

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIV
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
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

FAIRE GUILLÉN, Víctor: <i>Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa (El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)</i>	941
CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: <i>La configuración del arrendamiento financiero (LEASING) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional</i>	961
PANTALEÓN, Fernando: <i>El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)</i>	1019
RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: <i>El error en la transacción</i>	1093

Estudios legislativos

POZO VILCHES, Juan: <i>El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones</i>	1199
--	------

Estudios de Derecho extranjero

MOISSET DE ESPANES, Luis: <i>El Código Civil paraguayo de 1987</i>	1221
STIGLITZ, Gabriel A.: <i>El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina</i>	1261

	<i>Pág.</i>
Vida jurídica	
<i>Crónica de Derecho civil vasco: situación actual en la perspectiva de su reforma</i> , por Marta ARRUE MENDIZABAL y Luis Carlos MARTIN OSANTE	1277
« <i>Convegno di Pavia</i> » sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos, por Giovanni CORDINI	1319
<i>Dos congresos internacionales de Derecho de Familia</i> , por Gabriel GARCIA CANTERO	1325
Información legislativa	
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ	1329
Bibliografía	
LIBROS	
CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. Ignacio: <i>La retención de cosa ajena</i> , por M. ^a del Rosario Díaz Romero.—CORRAL TALCIANI, Hernán F.: <i>La declaración de fallecimiento</i> , por Juan Pozo Vilches.—GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: <i>El pago mediante tarjetas de crédito</i> , por Gema Díez-Picazo Giménez.—MOREU BALLONGA, José Luis: <i>El legado genérico en el Código civil</i> , por Nieves Fenoy Pi- cón.—RUBIO TORRANO, Enrique: <i>El pacto de retroventa</i> , por Pérez de Ontiveros.—SALVADOR CODERCH, Pablo: <i>El mercado de las ideas</i> , por J. J. Solozábal Echevarría.—TRIES, J. Hermann: <i>Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht</i> , por Jesús Alfaro Aguilera-Real	1351
Jurisprudencia	
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	
II. SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ; colaboran: Rosario DIAZ ROMERO, Gemma DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Nieves FENOY PICON, Gabriel GARCIA CANTERO, Antonio JIMENEZ CLAR, Francisco LLEDO YAGÜE y Luis Felipe RAGEL SANCHEZ	1383

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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
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

Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa

(El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil
y la problemática actual)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Dícese que deben terminar o que han terminado (quizá por una inutilidad) las polémicas sobre el concepto de «Jurisdicción Voluntaria» y que se debe acudir, en su lugar, a «criterios de política legislativa» (1) como los que pueden regir a los contenidos procedimentales —digo, procedimentales, y los procesales— (2) tan heterogéneos que se hallan hoy día incluidos en esa llamada JV.

Pero ello no excluye, incluso para los más significativos adictos, a adoptar como uno de los postulados actuales de la ciencia y de la técnica procesales, «el ocaso de las grandes construcciones conceptuales» (3) y proclives a examinar, sobre todo, las «técnicas procesales nuevas» —con clara influencia del Derecho Anglosajón— la necesidad de «no abandonar descuidadamente el campo de batalla» en el cual se desarrollaron las justas sobre el concepto de JV, sembra-

(1) Cfr. DENTI, «La giurisdizione volontaria rivisitata», en *Rivista Trimestrale di Diritto o Procedura Civile*, 1987, pp. 325 y ss., esp. pp. 330 con cita de la jurisprudencia de la Corte Costituzione italiana (S. de 10/7/1975, núm. 202, *Foro It.* 1975, I, 1575).

(2) Ya que participo de las ideas que consideran a la llamada «Jurisdicción Voluntaria», como figura fuera del proceso. Cfr., p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria», en *Studi in onore di Enrico REDENTI*, I (Milán, 1951, pp. 1 y ss.), y en sus *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974, I, pp. 115 y ss., esp., § 5 a 9, pp. 117 y ss.; JODŁOWSKI, «El procedimiento civil no contencioso», Ponencia General al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, agosto de 1966, trad. esp. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, XX, núm. 58-59, En. Ag. 1967, esp. pp. 172 y ss.

(3) Cfr. DENTI, *ob. cit.*, pp. 338.

do de vestigios servibles o inservibles, pero aún desordenados y sin clasificar.

