunas referencias al Rey de España: “Este Mundial va a servir para hacer aún más propaganda al Rey español representándolo como la democracia en persona. Por supuesto ocultará que la monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el mitin fascista en la Plaza de Oriente, justificando los fusilamientos de opositores en 1975, atacando la democracia europea [...] a lo mejor no decir «amén» a todo lo que digan y hagan el Borbón y su Corte es antidemocrático [...] España es una unidad... ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno a un Rey democrática de toda la vida”. El autor del artículo —periodista de profesión— fue procesado por un supuesto delito de injurias al Jefe del Estado (art. 147 CP). La Audiencia Nacional le absolvió, por entender que el artículo no respondía a un “animus injuriandi” sino a los sentimientos políticos de su autor, go-

zando por tanto de la cobertura de los arts. 16 y 20 CE. Sin embargo, el Tribunal Supremo condenó al periodista (seis años y un día de prisión mayor, sentencia de 19 de octubre de 1987). Por lo visto, fue determinante el “tono despectivo” con el que, a juicio del TS, se había tratado al Rey.

La sentencia del TC —amén de contener una detallada reseña de su propia jurisprudencia sobre el art. 20 CE— pone el acento en la falta de ponderación del art. 16 CE por parte del TS. Su aspecto más interesante es el relativo a la distinción entre libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión (art. 20 CE) y a la plusprotección de aquélla. El TS, considerando la libertad de expresión como manifestación externa de la libertad ideológica, había abordado el problema desde el punto de vista de los límites de aquélla (art. 20.4 CE: “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”). Había omitido en cambio un análisis del problema desde el punto de vista de la libertad ideológica, cuyos límites constitucionales son más reducidos (art. 16 CE: “se garantiza la libertad ideológica [...] sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”). Ese es el reproche fundamental que el TC hace a la sentencia del TS: “la omisión es importante, porque al trasladar todo el problema a los límites que señala el núm. 4 del art. 20 [...] se equipara en punto a limitaciones la libertad ideológica con esos otros derechos fundamentales y por esta vía se restringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho” (FJ 3).

5. STC 40/90, de 12 de marzo, BOE de 9 de abril

RA

Ponente: Rodríguez Bereijo

Desestimado

Conceptos: “Reformatio in peius” y responsabilidad civil. Tutela judicial efectiva

Preceptos de referencia: art. 24 CE

En un juicio de faltas por imprudencia se condenó a la causante de un accidente a indemnizar a la víctima con 320.000 ptas. por las lesiones y 100.000 ptas. más por las secuelas. La sentencia fue recurrida por la condenada dictándose, en apelación, una nueva decisión que incrementó las cifras anteriores, hasta 640.000 y 300.000 ptas. respectivamente (cien por cien y setenta y cinco por cien, respectivamente, de lo solicitado en su día por la acusación). La condenada entendía que se había producido una “reformatio in peius”, al haber sido ella la única apelante. Este extremo resultó ser falso, averiguándose en el curso del proceso de amparo que la parte acusadora se había adherido a la apelación. Esta es la causa de la denegación del amparo y, más aún, de la no habitual imposición de las costas del recurso.

La sentencia carecería de mayor interés si no fuese porque el TC aprovecha la ocasión para sentar doctrina sobre la cuestión planteada, esto es, sobre la “reformatio in peius” en materia indemnizatoria y su relación con el derecho a la tutela judicial del art. 24 CE (vid. también las sentencias 15/87, 116/88 y 202/88). En síntesis, el TC establece lo siguiente:

1.º Que “no obstante la escasez de preceptos legales sobre la materia en nuestro Derecho, es línea doctrinal constante de este Tribunal que la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del Derecho procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 CE” (FJ 1). Aunque, por supuesto, no habrá lesión del art. 24 CE “cuando existe una pretensión de signo contrario, ejercitada por las partes, dirigida a obtener ese resultado peyorativo o cuando ese resultado viene legitimado por la aplicación de las normas de orden público” (sentencia 17/89).

2.º Que la doctrina anterior es de aplicación en materia de incremento de las indemnizaciones civiles derivadas de delito. “La responsabilidad civil «ex delicto» queda plenamente integrada en la garantía que supone la interdicción de la reforma peyorativa; es decir, al Juez «ad quem» le está vedado decretar una responsabilidad civil que supere el límite de la ya acordada en primera instancia si no ha existido pedimento alguno al respecto en la segunda, salvo que sea consecuencia de la aplicación de normas de orden público” (FJ 1, «in fine»).

6. STC 41/1990, de 15 de marzo, BOE de 9 de abril**CI****Desestimada****Ponente: Rodríguez Bereijo****Conceptos: Derechos adquiridos y expropiación. Incompatibilidad de puestos de trabajo****Preceptos de referencia: 9.3, 14, 33.3 CE****7. STC 42/1990, de 15 de marzo, BOE de 9 de abril****CI****Desestimada****Ponente: Rodríguez Berijo****Conceptos: Incompatibilidad de puestos de trabajo****Preceptos de referencia: 14, 33.3 y 35.1 CE****8. STC 65/1990, de 5 de abril, BOE de 7 de mayo****CI****Desestimada****Ponente: Rodríguez Bereijo****Conceptos: Derechos adquiridos: configuración y expropiación.****Incompatibilidad de empleo y pensión****Preceptos de referencia: 1, 9.3, 14, 31.1, 33.3, 39.1, 40, 41, 50 y 106.2 CE**

9. STC 66/1990, de 5 de abril, BOE de 7 de mayo**CI****Desestimada****Ponente: Rodríguez Bereijo****Conceptos: Derechos adquiridos: configuración y expropiación.****Incompatibilidad de empleo y pensión****Preceptos de referencia: 1, 9.3, 14, 31.1, 33.3, 39.1, 40, 41, 50 y 106.2 CE****10. STC 67/1990, de 5 de abril, BOE de 7 de mayo****CI****Desestimada****Ponente: Rodríguez Bereijo****Conceptos: Derechos adquiridos: configuración y expropiación.****Incompatibilidad de empleo y pensión****Preceptos de referencia: 1, 9.3, 14, 31.1, 33.3, 39.1, 40, 41, 50 y 106.2 CE****11. STC 68/1990, de 5 de abril, BOE de 7 de mayo****CI****Desestimada****Ponente: Rodríguez Bereijo****Conceptos: Derechos adquiridos: configuración y expropiación.****Incompatibilidad de puestos de trabajo (Registradores de la propiedad)****Preceptos de referencia: 14 CE**

Alterando el orden cronológico de esta reseña jurisprudencial, se ha creído oportuno reunir las anteriores sentencias en un solo bloque, dada su identidad de objeto. Respecto de ellas conviene realizar una precisión. Los preceptos de cuya constitucionalidad dudaban los Jueces, fueron declarados constitucionales en Sentencias 65/1987 y 178/1989. Obviamente las cuestiones se plantearon antes de las decisiones citadas.

El origen inmediato de la reclamación es la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública (luego, en todos los casos, los sujetos de la reclamación eran funcionarios). Se aprecian en este bloque dos tipos de problemas distintos que podemos sintetizar en los siguientes puntos: 1) Incompatibilidad de puestos de trabajo, distinguiendo entre aquéllos que perciben un salario (SSTC 41/1990, 42/1990) y aquéllos que perciben sus ingresos a través de arancel (STC 68/1990); y 2) Incompatibilidad de empleo y pensión (SSTC 65/1990, 66/1990 y 67/1990).

1. Incompatibilidad entre trabajos**1.1. *Qué supone la incompatibilidad***

Lo primero es pues definir el concepto incompatibilidad y su alcance. La regla general de incompatibilidad de trabajos se encuentra vinculada, según se desprende

de la Exposición de motivos de la Ley 53/1984 (Incompatibilidades), a la garantía de imparcialidad, independencia y al principio de eficacia, entendido como cumplimiento de los deberes para con el servicio público desempeñado.

El alcance de la incompatibilidad lo determina el legislador “con independencia de la naturaleza jurídica de la relación que los empleados públicos tengan con el ente al que sirvan en cada caso —sea ésta de naturaleza laboral o administrativa en sentido estricto— el legislador puede establecer un régimen común de incompatibilidades para todos ellos y, en fin, que la normativa laboral no enerva la facultad del Estado para regular mediante Ley las incompatibilidades en el sector público” (STC 42/1990 FJ3).

El respeto del derecho al trabajo no resulta vulnerado, restringido ni limitado inconstitucionalmente por las incompatibilidades ya que “el legislador puede regular, especialmente cuando se trata de trabajo desempeñado al servicio de las Administraciones Públicas, las condiciones y requisitos de desempeño del mismo, incluidas las incompatibilidades con el desarrollo de actividades profesionales o laborales al margen de las consideradas por el legislador” (STC 42/1990 FJ 4).

1.2. Existe trato desigual

La distinción que se efectúa en la Ley de Incompatibilidades entre aquellos que cobran sueldo y los que cobran a través de arancel, no implica a juicio del TC la existencia de discriminación alguna en la ley. La razón que justifica esta afirmación es que si bien es cierto que los funcionarios públicos en general, art. 11 y ss., pueden solicitar la compatibilización entre puestos de trabajo, y ésta les será o no otorgada y a los segundos, art. 16, no les es posible solicitarla ya que el legislador ha anticipado su decisión, denegándola en todo caso (STC 68/1990 FJ 4), lo que pudiera implicar una diferencia de trato, el legislador ha tomado en consideración la relevancia y dificultad técnica de la función desempeñada, así como “la apreciación de que tanto la imparcialidad e independencia como el cumplimiento de sus deberes pudieran verse seriamente afectados por el ejercicio simultáneo de la actividad privada” (STC 68/1990 FJ 6). Según doctrina ya consagrada el llamado “principio de igualdad ante la Ley consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales, y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, se encuentre carente de fundamento racional y sea, por tanto, arbitraria, porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador (SSTC 76/1983; 103/1983; 253/1988; 260/1988, entre otras muchas)” (STC 68/1990 FJ 5).

1.3. Consecuencias de la incompatibilidad ¿afecta derechos adquiridos?

La incompatibilidad determina, en definitiva que sólo uno de los puestos de trabajo que se venía desempeñando podrá mantenerse. Ello supone la pérdida de una titularidad y de unos ingresos, pero ¿supone la privación de un derecho subjetivo? En otras palabras, ¿se tiene derecho adquirido a mantener la misma situación laboral que se ostentaba antes, suponiendo su modificación una expropiación? Ya la

STC 57/1982, de 27 de julio, señaló que el estatuto funcionarial podía ser modificado, sin que los funcionarios públicos tuvieran derecho alguno al mantenimiento de la situación precedente. Como ya puede deducirse de las frases transcritas, la opinión del tribunal pasa por entender que si en cualquier momento puede modificarse el estatuto funcionarial, sin que tengan los funcionarios públicos derecho alguno adquirido al mantenimiento de aquél, esa inexistencia de derecho previo determina la inexistencia de expropiación indemnizable. La prohibición de simultanear dos o más puestos de trabajo “no constituye expropiación de derechos sin garantía indemnizatoria, sencillamente porque los funcionarios y, en general los empleados públicos, no tienen constitucionalmente derecho a mantener las condiciones en que realizan su función al mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran a su ingreso en la Administración, por lo que ni puede hablarse de “abdicación de derechos” ni, en suma, resulta vulnerado en modo alguno el derecho del art. 33 de la Constitución, toda vez que el derecho de propiedad consagrado en dicho precepto nada tiene que ver con el contenido —incluso el económico— de la función pública” (STC 42/1990 FJ 5) (1).

2. Incompatibilidad entre empleo y pensión

Los puntos conflictivos son: 1. Es válida la retroactividad de la ley de Incompatibilidades. 2. Se vulneran con la misma derechos adquiridos y se produce una expropiación de derechos sin indemnización.

2.1. Con relación a la primera de las cuestiones hay que precisar que la incompatibilidad entre sueldo y pensión es una realidad desde la Ley General de Seguridad Social (texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974 de 30 de mayo), que establece en su artículo 156.2 una prohibición general de compatibilidad entre el disfrute de una pensión de jubilación y el trabajo del pensionista. Es cierto (ver FJ 5 de la STC 65/1990) “que la práctica administrativa, que se concretó en una resolución de la Dirección General de la Seguridad Social, de 29 de junio de 1979 (carente de publicación oficial), autorizó la compatibilidad [cuando se tratara de funcionarios o de personal adscrito al servicio de la Administración pública], pero no lo es menos que ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 5 de julio de 1986, puso de manifiesto el tratamiento favorable y excepción injustificada que, para los funcionarios públicos implicaba aquella práctica, así como la corrección que de la misma supuso el artículo 52.1 de la Ley 44/1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1984”.

Así que desde la perspectiva de la primera duda, la respuesta no puede ser más concluyente: esto constituiría “... una situación de beneficio o ventaja que se ha disfrutado por el funcionario y en cuyo mantenimiento invariable —contrario a la nor-

(1) El concepto de expropiación se encuentra integrado por dos elementos esenciales: Que se trate de derechos, y no de meras expectativas, y que la privación de los mismos sea de carácter singular, esto es, represente un sacrificio especial impuesto a uno o varios sujetos, y no una limitación o regulación general del contenido de un derecho, que no priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o bien modifica una situación normativa general anterior. Ver STC 108/1986 FJ 20 y STC 99/1987 FJ 6 a).

mativa general vigente— no se estima razonable que tuviese derecho a confiar...” (STC 65/1990 FJ 6).

2.2. La segunda cuestión estaba relacionada con la pérdida del derecho, en cuanto pudiera suponer una privación ilegítima de un derecho previo. El TC pone de manifiesto que se trata no de la pérdida del derecho a pensión sino “de una incompatibilidad temporal en la medida en que el derecho al percibo de la correspondiente pensión no se pierde por el hecho de optar por el referido puesto de trabajo, sino que su efectividad queda en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte, por lo demás, a la actualización de la correspondiente pensión” (STC 65/1990 FJ 5). Esta modificación en la situación de compatibilidad de que se disfrutaba anteriormente” se ha realizado mediante la suspensión temporal de su disfrute, pero sin afectar ni a la actualización de la correspondiente pensión, ni a su misma percepción, bien en el futuro una vez el funcionario deje de percibir sus ingresos o haberes activos, o bien en el presente, en el supuesto de que el interesado opte ya por la percepción única de la prestación pasiva...” (FJ 9).

En definitiva, no puede hablarse de derechos adquiridos, ni en segundo término de privación de los mismos. El estatus del funcionario puede modificarse, sin que tengan derecho alguno a que la situación existente en el momento en que el sujeto ingresó en el servicio se mantenga. De lo máximo que puede hablarse es de privación de beneficio o ventaja, pero no de un derecho constitucionalmente reconocido” (FJ 7 donde se recoge la doctrina sentada por la STC 65/1987).

12. STC 46/1990, de 15 de marzo, BOE 9 de abril

RI

Ponente: Gimeno Sendra.

Estimado

Conceptos: Entrada en vigor de las leyes: suspensión de la misma con efecto retroactivo. Alteración de la vigencia de una ley estatal provocada por una ley autonómica. Seguridad jurídica y confusión legislativa

Preceptos de referencia: Artículos 9.1, 9.3 y 66.2 CE

La Ley estatal 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en su Disposición Adicional 3.^a establecía que la misma no produciría efectos derogatorios respecto de la legislación que entonces se aplicaba en la Comunidad Autónoma de Canarias, que subsistiría en tanto ésta no dictara su propia legislación. Se preveía igualmente que, cuando entrase en vigor dicha legislación autonómica, serían de aplicación en la Comunidad Canaria los artículos de la Ley estatal de aguas que definen el dominio público hidráulico estatal y aquellos que suponen una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil.

El Parlamento de Canarias dictó la Ley 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas, que entró en vigor el día 1 de julio de 1987. Posteriormente, el mismo Parlamento dictó dos nuevas disposiciones, que son objeto del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la sentencia aquí reseñada. La primera fue la Ley 14/1987, de 29 de diciembre, cuyo objeto único era suspender la entrada en vigor de la Ley 10/1987 con efecto retroactivo (dados que *de facto* dicha Ley había entrado en vigor), indemnizando

zando los derechos adquiridos al amparo de la misma. La segunda fue la Ley 6/1989, de 22 de mayo, por medio de la cual se prorrogaba el plazo de suspensión de dicha entrada en vigor. La entrada en vigor de la legislación canaria sobre aguas era el presupuesto al que el legislador estatal condicionó en su día la derogación de la legislación aplicable en Canarias en el momento de la aprobación de la Ley estatal de Aguas y la vigencia de determinados preceptos de la ley estatal. El sin duda muy peculiar efecto retroactivo que se adicionaba a la suspensión de la entrada en vigor de la Ley 10/1987 pretendía impedir que se tuviera por acaecido tal presupuesto.

En este pretendido efecto impeditivo se funda el recurso de inconstitucionalidad, estimado por el TC. El razonamiento de la sentencia gira alrededor de la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.1 CE), el cual implica “que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido” (FJ 4). Asimismo, entiende vulnerada la eficacia de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 CE), “ya que nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado” (FJ 4).

13. STC 49/90, de 26 de marzo, BOE, de 17 de abril

RA

Ponente: De los Mozos

Desestimado

Conceptos: Igualdad. Discriminación por razón de sexo: “viudos” y “viudas”.

Derechos fundamentales y relaciones contractuales privadas

Preceptos de referencia: art. 14 CE

El señor Grandela solicitó de la Mutua de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) que se le reconociera el derecho a percibir una pensión vitalicia de viudedad “en los mismos términos y alcance que la Mutualidad reconoce a las viudas de los mutualistas de la Mutualidad Integrada de Enseñanza Primaria”, a la que había pertenecido su difunta esposa. La solicitud fue denegada. Tampoco tuvo éxito el recurso contencioso-administrativo al estimar la Audiencia que el actor no había acreditado cumplir los requisitos establecidos en el reglamento de la Mutualidad de Enseñanza Primaria y no ser posible una aplicación retroactiva de la Constitución. En amparo, el recurrente denunciaba haber sido discriminado por su sexo, pues los requisitos que se le exigían para reconocer la pensión de viudedad sólo estaban previstos para los varones.

A la vista de anteriores sentencias del propio TC, en las que se habían equiparado viudos y viudas a efectos de pensiones, parecía que la pretensión del recurrente iba a encontrar acogida favorable. Así lo entendió el propio Fiscal. Pero la sentencia acogió la tesis contraria:

1.^º Ante todo, la sentencia hace un resumen de su propia doctrina sobre la dis-

criminación de los varones en caso de viudedad, contenida en las sentencias 103/83, 104/83, 82/84, 253/88, 144/89 y 176/89, todas ellas favorables a los recurrentes.

2.^º Pero, de inmediato, marca distancias entre esa doctrina y el caso objeto del recurso, para llegar a la conclusión de si bien hay una “diferenciación de trato basada en el sexo”, tiene una “fundamentación razonable”: “la pensión de viudedad era, en la Mutualidad de Enseñanza Primaria, una prestación complementaria asumida de forma voluntaria, no una prestación general u obligatoria y que, como tal prestación voluntaria, se regía por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, a las que por su propio carácter voluntario no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado de la Constitución” (FJ 4).

NOTA (R.C.V.). Como es sabido, en su concepción original los derechos fundamentales se conciben como derechos de los particulares frente al Estado. Se trata de proteger a aquéllos de éste, sin importar demasiado las relaciones privadas que puedan establecer entre sí los ciudadanos en ejercicio de su autonomía. No obstante, ese planteamiento hace tiempo que se ha revelado inadecuado. La Constitución, los derechos fundamentales, también rigen en las relaciones entre particulares. Ahora bien, ¿en qué medida lo hacen? ¿En la misma que cuando se trata de relaciones con los poderes públicos? ¿Han de respetar, por ejemplo, los particulares con la misma intensidad que el Estado el principio de igualdad? Una respuesta afirmativa y sin matices podría dar lugar —como se ha observado— a una auténtica tiranía de los derechos fundamentales, que podría llegar a asfixiar la sociedad civil.

Este delicado problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (la “Drittirkung” de que hablan los alemanes) es el que aborda la sentencia que se anota. Y lo hace marcando distancias en el sentido antes apuntado. Tratándose de una relación voluntaria de naturaleza contractual —dice el TC— “no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado del art. 14 CE”. Y mucho menos cuando ello quiere hacerse con carácter retroactivo: una cosa es que la Constitución proclame un principio —el de igualdad— “al que tendencialmente, desde su promulgación, han de adaptarse tanto la legislación como las propias relaciones sociales” y otra muy distinta que, como consecuencia de ello, pueda trastornarse “el equilibrio de las prestaciones en que se basa el reconocimiento reglamentario de las condiciones de la prestación de viudedad, en un sistema mutualista contractual surgido con anterioridad a la Constitución” (FJ 4).

14. STC 56/90, de 29 de marzo, BOE de 4 de mayo

RI (contra varios artículos de la LO 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial)

Ponentes: Díaz Eimil, López Guerra y Gimeno Sendra. Hay un voto particular de este último discrepante de la mayoría.

Estimado parcialmente (se anula el art. 37 apdo. 4, y se impone una interpretación de los arts. 171.4, 439.2, 455 y 469.2)

Conceptos: Registro Civil. Derecho civil autonómico: “casación regional” y TS. Derecho civil constitucional y TS. El Derecho estatal aplicado como supletorio ¿es Derecho autonómico? Arbitraje

La sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpusos desde Cataluña (Parlamento y Consejo Ejecutivo), Galicia (Junta) y País

Vasco (Gobierno) contra una larga serie de artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. El TC ordena las diversas cuestiones —buena parte de ellas abordadas de nuevo en la STC 62/90 sobre la Ley 38/88 de Demarcación y Planta Judicial— en los siguientes apartados: a) Legitimación de los recurrentes (FFJJ 2 y 3); b) Alcance de las “cláusulas subrogatorias” contenidas en los Estatutos de Autonomía, en materia de personal, medios materiales y otros extremos (FFJJ 4 a 13); c) Competencias autonómicas relativas a la demarcación judicial (FFJJ 14 a 31); d) Competencias de órganos jurisdiccionales (estas se refieren “en primer lugar, a los términos en que la LOPJ atribuye competencia al TS para conocer de recursos extraordinarios en materia civil [FJ 33], de la casación por infracción de preceptos constitucionales [FJ 34] y de la casación en el orden contencioso-administrativo [FJ 35]; en segundo lugar, a la competencia atribuida a la Audiencia Nacional en materia penal [FJ 36]; y, por último, los órganos que tienen encomendada la solución de los conflictos de jurisdicción y de competencia [FJ 37]); e) Otras impugnaciones (se incluyen aquí cuestiones muy diversas: “las referidas a la regulación efectuada por la LOPJ de la utilización de las diversas lenguas españolas [FFJJ 40 y 41], el nombramiento de los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia [FJ 42], la colegiación de Abogados y Procuradores [FJ 43], la representación y defensa en juicio de las CCAA [FJ 44], la valoración del conocimiento del Derecho y lengua propia de las CCAA en concursos y oposiciones [FFJJ 45 y 46] y los Tribunales Arbitrales de Censos [FJ 47]” (FJ 39)).