Y puede constituir al visión de un panorama vacío de garantías, la declaración de que «la ausencia de partes, la iniciativa de oficio, las excepciones a la regla de la correlación entre lo pedido y el pronunciamiento, la falta de un gravamen —recurso— en sentido técnico, la exclusión de los efectos de cosa juzgada, y así lo demás, son todos elementos que caracterizan ciertos aspectos de la tutela en presencia de situaciones sustanciales de un tipo dado, pero, que pueden no coexistir, o pueden estar previstos o excluidos *ad libitum* por el legislador, sin que de ello derive una desnaturalización de la función jurisdiccional» (4). Un contentarse por parte del estudiioso, con lo que el legislador le dé (5). Y la preocupación por los «ritos camerales» con el recuerdo que su nombre trae del secreto de las cámaras frente a la publicidad y contradicción de los consejos (6) (7) (8) (9)—además de ser un homenaje a la idea del «tribunal reducido» (10)—desvía un tanto las discusiones, ya que tales «cámaras» no eran ciertamente privativas para los asuntos de JV (11).

Y aparece inherente a todo el cuadro, a toda la *facies* que presenta esta problemática, el riesgo de que veamos desaparecer a la jurisdic-

(4) Cfr. DENTI, *ob. cit.*, p. 339.

(5) Cfr. la opinión de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO en «Premisas», § 10, pp. 123 y ss.

(6) Recuérdense las expresiones, del viejo CPC francés, art. 116 («Los jueces podrán retirarse en la cámara del consejo...»); el art. 433 del nuevo CPC francés («Los debates son públicos salvo que la ley exija que se celebren en cámara del consejo»), y 434 («En materia graciosa, la demanda es examinada en cámara del consejo»). Se trata de «un tribunal reducido», cfr. SOLUS-PERROT, «Droit Judiciaire Privé», París, Sirey, 1961, I, § 601, p. 545.

(7) Para ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, mejor que traducir literalmente al castellano la expresión «Chambre du Conseil» por «Sala del consejo» debería hablarse de «Sala de deliberación», en contraste con la «Sala de audiencia» («Acotaciones» a su trad. de la *ob. cit.* de JODŁOWSKI (a)). Habida cuenta la raigambre histórica de la expresión y su significado en ella —cfr. *infra*— estimo mejor el respetar la traducción literal, ya que «cámara» y «consejo» eran dos entidades jurídicas diferentes. Cfr. *infra*.

(8) Recuérdese lo dicho en el nota núm. 6.

(9) Cfr. la nota núm. 7. Cfr. ANDRIOLI, «Commento al Codice di Procedura Civile», 3.^a ed., Nápoles, Jovene, 1964, IV., lib. IV. tit. II, Cap. VI, pp. 429 y ss.

(10) Cfr. SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, § 601, p. 435.

(11) En España —ya unificada, desde los Reyes Católicos— los «Consejos Reales» sustituyen a las Cortes y acaban (siglo XVIII) por concentrar el poder legislativo, sin olvidar el judicial superior, ejerciendo todo en nombre del rey; la cámara era un organismo más restringido y próximo al monarca. Las atribuciones del consejo a costa de las de la cámara se fueron extendiendo en general, si bien una serie de cuestiones de la ya llamada JV (ab intestatos; legitimaciones; mercedes de juro de heredad, etc.) continuaron siendo despachadas en cámara (Leyes I, II, IV, tit. III, Novísima Recopilación de 1805; Ley III, tit. V, lib. IV, etc.).

ción a manos de una o varias administraciones desarrollada hasta la voracidad intervencionista de determinados tipos de Estado —y de Gobierno— que dejan cada vez menos lugar al principio de la autonomía de la voluntad individual, y con ello, a la idea clásica de «parte».

Indudablemente, se trata de manifestaciones de «técnica de tutela contenciosa simplificada» (12), cuyas ventajas reconozco, naturalmente, pero a mi juicio, expuesta a la tentación de que haya... quien *simplifique aun más*, devorando a lo contencioso; al verdadero proceso. No sería el primer error cometido en esta vía (13), históricamente.