Entre los muchos problemas tratados, y aunque seguramente no sean los de mayor importancia, cabe mencionar por su interés desde el punto de vista civil los siguientes:

1.º Competencia para establecer la demarcación y sede del Registro Civil (FJ 31).—Por la Generalidad de Cataluña se denunciaba la inconstitucionalidad del art. 86.2 LOPJ, reivindicando competencias para establecer la demarcación y sede del Registro Civil con el argumento de que éste “constituye una función de los Juzgados y Tribunales”. A ello el TC opone lo que sigue: “La circunstancia de que la función registral fuera encomendada cuando se creó esta institución en nuestro Derecho [...] a los órganos judiciales, no convierte automáticamente aquella función en jurisdiccional. El Registro civil, pese a estar encomendada su llevanza a órganos judiciales, no es función jurisdiccional sino registral” (art. 2 LOPJ); los jueces encargados del Registro “no actúan como órganos jurisdiccionales, sino como registradores”; “no hay la menor duda de que el título competencial aplicable viene claramente determinado por el artículo 149.1.8º CE que atribuye competencia exclusiva al Estado para la ordenación de los registros e instrumentos públicos”. Vid. asimismo FJ 6 g) de la STC 62/90.

2.º Competencia para conocer de recursos extraordinarios en materia civil (FJ 33).—Según los recurrentes, el art. 56.1 LOPJ podría dar lugar a que quedase atribuido al TS algún recurso extraordinario, distinto de los de casación y revisión, en asunto regulado por el Derecho civil propio de la Comunidad. El TC lo niega: si el recurso extraordinario tiene por objeto exclusivo Derecho autonómico, el asunto nunca podrá llevarse al TS. Aunque el art. 152 CE “sólo previó para los órganos judiciales radicados en el territorio de la CA el agotamiento de las instancias procesales, en las que conceptualmente no estaban incluidos los recursos de casación y revisión”, de la referencia estatutaria a “todos los grados como categoría distinta

de todas las instancias”, sí puede “extraerse una regla generalizadora de la competencia para conocer de los recursos extraordinarios existentes o que puedan existir en el futuro en el ámbito del Derecho civil de la Comunidad Autónoma”. “La “casación regional” atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del derecho privado”, de modo que sólo son propias del TS aquellas materias “en las que resulta imprescindible unificar la Jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente de derecho civil autonómico”.

3.^º Competencia reconocida al TS sobre la casación por infracción de preceptos constitucionales (FJ 34).—Según los recurrentes, a partir de la atribución de la casación por infracción de preceptos constitucionales al TS, “podría desapoderarse a los respectivos Tribunales Superiores de Justicia [...] máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de defraudar el precepto que se deja al arbitrio del recurrente”. Sin embargo, como observa el TC, la mera posibilidad de que la norma pueda ser defraudada en nada afecta a su constitucionalidad. En cuanto al fondo, la atribución al TS de los recursos fundados conjuntamente en infracción de precepto constitucional y de Derecho civil autonómico, está del todo justificada “en el carácter de órgano supremo que le atribuye el art. 123.1 CE y por la necesidad de una interpretación unitaria de los preceptos constitucionales en lo que puede considerarse Derecho civil Constitucional, Derecho Privado Constitucional o Derecho Civil en la legalidad constitucional, que sólo puede lograrse a través de la Jurisprudencia del TS”. El recurso de amparo —concluye el TC— sería inadecuado para esta labor, dado su ámbito limitado a los arts. 14 a 29 CE, entre los que no se incluyen otros muchos preceptos de la Constitución que, sin embargo, se refieren directa o indirectamente al Derecho civil o al Derecho Privado en general. Vid. en el mismo sentido el FJ 11 de la STC 62/90.

4.^º Al tratar del recurso de casación contencioso-administrativo, el TC hace una afirmación de alcance general sobre la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE: “... resulta irrelevante el argumento referido a la eventualidad de que la Comunidad no haya desarrollado normativamente la materia cuya competencia tiene atribuida, si se considera que en tal caso la aplicación de la norma estatal resulta de la propia cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE, sin que por ello el derecho estatal deje de serlo para convertirse en norma de la Comunidad Autónoma, sino que conserva su propio carácter y le sigue siendo predicable la necesidad de uniformidad en la interpretación a que responde la doctrina elaborada en casación” (FJ 35; en el mismo sentido, FJ 11 de la STC 62/90).

5.^º Contenido de las expresiones “Derecho catalán” o “derecho gallego”.—El TC recuerda que “se refieren a toda la producción normativa que, en el ejercicio de sus competencias dicten los órganos autonómicos, esto es, al Derecho civil especial o foral [y a] las normas de Derecho público” (FJ 45; en el mismo sentido STC 62/90, FJ 12).

6.^º Supresión de los Tribunales Arbitrales de Censos y Derecho Civil catalán.—Desde Cataluña se impugnaba la DA 6.^a de la LOPJ, que suprime los Tribunales Arbitrales de Censos: “Dichos órganos no ejercían una función estrictamente jurisdiccional ni estaban comprendidos realmente en el Poder Judicial, puesto que tenían un carácter arbitral [...] No se trataba por tanto de Tribunales excepcionales, cuya supresión estuviese justificada en lo dispuesto en el art. 117.6 CE, sino de una institución básica para el desarrollo del Derecho Civil Catalán, debiendo tenerse en

cuenta que el art. 296, entre otros preceptos, del Decreto legislativo 1/84, aprobatoria del TR de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, al establecer que la enfiteusis se regirá, en defecto del título de constitución, por las disposiciones contenidas en las leyes sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, ha asumido, en su integridad, por reenvío, la Ley de 31 de diciembre de 1945 reguladora de dichos Tribunales Arbitrales de Censos, que constituye una parte instrumental imprescindible de la regulación sustantiva, en tanto no disponga otra cosa el Parlamento de Cataluña". El TC rechaza esta argumentación: "Los Tribunales Arbitrales de Censos, pese a su denominación se configuran [en la citada Ley] como auténticos órganos jurisdiccionales", ya que su art. 46 "establecía la obligación de las partes, en los casos taxativamente determinados por la Ley, de acudir a [ellos], cuya intervención, por tanto, no respondía a un acto voluntario de sumisión o sometimiento a su decisión, inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral"; "por otra parte, no puede ignorarse [que la ley] tiene un inequívoco carácter procesal [y que] en las especialidades procesales derivadas de peculiaridades del Derecho Civil Sustantivo de Cataluña no cabría incluir la subsistencia de dichos órganos, al representar, conforme a la naturaleza expuesta, una genuina materia de ordenación del Poder Judicial".

15. STC 76/90, de 26 de abril BOE de 30 de mayo y 23 de octubre

RI (arts. 1, 4 y 5 de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria).

CC. II. Presupuestos procesales. Juicio de relevancia.

Ponente: Leguina Villa.

Declaración de que los arts. 82, párrafo h), 86 y 145.3 de la Ley General Tributaria, en la nueva redacción dada por la Ley 10/1985, no son inconstitucionales interpretados en el sentido expresado en los fundamentos jurídicos correspondientes, y desestimación del recurso y de las cuestiones de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Conceptos: Responsabilidad solidaria. Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales y posibilidad de renuncia transitoria al ejercicio de las acciones para la defensa de tales derechos. Intereses de demora distintos para el contribuyente y para la administración. Carácter compensatorio y no sancionador de los intereses de demora. Derecho a la intimidad.

En este recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por 60 Senadores del Grupo Parlamentario Popular, y cuestiones de inconstitucionalidad, promovidas por la Sala Primera de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia y por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se sustancian numerosas cuestiones, la mayoría de ellas de naturaleza tributaria, que el propio Tribunal Constitucional agrupa para su estudio en:

Cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por Jueces y Tribunales: Juicio de relevancia (FJ 1).

Impuestos o tributos:

- Deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos (FJ 3).
- Sanciones tributarias: responsabilidad objetiva de las infracciones tributarias (FJ 4A); responsabilidad solidaria de los infractores o colaboradores (FJ 4A); omisión del error de Derecho como causa de exención de la responsabilidad tributaria (FJ 4C); suspensión del ejercicio de funciones y profesiones oficiales (FJ 5); graduación de sanciones atendiendo a la capacidad económica del infractor (FJ 6); graduación de sanciones atendiendo a la conformidad del sujeto pasivo, y condonación graciable de las mismas supeditada a la renuncia al ejercicio de toda acción de impugnación, vulnerando con ello el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (FJ 7); consideración como sanción de la falta de aportación de pruebas y documentos contables y de la negativa a su exhibición, posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales a no confesarse culpable y presunción de inocencia (FJ 10).
- Inspección de tributos: acumulación de las funciones de comprobación y liquidación en el mismo órgano administrativo que practica la inspección de tributos, posible violación del principio de jerarquía normativa (FJ 8A); naturaleza de documento público de las actas y diligencias de la Inspección de Tributos y medio de prueba admisible en Derecho (FJ 8B).
- Interés de demora: vulneración del derecho fundamental a la igualdad (FJ 9A); vulneración del derecho fundamental a no ser sancionado por acciones u omisiones que no constituyan infracción administrativa según la legislación vigente (FJ 9B).

En lo que puede interesar al ámbito civil, de los temas estudiados por la sentencia destacan:

1. Responsabilidad solidaria

El TC con relación a la responsabilidad solidaria, que gira sobre el principio de culpabilidad, por tanto no objetiva, señala que “no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal —en la medida en que la pena consista en una privación de dicha libertad— que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en que se concreta la sanción tributaria, siempre prorratable a posteriori entre los distintos responsables individuales” (FJ 4B).

2. Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales y posibilidad de renuncia transitoria al ejercicio de las acciones para la defensa de tales derechos

Recogiendo el criterio de otras sentencias, declara en ésta que: “si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STC 7/1983, FJ 3.). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de

unos beneficios graciabiles, cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio" (FJ 7B).

En este orden de cosas el art. 89.2 de la LGT prescribe la renuncia al ejercicio de toda acción de impugnación para poder solicitar la condonación graciable de la sanción tributaria. El TC matiza que la condonación se refiere sólo a la sanción y no al resto de la deuda y que el mencionado artículo "no impide a los contribuyentes infractores acceder a los Tribunales de Justicia, sino que sólo condiciona la obtención de un beneficio a la no impugnación del acto administrativo correspondiente. La libertad del contribuyente para elegir entre una u otra vía, según convenga mejor a sus intereses, queda así salvaguardada y, por ello, no existe vulneración alguna del artículo 24.1 de la Constitución" (FJ 7B).

3. Interés de demora distinto para el contribuyente y para la Administración. Carácter compensatorio y no sancionador de los intereses de demora.

El contribuyente sólo tiene derecho al interés legal en la devolución de los ingresos que indebidamente hubiera realizado en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias, en tanto que la Administración ve incrementado este interés legal en un 25 por 100 a los efectos del interés de demora que surge cuando el sujeto pasivo se retrasa en el pago de las deudas tributarias. El TC ha entendido que con ello no se viola el principio de igualdad (art. 14 CE), ya que "el contribuyente y la Administración no se encuentran en la misma situación como si de una relación jurídico-privada se tratara" (FJ 9A). No se trata de supuestos de hecho iguales. El art. 31.1 de la Constitución configura el deber tributario como deber constitucional con lo que: "está autorizando al legislador para que, dentro de un sistema tributario justo, adopte las medidas que sean eficaces y atribuya a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes, potestades que por esencia sitúan a la Administración como posterior persona en una situación de superioridad sobre los contribuyentes" (FJ 9A). La base de esta diferenciación normativa la sitúa el TC en el miedo a que grupos enteros de contribuyentes dejaran de pagar en masa tempestivamente sus cuotas tributarias porque el coste del retraso le supusiera un ahorro respecto del interés de mercado del dinero.

No deja de ser curioso que el TC base, en este posible riesgo dialógico, la exclusión de la transgresión del art. 25.1 de la Constitución, al declarar que "los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso del pago de la deuda tributaria" (FJ 9B).

4. Derecho a la intimidad

En el ATC 642/1986 (FJ 2), se afirmaba que la Administración puede exigir determinados datos relativos a la situación económica del contribuyente, ya que está

habilitada para ello desde el plano constitucional. La relación con el derecho a la intimidad de esta afirmación hace preciso recordar el criterio ya sentado en la STC 110/1984 (R.T. Const. 110) respecto al significado del derecho a la intimidad personal (art. 18.1, CE) de manera que tal derecho no puede constituir “un obstáculo que haga imposible o dificulte el cumplimiento del deber declarado en el art. 31 de la Constitución...” (FJ 10).

16. STC 82/90, de 4 de mayo, BOE de 30 de mayo

RA

Ponente: De los Mozos

Estimado

Conceptos: Jurisprudencia, precedentes e igualdad en la aplicación de la ley

Preceptos de referencia: Arts. 14 y 24 CE

Se trata de un caso en el que se aprecia un cambio de criterio arbitrario, al dictar el TCT una sentencia contraria no sólo a otras anteriores sino incluso a las recaídas con posterioridad sobre casos idénticos. El TC anula la sentencia “aislada”: “No significa ello que no pueda ya la Sala modificar su criterio en dicha materia, estableciéndose una suerte de estricta vinculación por el precedente incompatible con el sistema jurídico español, basado en el exclusivo sometimiento del juzgador a la ley. Ahora bien, tal rectificación, de producirse, habrá de ser siempre «pro futuro», sin que quede un supuesto aislado en sentido contrario a la línea jurisprudencial mantenida hasta un determinado momento” (FJ 4).

La misma doctrina, aunque con resultado opuesto, se aplica en la posterior STC 91/90 (23 de mayo, ponente López Guerra), relativa a un caso en el que abiertamente el propio TCT rompe con su anterior línea. Ello plantea el habitual problema en relación con los arts. 14 y 24 CE (la jurisprudencia del TC sigue sin ser muy clara sobre si una ruptura arbitraria con los precedentes constituye violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, del derecho a la tutela judicial o de ambos). En este caso se deniega el amparo porque, si bien hay un cambio de criterio, este es consciente y motivado. “Es doctrina reiterada de este Tribunal que la exigencia de igualdad y no arbitrariedad en la aplicación de la ley no puede en modo alguno traducirse en una petrificación de la jurisprudencia, de forma que cada órgano jurisdiccional quede rígidamente vinculado por sus propios precedentes. Lo que aquellos principios (que se derivan [...] de los arts. 9.3, 14 y 24 CE) exigen es que las diferencias de criterio en la aplicación de la ley no sean fruto de un mero voluntarismo casuístico, sino que resulten de una alteración justificada y consciente de la línea jurisprudencial anteriormente seguida. El tratamiento diverso por parte del mismo órgano jurisdiccional de situaciones esencialmente similares, vendrá justificado si es resultado de la adopción de nuevos criterios, de eficacia general y de aplicación continuada, en sustitución de los anteriormente mantenidos. Este cambio de criterio podrá manifestarse, bien de forma explícita en la resolución judicial —expresando la ruptura con la línea jurisprudencial hasta entonces seguida—, bien implícitamente, en virtud de los razonamientos que expliquen y justifiquen la decisión, y que muestren los elementos lógicos en que la nueva orientación jurisprudencial se funda” (FJ 3).

17. STC 90/90, de 23 de mayo, BOE de 20 de junio**RA****Ponente: Tomás y Valiente****Desestimado****Conceptos: Derogación de normas: cuestión de legalidad no sometida a control de constitucionalidad****Preceptos de referencia: Art. 24 CE**

El recurrente alegaba una supuesta violación del art. 24 CE (tutela judicial), al entender que el Magistrado que había resuelto su pretensión había aplicado normativa derogada. El TC rechaza esta tesis: “Es [...] facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar la norma aplicable al supuesto controvertido [SSTC 178/88 y 211/88] y cuál o cuáles son la o las normas derogadas. Determinación que podrá constituir vulneración de la legalidad ordinaria, pero no lesión de la Constitución. El control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable (STC 23/87, FJ 3), o ha sido fruto de un error patente; si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional y legal de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 CE), por ejemplo, no aplicando directamente una ley posconstitucional por entenderla incompatible con la Norma fundamental sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/88, FJ 1); o, en fin, si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo (STC 50/84, FJ3; ATC 254/82)” (FJ 4).

18. STC 97/1990, de 24 de mayo, BOE de 20 de junio**CI****Estimada parcialmente. Declara la inconstitucionalidad de la DA 2 ap. a) del RDL 3/1983, de 20 de abril, y la DA 2 de la Ley 9/1983, de 13 de julio, en cuanto que reconocen efectos retroactivos entre el 1 de enero de 1983 y el 23 de abril de 1983****Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer****Conceptos: Derechos adquiridos. Retroactividad de la Ley****Preceptos de referencia: art. 9.3 y 50 CE**

En virtud de las Disposiciones Adicionales cuestionadas, a partir del 1 de enero de 1983 se dejó de cotizar y también de tomar en consideración para el cálculo de las correspondientes prestaciones la sexta parte del sueldo consolidado por el que se había venido cotizando hasta ese momento. Luego se plantean al mismo tiempo un problema de posible arbitrariedad de la norma, junto a un problema de eficacia en el tiempo de las mismas.

El primero de ellos, posible arbitrariedad de la norma, es rechazado por el TC al entender que “... las Disposiciones cuestionadas responden a un propósito legítimo de evitar desigualdades preexistentes... y de asegurar una equiparación de trato en la protección social de todos los funcionarios públicos” FJ 3.

El segundo problema es el del efecto en el tiempo de esas Disposiciones Adicionales, ya que si bien es cierto que la MUNPAL (Mutualidad Nacional de Previ-

sión de la Administración Local) se configura como un régimen legal en el que “tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinadas no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduce” (STC 65/1987 FJ 17), ello no supone que las modificaciones que por ley se quieran introducir no estén sujetas también a la prohibición de efectos retroactivos restrictivos de derechos. El problema radica en determinar si esa interdicción de irretroactividad, presupone el respeto a un derecho adquirido a la no modificación del régimen jurídico que había venido rigiendo hasta el momento.

Sólo puede hablarse de derecho adquirido en aquellas situaciones respecto a las cuales ya se ha producido el hecho que las causa y por ello se tenía ya como consolidado el derecho. Si no se parte de esa premisa y la situación se produce en una situación no consolidada “sino en curso de maduración, sólo hubiera podido evitarse [la retroactividad] si se hubiese previsto una normativa transitoria que prorrogase la eficacia de la norma derogada para permitir en un futuro la consolidación definitiva de los derechos en vía de adquisición” (FJ 6). El artículo 9.3 CE “...no impide la incidencia de la nueva ley, en cuanto a su proyección hacia el futuro, en derechos en curso de adquisición en base a una legislación anterior que aquella nueva ley deroga. Como recuerda la STC 70/88 (FJ.4), la prohibición constitucional de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas” (FJ.6).

NOTA: (I.M.G.)—En el mismo sentido pueden verse las SSTC 42/86, 99/87, 134/87 (en la que, FJ 4, como se afirma que los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las prestaciones futuras, aun no causadas, de modo que una modificación para el futuro del régimen de pensiones no invade derechos subjetivos de los interesados) y la 199/90 en la que se afirma que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro no pertenecen al campo estricto de la retroactividad.

19. STC 104/90, de 4 de junio, BOE de 5 de julio

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero

Desestimado

Conceptos: Internamiento de Incapacitados anterior a la CE de 1978. Control Judicial. Derecho a la libertad. «Habeas corpus»

Preceptos de referencia: Art. 17 CE, LO 3/84 («habeas corpus») y art. 211 CC

En 1942 don Felipe fue declarado incapaz a instancias de su madre (el forense había dictaminado “demencia precoz o esquizofrenia de tipo catatónico [...] incurable e irreversible y permanente”, recomendado que el enfermo hiciese “vida sana-torial en los brotes agudos y vida familiar en los períodos intermedios”). Al fallecer la madre, se nombró un nuevo Consejo de Familia y como vocal del mismo

a don Francisco. Este, al parecer, estaba en desacuerdo con la forma en que se trataba a don Felipe y se administraban sus bienes, estimados en unos seiscientos millones de ptas.

En 1984, en expediente instado por el Fiscal, se dictó Auto rechazando la petición de que el incapaz fuese trasladado del centro en el que estaba interno a otro lugar: "se trata de una persona anciana que padece una esquizofrenia, junto con trastornos seniles y otros achaques, encontrándose ingresado en la Clínica San Rafael desde hace casi treinta años, y desarrollando en la misma su vida en condiciones aceptables y con la ayuda constante de un cuidador en el que tiene depositada su confianza". Con posterioridad a esta decisión, don Francisco presentó hasta cuatro demandas de «*habeas corpus*», alegando que don Felipe se hallaba detenido ilegalmente e instando su puesta en libertad. Todas ellas fueron desestimadas. La última mediante un Auto que se apoyaba en "los antecedentes obrantes en otros Juzgados de esta capital y que por testimonio se han unido a la presente solicitud".

Don Francisco recurrió en amparo contra el Auto mencionado, sobre una doble premisa: la falta de fundamentación de la decisión (art. 24 CE: derecho a la tutela judicial) y la inexistencia de resolución judicial alguna en la que se acordase el internamiento de don Felipe (art. 17 CE: derecho a la libertad y «*habeas corpus*»). A la vista de la escasa información resultante de la demanda, el TC le dio credibilidad, admitiéndola a trámite. Sin embargo, más tarde se pudo comprobar que sus dos premisas eran falsas: el Auto estaba fundado (por remisión) y, sobre todo, la situación de internamiento había sido objeto de control judicial en fecha reciente. El recurrente había ocultado información al respecto, razón por la cual, además de desestimar su pretensión el TC le impuso una sanción pecunaria.

A pesar de que, para denegar el amparo, bastaba lo dicho, la sentencia contiene una importante doctrina en relación con el internamiento de incapaces:

1.º El internamiento regular de incapaces en nada choca con el art. 17 CE. "Según el art. 17.1 CE nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstos en la Ley. Dentro de esos casos y formas ha de considerarse incluida desde luego la «detención regular de un enajenado», a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La «regularidad» de esa detención depende, a su vez, de la existencia de una decisión judicial que autorice ese internamiento (art. 211 CC), por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad del internamiento. Para privar al enajenado de su libertad, según la doctrina del TEDH (Winterwerp, st. de 24 de octubre de 1979 y Ashingdale, st. de 8 de mayo de 1985) debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicaformemente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad" (FJ 2).

2.º En cuanto a los internamientos gubernativos, acordados conforme a la legislación anterior, el TC hace una doble afirmación: 1.) No han quedado privadas sobrevenidamente de legitimidad (es cierto que el Decreto de 1931 —de dudosa constitucionalidad y hoy sustituido por el art. 211 CC— establecía sólo un control gubernativo de los internamientos voluntarios, privando a los enfermos mentales de una tutela jurídica adecuada; pero "la exigencia actual de una autorización judicial [...] no significa que todos los internamientos anteriores autorizados gubernativa-

mente puedan entenderse irregulares o ilegítimos”, FJ 3). 2.) Como los demás, no pueden prolongarse ilícitamente y están sometidos al control judicial semestral previsto en el art. 211 CC.

3.º En el caso del internamiento de incapaces no hay que descartar el recurso al «*habeas corpus*», aunque “sólo en la medida en que [las] vías judiciales ordinarias [previstas en la LEC para la modificación o terminación del internamiento] se hayan mostrado inidóneas para proteger la libertad” (FJ 3).

NOTA (R.C.V.).—La actual regulación del internamiento de incapaces es harto insatisfactoria. En primer lugar porque, al afectar de forma directa a un derecho fundamental (la libertad, art. 17 CE), debiera ser objeto de una ley orgánica y no de una simple ley ordinaria. En segundo, y al margen de lo anterior, porque un solo artículo —el 211 CC— no basta para resolver las múltiples cuestiones que esta situación suscita (vid. en este sentido el FJ 3 de la sentencia del TC). Entre los problemas más acuciantes se encuentran los que plantean la modificación y finalización de los internamientos.

Con el art. 211 CC a la vista es claro que ningún incapaz puede ser internado sin autorización judicial previa o —en caso de urgencia— inmediatamente posterior. Asimismo queda fuera de toda duda la necesidad de que los jueces supervisen la situación de internamiento, como mínimo con una periodicidad de seis meses. Ahora bien, ¿están igualmente sometidas a control las decisiones sobre la modificación o finalización del internamiento? En principio, cabría suponer que sí. Decisiones como el traslado del internado a otro centro o el mismo fin de la situación, se toman sin que haya ningún tipo de control judicial y, por tanto, ninguna posibilidad de que las personas interesadas puedan ser oídas. Una vez que una persona ha sido internada, puede ser cambiada varias veces de centro —aunque la decisión judicial señalase uno en concreto— sin que ni el juez que autorizó el internamiento ni las personas que lo solicitaron tengan la más mínima noticia de ello. Y lo mismo sucede con el fin de la situación, que queda de forma exclusiva en manos de un médico o funcionario.

Cuando alguien —normalmente un familiar directo— solicita el internamiento de una persona, la reacción del ordenamiento es de desconfianza. Por ello se exige un control judicial, basado en un informe médico independiente. El familiar puede sugerir o pedir, pero la decisión final no es suya. Por contra, una vez acordado el internamiento, las cosas cambian de manera radical. La desconfianza hacia los familiares se transforma en fe ciega en las decisiones facultativas o meramente administrativas de los responsables del centro en el que el incapaz haya sido internado. Se supone que esas decisiones estarán siempre guiadas por el interés del incapaz. No siempre es así. Las gravísimas deficiencias asistenciales existentes en España dan lugar a que no pocas veces la modificación y la finalización del internamiento obedezcan a simples conveniencias del centro. Y así con frecuencia se produce la absurda situación de que, habiendo concluido el internamiento, el juez encargado de supervisarlo siga teniendo en su agenda una nota-recordatorio relativa al famoso control semestral. Por supuesto, cuando, cumplido ese plazo, el juez reclama información, se le comunica que hace ya mucho tiempo que el internado salió del centro al habersele dado el alta.

Convendría hacer ver a los encargados de aplicar el art. 211 CC que en él no sólo se tutela la libertad de las personas, sino también su salud. El razonamiento de que todo lo que suponga encerrar a alguien es malo (y por tanto debe sujetarse a control judicial) en tanto que lo que suponga ponerle en libertad es siempre bueno (y por tanto no es preciso control alguno) resulta muy desafortunado. Todas las decisiones relativas al internamiento —no sólo su inicio, sino también sus variaciones y su conclusión— debieran quedar bajo directa supervisión judicial. Y en este sentido se pronuncia la sentencia que se anota al señalar que “el control judicial previsto para el internamiento ha de entenderse que comprende también las decisiones sobre la modificación o la terminación del internamiento” (FJ 3).

20. STC 105/90, de 6 de junio, BOE de 5 de julio**RA****Ponente: López-Guerra****Desestimado****Conceptos: Información veraz, opiniones e insultos****Preceptos de referencia: Arts. 18 y 20.1.d) y 4 CE**

Los hechos de que trata la sentencia son bastante conocidos. El periodista José M.^a García, en un programa radiofónico de alcance nacional, vertió duras acusaciones contra José Luis Roca —Diputado de las Cortes de Aragón y Presidente de la Asociación Española de Fútbol— acusándole del cobro de dietas indebidas (“sin hacer viaje alguno, cobraba los gastos de imaginarios desplazamientos desde Alcoriza —Teruel— a Zaragoza, aun cuando residía en esta última ciudad”). La denuncia iba sazonada con todo tipo de calificativos relativos a supuestos defectos físicos del señor Roca, a su valía moral y a su capacidad intelectual. La Audiencia Provincial de Zaragoza condenó al señor García a dos meses y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas., como autor de un delito de desacato (art. 244 CP), siendo esta resolución la recurrida en amparo.

En la sentencia del TC cabe distinguir dos partes bien definidas. En la primera (I) se contiene una muy útil síntesis de la doctrina sentada en torno a la tensión entre los arts. 18 y 20 CE, con particular referencia al derecho a difundir información veraz. En la segunda (II), se aplica esa doctrina al caso planteado.

I) Según la exposición del propio TC, su doctrina sobre los límites recíprocos de los derechos a la información veraz y al honor puede resumirse en tres puntos: “a) Necesidad de que el órgano judicial lleve a cabo una ponderación de los derechos en presencia; b) Criterios a que debe acomodarse tal ponderación, y c) Especial relevancia del criterio de la veracidad de la información” (FJ 2).

a) Necesidad de ponderación de los derechos en conflicto.—“... a la hora de aplicar los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional deberá no estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino, habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro

del ámbito protegido constitucionalmente o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito” (FJ 3). Aunque esa ponderación corresponde al órgano jurisdiccional, entra en las atribuciones del TC revisarla para verificar su adecuación a la Constitución (FJ 4). El TC desautoriza pues la frecuente e interesada afirmación de que, en caso de conflicto entre el honor y las libertades del art. 20 CE, deben prevalecer éstas en todo caso.

b) Criterios para llevar a cabo la ponderación.—El TC subraya los siguientes:

1.º La distinción libertad de informar-libertad de opinar: La libertad “de expresión” (emisión de juicios y opiniones) “dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, campo de acción que se amplia aun más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica (STC 20/90) [...] Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos [...] la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz” (FJ 4).

2.º La presencia o no de un interés público: “La protección constitucional de los derechos del art. 20 opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre [...] En consecuencia [...] la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta «no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad (STC 165/87)»” (FJ 4).

3.º La condición de quien da la información y la naturaleza del medio utilizado: La protección constitucional de los derechos de que se trata «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/87)” (FJ 4).

c) Sobre la noción de “veracidad”: Veracidad no significa total exactitud de la información. De lo que se trata es de comprobar los hechos mediante las oportunas averiguaciones, “empleando la diligencia exigible a un profesional”, aunque finalmente la información resulte errónea (FJ 5).

II) En el caso de la sentencia —según destaca el TC— el condenado por desacato era un periodista que había utilizado un “cauce institucionalizado” (una radio), para difundir información veraz y relativa a asuntos de interés general y personas de relevancia pública. ¿Por qué entonces la denegación del amparo? La clave está en la doctrina relativa al alcance del derecho de crítica y a la distinción, en cuanto a ella, entre lo necesario y lo gratuito. Gozan de protección constitucional —pese a su dureza— las expresiones que guardan relación con la denuncia sobre la indebida percepción de dietas por parte del señor Roca (“el señor Roca, en definitiva, le ha robado al pueblo de Zaragoza 219.000 ptas.”, “claro, si todos los presupuestos van como éste, imaginense cómo irán los presupuestos del Reino de Aragón”). No la merecen en cambio “otros juicios, sin relación con la información ofrecida, y que pretendían, independientemente de ella, vejar la imagen y dignidad del señor Roca,

en forma innecesaria y gratuita” (FJ 8). Quedan pues fuera de la tutela constitucional las “numerosas expresiones claramente ofensivas, innecesarias para la información que [se] transmitía, e inútilmente vejatorias para el señor Roca, que versaban sobre sus supuestos defectos físicos («lo de Pedrusquito ... identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante», «ni ve y no es por las cataratas»), sobre su valía moral («vil vasallo de Pablo Porta», «impresentable Presidente...») o sobre su capacidad intelectual («ni oye, ni sabe, ni quiere, ni puede...», «el tío no sabe de nada y sabe de todo»). Todo este tipo de epítetos y afirmaciones, sin relación alguna con el tema del programa, constituyen sin duda insultos en el más estricto sentido de la expresión, y no tienen nada que ver con la crítica, por dura que sea, de una conducta, sino que aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable” (FJ 8).

21. STC 120/1990, de 27 de junio, BOE de 30 de julio**RA****Desestimado****PONENTES: García-Mon y González-Regueral; Díaz Eimil; Gimeno Sendra.****VOTOS PARTICULARES: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; Leguina Villa.****CONCEPTOS: Asistencia médica forzosa a reclusos en huelga de hambre.****DERECHOS FUNDAMENTALES: La vida, integridad física y moral, tratos inhumanos y tortura, libertad ideológica, libertad personal y física, intimidad****PRECEPTOS DE REFERENCIA: Arts. 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 CE****22. STC 121/90, de 2 de julio, BOE de 30 de julio****RA****PONENTE: Truyol Serra****ESTIMADO****CONCEPTOS: Tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos. Arrendamientos urbanos****PRECEPTOS DE REFERENCIA: Arts. 148.2 LAU y 24.1 CE**

La sentencia resuelve un problema ya abordado en ocasiones anteriores (vid. SSTC 46/89 y 49/89) la inadmisión del recurso de apelación de un arrendatario, formulado sin acreditar en ese mismo momento estar al corriente de pago de las rentas vencidas (cfr. art. 148.2 LAU). Se reitera la misma doctrina:

1) “Los órganos judiciales están obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción del cierre del procedimiento y, además, permitir en la medida de lo posible la subsanación del vicio advertido (SSTC 69/84, 29/85, 36/86, 90/86, 174/88 y 59/89)” (FJ 2).

2) “El art. 148.2 LAU debe ser interpretado conforme a la finalidad que con él se persigue, que no es otra que la legítima salvaguarda de los intereses del arrendador que ha obtenido una sentencia favorable, evitando que el proceso arrendatario y el derecho del arrendatario a acceder al sistema de recursos sea instrumenta-

lizado, como una maniobra dilatoria, en claro perjuicio de la contraparte. De acuerdo con ello, en cuanto que dichos intereses quedan protegidos con el pago o consignación efectuados en el momento de ejercer la impugnación, dicho o pago o consignación han de considerarse como requisitos esenciales e insubsanables, mientras que la acreditación de los mismos ha de serlo como un simple requisito formal siempre subsanable, lo que hoy es una exigencia que deriva de lo dispuesto en el art. 11.3 LOPJ” (FJ 2).

23. STC 126/90, de 5 de julio, BOE de 30 de julio

RA

Ponente: Leguina Villa

Estimado

Conceptos: *Libertad de información y expresión. Su ejercicio en una asamblea de trabajadores*

Preceptos de referencia: Art. 20.1 a) y d) CE

En una asamblea en la que se discutía la conveniencia de sumarse o no a una huelga, un trabajador preguntó, con intención crítica, si podía pedir permiso por asuntos propios durante los días de huelga, tal y como había hecho un miembro del Comité de empresa, cuyo nombre acabó dando ante la insistencia de los presentes. El trabajador fue sancionado por “falta del respeto debido a un compañero”. En Magistratura se mantuvo la sanción, aunque reduciéndola.

En su sentencia, el TC admite que el recurrente no había hecho otra cosa que difundir información —además veraz— y ejercer su derecho a la crítica: “Debemos declarar [...] que los trabajadores cuentan con la protección del art. 20 CE para la expresión de sus ideas y la difusión de informaciones en el seno de sus reuniones o asambleas en relación con otros trabajadores, siempre que no se rebasen los límites de esos derechos [...] Protección que debe reforzarse en el caso de que la expresión, la crítica o la difusión de informaciones [...] se refieran a representantes de los propios trabajadores” (FJ 4). El interés de la sentencia radica sobre todo en recordar, una vez más, que los titulares del derecho a informar no son sólo los profesionales de los medios de comunicación.

24. STC 134/90, de 19 de julio, BOE de 30 julio

RA

Ponente: Gimeno Sendra

Estimado en parte

Conceptos: *Arrendamientos urbanos. Denegación de prórroga por necesidad.*

Igualdad en la aplicación de la ley. Derecho a la intimidad

Preceptos de referencia: Arts. 14 y 18 CE

La sentencia tiene su origen en la desestimación de una demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por supuesta necesidad de la propietaria. Esta recurrió en amparo ante el TC alegando violación de los arts. 14 (igualdad), 18 (intimidad) y 24 (tutela judicial; éste fue el que dio motivo a la estimación parcial del recurso, aunque es el que menos interesa).

1) En cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley, el TC insiste en su reiteradísima doctrina (para que triunfe el recurso hay que “aportar un término hábil

de comparación” y debe constatarse “una modificación arbitraria o injustificada [de criterio] por parte del mismo órgano judicial respecto de sus decisiones anteriores”). En cuanto a la posible diversidad de criterios de distintos órganos judiciales, no debe ser resulta por el TC por la vía del amparo ya que afecta “a la seguridad jurídica [y] no a la igualdad” (FJ 2). En el mismo sentido puede verse la posterior STC 146/90, que precisa “en caso contrario se atentaría contra el principio de independencia que ha de presidir la función judicial” (FJ 3).

2) En cuanto al art. 18 CE, la recurrente había sostenido que al no aceptarse la necesidad como causa de resolución del contrato de arrendamiento, se le privaba de un domicilio propio y, por tanto, del marco material en el que se desarrolla la intimidad, forzándola a una convivencia no deseada con una de sus hermanas. La alegación carecería de mayor interés si no fuese porque parece haber cierta tendencia a utilizarla (en una u otra versión, ligada a procesos arrendaticios o matrimoniales, ha sido usada en anteriores recursos de amparo). El TC, como es lógico, se para el pleito arrendaticio del derecho a la intimidad: “la resolución judicial únicamente se pronuncia sobre el asunto controvertido y sometido a su consideración que, obviamente, no es el relativo a la necesidad de convivencia en el mismo domicilio de la actora o su derecho a vivir independiente y a mantener su intimidad personal y domiciliaria” (FJ 4). Quede claro pues que desestimar una demanda de resolución de arrendamiento de vivienda no atenta contra la intimidad de quien la reclama para sí.

25. STC 136/90, de 19 de julio, BOE de 30 de julio

RA

Ponente: De la Vega Benayas

Desestimado

Conceptos: Honor e intimidad (recreación cinematográfica de hechos reales).

Injurias. Tutela penal y civil. Igualdad y valoración de “circunstancias personales”

Preceptos de referencia: Arts. 14 y 18 CE

Esta sentencia —de interés seguramente menor que el que sugiere la relación de “conceptos”— tiene en su origen lo que parece una defectuosa opción inicial por la vía penal en detrimento de la civil. Tras la filmación de la película “El Lute, camina o revienta”, una mujer —al parecer la que fuera compañera de Eleuterio Sánchez— interpuso querella por injurias contra una larga serie de personas, incluidos el propio “Lute” y los actores protagonistas. La querellante entendía que la imagen que de ella se daba en la película dañaba gravemente su honor. La querella fue archivada, desestimándose los recursos contra esta decisión. Ante el TC, sin embargo, no se alegaba la violación del art. 18 CE (honor, intimidad), sino la del art. 14 CE (igualdad), imputando a la resolución recurrida una discriminación por razón de raza o de grupo social. Por lo visto, la Audiencia había señalado la necesidad de valorar “las circunstancias de ocasión, tiempo y lugar, así como la dignidad y condiciones personales de ofensor y ofendido”. Esta última precisión fue la que llevó a suponer que la decisión judicial se debía a que la querellante era de “raza quincallera” (así en el RA). Antes este enfoque, el TC hace dos afirmaciones:

1.º El delito de injurias es predominantemente circunstancial. “El que dentro de las circunstancias que hayan de apreciarse para determinar la existencia del de-

lite figuren la dignidad, las condiciones personales de ofensor y ofendido o sus particularidades de tipo sociocultural, no afecta en absoluto a las prohibiciones del art. 14 CE" y aunque no debe descartarse que esta eventualidad llegue a producirse, no ha sido así en el caso de autos (FJ 2).

2.* "Se impone desestimar el recurso, dada la vía procesal seguida por la representación de la recurrente, que prefirió elegir la de la querella por injurias [...] en lugar de utilizar las posibilidades que la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ofrece para protegerse de las intromisiones ilegítimas" (FJ 4).

26. STC 137/1990, de 19 de julio, BOE de 30 de julio

RA

Desestimado

PONENTES: Leguina Villa; De los Mozos y de los Mozos; Gimeno Sendra. VOTO PARTICULAR: Leguina Villa

Conceptos: Asistencia médica forzosa a reclusos en huelga de hambre.

Derechos Fundamentales: la vida, integridad física y moral, tratos inhumanos y tortura, libertad ideológica, libertad personal y física, intimidad.

Preceptos de referencias: Arts. 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 CE

Como puede observarse, en un breve lapso de tiempo el Tribunal Constitucional resuelve en el mismo sentido dos recursos que con casi idéntico planteamiento y con las mismas argumentaciones jurídicas se presentan a su consideración. Agruparé pues el comentario de ambas sentencias, y señalaré la razón de las discrepancias que se observan en los votos particulares.

El origen del problema es la huelga de hambre reivindicativa que los presos del GRAPO realizaron, cuya razón última era conseguir su reunificación, tras las medidas de dispersión que las Autoridades penitenciarias habían determinado.

Por decisión judicial se ordena a la Administración Penitenciaria dar asistencia médica obligatoria y en especial alimentar incluso contra su voluntad a los recurrentes, aunque excluyendo la alimentación por vía bucal mientras se mantengan conscientes.

Los problemas que se plantean son variados, pero todos ellos tienen como común referencia la existencia de una serie de Derechos que nuestra Constitución declara como fundamentales. La sentencia parte de una premisa que los votos particulares consideran inadecuada, ya que si bien es cierto que la situación de internamiento supone una relación de especial sujeción y en su consecuencia origina un entramado de derechos y deberes entre la Administración y el recluido, de modo que aquella está obligada, entre otros deberes, a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a custodia (art. 3.4 LO 1/1979 General Penitenciaria), y éstos, en razón de su especial situación, ven limitados sus derechos fundamentales, el alcance de esa limitación no queda prefigurado en toda su intensidad por ninguna norma. El problema de partida será pues fijar el alcance de los respectivos derechos-obligación a fin de determinar el que debe ser considerado preferente.

Considera el Tribunal Constitucional (FJ 6 y FJ 5 respectivamente) que el prevalente en este caso es el deber que tiene la Administración de velar por la vida del

recluso (aunque ello suponga limitar cualquier otro derecho, que en razón de ese mantener la vida, pudiera conculcarse) de modo que ésta puede "... imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas". En el sentir de los discrepantes (cuyas alegaciones son similares) esa obligación de la Administración "... no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria".

Las discrepancias son, como puede verse importantes y afectarán al resto de las argumentaciones. Si predomina la cualidad de preso hay que atender a las consideraciones que el TC realiza. Si por el contrario debiera predominar la cualidad de persona enferma, aunque circunstancialmente esté recluido, habría que concluir como hace Leguina afirmando que "son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o rechazar los tratamientos médicos que se les propongan". Puesto que éste no es un trabajo de opinión, me limitaré a señalar los argumentos que el TC utilizó para denegar el amparo, partiendo de la premisa expuesta que justifica el resto de su argumentación.

1. Derecho a la vida. (Ver FJ 7 y FJ 5 respectivamente). El derecho a la vida no puede configurarse como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. La privación de la propia vida o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a su voluntad de morir, ni mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental. En virtud de ello no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte. Por consiguiente, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada no vulnera dicho derecho fundamental.

2. Integridad física y moral. (Ver FJ 8 y FJ 6 respectivamente) Consiste este derecho en la protección de la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. De esta definición se deduciría que la asistencia médica obligatoria sería en general ilegal, salvo en este caso en que "... se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria" (FJ 8).

3. Tortura y tratos inhumanos. (Ver FJ 9 y FJ 7 respectivamente). "Para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento [...] la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no puede considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue..."

4. Libertad ideológica (Ver FJ 10 y FJ 8 respectivamente) La libertad ideológica "... no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto les concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además una dimen-

sión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos". Los recurrentes formalizan la queja de amparo frente a la injerencia coactiva de la Administración penitenciaria, aunque el TC considera esa alegación inaceptable, ya que el motivo por el que se autoriza la asistencia médica "va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que estos continúen en su actitud reivindicativa".

5. Libertad personal (Ver FJ 11 y FJ 9 respectivamente). Según manifiesta el TC "la libertad personal protegida por este precepto es la libertad física, la libertad frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación [...] conforme con dicha doctrina, la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 de la Constitución". En apoyo de esta doctrina el TC cita las Sentencias 126/1987; 22/1988; 112/1988 y 61/1990.

En su voto particular LEGUINA matiza esta doctrina al entender que junto a la protección general que el TC admite debería incluirse también "cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que solo conciernen a quien las toma, restrijan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos. Este último aspecto de la cuestión ampara también a los reclusos..."

6. Intimidad personal (ver FJ 12 y FJ 10 respectivamente). En la noción de intimidad personal se integra efectivamente la noción de intimidad corporal (STC 37/1989 FJ 4). Se la ha identificado "como inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona". Pero en el caso resuelto en el presente recurso "ni por las partes del cuerpo sobre las que se actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal".

27. STC 142/90, de 20 de septiembre, BOE de 23 de octubre

CI (Art. 3.^º del D-ley de 2 de septiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, SOVI)

Ponente: De la Vega Benayas

Estimada (nulidad del precepto impugnado, en cuanto excluye a los viudos)

Conceptos: Igualdad. Sexo: Viudas y viudos

Preceptos de referencia: art. 14 CE

Esta es otra de las sentencias en las que el TC ha considerado discriminatorias —y por tanto nulas— normas que, sin otra base que la diferencia de sexo, excluían de determinadas pensiones o prestaciones a los viudos de sexo masculino. Se reitera doctrina anterior. Vid., entre otras y como más recientes, las SSTC 144/89 y 176/89. Vid. asimismo la posterior STC 158/90. Compárense con la STC 49/90, recogida en esta misma reseña de jurisprudencia constitucional.

28. STC 143/1990, de 26 de septiembre, BOE de 23 de octubre**RA****Estimado****Ponente: Leguina Villa****Conceptos: Vulneración del derecho a la tutela judicial ejecutiva por
emplazamiento edictal indebido. Adopción. Requisito de ser oído. Deber
de diligencia****Preceptos de referencia: art. 24 CE**

En un proceso de adopción, ante la declaración de los futuros adoptantes de que desconocían los datos y domicilio de la madre biológica “por no haber tenido intervención alguna con la madre”, el Juzgado ordenó la citación de ésta por edictos. Tras la resolución judicial de adopción, la recurrente, madre biológica, solicitó la extinción de la adopción, por incumplimiento de lo previsto en el art. 172 del CC (redacción anterior a la Ley 21/87) al entender que debió ser oída en el expediente de adopción.

El Juzgado, ante esta declaración manifiesta que “el hecho de ser oída [por tratarse de un supuesto de abandono] no puede tener ningún tipo de influencia en la decisión que se adopte”.

El hecho que resulta acreditado es que el domicilio de la madre era conocido por el Tribunal Tutelar de Menores.