Y quizá, en presencia de la fenomenología sin bautismo que se anuncia, deberíamos recordar una de las notas de la Jurisdicción, que quizá por ser clásica y estructural, estamos omitiendo de valorar debidamente: la de la independencia de quienes ponen en práctica la jurisdicción, de los jueces, tanto en abstrato y con respecto a sus «superiores» como en concreto, de imparcialidad (14); frente a la rigurosa jerarquización —que incluso se disimula, se mimetiza legalmente a fin de aparentar «independencias» inexistentes— de los funcionarios administrativos. Nótese que ese aspecto «formal», «subjetivo» de la jurisdicción, es puesto de manifiesto por la Corte Costituzionale italiana (15).

Y a esta consideración genérica de la independencia de los jueces, hay que unir otras, en favor de sus diferenciaciones internas. Ya que una gran cantidad de los «asuntos» de esta gran familia de la JV que ahora parece querer disolverse con su desahucio y sin proveer a un realojo adecuado de sus miembros en el gran edificio del Derecho, tiene carácter obligatorio —p. ej., las inscripciones— o de tipo constitutivo; o se trata de procedimientos (16). Y, como *climax* de lo confuso: no pocas de

(12) Cfr. DENTI, *ob. cit.*, p. 339.

(13) Me refiero a la errónea doctrina del «juicio sumario indeterminado» del siglo xvi y hasta el xviii. Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, ed. Bosch, 1953, I Parte, *passim*; mi trabajo «El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades» en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDERSA, I, 1983, III y IV, pp. 202 y ss.

(14) MICHELI ha recordado esta fundamental noción en su trabajo sobre el tema «Significado y límites de la Jurisdicción Voluntaria», trad. esp. SENTIS MELENDO, ed. EJEA, Buenos Aires, 1970, IV, pp. 115 y ss., y esp. pp. 126 y ss.

(15) Cfr. la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en DENTI, *ob. cit.*, pp. 325 y ss.; MANDRIOLI, *ob. cit.*, *passim*; FAZZALARI, «Procedimento camerale e tutela dei diritti», en *Riv. Dir. Proc.*, 1988 (4), pp. 909 y ss., y la del Tribunal de Casación italiano en MANDRIOLI C.D. «Procedimenti camerale su diritti» e «Ricorso straordinario per cassazione», *idem*, pp. 921 y ss., y TARZIA, «Rigetto e riproposibilité della domanda cautelare», *idem*, pp. 932 y ss.

(16) «La negación de la JV como tipo especial de procedimientos, no resuelve el problema». HABSCHEID, «Problemi attuali della volontaria giurisdizione nella Repubblica Federale Tedesca», comunicación al XVI Convegno de la «Associazione Italiana fragli Studiosi del Processo Civile» (Palermo, octubre de 1989), nota núm. 1.

tales actividades, se confían en ciertos Estados —España es uno de ellos— a funcionarios administrativos —notarios, registradores, etc.

Al tratar de «abandonar» la JV, nos hallamos ante un vacío —los procedimientos en cámara del consejo, no lo llenan— que precisa colmar. Y, aunque intentemos transformar en *iter* jurídico dicho vacío, debemos tener presto el mecanismo del «salto», rápido, sobre el mismo. ¿Existe ese mecanismo con regulación jurídiforme en la actualidad?

Nihil novum sub iove. En mi intervención en el *Convegno* de Palermo (17) me creí en el deber de recordar la tendencia de Baumbach (18), pro la absorción del proceso civil por la JV so pretextos de excesos de formalismo, etc., esto es, de economía, más sobre un fondo de fundamental ataque y sustitución de la actividad jurisdiccional por la administrativa de jueces-funcionarios al servicio de un sistema dictatorial —y el fenómeno se extendió más tarde a tendencias que utilizan las mismas o semejantes tácticas a las del Estado nacional— socialista alemán; hoy, al parecer, en grave declive. ¿Se trataba de simples problemas de «técnica procesal»? Entiendo que no. Y yo sí que sigo viendo —pese a las respuestas tranquilizadoras de los amigos italianos— ese peligro, escondido tras una supervvaloración del «legislador» (19) —y ya es indicio grave la abundancia de remisiones

(17) Cfr. mi comunicación «Jurisdicción “Voluntaria”, juicios sumarios: las confusiones en la Historia y su evolución. Posibles soluciones», de la que expuse un resumen oralmente en «Atti del XVII Convegno Nazionale» de la «Associazione Fragli Studiozi del Processo Civile» («I procedimenti in camera di consiglio e la tutela deidristi») Giuffrè, Milán, 1991, pp. 179 y ss. En España, se ha publicado casi totalmente, en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1990, 2, pp. 19 y ss.