El TC considera que el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad el domicilio de la madre biológica con sólo haber desplegado una sencilla actividad, por lo que “La omisión de esa mínima diligencia judicial ha impedido la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor, colocándola así en una situación de indefensión incompatible con el artículo 24 de la Constitución. Debemos, pues, corregir dicha indefensión mediante la anulación de lo actuado, rechazando el razonamiento del Juzgado que la Audiencia provincial hace suyo, en el sentido de que el hecho de ser oídos (los padres biológicos) no puede tener ningún tipo de influencia en la decisión que se adopte...” (FJ Único).

NOTA (I.M.G.): La obligación de tener un mínima diligencia en las notificaciones judiciales a fin de evitar las defectuosas y causar con ello indefensión ha sido objeto también de la STC 203/1990, de 13 de noviembre, en la que fue ponente Tomás y Valiente y donde se expresó lo siguiente “... el emplazamiento por edictos, aun siendo válido constitucionalmente y aun estando expresamente previsto en el art. 269 de la LEC, requiere, por su calidad de último remedio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía que aseguren en mayor medida la recepción por el destinatario de la correspondiente cédula y la constancia formal de haberse intentado practicarlos, sino también que el acuerdo o la resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero —presupuesto del emplazamiento por edictos— se halle fundado en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación (SSTC, entre otras, 157/87, 233/88)” FJ 2.

Puede verse, en este mismo período la STC 188/1990 en la que vuelve a cuestionarse sobre la procedencia de ciertos medios de notificación, aunque el tribunal no los toma en consideración al determinar la improcedencia de la reclamación por otras causas.

29. STC 150/90, de 4 de octubre, BOE de 6 de noviembre

RII (Ley Madrileña 15/84, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid)

Ponente: Leguina Villa

Desestimada (hay tres votos particulares [Rubio Llorente, Rodríguez-Piñero y Gabaldón Pérez])

Conceptos: Concepto de ley. Suspensión de la vigencia “hasta que se pronuncie el TC”. Retroactividad de las leyes fiscales

Preceptos de referencia: art. 9.3 CE

Vaya por delante que el objeto de esta sentencia la hace más propia de una revista de Derecho fiscal que de una de Derecho civil. Como es fácil suponer, no se entrará aquí en los aspectos fiscales, con mucho los más importantes. Hay sin embargo algunas cuestiones, también tratadas o al menos suscitadas en la sentencia, cuyo interés general merece siquiera una breve referencia. En concreto, cabe destacar dos:

1.^º La relativa al concepto de ley.—Prescindiendo de la llamativa circunstancia de que en uno de los recursos se solicitase la declaración de inconstitucionalidad de algunos párrafos de la Exposición de Motivos (lo que da ocasión para que el TC recuerde que “los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de recurso”, FJ 18), la sentencia —o más bien uno de sus votos particulares (el de Rubio Llorente)— aborda el problema planteado por el hecho de que la ley recurrida (la 15/84), tras entrar en vigor, hubiese sido dejada en suspenso por otra posterior (la 14/85), “hasta la definitiva resolución del Tribunal Constitucional en los Recursos de Inconstitucionalidad formulados contra la referida Ley”. Esta curiosa circunstancia —que la sentencia elude— da pie al encendido voto discrepante de Rubio Llorente: “El concepto mismo de Ley es hoy todavía objeto de debate en la doctrina, pero lo que está fuera de toda discusión (o al menos lo estaba hasta que la Asamblea de Madrid o su Consejo de Gobierno —como autor del proyecto— concibieran la extraordinaria idea de suspender la eficacia de una ley ya vigente hasta que se resolvieran los recursos planteados contra ella) es que esta voluntad ha de manifestarse de modo claro y rotundo y no sólo el dubitativo deseo de imponer a los ciudadanos una obligación que surgirá sólo si otro órgano (en ese caso el TC) decide que tal deseo no va contra lo dispuesto en la Constitución y el Estatuto de Autonomía y, naturalmente, únicamente a partir del momento que este otro órgano, libremente, adopte su decisión”. “Una Ley cuya eficacia está subordinada al cumplimiento de una condición suspensiva que consiste precisamente en la proclamación de su validez, no es [...] una ley vigente y no puede ser por eso objeto de impugnación”. “El TC es un Tribunal, no un órgano asesor de consulta voluntaria y dictamen vinculante”.

2.^º La relativa a los límites a la eficacia retroactiva de las leyes (art. 9.3 CE).—Contra una opinión bastante extendida, el TC recuerda su propia doctrina (STC 126/87) según la cual “no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva; de manera que, fuera de las materias respecto de las que el art. 9.3 CE veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno (SSTC 27/81, FJ 10 y 6/83, FJ 3). De todas formas, “afirmar la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucio-

nal, que puede, en efecto, ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva contrarie otros principios consagrados en la CE, entre ellos el [...] de seguridad jurídica” (FJ 8).

30. STC 157/90, de 18 de octubre, BOE de 8 de noviembre**CCII (Arts. 113 y 114.2 CP)****Ponente: Rodríguez-Piñero****Desestimadas**

Conceptos: Objeto de la Cuestión de constitucionalidad: las “sentencias interpretativas”. Justificación constitucional de la prescripción. Extinción de la responsabilidad penal y responsabilidad civil.

Preceptos de referencia: Arts. 113 y 114.2 CP y 9.3 y 24 CE

Las CCII acumuladas plantean la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados por la infracción criminal en los casos en los que la prescripción de las faltas, regulada en los arts. 113.6 y 114.2 CP, opere por imposibilidad de tramitar y resolver los juicios en el plazo de dos meses, impidiendo así un pronunciamiento sobre el fondo y obligando al perjudicado a acudir al proceso civil para obtener el correspondiente resarcimiento. Según los Magistrados que formularon las Cuestiones, la prescripción sólo debería producirse en el caso de que la inactividad fuese imputable al propio perjudicado.

Prescindiendo de los aspectos penales, la sentencia contiene tres afirmaciones de interés:

1.^a La primera se refiere a la función de la Cuestión de inconstitucionalidad y al intento de trasladar al TC la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución. La sentencia rechaza que, a través de la Cuestión, pueda formularse “no tanto una duda de constitucionalidad de una norma sino una «perplejidad interpretativa», y tratar de obtener de este Tribunal la decisión de cuál haya de ser el alcance o interpretación que ha de darse a unos artículos del Código Penal para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva” (FJ 2). Aunque caben las llamadas “sentencias interpretativas”, en las que el TC establece cómo debe entenderse una norma para que sea conforme a la Constitución, “la emanación de una sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes” (FJ 2, citando la STC 5/81, FJ 6). “El que este Tribunal sólo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la Constitución resulta indudable [...] no significa convertirlo en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución, tarea que entra dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 CE” (FJ 2).

2.^a La segunda afirmación añade a la prescripción y, aunque toma como punto de partida su juego en el campo penal, no se limita a éste: “la institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas” (FJ 3).

3.^a La tercera afirmación alude al uso de la vía penal para solicitar, al propio tiempo, responsabilidad civil: “El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual, por estar condicionada por la existencia de respon-

sabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil ante los tribunales ordinarios. Ello no origina por sí mismo indefensión y los inconvenientes que de ello se derivan para la víctima resultan más bien de la regulación del propio proceso civil, pero ello no puede ser razón suficientes para condicionar una política criminal determinada, ni extraer consecuencias que restrinjan la prescripción de la pena en el proceso penal ni, desde luego, fundamentar la inconstitucionalidad de la prescripción de la falta. Ello significaría partir de una presunta prevalencia del proceso penal para satisfacer las pretensiones resarcitorias civiles y admitir que la sanción penal, en caso de falta, es sólo un elemento accesorio, aunque punto de anclaje necesario, para obtener, en la más rápida y económica vía penal, el resarcimiento de la víctima. No es una exigencia constitucional que el derecho material penal y el correspondiente proceso penal, se organicen exclusivamente para asegurar el resarcimiento civil de las víctimas de actos culposos” (FJ 4).

31. STC 160/1990, de 18 de octubre (BOE de 8 de noviembre)

RA

Ponente: García-Mon

Desestimado

Conceptos: Designación de representantes de una Corporación Municipal en la Asamblea General de una Caja de Ahorros. Principio de igualdad. Condiciones de acceso a supuestas funciones y cargos públicos

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 23.2 CE

Un concejal de Izquierda Unida impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid que ratificaba la previa designación de 28 concejales, todos ellos integrantes del grupo socialista —que gozaba de mayoría absoluta en la Corporación municipal— como Consejeros de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

La sentencia del TC rechaza la pretendida vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE, reproduciendo doctrina anterior del propio Tribunal. La supuesta infracción del art. 14 se zanja con la declaración de que “no existe precepto alguno impeditorio o restrictivo del principio de las mayorías para la elección de los cargos en litigio” (FJ 3). Respecto a la alegación fundada en el art. 23.2 CE, se remite el Tribunal a una línea jurisprudencial anterior (SSTC 18/1984, 48/1988, 49/1988) según la cual las Cajas de Ahorros de fundación privada, aunque por su finalidad social y pública requieren intervención de esta naturaleza, no son entes públicos sino personas jurídicas privadas y sus miembros no tienen, por tanto, la consideración de titulares de cargos públicos (FJ 5).

Asimismo se trae a colación la afirmación, procedente de la STC 133/1989, según la cual “los actos de sus órganos de representación [se refiere a las Cajas de Ahorros] no son más que actos de gestión de sus recursos financieros y, como tales, pertenecientes a la esfera del derecho privado, aun cuando hayan de perseguir aquellos intereses sociales. Así pues, los actos y acuerdos de los órganos sociales de la referida entidad financiera no pueden ser enmarcados dentro del concepto de funciones públicas a las que se refiere el art. 23 de la Constitución”(FJ 5).

NOTA (J.F.R.).— En realidad, lo que el TC había declarado en las sentencias 18/1984 y 49/1988 (en la sentencia 48/1988 nada se dice sobre la cuestión) es que las Cajas de Ahorros no constituyen entes públicos sino entes de carácter social. En la primera, la afirmación se sostenía respecto de las Cajas fundadas por las Corporaciones locales (FJ 4). En la segunda, la afirmación se extendía a todas las Cajas “sea cual sea su origen”

La sentencia aquí reseñada, al afirmar su naturaleza privada, no debe valorarse como una desviación de dicha tesis. El carácter social de las Cajas se halla en conexión con el hecho de constituir, en el campo organizativo, un exponente de la interacción entre los poderes públicos y la sociedad civil. Tal interacción, en el ámbito de las Cajas, se manifiesta tanto en su persegimiento de fines de interés social como en la rigurosa intervención jurídico-pública en su funcionamiento. Dicho carácter social no empece a la intrínseca naturaleza privada o pública de una entidad: las Cajas, entes de carácter social, son personas de Derecho privado, como pone de relieve la sentencia aquí anotada (de la misma manera que ocurre con las federaciones deportivas, según la STC 67/1985); otros entes, como los Colegios Profesionales, participan del carácter social sin perder su condición de personas de Derecho público (así, en la STC 23/1984).

32. STC 164/1990, de 29 de octubre, BOE de 30 de noviembre**RA****Ponente: Rubio Llorente****Desestimado****Conceptos: Capacidad procesal de las fundaciones y derecho a la tutela judicial efectiva****Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE**

Una fundación promueve una demanda judicial frente a una sociedad anónima, con el objeto de impugnar acuerdos sociales adoptados por ésta. La entidad demandada excepciona que la fundación carece de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, al no haber obtenido la preceptiva autorización administrativa para litigar, de acuerdo con la Instrucción de 14 de marzo de 1899. En realidad, la fundación no había solicitado siquiera tal autorización. La sentencia estima la excepción y en vía de recurso se mantiene el fallo de instancia.

El TC declara que “la necesidad de autorización administrativa no niega, en efecto, a las fundaciones el derecho de acceso a la justicia [...] ni de ningún modo condiciona ni limita su legitimación *ad causam*” sino que “se reduce a limitar o condicionar su *legitimatio ad processum*” (FJ 3). Más adelante se corrobora que “la demanda no proporciona ninguna razón que autorice a considerar irrazonable o desproporcionada una limitación cuya razón de ser evidente se encuentra en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios. Como es evidente, una negativa de la Administración a conceder la autorización solicitada sí podría ser lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando resulte irrazonable o desproporcionada, pero la lesión será imputable en este caso al uso que la Administración hace de la habilitación legal, no a la norma misma” (FJ 3).

Dada la articulación del recurso, el TC no entra a examinar la constitucionalidad de las disposiciones que regulan dicha exigencia de autorización administrativa para litigar, en relación con el reconocimiento constitucional del derecho de fundación (art. 34 CE) y el necesario respeto a su contenido esencial.

33. STC 171/90, de 5 de noviembre, BOE de 30 de noviembre

RA

Ponente: Rodríguez-Piñero

Estimado

Conceptos: Honor y derecho de información. Información y opinión.

¿Información “aséptica”? Informar enjuiciando. Tutela “post-mortem” del honor. Acumulación de acciones e indefensión. Solidaridad de responsables (art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966)

Preceptos de referencia: Arts. 18, 20 y 24 CE

34. STC 172/90, de 5 de noviembre, BOE de 30 de noviembre

RA

Ponente: Díaz-Eimil

Desestimado

Conceptos (vid. los citados en la STC 171/90)

Preceptos de referencia: idem

Las sentencias tienen su origen en las informaciones publicadas por dos diarios (“El País” y “Diario 16”) sobre un accidente de aviación acaecido en 1985 y en las que se suministraban datos acerca de la vida y personalidad del comandante del aparato, don José L. Patiño, quien falleció junto con el resto de tripulantes y pasaje.

En “El País” se publicaron tres artículos en otros tantos días, relacionando el accidente con las condiciones personales del piloto (“eran frecuentes sus estados de depresión”, “estaba atravesando una mala racha”, “la vida privada del piloto que que se estrelló en Bilbao será investigada”, “... de los citados documentos se desprende que el comandante Patiño [...] debería haber necesitado «algo más que un curso de refresco para volver a volar»”, “... expedientes que reflejaban la, a su parecer, forma irreflexiva de volar del comandante Patiño”, “... un peligro para los pasajeros a su cargo...”). Idéntica relación entre la persona del piloto y el accidente se establecía en las informaciones de “Diario 16”, asimismo publicadas a lo largo de varios días (“bebedor de cerveza, extrovertido, alegre y conservador”, “algo violento y agresivo”, “dificultades económicas”, “unos dicen que era un «cachondo mental» [...] otros que era un poco animal [...] que era maleducado y grosero”, “estaba casado aunque separado”, “en la actualidad vivía con otra mujer, una azafata de Iberia que se encuentra embarazada de siete meses”, “entre vuelo y vuelo [...] se tomaba sus buenas cervezas en el bar”, “analizan restos de los pilotos en busca de residuos de alcohol”, “enorme pasión por la cerveza”). Las frases entrecomilladas se han extraído de la ilustrativa selección de textos que precede al comentario de la sentencia del TS publicado por R. BERCOVITZ en *CCJC*, núm. 16, enero-marzo de 1988, pp 179 y ss.

Los hijos del señor Patiño interpusieron sendas demandas, al amparo de la LO 1/82, alegando daños al honor y, al parecer, también a la intimidad e imagen de aquél. La primera contra la empresa propietaria de "El País" y su director; la segunda, contra la empresa propietaria de "Diario 16", el editor, el director y el periodista autor de los artículos a los que se atribuían las intromisiones ilegítimas. Ambas fueron acumuladas, tramitadas y resueltas conjuntamente, si bien la sentencia —que estimó en lo esencial las demandas— distinguió entre ambos grupos de demandados. Al margen de otros pronunciamientos (publicación del fallo), los del primero ("El País") fueron condenados con carácter solidario al pago de 4 millones de pesetas, en tanto que los del segundo lo fueron al pago de 6 millones, igualmente con carácter solidario. Todos los recursos fracasaron (la sentencia del TS es de 7 de marzo de 1988, Ar. 1603/88).

Contra la sentencia del TS interpusieron recurso de amparo los dos grupos de condenados. Para simplificar, se designarán con el nombre de los periódicos respectivos.

a) Recurso de "El País" (estimado, STC 171/90). En él se denunciaba la violación:

1.^º Del art. 24 CE (tutela judicial), al haberse acumulado ambas demandas, pese a dirigirse contra personas distintas y en razón de informaciones también distintas (de este modo se habría producido un "efecto multiplicador" de la presunta ofensa y se habría dañado el derecho a "obtener una resolución judicial independiente de cualquier otra demanda"). La sentencia rechaza este planteamiento. La acumulación "es una facultad que las leyes procesales conceden al demandante y su procedencia es un tema de legalidad ordinaria". El TC sólo podría entrar en esta cuestión si de la acumulación hubiera resultado un "confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa". Sin embargo, tal indefensión no se ha producido en el caso de autos, entre otras cosas porque "en las diversas instancias se han precisado de forma diferenciada los hechos", individualizándose asimismo "la responsabilidad que a cada grupo de demandados se impone". "El «efecto multiplicador» que se denuncia, por haberse examinado conjuntamente dos acciones civiles paralelas, afectaría, en su caso, a una inadecuada valoración de la presunta ofensa y por ello a una incorrecta consideración de los valores constitucionales en juego. Ello podría constituir violación del derecho reconocido en el art. 20 CE al que se refiere el objeto central de la demanda" (FJ 2).

2.^º Del art. 20.1.d) CE (derecho de información), al no haberse tenido en cuenta la veracidad de lo publicado y al haberse condenado solidariamente a los demandados, aplicando para ello el art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966.

En cuanto al carácter solidario de la condena, el TC no lo considera contrario al derecho de información: "la responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia editora se justifica en la culpa «in eligendo» o «in vigilando» del editor o del director, dado que ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información y opinión que el periódico difunde". "El director tie-

ne derecho de voto sobre el contenido de todos los originales del periódico —art. 37 de la Ley citada [de Prensa e Imprenta]— sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura previa [...] y lo mismo cabe afirmar de la empresa editora, ya que a ella corresponde la libre designación del director— art. 40.1 de la misma Ley” (FJ 3).

En cuanto a la tensión entre los arts. 18 y 20 CE, el TC reitera ante todo doctrina ya expuesta en sentencias anteriores (6/81, 12/82, 105/83, 13/85, 51/85, 104/86, 165/87, 6/88, 107/88, 51/89, 121/89, 20/90 y 105/90), según la cual la ponderación de los derechos en conflicto debe hacerse en función de una serie de distinciones, entre otras las siguientes: persona pública-persona privada involucrada en asuntos de relevancia pública (respecto de los primeros el derecho de información “alcanza su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven involucradas en asuntos de trascendencia pública”, FJ 5); asunto o materia de interés público-asunto o materia carente de él (el efecto legitimador de la libertad de información requiere “no sólo que la información sea veraz —requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente— sino que la información tenga relevancia pública”, variando el criterio para apreciar esa relevancia según la condición pública o privada de la persona de que se trate, FJ 5); información veraz-information no veraz (a este respecto el TC recuerda que la veracidad actúa de forma distinta “según se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad”, así como que “la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos” y que “los errores informativos intrascendentales han de estimarse protegidos también por el derecho constitucional de información”, FJ 8); informar-opinar-insultar (no gozan de tutela “los meros insultos o descalificaciones dictadas, no por un ánimo o con una función informativa, sino con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple” o, en relación con personas privadas involucradas en asuntos de relevancia pública, la comunicación de “hechos que afecten a su honor o a su intimidad que sean manifiestamente innecesarios o irrelevantes para el interés público de la información”, FJ 5).

En segundo lugar, asimismo con referencia a la alegada vulneración del derecho de información, la sentencia aborda una cuestión del mayor interés para la aplicación de la LO 1/82: la de la supuesta necesidad de que la información sea “neutral” o “aséptica”. El TS —y no es la primera ocasión— había basado la condena no tanto en lo dicho como en la forma de decirlo. Se cuestiona así —dice el TC— “si la protección constitucional preferente del derecho a la información incluye sólo el relato neutral y la presentación objetiva de unos hechos veraces de relevancia pública o se permite, además, formular hipótesis sobre esos hechos, o una presentación subjetiva y valorativa de esos hechos, mezclando también hechos o conjetas que puedan llevar al lector a determinadas conclusiones” (en la demanda se denunciaba que las informaciones imputaban “subliminalmente” al piloto la responsabilidad del accidente). Con cita de jurisprudencia del TEDH (en particular, del “caso Sunday Times”, 26 de abril de 1979), el TC rechaza el planteamiento del TS. “La inexistencia de datos inequívocos ha permitido a los diversos medios de prensa formular hipótesis distintas sobre el posible origen del accidente, dando cada uno de

ellos su propia versión sobre las posibles causas del mismo. Sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir formular razonadamente conjeturas que, en cuanto tales conjeturas, no pueden ser valoradas, como se ha dicho, desde la exigencia constitucional de la veracidad, sino como ejercicio de la libertad de opinión a partir de unos datos fácticos veraces. Igualmente los derechos reconocidos en el art. 20 CE incluyen también, más allá de la exposición objetiva de los hechos, la libertad de crítica de actuaciones profesionales que desbordan la esfera privada, incluida la posibilidad de hacer juicios de valor sobre las mismas". "La limitación del derecho a la información al relato puro, objetivo y aséptico de hechos no resulta constitucionalmente aceptable ni compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia sin los cuales no hay sociedad democrática". "No es aceptable la opinión «según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector»" (FJ 10).

b) Recurso de "Diario 16" (desestimado, STC 172/90). Se basaba en las mismas razones que el de "El País": violación de los arts. 24 CE (tutela judicial, aunque en este caso no sólo en razón de la acumulación de acciones sino también del carácter solidario de la condena) y 20 CE (derecho de información).

Como es lógico, el TC aplica al caso la misma doctrina, haciendo apreciaciones semejantes a las ya expuestas. ¿Por qué entonces un fallo de signo contrario? La razón, como explica la sentencia, debe buscarse en algunos de los hechos y juicios contenidos en la información de "Diario 16", daños para el honor e intimidad del Sr. Patiño y en modo alguno necesarios para la información. "Debemos considerar constitucionalmente irreprochable el criterio del órgano judicial de incluir entre las expresiones que, por su literalidad, califica de intromisión ilegítima en el honor del comandante Patiño, las de «cachondo mental» y «mal educado y grosero», puesto que exteriorizan un juicio personal del informador, a cuya consideración judicial de formalmente vejatorias, ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas, nada tiene que objetar este Tribunal y tal consideración es mucho más notoria y de mayor gravedad respecto de la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos, «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», puesto que tal afirmación que, de ser cierta, podría quizás, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información, tanto más cuanto que se trata de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto" (FJ 4).

NOTA (R.C.V.).—Poco hay que añadir al minucioso contenido de las dos sentencias. Por supuesto se prestan a ser comentadas. Pero en una nota poco más puede hacerse que insistir en algunos aspectos particularmente relevantes. Entre ellos los siguientes:

1. La distinción entre “personas públicas” y “personas privadas” se mantiene aun cuando se trate de asuntos o materia de relevancia pública. El de los sujetos y el de la materia son dos criterios que conviene no confundir, por más que a menudo los medios de comunicación se esfuerzen en conseguirlo. No pocas veces se piensa que, por el hecho de verse involucradas en un asunto de interés general, las personas “privadas” pierden tal condición. Pues bien, en las sentencias 171 y 172/90 queda claro que hacerlo es un error.

2. La Ley de Prensa de 1965, al menos en lo que se refiere a la solidaridad de los responsables y otros extremos, no ha sido derogada por la Constitución (contra lo que se sostenía en el recurso de amparo de “Diario 16”). Este extremo había generado polémica doctrinal y jurisprudencial, aunque ya existía una clara doctrina del TS favorable a la solidaridad, fuese por aplicación de la citada Ley de Prensa o de los principios generales en materia de responsabilidad civil (como dice BERCOVITZ en el comentario citado «supra» “¿qué razón existe para dar un trato tan privilegiado a la libertad de expresión consistente en privar a las víctimas de sus extralimitaciones de una cobertura patrimonial suficiente para la satisfacción del daño sufrido?”, *op. cit.*, p 196). Debe rechazarse al reiterado intento de las empresas de información de obtener exenciones de responsabilidad alegando la importancia de su función (*iacaso* podría admitirse que las empresas farmacéuticas dejasen de responder de los daños que les fueran imputables por el peligro de que se resintiese la investigación farmacológica?). Enriquecerse es un objetivo legítimo (por más que la moral popular —sobre la que pesan siglos de catolicismo— siga sin verlo con muy buenos ojos), pero no deben confundirse la libertad “de empresa” y la libertad “de prensa”.

3. ¿Qué grado de tutela debe dispensarse a la memoria de los fallecidos? Como ambas sentencias no dejan de señalar —aunque al parecer con intención diversa (vid FJ 3 STC 171/90 y FJ 4 STC 172/90)— la tutela que se solicitaba era para una persona fallecida (es claro que hablar de “persona fallecida” es una contradicción, así como hacerlo de “persona viva” es una redundancia, pero esa forma de expresarse es la habitual y resulta simple y cómoda). La agresión al honor e intimidad del Sr. Patiño se cometió cuando ya había muerto. Sus hijos alegaban daños a su memoria (“prolongación de la personalidad”, según la Exposición de Motivos de la LO 1/82). Este aspecto de la cuestión no parece haberse tenido suficientemente en cuenta en la segunda de las sentencias. Y esto es importante porque, en realidad, tal como se planteó, el conflicto no enfrentaba los derechos fundamentales al honor y la intimidad con la libertad de información. Tras el fallecimiento no hay persona, ni en consecuencia derechos fundamentales. Seguramente, si los recurrentes en amparo hubiesen sido los hijos del Sr. Patiño, el TC no habría dejado de señalarlo, como hizo en la sentencia 231/88, relativa al conocido “caso Paquirri” (“una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar [...] un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en

el presente caso a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encierra al TC mediante el recurso de amparo”, FJ 3). En la STC 172/90 la utilización que se hace de esta circunstancia es más bien de signo contrario al que la naturaleza del bien protegido sugiere. En vez de primar la libertad de información, destacando que no se le oponía un derecho fundamental, se viene a decir que la condena está “tanto más” justificada por tratarse de una persona fallecida (FJ 4).

4. Por último, una duda. El TC, dada la naturaleza de su función, no podía establecer diferencias entre “El País” y “Diario 16” considerando —como en la sentencia del TS— que ambos habían lesionado la memoria del Sr. Patiño, pero en diversa medida. En el recurso de amparo, lo que hasta entonces había sido una diversidad cuantitativa (indemnización mayor o menor) se convierte en cualitativa (estimación-desestimación). Sin duda, ello contribuirá a intensificar el debate en torno a este caso, abriendo paso a interrogantes como los siguientes: ¿De verdad hay razones de fondo, objetivas, para la discrepancia entre ambas sentencias? A fin de cuentas, la expresión “cachondo” nadie o casi nadie la utiliza ya en su acepción académica (“persona dominada por el deseo sexual”). M. MOLINER, *Diccionario de uso del español* y calificar a alguien de “mal educado o grosero” no pasa de ser una opinión relativamente intrascendente. En cuanto al hecho de la convivencia con una mujer distinta de la esposa ¿tan desconectado está del estado anímico como para considerarlo irrelevante en una información que conecta un accidente con supuestas depresiones o inestabilidad psicológica del piloto?... Si no fuese porque ambas sentencias proceden de la misma Sala y han sido votadas por unanimidad por los mismos Magistrados, sería lícito sospechar que, en el fondo, lo que hay entre ellas es sobre todo una diferencia de sensibilidades (vid. el voto particular a la STC 121/89 formulada por Díaz Eimil, ponente de la STC 172/90).

35. STC 184/90, de 15 de noviembre, BOE de 3 de diciembre

CI (Art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social [LGSS] y DA 10.-2.- de la Ley 30/81, de 7 de julio, sobre matrimonio, nulidad, separación y divorcio)

PONENTE: Leguina Villa

Desestimada (hay dos votos particulares [Gimeno Sendra y López Guerra])

Conceptos: Igualdad. Uniones no matrimoniales. El concepto de “familia” del art. 39 CE

Preceptos de referencia: arts. 10, 14 y 39 CE, art. 160 LGSS y DA 10.-2 de la Ley 30/81

La solicitud de pensión de viudedad formulada por una mujer que alegaba cuarenta años de convivencia extramatrimonial, fue denegada por el INSS. En la resolución se señalaba que, habiéndose producido el fallecimiento tras la Ley 30/81 que admitió el divorcio, la pareja hubiera podido “regularizar su situación” y contraer

matrimonio. Interpuesta demanda ante Magistratura, ésta decidió plantear cuestión de constitucionalidad relativa al art. 160 LGSS y la DA 10.*2.* de la ley 30/81, por entenderlos contrarios a los arts. 14 (igualdad), 39 (“que ampara a la familia no matrimonial”) y 10 (libre desarrollo de la personalidad) CE. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General defendieron la conformidad con la CE de los preceptos impugnados. Este es también el criterio de la sentencia, según la cual dispensar un trato de favor a las uniones matrimoniales no constituye necesariamente una discriminación de las parejas no casadas, si bien no puede excluirse que tal discriminación llegue a producirse en algunos casos. La doctrina del TC puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1) La posibilidad de optar entre el matrimonio y la unión de hecho “está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad” (FJ 3). Por ello infringiría el art. 10 CE que los poderes públicos “trataran de impedir o reprimir la convivencia «more uxorio» o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial” (FJ 2).
- 2) Sin embargo, la Constitución no reconoce “un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora del mismo tratamiento [...] dispensado [...] a quienes [...] contraigan matrimonio” (FJ 3).
- 3) “El matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible por ello que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida” (ATC 156/87, cit. en el FJ 3). “El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera «ope legis» en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia” (FJ 3).
- 4) Las diferencias existentes entre ambas situaciones hacen que no sea arbitrarria o carente de fundamento la decisión de excluir del derecho a pensión las uniones extramatrimoniales. La opción del legislador se apoya además en “razones de certidumbre y seguridad jurídica” y resulta coherente “con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanan” (FJ 3).
- 5) Por supuesto, el legislador podría extender a las “uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad”. Tal opción “en modo alguno resulta vedada por el art. 14 CE ni encontraría obstáculos en los arts. 32 y 39 CE” (FJ 3).

NOTA (R.C.V.).—No es extraño que la sentencia 184/90 haya generado una viva polémica, de la que se han hecho eco, con mejor o peor fortuna, los medios de comunicación social. Si ya en abstracto la cuestión del tratamiento jurídico que debe darse a las parejas no casadas es objeto de debate ¿cómo no iba a discutirse una decisión que, dadas las circunstancias del caso, conduce a un resultado incierto? Buena muestra de la polémica es la división de opiniones en el seno del propio TC.

Hay que decir, sin embargo, que algunas de las objeciones que se han hecho a esta sentencia obedecen no tanto a lo que dice como a lo que se ha pensado que dice. Incluso uno de los votos particulares parece responder a un malentendido de ese género. Según Gimeno Sendra, la resolución —con cuyo fallo se muestra no obstante conforme— incluye “determinadas afirmaciones, efectuadas en su FJ 3, conforme a las cuales las denominadas «uniones conyugales de hecho» carecen de protección constitucional alguna”. De acuerdo con el voto particular, la sentencia habría negado la existencia del derecho constitucional a formar una unión de hecho, excluyendo además a la familia no matrimonial de la tutela del art. 39.1 CE (cuando —dice Gimeno— “tan familia es la unión de dos cónyuges [...] como la unión afectiva y estable de una pareja”). Difícilmente podría discutirse el acierto de las tesis sostenidas en el voto particular. Sin embargo ¡realmente vienen negadas en la sentencia! En mi opinión no. La primera afirmación (esto es, que existe derecho a formar una unión no matrimonial) se recoge en ella de forma expresa y reiterada. Como se ha visto, la sentencia vincula “íntimamente” con el art. 10 CE (desarrollo de la personalidad) “la posibilidad de optar por el estado civil de casado o el de soltero”. Lo único que añade —y aquí parece estar el origen de la confusión— es que el derecho a formar pareja sin casarse no incluye el derecho a obtener —por imperativo del art. 14 CE— un tratamiento idéntico al de los matrimonios. En cuanto a la otra cuestión (la noción de “familia” en el art. 39.1 CE), tampoco parece que la sentencia niegue esta condición a la pareja no casada: simplemente elude la cuestión (“... sin necesidad de interrogarse ahora acerca de si la «protección social, económica y jurídica de la familia» a que este precepto se refiere podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos...”, FJ 2).

La sentencia del TC tiene como único objeto pronunciarse acerca de la constitucionalidad de los preceptos impugnados. Y no pretende que la solución dada a este caso haya de extenderse a todos los demás problemas que puedan plantearse en relación con las parejas no casadas. Es más, la propia resolución se hace eco de algunos de los numerosos casos en los que el legislador ha creído oportuna la equiparación entre matrimonio y unión basada en una “análoga relación de afectividad”. En este sentido cita los arts. 11 y 18 del Código Penal, 3-a de la Ley Orgánica de «Habeas corpus», 10 de la Ley 5/84 de Asilo, 392.1 de la LOPJ y 101 del CC. A ellos cabría añadir la DA 3.^a de la Ley 21/87, sobre Adopción, y el art. 9.3 de la Ley 35/88, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. De acuerdo con la sentencia, es al Parlamento al que corresponde decidir si se deben equiparar en materia de pensiones el matrimonio y la unión no matrimonial estable, estableciendo —en

su caso— las garantías que crea oportunas desde el punto de vista de la “cer tidumbre y seguridad jurídica”.

Discrepa radicalmente de este criterio el segundo voto particular, en el que el Magistrado López Guerra sostiene que los artículos impugnados violan el art. 14 CE, en relación con el 41 CE, ya que para éste la necesidad es el único criterio determinante de la asistencia y prestaciones de la Seguridad Social y añadir otro requisito (el matrimonio) resulta discriminatorio sin justificación alguna (se “establece una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico”).

Con posterioridad —y manteniéndose la discrepancia de una minoría— el TC se ha vuelto a pronunciar en idéntico sentido en otras sentencias: 29/91, 30/91, 31/91, 35/91 y 38/91 (todas ellas de 14 de febrero, BOE de 18 de marzo).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCION DE LOS DEBERES PROFESIONALES O DE “LEX ARTIS” Y LA CARGA DE LA PRUEBA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)

ANTONIO CABANILLAS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante

I. HECHOS

Una compañía de seguros interpuso demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el juez de Primera Instancia alegando que tenía concertado con un promotor y constructor un contrato de seguro por los daños que pudiesen ocurrir en las obras de construcción de un pabellón, cuya planta se hundió totalmente, abonando la aseguradora la cantidad indemnizatoria de 5.678.268 pesetas, que pretende a su vez le paguen el arquitecto y el aparejador.

El juez de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda, condenando al arquitecto y al aparejador a abonar a la parte actora conjunta y solidariamente la suma solicitada, todo ello con expresa imposición de costas.

La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto y el aparejador, absolviéndoles de las pretensiones contra ellos deducidas.

No prosperó el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros, en el que alegó error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción en concepto de inaplicación de los artículos 1.902 y 1.214 del Código Civil y de la doctrina comprendida en diversas sentencias.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA

En el Fundamento de Derecho 2, el Tribunal Supremo expone las razones por las que desestima los motivos en que la recurrente invoca la infracción en concepto de violación por no aplicación de los artículos 1.902 y 1.214 del Código Civil. Concretamente afirma lo siguiente: "El motivo segundo denuncia infracción del artículo 1.214 del Código Civil, al amparo del n.º 5.º del artículo 1.692." El motivo puede decirse que está técnicamente bien articulado, cualquiera que sea el éxito de su formulación. Para la recurrente, la Sala ha absuelto porque el actor no acreditó la culpa o negligencia de los demandados, y la absolución, sigue razonando, no es correcta, en su sentir, porque reiteradamente se ha dicho que el artículo 1.902, como regulador de las obligaciones nacidas de culpa extracontractual, es aplicable a los casos en que son los demandados quienes deben acreditar su diligente actuación, pues del propio resultado dañoso se presume la existencia de culpa. Al ser a ellos a quienes les incumbe la prueba, viola la ley que rige la carga la sentencia que los absuelve. Se intentan, así, acoger a los supuestos admisibles de denuncia de infracción del artículo 1.214 del Código Civil, que son aquellos en que, no habiéndose producido prueba alguna sobre el hecho en cuestión, el juzgador hace soportar las consecuencias de la falta de prueba a la parte sobre la que no gravita la carga. Sin embargo, el motivo no puede prosperar en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de deberes profesionales o de la "lex artis", casos de contratos de arquitectos, médicos o de otros arrendamientos de servicios, en que no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989), y, además, porque en el supuesto litigioso, en el que se reclama responsabilidad a los técnicos titulados de una construcción por los daños producidos en una fase de la misma al hundirse un encofrado, y satisfechos por la compañía aseguradora los constructores, no se ha podido colegir responsabilidad en las personas concretas de los demandados, quienes no se ha demostrado que interviniieran directamente en la construcción de los elementos dañados por el siniestro ni si éste se produjo por imperfección del encofrado o defectos de montaje de los módulos que lo sustentaban, como atinadamente razona la sentencia recurrida.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS

1. La carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis"

Tiene razón el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, cuando afirma que en estos supuestos no siempre procede la inversión de la carga de la prueba de la culpa o negligencia, casos de contratos de arquitectos, médicos y de otros de arrendamiento de servicios.

Nuestro Tribunal Supremo da a entender que en algunos casos, atendiendo a la normativa aplicable y a las circunstancias concretas, puede ser pertinente la referida inversión, y que en otros ello no es admisible. Lo que el Alto Tribunal rechaza, atendiendo al criterio general del artículo 1.214 del Código Civil, es que en todo caso proceda la inversión de la carga de la prueba de la culpa o negligencia profesional en los contratos de arrendamientos de servicios o, en sentido inverso, que no proceda nunca.

Vamos a centrar el problema en relación con la carga de la prueba de la negligencia profesional del médico y del arquitecto, por ser los casos que, a título de ejemplo, menciona el Tribunal Supremo. En el caso de la sentencia, además, el problema se plantea, concretamente, en torno al arquitecto y al aparejador que intervinieron en la construcción del pabellón que se hundió.

A) *La carga de la prueba de la negligencia médica*

En general, nuestra jurisprudencia impone la carga de la culpa médica al enfermo o sus herederos. Sin embargo, este criterio general ha sido atemperado por algunas sentencias, con expedientes paliativos, ante la dificultad probatoria con que se encuentra el enfermo demandante o sus herederos, que es deseada por la doctrina y la propia jurisprudencia en los diversos ordenamientos jurídicos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986 parte de que la obligación contractual del médico (en el caso de autos, un cirujano) es de medios y de que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento de ciertos deberes (los que derivan del estado actual de la ciencia médica), por lo que no se puede exigir al facultativo vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad.

Para el Tribunal Supremo, dichas circunstancias desvirtuan la invocada conducta negligente o culpable del cirujano demandado, que ha de quedar patente para que pueda exigírselle responsabilidad.

La acción indemnizatoria formulada por la viuda en base a los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil, es desestimada porque el cirujano procedió como un buen técnico de la medicina imperante, pues la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del simple factor reaccional del enfermo.

En la sentencia es bastante claro que la acción indemnizatoria no prospera, porque no se ha probado la negligencia profesional del cirujano; lo cual debía haber sido demostrado por la viuda demandante para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios.

En análogo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988, 12 de junio de 1988, 7 de febrero de 1990 y 6 de noviembre de 1990, que tienen en cuenta la doctrina de la sentencia de 26 de mayo de 1986, fundamentando la responsabilidad del médico en una culpa incontestable, sin admitir la inversión de la carga de la prueba del nexo causal y de la culpa.

En el ámbito de las prestaciones profesionales de actividad o medios, como la del médico, la dificultad probatoria existente determina que la mayor parte de los procesos concluya con la desestimación de la demanda indemnizatoria (1).

Se agrava todavía más la posición del demandante, si se sostiene que el médico no responde de la culpa leve; lo cual carece de apoyo en nuestro Código Civil (artículo 1.104).

La dificultad probatoria apuntada ha determinado que algunos autores propugnen la conveniencia de acoger una solución análoga a la adoptada por la jurispru-

(1) VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pág. 198.

dencia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es decir, la inversión de la carga de la prueba de la culpa y un elevado rigor en la valoración de la diligencia (2).

Se considera adecuado exigir al médico la prueba de su diligente cumplimiento, y al enfermo, la de la ausencia del mismo, lo cual está en consonancia con el artículo 1.214 del Código Civil: el enfermo ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, y el médico ha de probar que cumplió con toda la diligencia exigible (3).

En Italia, la sentencia del Tribunal de Casación de 21 de diciembre de 1978, que tiene todos los requisitos para constituir un *leading case*, en palabras de Princigalli (4), apartándose de la doctrina y la jurisprudencia dominantes, afirma la inversión de la carga de la prueba de la culpa, a pesar de considerar que la obligación del médico es de medio (5).

El criterio adoptado por el Tribunal de Casación en esta sentencia es bastante similar al que en el mundo anglo-americano se designa con la fórmula *res ipsa loquitur* (6).

En el Derecho francés, a pesar de afirmarse constantemente que la obligación del médico es normalmente de medios, se ha destacado la influencia en la jurisprudencia de la máxima del Common Law *res ipsa loquitur* al ser sensibles los Tribunales a las dificultades probatorias que plantea la responsabilidad médica. Los Tribunales acuden a la noción de culpa virtual (*faute virtuelle*). De los hechos probados es posible presumir que el demandado es culpable, correspondiéndole probar que el daño es debido a una causa ajena, que no lo es imputable (7). Cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de lo que Ambialet (8) considera un modo de prueba "elíptico", que conduce a un sistema de presunción de culpa, del que la sentencia del Tribunal de apelación de París de 31 de mayo de 1966 constituye un perfecto testimonio.

Por una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias, se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

(2) JORDANO FRAGA, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, RGLJ, 1985, pág. 94.

(3) ATAZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 255.

(4) PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, pág. 163.

(5) Cfr. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, RTDPC, 1984, págs. 716 y ss. y PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., págs. 163 y ss. con atinadas observaciones críticas.

(6) CATTANEO, La responsabilità medica nel sistema italiano, en *La responsabilità medica*, Milano, 1982, pág. 19; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., pág 163, nota 169.

(7) MEMETEAU, *Le droit médical*, París, 1985, págs 465 y ss.; PENNEAU, *La responsabilité médicale*, París, 1977, págs 77 y ss.

(8) AMBIALET, *La responsabilità du fait d'autrui en droit médical*, París, 1965, págs. 51 y 80.

Tunc (9) y Penneau (10) abogan porque las víctimas de los accidentes médicos sean indemnizadas a través de la creación de un fondo de garantía para resarcir automáticamente los daños corporales ocasionados por la práctica médica.

En el Derecho alemán, la regla general de que el enfermo debe probar que el erróneo tratamiento médico ha sido la causa del daño, es atemperada por una jurisprudencia orientada hacia la protección de aquél.

El principio de la *Waffengleichheit*, que implica la igualdad de tratamiento de las partes en el proceso de responsabilidad, exige que el médico posibilite al enfermo la prueba de su pretensión.

La facilitación de la carga de la prueba se produce a través del reconocimiento jurisprudencial por el Tribunal Federal Superior alemán (BGH) de la existencia de una obligación de documentación (*die ärztliche Dokumentationspflicht*), que constituye un aspecto del deber de información del médico (deber accesorio del deber de prestación), que se extiende al diagnóstico, la terapia y sus efectos. El principio de la *Waffengleichheit* exige que el médico haga posible al enfermo la prueba indicaria a través de la diligente redacción de los actos clínicos. En el marco de la relación de paridad entre el médico y el enfermo, satisface el interés primario del enfermo el ser adecuadamente informado y poder examinar, si lo desea, los documentos pertinentes sobre el transcurso de la enfermedad.

El deber de certificación tiene influencia en la distribución de la carga de la prueba. Pueden ser ofrecidas al enfermo, para demostrar la responsabilidad del médico, ciertas facilidades, comprendiendo incluso la inversión de la carga de la prueba. Es obvio que el médico resulta perjudicado en el plano probatorio, no sólo si sustrae o altera documentos que tienen importancia para arrojar luz a fin de resolver la controversia, sino también si la redacción de los actos médicos es inexacta o incompleta (11).

Al igual que en los diversos casos de negligencia profesional (*negligence*), los Tribunales ingleses y norteamericanos tienen en cuenta también la regla *res ipsa loquitur* (*the thing speaks for it self*) para demostrar la negligencia médica (12). La regla citada describe situaciones donde el hecho del accidente es suficiente por sí mismo para justificar la conclusión de que lo más probable es que el demandado fue negligente y que esta negligencia causó el daño (13).

Se trata de una conclusión razonable atendiendo a las circunstancias en que se ha producido el accidente, que indican que lo más probable es que el demandado fue culpable.

(9) TUNC, Prólogo a la monografía de PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité medicale*, París, 1973; *Le spectre de la responsabilité civile*, RIDC, 1978, págs. 1.032 y ss.

(10) PENNEAU, *La responsabilité medicale*, cit., págs. 306 y ss.

(11) WASSENBURG, *Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten*, NJW, 1980, págs. 617 y ss.; SCHMIDT, *Über den notwendigen Inhalt ärztliche Dokumentation*, NJW, 1987, págs. 681 y ss.; MERTENS, *Arzthaftung*, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, München, 1986, págs. 1.647 y ss.

(12) FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney, 1987, págs. 292 y ss.; JACKSON y POWELL, *Professional negligence*, London, 1987, págs. 311 y ss.; MARKESINIS, *Problèmes de responsabilité medicale en droit anglais. Un aperçu de la situation dans les années 80*, RIDC, 1988-2, pág. 374.

(13) FLEMING, *The Law of Torts*, cit., pág. 291.

En el terreno probatorio, la regla *res ipsa loquitur* motiva, básicamente, la inversión de la carga de la prueba de la negligencia y es el demandado quien ha de probar la ausencia de la misma (14).

En nuestro Derecho, en contraste con las sentencias anteriormente mencionadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 llega a establecer la inversión de la carga de la prueba, pues es al médico a quien corresponde probar que actuó con la diligencia exigible: "A lo largo del proceso el demandado no ha probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso. Esta falta de diligencia en el manejo del medio peligroso constituye el inicio de la cadena causal que determina el grave resultado de una lesión física en la paciente."

En la misma línea la sentencia de 17 de julio de 1989, al declarar que es el propio cirujano-anestesista quien soporta la carga de probar su propia diligencia profesional, es decir, el poner en su actuar toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica (responsabilidad de medios).