(18) Cfr. BAUMBACH, «Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit», en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 583 y ss. Su crítica inmediata vino, en Italia de parte de CALAMANDREI, «Abolizione del processo civile?» en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, pp. 336 y ss.; en la misma Alemania, a BULL, «Ende des Zivilprozesses?», en la ZAK, 1938, pp. 629 y ss.

(19) Esto es, del «poder político». Cfr. sobre él y en resumen, a tres juristas —no escogidos al azar— de diversa nacionalidad e ideología; p. ej., a ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Introducción a un Curso de «Técnica legislativa procesal», en sus *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1980, esp. pp. 27 y ss.; ALEC SAMUELS, «The Argument for a Bill of Rights in the United Kingdom», en la obra colectiva ed. por JOHN A. ANDREUS, *Human Rights in criminal procedure (A Comparative Study)* (Martinus Nijhoff Publ., La Haya, Boston, Londres, 1982), monogr. cit., p. 430; a M. CAPPELLETTI, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, trad. DURAN, 1986, pp. 45 y ss. Y mis propias ideas sobre el tema, en «Los recursos de greuges, Firmas de Derecho, y Manifestación de personas, el Writ de *Habeas corpus*, el recurso de Amparo y el Mandado de Segurança, garantías históricas y actuales de los Derechos Fundamentales de Libertad de Locomoción y de no sumisión a la tortura», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1988, pp. 619 y ss.; «¡Atención a la técnica legislativa!», en *idem*, 1990, 3 (*passim*). En resumen: de un margen de desconfianza en »el legislador».

a él y no a la ley—; una supervvaloración de las simples «técnicas procesales» —que también las poseían indudablemente los verdugos. Y en las formidables extensiones de las administraciones, con sus sistemas de dependencias a cuestas y con sus riesgos de arbitrariedades —cada vez mejor encubiertas.

De todo esto se deduce que, llamemos o no JV a lo que actualmente «lo es» (y estoy entre los que estiman que el *nombre* es inadecuado) (20), con un contenido que no cesa de aumentar, y sin fronteras claras —lo que no se puede dejar ni huérfano de juridicidad, ni vagante por los campos del derecho, a merced de *administradores* u operadores mal calificados— es necesario que *sepamos*, en las ocasiones en que nos hallamos muy cerca de un verdadero proceso —incluso por las «formas externas» tan engañosas, de los llamados procedimientos en cámara del consejo y recuérdese su origen y el secreto— que ya deberemos admitir que pase a dominar la escena, todo el sistema de garantías en que el proceso consiste, de una vez y sin efugios ni dudas. Esto es, debemos saber cuando debemos abandonar un «camino y procedimiento» de la JV y pasamos a acogernos a «un camino y procedimiento» de la vía contenciosa. Esto supone, a mi entender, bastante más que un simple cambio de rito interior de lo contencioso.

Los «procedimientos en cámara del consejo», constitúan y constituyen una agrupación heterogéneas, no bien deslindada doctrinalmente, de contenido híbrido en cuanto a su mecánica y a su dinámica (los problemas del art. 737 del CPC italiano con sus numerosísimas aplicaciones, las remisiones del art. 742-bis); todo lo cual, podría, considerado globalmente, integrar un procedimiento contencioso incompleto —a completar quizá por la Corte Costituzionale (21)— *si no hubiere otros medios de proveer*.

Y el mejor de ellos, en muchísimas ocasiones, será el de salir de dudas inmediatamente; cuando se trate de un *asunto* de JV con contradicciones y dudas fundadas sobre esta vía, se debe abandonarlo de una vez, sin más, y de adoptar el de la *contentio*, sin mayores pérdidas de tiempo ni de trabajo en actividades dudosas que pueden ser ya proceduralmente contenciosas, sino yendo ya, de manera clara y ter-

(20) Cfr. en el mismo sentido, muchos autores. P. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *ob. cit.*; SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, p. 337; DENTI, *ob. cit.*; ANDRIOLI, «Commento», *cit.* IV, pp. 430 y ss., y *bibl. cit.*, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano», ed. Reus, S. A., Madrid, 1986, pp. 17 y ss.