El Tribunal Supremo utiliza también para superar el obstáculo que representa para el enfermo la prueba de la culpa las presunciones de hecho.

La sentencia de 31 de enero de 1990 considera que la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente; pero esto no excluye que dichos extremos puedan resultar acreditados por la prueba de presunciones. La utilización de las presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias. El Tribunal Supremo admite, de acuerdo con las sentencias de instancia, que 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, y 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 la falta de enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica, entre 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.

La sentencia de 12 de febrero de 1990 se limita a admitir la prueba de presunciones para demostrar el nexo causal entre el daño sufrido por el enfermo y la intervención quirúrgica practicada por el cirujano.

Apartándose del criterio acogido por nuestra jurisprudencia y del comúnmente aceptado en el Derecho comparado, ya que no se propugna, en ningún caso, la responsabilidad objetiva del médico y, en general, del personal sanitario, el artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece una solución insólita, al configurar la responsabilidad por servicios sanitarios con carácter totalmente objetivo (15).

(14) WINFIELD y JOLOWITZ, *On Tort*, 12a edición por ROGERS, London, 1984, págs. 113 y ss.; FLEMING, *The Law of Torts*, cit., págs 297 y ss.; JACKSON y POWELL, *Professional negligence*, cit., pág. 311.

(15) CABANILLAS, *Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según el ordenamiento español*, EC, 1989, n.º 16, págs. 147-148.

Al comentar este precepto, Parra Lucan (16) afirma que el mismo establece un sistema de responsabilidad objetiva, y formula la siguiente pregunta: ¿Quiere ello decir que el médico responderá por la simple producción de un resultado lesivo, con independencia de la valoración de su conducta?

Esta autora considera que no puede afirmarse sin más la existencia de una obligación de resultado a cargo del médico, salvo ciertos casos (implantación de una prótesis, realización de una radiografía...) el médico no se compromete a obtener un resultado, y mucho menos a curar al enfermo. Sin embargo, entiende que ello no se opone a una consideración más estricta de la responsabilidad médica: no será preciso demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada, extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente. En este último supuesto el médico podrá probar que la muerte le sobrevino por una causa distinta de la intervención quirúrgica, pero en ningún modo que él intervino con la debida diligencia y conforme a la *lex artis*.

En cualquier caso, concluye Parra Lucan, al médico no le servirá, conforme al artículo 28, la demostración de su exquisita diligencia, pero tampoco habrá de responder de la muerte de un enfermo que, de acuerdo con la ciencia actual resulte incurable. Es decir, de cualquier forma, la exigencia de responsabilidad objetiva elimina el requisito de la culpa, pero no, en cambio, el de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del médico, y es precisamente aquí donde, a juicio de esta autora, la prueba debe ser especialmente planteada.

De acuerdo con la interpretación de Parra Lucan, respetuosa con el carácter objetivo de la responsabilidad del médico a tenor del citado artículo 28 y con el carácter normalmente de medios o actividad de la prestación médica, nos encontramos con la paradoja de que a una obligación de medios o actividad se vincula una responsabilidad absolutamente objetiva, lo cual parece poco equitativo. Pero el texto del artículo 28 está ahí. No obstante, no conocemos ninguna sentencia judicial (no hablamos sólo de las del Tribunal Supremo) que lo haya aplicado para configurar la responsabilidad del médico y del personal sanitario. Existe, además, unanimidad a la hora de criticar la defectuosa redacción de los artículos 25 a 29 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (17), proponiéndose su derogación, o al menos, su reforma, a fin de eliminar las internas contradicciones del capítulo VIII (18) y también para adaptar nuestro Derecho a la Directiva de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (19). Existe, además, un anteproyecto de propuesta de Directiva sobre la res-

(16) PARRA LUCAN, *Daños por productos y protección de los consumidores*, Barcelona, 1990, págs. 352 y ss.

(17) BERCOVITZ (*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, en colaboración con Alberto BERCOVITZ, Madrid, 1987, pág. 247) ha puesto de relieve las insuficiencias del capítulo VIII, concluyendo que los resultados son un tanto problemáticos. Son los propios de un legislador bien intencionado, pero quizás insuficientemente asesorado.

(18) GARCIA CANTERO, Conclusiones a las Jornadas sobre Derecho de Consumo, celebradas en Zaragoza del 13 al 15 de diciembre de 1989 (cfr., DE SOLAS, *Jornadas sobre Derecho del Consumo*, ADC, 1990, pág. 146).

(19) BERCOVITZ ha elaborado un dictamen que concluye con una propuesta normativa que implica la modificación de los artículos de la Ley General para la Defensa de

ponsabilidad por los servicios defectuosos, Bruselas, 8 de noviembre de 1989, que contempla específicamente la asistencia sanitaria. Según el párrafo 3 del artículo 2 del anteproyecto, "cada Estado miembro puede excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva la asistencia sanitaria en cuanto tal, siempre que dicho Estado miembro tenga en funcionamiento en la fecha de exclusión un fondo de compensación de responsabilidad sin culpa para las víctimas de tales daños".

El anteproyecto se hace eco de la propuesta formulada por diversos autores, como Tunc y Penneau, a la que ya nos hemos referido. De este modo, como señala Parra Lucan (20) la inclusión de la asistencia sanitaria en el régimen de la futura Directiva supondría un agravamiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios con carácter general. De una parte porque en el anteproyecto se presume que el servicio es defectuoso cuando el daño se produce durante la prestación del servicio o en el plazo de un año a partir de ese momento. Pero, además, se facilita a la víctima la prueba del nexo causal entre el defecto del servicio y el daño producido. Será entonces el profesional quien deberá probar, para exonerarse de responsabilidad, que su prestación no fue defectuosa y que el daño sufrido por el paciente fue debido a otra causa no reconducible a la esfera de su actividad.

B) *La carga de la prueba de la negligencia del arquitecto-director y de los técnicos cuando se produce la ruina del inmueble*

Según nuestro Tribunal Supremo, el comitente que demanda la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por haber tenido lugar la ruina del inmueble construido, no tiene que probar la culpa del arquitecto-director y de los técnicos. Le basta con demostrar que se ha producido la ruina del inmueble dentro del plazo de garantía decenal del artículo 1.591 del Código Civil (21). A partir de esta prueba, se presume la culpa profesional del arquitecto-director y los técnicos, que responden solidariamente (22). Por ello, estos deberán probar que la ruina del inmueble no se ha debido a su conducta culpable o negligente.

Es muy clara en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de no-

los Consumidores y Usuarios, en la medida en que ello sea necesario (*Adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por los productos*. EC, 1987, n.º 12, págs. 83 y ss.). En cambio, ROJO opta por la promulgación de una Ley sobre responsabilidad civil del fabricante con derogación de los artículos 25 a 29 de la citada Ley (*Propuesta de Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil por daños causados por los productos defectuosos*, BIMJ, n.º 1.489, págs. 1.928 y ss.).

(20) PARRA LUCAN, *La responsabilidad por los servicios defectuosos: Hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE*, en EC, 1990, n.º 17, págs. 77-78.

(21) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 afirma que uno de los presupuestos de la responsabilidad del artículo 1.591 es que no se rebase el plazo de diez años.

La sentencia de 17 de junio de 1989 declara que si precluido el plazo de diez años no se produce el evento dañoso, la responsabilidad se extingue a la par.

(22) Una amplia información jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria de los que intervienen en el proceso edificatorio en caso de ruina por CABANILLAS. La evolución de las responsabilidades en la construcción, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, págs. 363-364.

viembre de 1978 al declarar la responsabilidad del arquitecto-director de la obra. El artículo 1.591 responde a una presunción “*iuris tantum*” de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas “*et quod imperitia peccavit culpam esse*” (D.19.2.10.5.).

Esta doctrina es seguida por otras sentencias que vamos a mencionar a continuación.

La sentencia de 11 de noviembre de 1982 afirma que para la aplicación de la sanción responsabilizadora que contempla el artículo 1.591 del Código Civil basta y es suficiente que quien en él se ampare acredite que se ha producido la situación de ruina generante de daños y perjuicios apreciados y denunciados dentro de los diez años contados desde que concluyó la construcción y que sea debido a vicio del suelo no apreciado mediante la adecuada previa comprobación por el constructor, y más en cuanto que la situación excluyente de esa responsabilidad para que pueda entenderse producida por causa de caso fortuito, como pretende el recurrente, ha de ser probada por quien lo invoque, acreditando los hechos de que necesariamente se deduzca, puesto que el caso fortuito no se presume, y prueba de tal índole no se reconoce ha sido realizada por dicho arquitecto demandado recurrente.

La sentencia de 31 de enero de 1985 destaca la aplicabilidad del artículo 1.591 del Código Civil, con traslado a los mismos —arquitecto y constructor— de la carga de la prueba, afirmación totalmente correcta en seguimiento de la doctrina interpretativa de este Tribunal.

Para la sentencia de 29 de noviembre de 1985 el dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto, siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción ésta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales.

La sentencia de 13 de diciembre de 1988 aplica el criterio de la inversión de la carga de la prueba del arquitecto técnico o aparejador, no por una presunción de culpabilidad, sino porque la experiencia demuestra que no puede imponerse, en muchas ocasiones, al perjudicado, la averiguación y prueba de la causa del daño sufrido, cuando ha de hacer frente a la actuación de dichos profesionales, especialmente técnicos, que obtienen beneficios por sus actos y que han de aplicar reglas especiales de cuidado.

La sentencia de 28 de octubre de 1989 dice que la responsabilidad *ex lege* derivada del artículo 1.591 del Código Civil lleva consigo la existencia de una presunción “*iuris tantum*” de que si la obra ejecutada padece ruina, ésta es debida a las personas que en ella intervinieron, de tal forma que los actores sólo han de probar el hecho de la ruina.

Según la sentencia de 7 de noviembre de 1989, resulta de elemental comprensión que, ante cualquier acción de reclamación por ruina de una obra instalada frente a los arquitectos directores de la misma, éstos han de desplegar, en vía de defensa o descargo, los argumentos precisos para desvirtuar aquella responsabilidad, y uno de los más sobresalientes será el atinente con la observancia por su parte de sus elementales deberes profesionales, entre los que se encuentra el relativo a la vigilancia de lo ejecutado.

En análogo sentido se pronuncian la doctrina y la jurisprudencia alemana, italiana y anglosajona.

En el Derecho alemán, la inversión de la carga de la prueba de la culpa tiene

su fundamento en el parágrafo 282 del BGB (23). En relación con la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, contemplada en el parágrafo 635 del BGB, se destaca que el comitente ha de probar la existencia del vicio, la causalidad, la contravención de la obligación y el ámbito del daño, mientras que el empresario (o el arquitecto) soporta la carga de la prueba de su falta de culpa (24).

En el Derecho italiano se afirma que ejecutada la obra, corresponde al comitente probar el vicio o la deformidad de la obra. Probado el defecto o la deformidad de la obra, la culpa del empresario (o del arquitecto) se presume. No obstante, el empresario (o el arquitecto) puede probar la falta de culpa; lo cual tendrá lugar si demuestra que el vicio o la deformidad es debido a caso fortuito o fuerza mayor (25).

En el Derecho anglosajón, cuando la obra presenta defectos de construcción, el arquitecto y el constructor han de probar que no han sido negligentes (26).

En Francia, de acuerdo con la doctrina constante del Tribunal de Casación en favor de la presunción de culpa del contratista y del arquitecto en caso de ruina de obra inmobiliaria dentro del plazo de garantía decenal, la Ley de 4 de enero de 1978 ha conferido una nueva redacción al artículo 1.792 del Código Civil, a cuyo tenor, “todo constructor de una obra es responsable de pleno derecho frente al dueño o el adquirente de la obra de los daños, incluso de los que derivan de un vicio del suelo, que comprometan la solidez de la obra o que, afectando a uno de sus elementos constitutivos o a uno de sus elementos de equipamiento, la hagan imprópria para su destino. Esta responsabilidad no tiene lugar si el constructor prueba que los daños provienen de una causa extraña”.

El artículo 1.792 considera esta responsabilidad *de pleno derecho* y precisa que sólo desaparece con la prueba de una causa extraña. El legislador expresa claramente en el artículo 1.792 que se trata de una “presunción de responsabilidad” (27).

Como conclusión de todo este análisis, podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia, en los principales ordenamientos jurídicos, afirma la existencia de una presunción “iuris tantum” de culpa profesional que alcanza al arquitecto-diretor cuando se produce la ruina de la obra dentro del plazo de garantía. Lo mismo

(23) SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers*, München, 1980, pág. 93.

(24) BAUMGÄRTEL, *Die Beweislastverteilung für die Haftung des Unternehmers und des Architekten*, en *Festschrift für Friz BAUR*, Tübingen, 1981, págs. 207 y ss.; SOERGEL, *Schuldrecht. Besonderer Teil, 1 Halbband*, en *Münchener Kommentar zum BGB*, n.º 99, págs. 2.210-2.211, con amplia información jurisprudencial.

(25) RUBINO, L'appalto, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por VASSALLI, VII-3., cuarta edición con notas de MOSCATI, Torino, 1980, págs. 532 y ss.; STOLFI, Appalto (contratto), en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, pág. 656; GIANATTASIO, L'appalto, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* de CICU-MESSINEO, XXIV-2, Milano, 1977, págs. 194 y 216, con amplia información jurisprudencial.

(26) ZEPoS y CHRISTODOULOU, Professional Liability, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, *Torts*, I, dirigida por TUNC, Tübingen, 1983, 6-148; TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1970, pág. 830; ANSON'S, *Law of Contract*, 22a edición por GUEST, Oxford, 1964, pág. 437; LIPPE, *Die Haftung des Architekten nach englischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchen*, Kiel, 1960, pág. 46.

(27) MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1988, págs. 172-173.

hay que decir en relación con el arquitecto-técnico o aparejador, el ingeniero y, en general, los técnicos que intervienen en el proceso edificatorio.

Esta presunción de culpa se acompaña con la exigencia de una especial diligencia al arquitecto y los técnicos que intervienen en la construcción, aludiéndose a la obligada por la especialidad de los conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica la intervención en la obra (28).

El fundamento de la presunción de culpa en caso de ruina, extensible a todos los profesionales que han intervenido en la construcción del inmueble, se encuentra en que exigir la prueba de la culpa al comitente supondría privarle en gran medida de las posibilidades de obtener una justa indemnización de daños y perjuicios.

El propio fundamento del artículo 1.591 del Código Civil justifica que se presume la culpa de *todos* los que han intervenido en la construcción del inmueble que se arruina, sin que este precepto permita que se presuma la culpa respecto a unos (los contratistas y promotores) y no respecto a otros (los arquitectos y los técnicos) (29).

El sentido del plazo de garantía decenal corrobora la presunción de culpa en caso de ruina, pues sólo cuando han transcurrido los diez años que fija el párrafo 1.^º del artículo 1.591 se comprueba, de acuerdo con el criterio del legislador, la solidez de la obra inmobiliaria construida y desaparece la sospecha de que la eventual ruina se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto y de los técnicos. Los antecedentes históricos del artículo citado confirman esta interpretación, vinculada al propio fundamento del mismo. La Ley 21, tit. 32 de la partida tercera es muy clara en este sentido: “Sospecharon los sabios antiguos que por mengua, o culpa, o por falsedad de aquellos que eran puestos para fazerlas, aconteziere aquel fallecimiento”, siendo lógico que la doctrina española del siglo XIX afirmase comúnmente la presunción de culpa (30), y que, sobre todo, García Goyena (31) destacase su existencia en el comentario del artículo 1.532 del Proyecto de 1851, al decir que “la presunción obrará durante diez años contra el arquitecto, salvo su derecho de probar lo contrario, y sea o no la obra a precio alzado”.

(28) Amplia información jurisprudencial en este sentido por CABANILLAS, *La evolución de las responsabilidades en la construcción*, cit. pág. 359.

(29) En favor de la presunción “*iuris tantum*” de culpa, aplicable tanto al contratista como al arquitecto y los técnicos, se pronuncia la mayor parte de los autores: GARCIA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1.591 del Código Civil*, ADC, 1963, págs. 1.105-1.106; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 171-172; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 269; COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1975, pág. 427; MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC, 1982, pág. 681; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I, *Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, II, Granada, 1977, págs. 132 y ss.

(30) GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, IV, Madrid, 1877, págs. 489-490; CARAVANTES, *Febrero reformado*, II, Madrid, 1852, pág. 329; ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, voz *Arquitecto*, Madrid, 1847, pág. 269.

(31) GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 802.

2. La exoneración de responsabilidad del arquitecto y del aparejador en el caso de la sentencia

Resulta un tanto sorprendente que, en lugar de plantearse la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, se cuestione en la sentencia la del artículo 1.902 del Código Civil, cuando es evidente que nos movemos en el ámbito de la responsabilidad contractual y se produjo la ruina del pabellón por vicios de construcción, según se infiere de los hechos descritos.

La presunción de culpa de los técnicos y constructores que intervinieron en la obra inmobiliaria por ruina se apoyaría en la constante doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 1.591, anteriormente expuesta, que la afirma a pesar de que la prestación del arquitecto-director ha de ser considerada como de actividad y no de resultado (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975) (32), a diferencia de la del arquitecto-proyectista (33), lo cual evidencia que nuestro Tribunal Supremo, con buen criterio, no se apoya en el simple dato de la configuración de la prestación como de actividad o de resultado al plantearse el problema de la distribución de la carga de la prueba de la culpa o negligencia, sino que resuelve el problema concreto atendiendo a la normativa aplicable (artículo 1.591), sin olvidar el criterio de la equitativa protección del perjudicado.

En nuestra doctrina, Jordano Fraga (33) ha criticado con agudeza la teoría defendida por la doctrina francesa (Tunc, Mazeaud), que sitúa la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado en la carga de la prueba de la culpa, de tal manera que la principal virtualidad de la distinción residiría en que en las primeras la culpa del deudor debe ser probada, mientras que en las segundas esa culpa se presume por la simple falta del resultado, y es al deudor a quien incumbe vencer esa presunción con la prueba contraria del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Siguiendo a Mengoni y la tesis dominante en la doctrina italiana, Jordano Fraga (34) pone de manifiesto que los autores franceses confunden los planos de la materialidad del incumplimiento (prueba inicial dada por el acreedor) con el de su justificación (prueba liberatoria del deudor).

La diferencia entre obligaciones de medios o actividad y de resultado opera en el primer plano, es decir, en el de la prueba por el acreedor de la ausencia de exacto cumplimiento de lo debido. Prueba que cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios respecto de las cuales se denuncie su inexactitud, consiste en la prueba de la falta de diligencia debida, prueba de la culpa entendida como violación de la norma de conducta exigible. En cambio, cuando se trata de obligaciones

(32) La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975 considera que el contrato oneroso por el que el arquitecto se obliga a la dirección facultativa de las obras de construcción ha de ser calificado de arrendamiento de servicios, puesto que mediante él no promete ni debe un resultado, sino solamente la actividad de dirección de las obras precisas al efecto, calificación que persiste aunque dicha actividad se oriente mediamente hacia aquel resultado.

(33) La realización del proyecto por el arquitecto constituye el objeto de una prestación de resultado: Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1987, 29 de mayo de 1987, 27 de octubre de 1986, 24 de septiembre de 1984, 29 de junio de 1984 y 3 de noviembre de 1983.

(34) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 266 y ss.

de resultado, dicha prueba se concreta en la falta o defectuosidad del *opus* debido, de la alteración de la realidad física en que el resultado debido consiste.

En definitiva, las obligaciones de medios o actividad no son excepción al reparato ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual.

No obstante, a pesar de que se hubiese invocado el artículo 1.591, en lugar del artículo 1.902, como hubiese sido oportuno, nuestro Tribunal Supremo, en el caso de la sentencia, no habría fallado de diversa manera, seguramente porque, después de decir que no es generalizada la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis", con lo cual pone en cuestión la exactitud de la tesis que afirma que la distinción entre prestaciones de actividad y de resultado es fundamental para solucionar el problema de la distribución de la carga de la prueba de la culpa o negligencia profesional, considera, en el fondo, que no se ha acreditado que los demandados fueran posibles causantes del daño, pues afirma que "no se ha podido colegir responsabilidad en las personas concretas de los demandados, quienes no se ha demostrado intervinieran directamente en la construcción de los elementos dañados por el siniestro, ni si éste se produjo por imperfección del encofrado o defectos de montaje de los módulos que lo sustentaban, como atinadamente razona la sentencia recurrida".

Parece, pues, que la *ratio decidendi* de la sentencia hay que encontrarla en que no se ha acreditado la relación de causalidad entre el siniestro y la intervención del arquitecto y el aparejador demandados.

Todo indica que si tal cosa hubiese tenido lugar, la solución del Tribunal Supremo debería haber sido otra, a pesar de ser las prestaciones del arquitecto-diretor y del aparejador de medios o actividad, con inversión de la carga de la prueba de la culpa, de conformidad con la constante doctrina del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.902 o al artículo 1.591, si se hubiese invocado éste, lo que, extrañadamente, no ocurrió en el caso de autos. No obstante, sorprende un poco el que no se haya tenido en cuenta que el arquitecto y el aparejador están obligados a dirigir la ejecución de la obra y a vigilar como ésta se ejecuta materialmente, por lo que no resulta sencillo exonerarles de responsabilidad cuando tiene lugar la ruina de la obra inmobiliaria que han dirigido y vigilado, salvo que demuestren que no han incurrido en ningún tipo de negligencia profesional en el cumplimiento de sus obligaciones, como afirma de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar el artículo 1.591.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989 es sumamente elocuente al respecto, al decir que resulta de elemental comprensión que, ante cualquier acción de reclamación por ruina de una obra instada frente a los arquitectos-directores de la misma, éstos han de desplegar, en vía de defensa o descargo, los argumentos precisos para desvirtuar aquella responsabilidad, y uno de los más sobresalientes será el atinente con la observancia por su parte de sus elementales deberes profesionales, *entre los que se encuentra el relativo a la vigilancia de lo ejecutado*.