(21) Cfr. arg. en DENTI, *ob. cit.*, pp. 327 y ss.; de manera diferente, FAZZALARI, «Procedimento camerale», pp. 917 y ss.; MANDRIOLI, *ob. cit.*, con ref. a la Corte di Cassazione; menos entusiasta; prudentemente, MONTESANO, «“Dovuto processo” sui diritti incisi da giudizi camerali», Comunicación al XVI Congreso de la *Associazione*, *cit.*, Palermo, 1989, § 6. Y mi *comunic. cit.*, pp. 19 y ss., con aportación de textos italianos.

minante, al procedimiento contencioso que corresponda. Y para ello, la solución del art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sería la adecuada. *Voluntaria iurisdictio transit in contentiosam interventu iusti adversarii*, según el brocardo (D'Argentré, Voet) (22). Pero no en mera doctrina, sino en la práctica forense.

Solución vislumbrada en general, en Italia. P. ej., el viejo Mattiolo, autor tan en boga hasta la entrada en vigor del CPC de 1940 decía: «Puede suceder que en el curso de estos procedimientos (de JV) surja la *controversia a cuestión jurídica* y entonces cesa la jurisdicción voluntaria para dar lugar a la contenciosa o juicio regular. Véase Sent. Cass., Florencia, 7 de junio de 1867» (23).

Y Berio, relator del proyecto definitivo de CPC SOLMI: «*E da rilevarsi che i procedimenti di volontaria giurisdizione possono trasformarsi, necessariamente oppure occasionalmente, in contentiosi*» (24).

En Alemania —RFA— se sigue el principio de «no remitir a los participantes (en actuaciones de la JV) a la vía del proceso» (25). Y sólo excepcionalmente se halla motivo de suspensión o de interrupción de la actividad de la FG en ciertos casos (proceso hereditario pendiente; de composición con los acreedores) (26). Pero se trata de *suspensiones* o de *interrupciones* y no hay abandono de la vía de la FG. Y la admisibilidad de un recurso —*Beschwerde*, queja— da lugar a una serie de necesarias disquisiciones sobre su amplitud (27) que a su vez, muestran la oportunidad de una solución del tipo de la española (28).

(22) De influencia en España a través de su estudio por el muy conocido procesalista JOSÉ VICENTE Y CARAVÁNTES, en su «Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento», 1.^a ed., Madrid, 1956-1958, III, p. 698.

(23) Cfr. MATTILO, «Instituciones de Derecho Procesal Civil», trad. esp. OVEJERO, Madrid, ed. La España Moderna, S. A., I, p. 7, nota 2.

(24) Cita de ANDRIOLI, en «Commento», *cit.*, IV, p. 471 (ref. a las «Actas» de la comisión, sesión 44, p. 471).

(25) Cfr. HABSCHEID, «Freiwillige Gerichtsbarkeit», Beck, Munich, 7.^a ed., 1983, § 19, 4, b), p. 142.

(26) Cfr. HABSCHEID, *ob. últ. cit., loc. cit.*; el clásico PAPE-KRAUSE-SIEHR, «Die Gerichtspraxis», VI, «Frewillige Gerichts-barkeit», 2.^a ed., Berlin, Franz Vahlen, p. 50.

(27) Cfr. HABSCHEID, *ob. cit.*, § 32, pp. 225 y ss.

(28) En 1967, se celebró en Uppsala (Suecia), el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por l'Academie Internationale de Droit Comparé. Fue ponente general en la Sección de Derecho Procesal civil, el prof. Jerzy Jodłowski, de la Universidad de Varsovia, y presidente el prof. Habscheid, para salir del *impasse*, rogó a los presentes —entre los que me hallaba yo— que redactásemos nuestra conclusión sobre el problema del pase de lo jurisdiccional voluntario a lo contencioso. En mi *papel* escribí la solución de la LEC española, que plugo mucho al prof. Habscheid. Leyendo su obra, me explico el por qué.