TANTEO Y OPCION. FRUSTRACION DEL INTERES DEL TITULAR DEL DERECHO

(Comentario a la STS. Sala 1.^a - 24 de octubre de 1990)

ANA CAÑIZARES LASO

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

I. ANTECEDENTES DE HECHO

“Móvil Oil de Canarias” y “Cooperativa Industrial de Automóviles de Servicio Público San Cristóbal” realizan, en documento privado el día 1 de junio de 1978, un contrato en el que se incluye una cláusula, en virtud de la cual se pacta que la Cooperativa notificaría la venta para que Móvil Oil pudiese adquirir la finca en las mismas condiciones en que pudiese adquirirla cualquier persona. Posteriormente la mencionada Cooperativa, vende en escritura pública de 15 de noviembre de 1984 a don Tomás Guillén (que en representación de la Cooperativa había otorgado el primer contrato) la citada finca. Seguidamente D. Tomás y ESSO, S. A. conciernen un préstamo hipotecario y derecho de superficie a favor de esta última. La entidad “Móbil, S. A.” empresa absorbente de “Móvil Oil, S. A.” interpone demanda sobre reclamación de cantidad contra D. Tomás, Cooperativa Industrial de Automóviles San Cristóbal y ESSO, S. A.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia confirma la sentencia, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos presentados por la Cooperativa y D. Tomás de una parte y ESSO Española de otra.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

“PRIMERO.—La sentencia recurrida, estimatoria en parte de la demanda presentada por la “Compañía Móvil, S. A.” contra la Sociedad Cooperativa Industrial San Cristóbal, Don Tomás Guillén Hernández y la entidad “Esso Española, S. A.”, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia, declara: A) La validez del contrato de opción en documento privado de fecha 1 de junio de 1978; B) Que la demandada Cooperativa ha incumplido sus obligaciones que tal contra-

to imponía y viene obligada a reponer a la demandante en la situación anterior al incumplimiento; C) Por tal incumplimiento, los demandados han de indemnizar solidariamente a la actora los daños experimentados; D) Que la actora tiene derecho de preferente adquisición sobre la finca n.º 3 de las que se enumeran en la escritura de división horizontal de 11 de enero de 1984, y ello en las mismas condiciones en que pudiese adquirirla cualquier persona, tal y como se pactó en la cláusula 5.º del contrato de 1.º de junio de 1978, esto es, en las condiciones y precio que se contienen en la escritura de venta de la Cooperativa demandada al codemandado señor Guillén; E) Consecuentemente, se acuerda la nulidad de dicha escritura de compraventa de 15 de noviembre de 1984 por la que la Cooperativa vendió al Sr. Guillén dicha finca n.º 3 por el precio de 5.077.874 ptas., y los actos posteriores que haya realizado el comprador respecto a dicha finca, muy singularmente la hipoteca concertada con la codemandada Esso Española, S. A. y la cesión de superficie operada a favor de ésta, y consiguientemente procede decretar la cancelación de cuantas anotaciones o inscripciones registrales hayan podido producir tales escrituras. F) Se obliga a la Cooperativa a vender la mencionada finca n.º 3 a la entidad actora en el mismo precio por el que la vendió al codemandado Sr. Guillén. Se acuerda también se fije en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.—Contra esta sentencia, cuyo fallo se ha extractado en el apartado expuesto, formulan sendos recursos de casación la demandada Esso Española, S. A. y don Tomás Guillén Hernández, conjuntamente con la Cooperativa Industrial de Automóviles del servicio público San Cristóbal. Figura también como recurrente con D. Tomán Guillén su esposa doña Olimpia Díaz Ramos. El primero de estos recursos, basado en diez motivos, formula el primero al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento alegando la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la citada doña Olimpia al mismo tiempo que su esposo. Como datos facticos básicos de este motivo la Sala de instancia consideró probado que: a) dicha señora no intervino en la escritura de venta de 15 de noviembre de 1984 que hizo la Cooperativa San Cristóbal a don Tomás Guillén del inmueble en que se ubica la estación de servicio que desde hacía largos años había instalado en él la entidad demandante. En esta escritura adquirió don Tomás una superficie de 213,72 metros cuadrados que le transmitía la vendedora. b) Que si bien en la escritura de 3 de diciembre de 1984, de préstamo hipotecario, que constitúa el mismo recurrente don Tomás Guillén, compareció su esposa que prestó su consentimiento, sin embargo a lo largo de toda ella actúa únicamente el llamado “propietario”, es decir, el Sr. Guillén, y lo mismo puede observarse en la escritura de la misma fecha sobre constitución de derecho de superficie y cesión de industria que hizo el Sr. Guillén a favor de la recurrente Esso Española, S. A. c) Muy significativo es que el contrato en documento privado de 1 de junio de 1978, en la que también interviene el Sr. Guillén como representante de la Cooperativa expresada, documento que es el origen de la litis y fundamental en ella pues allí consta un derecho de opción cuyo ejercicio se efectúa en este pleito por la entidad ahora recurrida, en tal documento no intervino la esposa doña Olimpia Díaz Ramos. De esta base de hecho no deriva como necesario que hubiera de intervenir en la litis como parte principal la citada señora: en cuanto es ajena a la constitución de un derecho de opción que fue lo que originó este pleito. De modo que de los diversos pronunciamientos del fallo impugnado, únicamente podrían afectar a doña Olimpia el relativo a la nulidad de la escritura de constitución de hipoteca y de de-

recho de superficie; en las que, sin embargo, no hace más que ostentar una intervención “formal”, ya que el actuante y declarante en ella fue únicamente D. Tomás Guillén. Y en esos casos es evidente que no ha soportado indefensión alguna, en primer lugar porque a través de una demanda de nulidad, y sobre todo en el presente recurso de casación, que se formula también a su nombre al mismo tiempo que en el de su esposo, ha desplegado ampliamente su defensa en juicio sin que en ningún caso puede considerarse indefensa. Por último, le quedaría siempre el ejercicio de las acciones correspondientes para oponerse a la actuación de su esposo en cuanto perjudicial para sus derechos, en el aspecto, parcial, como se ha visto, en que le afectase lo que se ha discutido en la litis.

TERCERO.—La figura del litis consorcio pasivo necesario, de construcción jurisprudencial, no juega en los casos en que la esposa no intervino (el principal punto litigioso debatido), aunque sea distinto en acciones de otra naturaleza en que pueda resultar perjudicada, y no lo es presumiblemente cuando ha litigado en todo momento el marido defendiendo intereses comunes y con el mismo interés, como se deduce de las sentencias de esa Sala de 4 de abril de 1988 y 13 de abril de 1989. Y como el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, es evidente que opera en contra del litis consorcio pasivo aducido la circunstancia de no haber obstáculo alguno para que, si la esposa lo estima conducente a su derecho, pueda ejercitarse, como ya se dice, las acciones correspondientes; sin que la sentencia recaída interviniendo sólo su marido produzca excepción de cosa juzgada, dado que faltaría en todo caso la identidad de la persona, requisito esencial para dicha excepción. En definitiva, al no resultar conculcada la doctrina que se expone, entre otras, en las sentencias de esta sala de 9 de abril, 31 de octubre y 4 de noviembre de 1985, 20 de enero de 1989 y del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1986, pues en todo caso se ha preservado a favor de las personas el derecho a la tutela judicial efectiva, el motivo examinado ha de ser desestimado.

CUARTO.—El segundo motivo de este recurso, con idéntico amparo procesal, acusa la infracción por no aplicación de los artículos 1508 del Código Civil, en relación con los 1091, 1255 y 1278 del propio Código, y 1618, n.º 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este motivo la parte recurrente parte de que se ejerce por el actor una acción de retracto convencional, sin que se haya seguido el juicio especial prevenido para tal derecho, ni se haya consignado el precio de la cosa enajenada. Se observa de este motivo, y en otros varios, que la recurrente identifica y asimila el derecho de opción, que es lo discutido en esta litis, con el derecho de retracto; lo que es totalmente inadmisible y por tanto no puede aplicarse al derecho de opción la doctrina científica o jurisprudencial desarrollada sobre el derecho de retracto. De ahí el rechazo de este motivo, puesto que el derecho de opción, de naturaleza jurídica personal, es un contrato principal, pues no puede sostenerse que se halle subordinado a la declaración de voluntad del optante manifestándose conforme con los términos de la oferta, ni puede decirse que sea una mera cláusula de otro contrato, aunque en el caso debatido se incluya materialmente en otro contrato. Además, la opción origina un contrato unilateral, pues sólo crea para el concedente la obligación de mantener su oferta y para el optante el derecho de aceptarla o dejarla caducar. Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción positiva en el plazo señalado, se torna en bilateral, puesto que el optante asume ya las obligaciones derivadas de la oferta (pago del precio, recepción de la cosa, etc.). Es, por

último un contrato consensual, creador a favor del optante de un mero derecho obligacional. Características que, junto a otras e incluso por sí solas, son suficientes para no confundir la opción contractual con el derecho real de retracto en cualquiera de sus variedades. Por todo ello fue acertado que la sentencia recurrida no aplicase las normas que este motivo estima infringidas. La Sala, en función de interpretación jurídica, llega a esa conclusión coincidente con la denominación clara que las partes dan a la cláusula 5.^a del contrato expresado, es decir coincidiendo con ella al calificar este derecho como de opción, en ningún caso de retracto.

QUINTO.—El tercer motivo de la entidad Esso Española, con el mismo apoyo procesal, acusa la no aplicación del art. 1115, inciso 1.^o del Código Civil, y sostiene que como en la cláusula 5.^a del contrato de 1 de junio de 1978 se deja al arbitrio del deudor el cumplimiento de la opción que se establece, tal cláusula es nula. El motivo merece total rechazo, porque no se trata evidentemente de una obligación “condicional”, sino, como ya se deja dicho, de la constitución de un derecho personal de opción, en el que es consustancial conceder al favorecido (no al deudor, como el motivo dice) el derecho a concluir un contrato, aceptando, a través de voluntad unilateral, las condiciones de la oferta. Por consiguiente, no cometió infracción alguna la Sala “a quo”, al no aplicar el art. 1115 invocado.

SEXTO.—El motivo cuarto de este primer recurso, con el mismo apoyo procesal, acusa la no aplicación del art. 1257, primer inciso del Código Civil en relación con los artículos 1101 y 1107; basándose en que la recurrente Esso Española, S. A. no fue parte en el contrato de 1 de junio de 1978, respecto a cuyos acuerdos es un tercero de buena fe; por otra parte, viene a sostener que al tratarse de una opción no inscrita en el Registro de la propiedad no puede perjudicar a tercero, siendo los únicos implicados los contratantes entre los que no figura la ahora recurrente. Es de observar que la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (sentencia de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos, y también se ha declarado que el tercero ajeno al contrato no puede impugnar en juicio su validez o ineficacia (sentencia de 25 de febrero de 1984), contrariamente a lo que en el anterior motivo dice, en su criterio de ajena al contrato, la entidad recurrente. Más es de tener en cuenta que siendo admitido que tal entidad adquirió derechos de quienes allí intervinieron en concepto de propietarios del inmueble cuya opción de compra se concedió a la recurrida, derechos adquiridos a través de la escritura de cesión de industria y derecho de superficie, es claro que le afecta el contrato y sus efectos, pues, como declararon las sentencias de 17 de diciembre de 1959, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965, el contratante a título particular, como lógica consecuencia de la relatividad de los contratos, ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido, sin que sea obstáculo dicha relatividad para que en otro aspecto pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, entre los que está la actual recurrente, que ha de soportar los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella, por lo que no puede reputársele tercero en el orden civil. Por tanto, este motivo decae igualmente.

SEPTIMO.—Si la entidad recurrente Esso Española, S. A. asume efectos del contrato de 1 de junio de 1978, según se razona en el fundamento anterior, y ello lo actúa en el aspecto sustantivo, es lógico que también los asuma en el aspecto pro-

cesal y por consiguiente no le es aplicable el art. 533, n.^º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que no concurre a su favor la excepción de falta de legitimación pasiva, puesto que evidentemente tiene “el carácter” con el que se le demanda; expresión de la ley procesal que alude, según la doctrina científica de más aceptación, al aspecto sustutivo de los derechos que se discuten en juicio. El motivo debe, pues, seguir la suerte desestimatoria de los anteriores.

OCTAVO.—Merecen igual repulsa los motivos sexto y octavo, que se formulan al amparo del n.^º 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El primero de ellos acusa error de hecho en la apreciación de la prueba, con base en documentos que señala que, como el propio motivo reconoce, han sido examinados por la Sala de instancia, lo que es suficiente para su fracaso, en cuanto que, como se ha declarado con mucha reiteración, la Sala de casación no es Sala de instancia, y ha de admitir la interpretación de los contratos hecha por la sentencia recurrida en tanto no se impugnen, no a través del n.^º 4, sino del 5.^º del art. 1962 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El motivo octavo alega, con idéntico apoyo procesal, error de derecho en la apreciación de la prueba, y da lugar a un doble reproche para su desestimación: por un lado, enfoca el error de derecho a través del n.^º 4 del art. 1692, cuando su cauce procesal adecuado, como con reiteración se ha declarado en la jurisprudencia, es el n.^º 5, del propio artículo; por otro lado, es improsperable un error de derecho en cuanto en este caso no se citan, como es preceptivo, los artículos o normas sobre apreciación de la prueba que hayan sido infringidos.

NOVENO.—El motivo 7.^º de este recurso, al amparo del n.^º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusa la aplicación de los artículos 434 del mismo Código y 34, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria. Razona la recurrente a este respecto que no puede deducirse una actuación maliciosa de la recurrente, que ha ejercitado sus derechos de buena fe. Más es de recordar que la prueba de presunciones judiciales, que se impugna es este motivo en su utilización por la Sala, requiere por una parte partir de unos hechos básicos probados y el que la Sala “a quo” ha decidido (en este caso, la actuación de mala fe o de dudosa buena fe de la entidad recurrente) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 del Código Civil). Y en este motivo lo que se hace no es combatir este enlace preciso y directo, sino los hechos básicos por conducto procesal equivocado, en cuanto esta Sala tiene muy reiteradamente declarado que la impugnación de los hechos básicos en que la Sala se apoya para establecer sus conclusiones ha de hacerse por conducto ahora del n.^º 4 del art. 1692, y antes del n.^º 7 del mismo artículo. En definitiva, que no impugnados debidamente los hechos que como probados aceptó la Sala de instancia, este Tribunal Supremo ha de admitirlos como tales; lo que lleva a la desestimación del motivo que se ha examinado, por deducirse de aquellos hechos que la entidad ahora recurrente conocía la situación fáctica precedente y ello la indujo a contratar con sus codemandados en la forma en que lo hizo, causando evidentes perjuicios a la entidad debidamente, aunque no lo cita, el art. 1253 del Código Civil y procedió correctamente al tener en cuenta los otros preceptos invocados en el motivo, aunque no para deducir las mismas conclusiones que la recurrente.

DECIMO.—El motivo noveno de este recurso, con el mismo amparo procesal que el anteriormente examinado, acusa la no aplicación del art. 34 de la Ley Hipotecaria; motivo que se dice complementario del séptimo. Se aduce que la cláusula 5.^ª del contrato de 1 de junio de 1978 carece de efectos reales al no haber sido inscrita y que son válidas la constitución de los derechos de superficie e hipoteca

que el señor Guillén otorgó a favor de la recurrente Esso Española, S. A. El motivo, al igual que el séptimo al que complementa, debe decaer por las siguientes consideraciones: a) La Sala de apelación fija unos hechos de los que, al igual que el Juez de 1.^a instancia, deduce que la recurrente citada no actuó de buena fe (fundamento de derecho 5.^o); hechos, como ya se indicó, cuya impugnación en este recurso ha fracasado, por lo que hay que considerarlos probados; de ellos se deduce que la recurrente Esso Española conocía los hechos y las transmisiones operadas y que ello aconteció antes de proceder a demoler las instalaciones y publicidad que en el mismo inmueble tenía la recurrida Móbil, S. A.; consta asimismo que ambas entidades (recurrente y recurrida) operan en el mismo negocio comercial, es decir que son competidoras; de todo ello en conjunto se deduce la mala fe de la recurrente Esso Española, S. A. b) Por consiguiente, a los efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, le falta el requisito inicial de la buena fe, apreciado no ya sólo por la Sala “a quo”, sino también por esta Sala, partiendo de que la mala fe no se presume, pero que como calificación jurídica de conductas y actividades es cuestión de derechos, variados los hechos que se aprecian, derivada de los factores de hecho que la misma instancia suministre (sentencias, entre otras, de 5 de febrero y 24 de abril de 1962 y 7 de octubre de 1972). c) Tal situación de mala fe a efectos registrales, y también civiles, deriva de este caso de la noticia perfecta de la situación jurídica “extratabular” o de fuera del Registro que tenía la recurrente mencionada, es decir, tanto del objeto de las enajenaciones como de las posibles causas susceptibles de enervar el derecho de su transferente (sentencias de 2 de julio de 1965 y 5 de enero de 1977), el Sr. Guillén, que incumplió lo estipulado en contrato anterior con la recurrida, de lo cual fue informada en tiempo suficiente para poder rectificar su conducta la entidad Esso Española, y no lo llevó a efecto. d) Se deduce, por lo tanto, que la recurrente no puede ser protegida por la fe pública registral, en cuanto las inscripciones no convalidan los actos defectuosos ante situaciones de discordancia del Registro con la realidad jurídica (arts. 33 y 39 de la Ley Hipotecaria); como fue la titularidad transmitida a Esso Española, viciada de los defectos de que adolecía la titularidad del transmitente, comprometido con la recurrida a soportar los efectos del ejercicio de un derecho de opción válido y eficaz.

UNDECIMO.—Por último, el motivo décimo del recurso de Esso Española, S. A., con el mismo amparo procesal, acusa la no aplicación del art. 1137 del Código Civil, en relación con el 1902 del mismo Cuerpo legal. Se dice en el motivo que la sentencia hace compatible una responsabilidad contractual con otra extraconceptual en forma solidaria. El motivo también ha de rechazarse, porque: a) Lo debatido en la litis es únicamente los efectos de un contrato de opción; variados efectos, entre los que figura la indemnización de daños y perjuicios por su incumplimiento; por lo tanto, no es acertado estimar que hubo, además, una responsabilidad extracontractual. b) La declaración de solidaridad que hace la sentencia no es con base en el art. 1137 del Código Civil (solidaridad contractual), pues no hay contrato en que se estipule; pero si se deduce del suplico de la demanda, donde se pide una condena solidaria derivada de la sentencia que la declara, y es conforme con al congruencia procesal del fallo; de igual forma que cuando se pide la condena solidaria al pago de costas, siendo viable entonces, si procede, acceder a dicha condena, como se decide, entre otras, de la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 1956). c) En definitiva, no hubo responsabilidad solidaria extracontractual, sino únicamente contractual que la Sala “a quo” consideró justo declarar para mayor ga-

rantía de los perjudicados por la infracción contractual origen de aquella responsabilidad.

DUODECIMO.—Pasando al estudio y resolución del recurso de casación interpuesto por la Cooperativa Industrial de Automóviles del Servicio Público San Cristóbal, por D. Tomás Guillén Hernández y doña Olimpia Díaz Ramos, son de examinar en primer luar los motivos 9.^º a 12.^º, ambos inclusive, que vienen a plantear lo mismo que el motivo primero del recurso de casación ya examinado: la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la esposa del Sr. Guillén. Se tienen por reproducidos los razonamientos expuestos sobre este punto en los fundamentos de derecho 2.^º y 3.^º. Además, es de observar respecto del motivo 9.^º, donde, al amparo del n.^º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa la infracción de los artículos 71, 1375 del Código Civil y 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo siguiente: a) Que no consta que don Tomás Guillén se atribuyese la representación de su esposa, luego no infringió el art. 71 del Código Civil, sino que se limitó a actuar en su propio nombre en negocios de su incumbencia. b) Por otro lado, como declara la sentencia de 5 de mayo de 1983, no pueden fundar su acción de nulidad (en este caso acusar falta de litis consorcio pasivo necesario) los vendedores que podían y debían tener conocimiento exacto sobre el alcance de sus facultades dispositivas en relación al inmueble que transmitieron; supuesto que es el de la cooperativa vendedora y de don Tomás Guillén, al pedir la casación de la sentencia por motivos que dependieron de su conducta persona. c) Según el art. 1382, párrafo 2.^º, del Código Civil, “cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción”. Sin olvidar que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal y en tanto puede cada uno, según dicho precepto, accionar sobre dichos bienes (sentencias de 4 de diciembre de 1958, 27 de febrero de 1960 y 26 de septiembre de 1988, entre otras). En cuanto al motivo 10.^º, ya se razonó que la posición de la esposa en esta litis no ha sido en modo alguno de indefensión; lo que elude la infracción de los artículos 24.1 de la Constitución, 7.3 y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y da lugar a la desestimación de dicho motivo. El motivo 11.^º ampara en el n.^º 3 del art. 1692, y acusa la infracción de los artículos 238, n.^º 3, y 240 de dicha Ley Orgánica; y es totalmente improsperable, en cuanto no aparece que se haya prescindido indefensión, ni, por tanto, procede nulidad de pleno derecho de las actuaciones. Como ya se dijo, doña Olimpia Díaz interviene en este recurso de casación con toda la amplitud que ha tenido por conveniente, ello aparte de las acciones de que se crea asistida que puede ejercitarse en el procedimiento correspondiente, en cuanto que los actos que haya realizado su esposo sin su consentimiento son anulables a su instancia, pero no radicalmente nulos, según doctrina reiterada de esta Sala. El motivo 12.^º con amparo en el n.^º 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, formulado de manera compleja y heterogénea, acusa error de hecho en la apreciación de la prueba, con apoyo en los mismos documentos que la Sala de instancia ya examinó, y por otro lado razona sobre la tutela efectiva de los derechos de la persona, en forma que ha sido ya refutada con anterioridad, por lo que también ha de ser desestimado el motivo indicado.

DECIMOTERCERO.—En el motivo primero de este segundo recurso se acusa al amparo del n.^º 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción de los artículos 238, 1 y 3, y 248, 3 y 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del art. 120, apartado 3.^º, de la Constitución, relativos a la forma de las resolucio-

nes judiciales. Motivo que ha de ser desestimado, porque es evidente que la resolución recurrida ha seguido estrictamente la forma establecida en la Ley, y, por lo ya dicho, no ha causado indefensión para ninguno de los recurrentes.

DECIMOCUARTO.—El motivo segundo del mismo recurso denuncia con apoyo en el n.^o 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la infracción del art. 533, 2.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil y 150.4 de la Ley de sociedades anónimas, al causar falta de personalidad en la entidad actora por no haber sido la que actuó en el contrato de 1 de junio de 1978, sino su antecesora “Móvil Oil Canarias, S. A.”, y haber otorgado unos poderes para pleitos que los recurrentes consideran ineficaces. El motivo decae, en cuanto consta la legalidad de la absorción o fusión de sociedades que tuvo lugar a favor de la demandante, sin que nada conste probado en contrario, de modo que, como es evidente, en estos supuestos la nueva sociedad absorbente o resultante de la fusión lógicamente asume las obligaciones y los actos otorgados por la absorbida o fusionada; de otro modo se daría lugar a un evidente fraude que ninguna ley ampara (art. 7 del Código Civil). Por tanto, no cabe discutir la legalidad de la subrogación de la actora en el lugar de su antecesora y la validez de los actos otorgados por esta última, que la absorbente asumió. Así se deduce, además, de los artículos, 112, 1255 y 1258 del Código Civil, en cuanto sería contrario a la buena fe y al orden público que en caso de absorción de una sociedad por otra, la absorbente no respondiese de las deudas y compromisos contraídos por la absorbida.

DECIMOQUINTO.—En el motivo 3.^º de este recurso segundo, apoyado en el n.^o 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se acusa la infracción de los artículos 1152, 1256 y 1257 del Código civil. En este motivo, con la prolijidad que caracteriza la exposición que los recurrentes hacen, se examinan desde un punto de vista parcial algunas de las pruebas practicadas en la litis, pero no se dice sustancialmente en qué consisten concretamente las acusadas infracciones de los preceptos invocados. Todo ello, aparte de que la cuestión de una cláusula penal es nueva en la litis al no haber sido objeto de debate, ni de tratamiento en la sentencia recurrida. Para nada se cita el art. 1152 del Código Civil, y en cuanto a la relatividad de los contratos, en el fundamento de derecho 6 de esta sentencia se razona la posición al respecto de los recurrentes, exposición que se da aquí por reproducida. Siendo, por todo ello, de rechazar también este motivo tercero.

DECIMOSEXTO.—El motivo 4.^º, también sobre la base procesal del art. 1692, n.^o 5, alega la infracción de los artículos 1521 y 1524 del Código Civil y 1618, número 1.^º y 2.^º y 5.^º, del artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativos todos ellos al ejercicio de la acción de retracto legal; y en relación con este motivo, el motivo 5.^º, con idéntico apoyo procesal acusa la infracción también de los mismos artículos del Código Civil y Ley procesal y además la del art. 533.2.^º, de la Ley procesal. Ambos motivos son rechazables sin duda alguna por las siguientes consideraciones: a) Se apoyan, a diferencia del otro recurso, en la existencia de un retracto “legal”, base evidentemente errónea porque, como ya se ha razonado, se trata de un derecho razonado, se trata de un derecho de opción derivado de contrato, y no de retracto alguno, legal ni convencional. b) Se señala que ha caducado la acción de “retracto”, lo que no puede ser, pues no había retracto alguno; pero aunque se entienda que se refiere al plazo para el ejercicio del derecho de opción, tal plazo no consta haya transcurrido, en cuanto no se probó que la vendedora del inmueble notificase la venta al titular del derecho de opción como le exige la estipu-

lación 5.^a del contrato de 1 de junio de 1978, según se probó en la instancia (fundamento de derecho 4.^º de la sentencia del juez de primera instancia, implícitamente aceptado por la Sala “*a quo*”), en cuanto no puede de ningún modo empezar a contarse tal plazo como sostiene el recurso desde el 15 de noviembre de 1984 en que se celebró la venta del inmueble sobre que recaía el derecho de opción. c) Se sostiene también que la recurrente, como demandante, carece de legitimación activa por no tener el carácter con que demanda: aseveración que ya sido refutada en cuanto es sucesora activa y pasiva de la sociedad a la que absorbió, consecuentemente, según el recurso, al no tener existencia al pactarse el derecho de opción no puede pedir la nulidad de un contrato, como el de 15 de noviembre de 1984 aludido, en que no fue parte. Más es de recordar lo que con anterioridad se razonó sobre la relatividad de los contratos, conclusión corroborada por el principio general de derecho “*resolutio jure dantis, resolutitur jus concessum*”, en el sentido de que resuelto el derecho del transmitente Sr. Guillén por haber incumplido el tan citado derecho de opción, quedan resueltos los actos posteriores que tal transmitente efectuó a espaldas de tal derecho; es decir, los actos basados en una transmisión viciosa de su derecho en que intervino la entidad Esso Española, S. A., que en tal concepto es tercero civil afectada por efectos contractuales en que cuya generación no intervino.

DECIMOSEPTIMO.—En el motivo sexto, también con idéntico amparo procesal, se acusa la infracción del art. 93 de la Constitución y los arts. 1257, 1261, 1300 y 1302 del Código Civil, y se alega que con el ejercicio de su acción la entidad demandante y ahora recurrente pretende un enriquecimiento injusto y anular un contrato en que no ha sido parte (el de 15 de noviembre de 1984). El motivo sigue basándose en la disciplina de un derecho de retracto, posición como se indica repetidamente equivocada. Y ha de ser desestimado, porque no se advierte infracción alguna del art. 9.3 de la Constitución cometida por el fallo recurrido, ni tampoco de los artículos del Código Civil que se invocan, siendo al respecto de reproducir lo que antes se dice acerca de la relatividad del contrato aplicada al caso ahora contemplado, tanto respecto del contrato de 1 de junio de 1978, como del celebrado el 15 de noviembre de 1984. En el primero intervino la sociedad antecesora de la recurrente, a la ésta absorbió, y por tanto asumió su posición jurídica total; y en el segundo, aunque no fue parte la recurrente, sí lo fue el recurrente don Tomás Guillén infractor del primero de los contratos ahora citados, cuya infracción acarrea la de los contratos posteriores, pues al resolverse su derecho originario quedaron resueltos esos actos posteriores. De ahí la legitimación de la recurrente para pedir esa nulidad, pues resultaba, de ser válidos, obligada, al menos subsidiariamente y perjudicada, por la conducta infractora de su contraparte en el contrato originario de 1978, con apoyo también la acción ejercitada en los artículos 1101, 1104 y 1106 del Código Civil; debiendo en consecuencia, como ya se dice, ser rechazado el motivo.

DECIMOCTAVO.—El motivo 7.^º del segundo recurso, con apoyo en el n.^º 5 del art. 1692 de la Ley procesal civil, acusa la infracción de los artículos 1257 y 1137 del Código Civil, sosteniendo que no hay solidaridad, ni son acumulables las acciones derivadas de contratos diversos. Son de reproducir aquí las razones expuestas para refutar la infracción de los mismos preceptos en motivos ya examinados. La solidaridad que acuerda el fallo recurrido se atiene a la congruencia procesal que impone el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La relatividad de los contratos incluye, como ya se dijo, que los causahabientes de un contratante, como la entidad Esso Española, se hallan ligados por las declaraciones de sus causantes (el señor

Guillén) y la Cooperativa (también recurrente). Y, finalmente, la acumulación de acciones que hace de la demanda, basada principalmente en los contratos de 1978 y 1984, ya mencionados repetidamente, y la constitución de hipoteca y derecho de superficie y cesión de industria, se funda en el primero de estos contratos; título único que involucra a todos los demandados, según se ha razonado reiteradamente. De ahí que no haya sido infringido el art. 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil, puesto que las acciones ejercitadas en este caso de uno contra varios se basan en un mismo título o, en todo caso, tienen la misma causa de pedir; a saber, su base en el derecho de opción que convino la entidad recurrida y demandante en la instancia. En definitiva, también este motivo debe ser desestimado.

DECIMONOVENO.—Por último, el motivo 8.^o del recurso segundo, formulando en base al n.^o 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, viene a ser un resumen implícito, no sólo desde el punto de vista de hecho sino también de derecho, de toda la cuestión debatida. Desde el punto de vista fáctico, que es el que se transcribe en el título del motivo, es evidente su desacuerdo, en cuanto nos sirve para poner de relieve error de hecho en la apreciación de las pruebas por la Sala de instancia. Efectivamente, se citan en él unos setenta documentos, de cuyo examen concretos los recurrentes que se deriva la falta de legitimación de la entidad recurrida, así como la ausencia de solidaridad en las obligaciones que ha sido declarada por la sentencia impugnada. De asumirse por esta Sala de casación este motivo, resultaría que este recurso extraordinario se habría convertido en una tercera instancia, en cuanto la Sala habría de volver a examinar los numerosos documentos que se aducen y deducir, no de cada uno o de alguno de ellos, el error señalado del fallo, sino una conclusión conforme con la que obtienen los recurrentes; lo que es desde luego inadmisible y lleva consigo la desestimación del motivo; que se basa en su redacción, por otro lado, en cuestiones y afirmaciones de los recurrentes ya formuladas en otros motivos y que en cada caso han sido debatidas.

VIGESIMO.—La desestimación de todos los motivos en cada uno de los dos recursos de casación que se han examinado da lugar a la desestimación de ambos recursos, con imposición a cada parte recurrente de las costas del respectivo recurso, y acordar la pérdida de los depósitos que ambos constituyeron a los que se dará el destino legal; todo ello en cumplimiento del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento civil”.

III. COMENTARIO

Es indispensable en el análisis de esta sentencia aludir a tres cuestiones previas: En primer lugar, las partes califican el derecho otorgado como opción. En segundo lugar, no se encuentran entre los antecedentes de hecho los términos exactos con que se expresaron las partes en la cláusula 5.^a del contrato que dio origen al presente caso. No obstante la Sentencia de 1.^a Instancia (recogida en el Fundamento de derecho primero) declara “Que la actora tiene derecho de preferente adquisición sobre la finca n.^o 3 de las que se enumeran en la escritura... y ello en las mismas condiciones y precio que se contienen en la escritura de venta de la Cooperativa demandada al codemandado Sr. Guillén”. En tercer lugar, en ningún momento se menciona la existencia de un plazo para el ejercicio de la opción. Y en cuanto al precio acabamos de señalar que sería el mismo por el que lo adquiriese cualquier persona.

Estas consideraciones conducen a preguntarse si la cláusula 5.^a del contrato existente confería un derecho de opción, o más bien un derecho de tanteo convencional. Las dos instancias y el Tribunal Supremo lo califican como contrato de opción. Sin embargo es bastante improbable que exista una contrato de opción cuando no se fija un precio cierto y un plazo determinado. Sería deseable, o mejor dicho indispensable que entre los antecedentes de hecho se redactasen los términos exactos de las cláusulas de un contrato, y sobre todo el contrato en el que se incluyen, máxime cuando precisamente son el origen del caso que se discute.

Con independencia de lo anterior, no entramos, a propósito, en el presente comentario en otras cuestiones, como la alegación por parte de ambos recurrentes de la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la esposa del Sr. Guillén al mismo tiempo que él, teniendo en cuenta que sólo el Sr. Guillén fue parte del contrato.

Otra cuestión suscitada por los recurrentes es la falta de personalidad de la actora por no haber sido la contratante inicial. Es evidente, como dice el Supremo, que en los supuestos de fusión de sociedades, la sociedad resultante asume las obligaciones y los actos otorgados por la absorbida o fusionada, pues los causahabientes de un contratante se hallan ligados por los actos de su causante.

Aclaradas estas cuestiones, el problema fundamental que se plantea en el caso de esta sentencia es a nuestro juicio la frustración de un tanteo convencional, y las consecuencias jurídicas a que conduce.

En principio, como señalan Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, III. Madrid 1990, p. 55) “En sí mismos considerados los derechos de tanteo y de retracto son, como el derecho de opción, simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de la situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados derechos potestativos”.

A pesar de ser discutible la configuración real o personal de estos derechos, depende en gran medida del carácter que en el título las partes decidan darle.

Es de todos sabido que el tanteo personal impone la carga u obligación de ofrecer antes que a otros la cosa que se pretende vender, mientras que el tanteo real sujet a la cosa misma y puede hacerse valer “erga omnes” y por tanto incluso frente a los adquirientes. En el caso de que los contratantes configuren como real el tanteo, dice Peña y Bernaldo de Quirós (*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid 1986, p.345) que “si el dueño con desconsideración a este derecho transmite la cosa a un tercero se dice que el tanteo se convierte entonces en retracto”. En este sentido son contradictorias la RDGR 4-1-1927 en la que la Dirección negó que el tanteo convencional pudiera ser un derecho real, y por tanto inscribible; y la RDGR 20-9-1966 en la que se señala que “existe convenio en el que se concede al titular la facultad (erga omnes) de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito”. El derecho de tanteo si es personal no dará lugar al retracto, mientras que dará lugar a él si tiene eficacia real.

A nuestro juicio, la opción y el tanteo son derechos potestativos, como veremos inmediatamente. En nuestro caso el derecho de tanteo, calificado por las distintas Salas de opción, no fue inscrito, aunque de seguirse el criterio de la Dirección en la última resolución citada podría haberlo sido (v. Arechederra, “Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal”, R.D.P.1980, pp.123 y ss.). Aunque el derecho de tanteo se inscriba, la inscripción no opera un cambio de naturaleza en el derecho, si bien éste adquiriría eficacia real.

A pesar de calificarse como opción y en este tipo de derecho centramos el comentario, no debe olvidarse que la frustración del interés del titular de los derechos de tanteo y opción entendidos como derechos potestativos, conduciría a las mismas consecuencias jurídicas.

La sentencia que comentamos confirma la de 1^a instancia declarando: válido el contrato de opción; incumplimiento de la Cooperativa a la que obliga a reponer a la demandante (Mobil S.A.) en la situación anterior al incumplimiento, nulidad de la compraventa y de los actos posteriores que realizó el comprador, concretamente el derecho de hipoteca y la cesión de superficie. (Fundamento de Derecho Primero).

Frente a estas declaraciones es completamente necesario definir el contrato y el derecho de opción (v. Fundamento de Derecho Cuarto: la opción origina un contrato unilateral... Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción se torna en bilateral). En virtud del contrato de opción, el concedente de la opción atribuye al beneficiario de la misma un derecho por el que ésta última, en cierto período de tiempo, podrá decidir unilateralmente la celebración de un determinado contrato. Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid 1983, p. 229) comparando el contrato de opción con la oferta irrevocable, caracteriza la opción a diferencia de la oferta como negocio bilateral, que obliga a ambas partes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario específicos deberes, por ejemplo el pago del precio de la concesión de la opción. En efecto el contrato de opción podrá ser unilateral o bilateral según los casos, esto es, dependiendo de que existan o no obligaciones para ambos y de la estructura de estas obligaciones.

El contrato de opción, crea, como todo contrato, obligaciones. El concedente de la opción queda vinculado por este contrato de una parte, a aceptar el contrato prefigurado si es que el optante decide ejercitar su derecho y de otra, queda sujeto a no celebrar contratos incompatibles con terceros durante la vigencia de la opción (vid. por todos Díez-Picazo, *Fundamentos I*, cit., p.230).

La celebración de un contrato de opción atribuye al beneficiario un derecho de opción. Puede pensarse que el derecho de opción es un derecho de adquisición a modo de derecho potestativo, entendiendo por tal, el que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica entre ella y otra, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia (vid. Larenz, *Derecho Civil. Parte General*, Jaén 1978, p.2819. En realidad, como acabamos de decir, estamos en presencia de una facultad otorgada al optante que en ningún momento origina una pretensión, sino una sujeción del sujeto pasivo. En este sentido señala Larenz (ob. cit., p. 281) que "el derecho potestativo confiere al titular un (poder) jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad... Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica".

En este sentido entendemos que esta facultad en ningún momento origina una pretensión sino una sujeción del sujeto pasivo. Hasta el momento en que el optante no manifiesta su consentimiento para comprar no existe compraventa.

Declarada la validez del contrato de opción por las distintas Salas, e "incumplido", en términos de la sentencia, este contrato, se declara al mismo tiempo la nulidad de la escritura de compraventa. Como se puede observar (Fund. de Derecho Décimo sexto) el Tribunal Supremo argumenta primero al hilo de la relatividad de

los contratos, la nulidad del contrato de compraventa porque el vendedor se hallaba vinculado anteriormente por un contrato de opción. Recordemos que por el contrato de opción, el concedente de la misma queda sujeto a no celebrar contratos incompatibles, pero de ningún modo se priva de su titularidad, puesto que sigue siendo propietario. Si trata de frustrar la opción deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados pero no existe vicio que pueda afectar a su titularidad (vid. mi comentario a la STS 6-11-1989, Poder Judicial nº 20, pp. 75 y ss.). Incluso no siendo titular, podría obligarse válidamente.

Configurada la opción como un derecho potestativo con alcance personal es eficaz inter partes, por lo que el beneficiario de la opción perjudicado por la conducta del concedente podrá únicamente reclamarle indemnización de daños y perjuicios, pero no podrá dirigirse contra el tercero. Se ha querido ver en la opción un derecho real cuando ésta se halla inscrita (art. 14 R.H.). No obstante ya hemos dicho que la inscripción no opera un cambio de naturaleza en el derecho, y la opción no otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de poner en vigor un negocio jurídico independientemente de la voluntad del sujeto pasivo. Del negocio jurídico, compraventa, nace ya el derecho a exigir su cumplimiento y por tanto su pretensión de naturaleza obligacional. El derecho real nacerá cuando se entregue la cosa. La inscripción de la opción hace oponible a terceros adquirientes pero no la convierte en un derecho real. En el caso de la sentencia que comentamos, la calificada opción no estaba inscrita, pero es que aunque lo hubiese estado el contrato de compraventa realizado con posterioridad no habría sido nulo. Si la opción está inscrita, la venta posterior de la cosa objeto de la opción no impide el ulterior ejercicio de la opción. Textualmente señala Torres Lana (*Contrato y Derecho de opción*, Madrid 1987, p.114) que “al optante no le corresponde una acción indemnizatoria, porque no ha experimentado perjuicio alguno. La integridad con que el optante sigue ostentado su derecho se manifiesta en la posibilidad de ejercitarlo frente a cualquier titular registral posterior”.

Como se puede observar el derecho de opción de compra no imposibilita y menos hace nula la venta posterior de la cosa objeto del contrato de opción. Estaría ante un supuesto distinto, en el caso de que el concedente de la opción que mantiene en su poder la cosa se niegue a cumplir lo pactado. Ello no daría lugar sólo a indemnización de daños y perjuicios sino que su cumplimiento puede ser exigido al amparo del art. 1451 CC (v. De Castro, *La promesa de contrato*, ADC 1950, pp. 1181 y ss.). En nuestro caso, siendo un derecho de tanteo y hecha la notificación, el titular del tanteo podrá comprar por el mismo precio, puesto que el derecho de tanteo impone el deber de ofrecer al que se halla sujeto a él. En caso de incumplimiento de este deber tendrá que indemnizar pero en ningún caso hace nula la venta posterior realizada.

Por último es fundamental en el estudio de este caso, analizar de que manera incide la buena o mala fe de los contratantes, pues quizás ello sea la piedra angular en la decisión de las tres Salas.

La recurrente Esso E., al amparo del nº 5 del art. 1692 LEC acusa la no aplicación de los arts. 434 CC y 34 LH. Acusa el Supremo el mal planteamiento (Fund. de Derecho Noveno) pues “la impugnación de los hechos básicos en que la Sala se apoyó para establecer sus conclusiones ha de hacerse por conducto ahora del nº 4 del art. 1692 y antes del nº 7 del mismo artículo”. No obstante, la recurrente al mismo amparo acusa la no aplicación del art. 34.2 LH.

La apreciación de la buena fe subjetiva en cuanto consiste en hechos sería atacable por la vía del nº 4, pero como señala Miquel González (Comentario al art. 7.1 CC, en Comentario al CC, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, en prensa) “no debe olvidarse que respecto de ella existen disposiciones de la Ley cuya infracción debe atacarse por la vía del nº 5”.

A la hora de aplicar el Derecho, el concepto de la buena fe puede ser valorado de distintos modos. De forma general el art. 7.1 establece que “los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Como señala Miquel “Una sentencia que tan sólo mencione o reproduzca el art. 7.1 no contiene una verdadera fundamentación por la extrema vaguedad e indeterminación del mismo. Se requiere que concrete la regla que hace contrario a la buena fe, el ejercicio del derecho en cuestión, y la consecuencia jurídica que esa regla impone, porque nada de eso se desprende directamente del art. 7. 1”.

En el caso del art. 34.2 LH nos hallamos ante una concreción legislativa de la buena fe, no ante una invocación de la buena fe que requiera un ulterior desarrollo. Señala Miquel, “hay que distinguir la buena fe como parte de un supuesto de hecho normativo delimitado por el legislador, lo que no sucede en el art. 7 de la buena fe como contenido material de un principio del que surgirán normas en sentido técnico”. En algunos casos la buena fe opera en una norma determinada pero ella misma no está definida, mientras que en otro la buena fe opera y además está definida. Siguiendo al citado autor “En estos casos el Juez se encuentra ante normas perfectamente determinadas e incluso en cuanto al contenido de la buena fe. No sólo están descritos y delimitados el supuesto de hecho del que forma parte como un elemento más, la buena fe, y la consecuencia jurídica, sino además la buena fe está definida de manera que su determinación está sustraída a la libre apreciación judicial”.

Con respecto al art. 434, aunque el recurso se plantea mal, hay que decir, que, de acuerdo con lo establecido por este artículo la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba. En dicho precepto se establece la distribución de la carga de la prueba en términos de presunción. Debe probarse por tanto la mala fe. En el caso que nos ocupa, la Sala de instancia dedujo la actuación de “mala fe o de dudosa buena fe”. No parece, en principio suficientemente demostrativa la “dudosa buena fe” a efectos de prueba, pero así lo estima.

En el supuesto del art. 34.2 LH la buena fe ha sido concretada por el legislador, ya no es un concepto indeterminado que el juez deba precisar, por lo que sólo procede la subsunción. La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, compidiéndose en este concepto los posibles vicios de la titularidad del trasferente. En nuestro caso la mala fe de Esso S. quedaría probada en cuanto al conocimiento por parte de esta entidad de los posibles vicios en la titularidad de su trasmisente.

Por ello no parece suficiente, el conocimiento de la situación fáctica. Tanto si fuese un derecho de opción como lo que parece realmente, esto es, un tanteo personal, pues es de todos conocido que la existencia de un contrato anterior no “vicia” la titularidad del trasmisente. En este caso en cuestión si la mala fe no se hubiera demostrado, puesto que la dudosa buena fe no es mala fe, es muy dudoso que se pueda conceder eficacia a una opción de compra no inscrita frente a derechos reales inscritos, hipoteca y derecho de superficie.

En el segundo recurso no se discute por los recurrentes, Cooperativa y Sr. Guillén, la mala fe de ambos probada por la Sala de instancia, fundamentalmente por lo que se desprende del segundo Fundamento de Derecho, puesto que el Sr. Guillén (comprador) había intervenido como representante de la Cooperativa en el anterior contrato por el que se concedió la supuesta opción.

Aunque la mala fe aquí, no radicaría tanto en el conocimiento de la existencia de un contrato de opción, sino en el conocimiento de la existencia de la falta de notificación.

En este caso podría pensarse en la figura del contrato en daño de tercero. Si se estimarse contrato en daño de tercero el otorgado por la Cooperativa y el Sr. Guillén, la Cooperativa (parte en el segundo contrato y sujeto pasivo del derecho lesionado) incurrirá en responsabilidad contractual por incumplimiento. El Sr. Guillén, probado el conocimiento de la lesión incurrirá en responsabilidad extracontractual del art. 1902. Ambos deberían indemnizar solidariamente los perjuicios. Como señalan Díez-Picazo y Gullón (Sistema II, Madrid 1990. p. 97) "Si son conscientes de que a través del contrato lesionan un derecho ajeno es un contrato con causa ilícita, el perjudicado estará legitimado en todo caso para solicitar su nulidad absoluta. Actúan inmoralmente, porque a pesar de ser conscientes de la consecuencia de su acto, lo celebran". Pero como dice Gullón ("En torno a los llamados contratos en daño de tercero" RDN 1958, abril - junio p. 112) esta categoría encierra un posible peligro "el que los contratos en perjuicio de tercero se conviertan en cómodo reducto al que se acuda para huir de las dificultades que surgen de la debida caracterización de algunos institutos jurídicos".

No obstante, podría existir otra vía. Argumenta Miquel, si bien en el supuesto del art. 1473 CC que la buena fe (objetiva) impide que adquiera un derecho quien cumpliendo con los presupuestos de su adquisición (título, modo y propiedad del tradiente) sin embargo, lo adquiere maliciosamente, esto es, con conocimiento de una compraventa anterior no consumada por la tradición. En nuestro caso la solución del TS podría apoyarse en la inadmisibilidad de ejercitar posiciones jurídicas maliciosamente obtenidas. Lo que no haría nulo el contrato como creador de obligaciones entre las partes, pero sí lo haría inoponible al titular del tanteo.

En conclusión no es posible justificar la eficacia real de un tanteo personal frente a terceros adquirentes si no es por relevancia de su mala fe. De modo análogo a lo que sucede en el art. 1473, en el que una persona ha cumplido todos los requisitos de la adquisición de la propiedad (título, modo y propiedad del tradiente) no adquiere la propiedad si tiene conocimiento de una compraventa anterior. No obstante, no hay que olvidar que no es lo mismo la relevancia de una compraventa perfeccionada que la de un derecho potestativo todavía no ejercitado.