Y con respecto a la solución francesa, traída a colación por Denti, que trata de disminuir la importancia de *l'absence de litige* del art. 25 del nuevo CPC francés y de *l'absence de contradiction* (29) (y su aparición, al pasar a lo contencioso, estimo no admite parangón con el «cambio de rito» en el interior de esta jurisdicción), también estimo, fuera de cualquier *chauvinismo* —mi historial lo abona— que... que la de la LEC española, le es superior (30) (30a). Ciento es que en el régimen francés, hay complicaciones (31), como las hay en el régimen español. Pero no es menos cierto que las ideas expuestas —el paso de la JV a lo contencioso— constituyen bases de regulación, criterios de tipo conceptual, necesario, por tratarse de elementos esenciales del proceso —partes y conflicto hecho litigio (32)—. Repito mi conclusión de que no se puede derribar la casa sin realojar bien a los que la ocuparon, y si fuere necesario, construir otra nueva (33).

El actual derecho español de Jurisdicción Voluntaria judicial (la extrajudicial es vastísima) se basa en las construcciones clásicas —y dejo aparte la polémica sobre la JV en Roma (34)—, en las interpretaciones romanísticas de la glosa y el comentario. Nótese que el máximo monumento jurídico castellano —Las Partidas, sobre 1263— es de aquella época, del que yo llamo «Renacimiento jurídico». Si a la influencia de tales ideas en los mismos textos —primero doctrinales y luego legales (35)— unimos las de su nueva glosa por Gregorio López (a la edición oficial de Las Partidas, de 1555), de enorme eru-

(29) Cfr. DENTI, «La GV», pp. 332 y ss.

(30) En cuanto al paso de la jurisdicción contenciosa a la voluntaria, cfr. infra, a.f.

(30a) Lo que, naturalmente, no me impide exponer como se merecen, las normas o figuras de nuestras leyes que representen aciertos considerables; no soy un detractor sistemático de todo lo que hay en casa en beneficio de la ajena. Y si mis aportaciones no son triunfalistas, tampoco son tan tristes como las del Ponente español en la *Tagung de Passau*, en octubre de 1989...

(31) Cfr. los casos de «contencioso eventual»; de «contencioso conexo, formal y aparente» en SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, § 448 y ss., pp. 449 y ss.

(32) Esto forma parte de mi concepción del proceso. Cfr. mi «Doctrina General del Derecho Procesal», Barcelona, Librería Bosch 1990, I, II, 3, pp. 22 y ss.

(33) Cfr. algunos criterios a seguir en la regulación de la JV en GIMENO GAMARRA, «Jurisdicción Voluntaria», Comunicación General al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal (Madrid, 1955), en el Libro de «Actas» del mismo (Madrid, Instituto Español de Derecho Procesal, 1955, pp. 448 y ss., y esp. pp. 471 y ss.)

(34) En Roma y hasta la actualidad. Cfr. últimamente, resumen doctrinal en FERNÁNDEZ DE BUIJÁN, *ob. cit., passim*.

(35) Las Partidas (sobre 1263 según la opinión dominante; hacia 1290 según GARCÍA GALLO, «La problemática de la obra legislativa de Alfonso X», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1984, 5); primero obra doctrinal y destinada a la docencia; después de 1348 (Ordenamiento de Alcalá, Alfonso X) fuente de derecho positivo; y continuando hasta ahora siendo fuente doctrinal. El Tribunal Supremo alude con mucha frecuencia a sus Leyes, y esp. a las de la Partida III, la procesal.

dición, en la que unió su conocimiento de Glosadores, Comentaristas y otras escuelas, a los suyos propios de la práctica procesal de su tiempo, resultó de tal obra su extraordinario valor para hallar en ellas casi todo lo que entonces se acercaba o era de lo que ya era común el llamar «Jurisdicción Voluntaria». Así, en la glosa a la Ley I, título XIII, Partida III —la procesal— aparecen Bartolo y Paulo, tratando del *modum voluntariae iurisdictionis* (36). En la Ley XLVIII, título XVIII, Partida III, se aclara con cita por Gregorio López, de Angelo de Ubaldis, el concepto de *cartas foreras* de las que *dicuntur omnia quae fiunt in iudicio voluntariae aut contentiosae iurisdictionis* (37). En cita o glosa de la Ley XCVI, título XVIII de la Partida III, se formula la duda de si para los actos *quae sunt voluntariae iurisdictione*, puede el tutor nombrar procurador, con remisión a Baldo de Ubaldis (38). En cita o glosa a la Ley XII, título XVI, Partida VI, se trata, con citas de Baldo, de si la dación de tutela sea acto de jurisdicción contenciosa o voluntaria («*quod persona pupilli sit subdita iudicii, qui dat tutorem, ut in 1.1 & quia actus tutelae videtur actus potius contentiosae iurisdictionis, quam voluntariae*»), problema aún discutido actualmente. Estos ejemplos, se pueden completar con muchos otros, ya de detalle sobre el contenido del procedimiento de JV: así, con respecto al famoso «conocimiento de causa» —que diferenciaría a las jurisdicciones contenciosa y voluntaria—, glosas a las Leyes IX, título IV, Partida V (nota 16 a); XXII, tít. XXII, Partida III (nota 3 c, «*causa cognitione*») —con cita de Angelo de Ubaldis—; sobre el *decretum* judicial para la enajenación de bienes inmuebles de menores, citas a la Ley LX, tít. XVIII, Partida III (nota h), y Ley XIV, tít. XI, Partida IV (nota i), etc. Hay asuntos que parece podían comenzar por vía «voluntaria», sin oposición —*ab intestato de peregrinos*—, Ley XXXI, tít. I, Partida VI—, pero en los que se preveía la oposición (Ley XXXII, tít. I, Partida VI) por la vía de un procedimiento *sumario* (39). El título XVIII de la Partida III —de gran significación procesal: «De las Escrituras, por que se prueban los pleitos»— con-

Nótese —a efectos de su influencia en la codificación procesal española de 1855— que en 1843 se publicó una edición de dicho Cuerpo con la Glosa magna de GREGORIO LÓPEZ —esto es, con la uida a la Edición oficial, de 1555— añadida de otra posterior muy extensa; obra de los Dres. SANPONS BARBA, MARTI de EIXALA y FERRER SUBIRANA (Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes y cía., 1843) en cuatro volúmenes —(GARCÍA GALLO no cita esta edición en su trabajo cit.), que debió ser de gran utilidad; traducida al castellano toda la Glosa, con citas igualmente de la doctrina procesal contemporánea.

(36) Cfr. La Ley I, tít. XIII, Partida III, glosa sub (a).

(37) Cfr. La Ley XLVIII, tít. XVIII, Partida III, nota sub. (e).

(38) Cfr. La Ley XCVI, tít. XVIII, Partida III, nota sub (b).

(39) Cfr. todas las glosas de GREGORIO LÓPEZ a esta Ley y su ref. a la Clem. «*Saepe contingit*». Cfr. mi trabajo cit. «*El Consulado de Valencia*», parte I, p. 233.

tiene muchas leyes cuyo centro de gravedad es una fórmula notarial; a alguna de ellas se la ha comparado con otra de Rolandino (40) (es la Ley LXX). Todo este valiosísimo material doctrinal y práctico, aumentado por el de las posteriores recopilaciones castellanas, daba a los autores de la LEC de 1855 trabajo de clasificación suficiente (41). Ellos mismos lo decían. Y no se puede desdeñar la obra de romanistas en boga en tal época —sobre 1845— en cuanto a la formación de los juristas: uno de ellos, Heineccio, con numerosas traducciones anotadas inteligentemente por los mejores juristas de aquel tiempo (42) (43) nos traía los elementos clásicos de la definición de *Marcianus* (D. 1, 16, 2): «La jurisdicción es o voluntaria o contenciosa. Aquella se ejerce en los que voluntariamente se someten a ella, como en la adopción, manumisión, emancipación (44); ésta aún en los invitados, con conocimiento de causa» (45). En la LEC de 1855, se puso bastante orden en cuanto a los «negocios de la JV» (46), y se sistema-

(40) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, transcripción del Instrumento de mutuo núm. LX de la «Aurora» de ROLANDINO (del incunable de Vicenza, maestro Enrique, 1485), ed. por el II Colegio Notarial de Madrid, 1950, pp. 439 y ss.

(41) La base I de la Ley de Bases de la LEC de 1855, decía así sobre el propósito en la misma:

«Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica.»

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —vigente aún, con numerosas reformas— es una «reforma» de la de 1855 (Cfr. su art. 1.º, Ley de Bases de 21 de junio de 1880).

(42) Por JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES.

(43) El «Tratado» de VICENTE Y CARAVANTES —también penalista, historiador, filósofo— se siguió editando en países iberoamericanos después de su Declaración de Independencia. En su ed. de 1856-58 ya comentaba la nueva doctrina de la «acción» surgida de la polémica WINDSCHEID-MÜTHER.

(44) Cfr. actualmente, en el mismo orden, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ob. cit.*, pp. 97 y ss., siguiendo el tratado de MARCIANUS.

(45) Cfr. HEINECCIO, «Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones», por... añadidos al fin de cada página con las observaciones teórico-prácticas del mismo autor sobre cada uno de los párrafos en dichos elementos contenidos; ilustrados con numerosas notas, adiciones y enmiendas tomadas de ESTORIO, CUYACIO, GODOFREDO, GUNDLING, ULRICO HUBERO, MARCELO, NOODT, VINIO, OTON, PUFFENDORF, SCHULTING, THEOFILO, MERILLO, UPLIANO, y de otros célebres escritores y jurisconsultos, trad. castellana y adicionada con doctrina moderna por JOSÉ VICENTE», Madrid, Imprenta de D. Pedro Sanz y Sanz, 1842, § 1323, p. 374.

(46) Así, p. ej., la figura de la dación o prestación de alimentos provisionales, se hallaba en las Leyes 2.º, 5.º y 35 del tit. 2.º, Partida 4.º; en las 7.º, tit. 22, Partida 3.º; en la 7.º, tit. 2.º y 7.º, 31 y 32, tit. 11, Partida 4.º; en las 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del tit. 19, y 3.º y 4.º del tit. 20, Partida 4.º; en las 6.º, tit. 1.º, 35, 36 y 37 del tit. 12, y 35 del tit. 14, Partida 5.º; en la 8.º, tit. 13, Partida 6.º; y 20, tit. 1.º, Libro 2.º y 9.º, tit. 2.º del Libro 10 de la Novísima Recopilación de 1805. Cfr. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1856, V, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, p. 15.

tizó —menester era hacerlo, dado el desorden proveniente de las Partidas y de las recopilaciones— la doctrina general de la JV (47) —de

Pero con toda esta masa de normas referentes a los alimentos derivados de «ley, equidad natural u oficio de piedad», o «de contrato o de testamento», no se declaraba si correspondían a la Jurisdicción contenciosa o a la Voluntaria (Cfr. DE LA RÚA, *ob. cit.*, p. 15), y las *cuestiones* se podían resolver por medio de un juicio sumario, ejecutivo o plenario ordinario, según una casuística desordenada (Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, «Tratado», III, 711). En la LEC de 1855 se fijó que correspondiese el tratamiento a la Jurisdicción Voluntaria, igualando todos los casos, sin audiencia del alimentista «para evitar dilaciones» (GÓMEZ DE LA SERNA, «Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil» (es lo que hubiera debido campear al frente de la misma, como «Exposición de Motivos» y no lo fue por temor a discusiones que «alargasen la presentación de la Ley tan vivamente deseada» (*sic!*) (cfr. *ob. cit.*, Madrid, Imprenta de la *Revista de Legislación*, 1857, «Advertencia Preliminar», p. 217). Sobre el curioso iter parlamentario de este proyecto de Ley —la discusión se produjo a la vez que la del proyecto de Constitución, notable paradoja— mi trabajo «Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en mis *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, ed. Tecnos, 1969, I, pp. 19 y ss., y esp. pp. 97 y ss.

La solución de la LEC fue muy criticada (cfr. en defensa, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, «Tratado Académico-Forens de los Procedimientos Judiciales», 2.^a ed. Madrid, 1856, librería de Sánchez, II, pp. 514 y ss.; en contra, VICENTE Y CARAVANTEZ, «Tratado», III, pp. 710 y ss.; DE LA RÚA, «Comentarios», V, pp. 15 y ss.; T.S., 6 de febrero de 1860. La base 18 para la Ley de Enj. Civil de 1881, decidía crear dos tipos procedimentales —uno, un juicio sumario; el otro, de jurisdicción voluntaria— más alguno especial (alimentos a los concursados; en las testamentarías), sin que se aclarase totalmente la problemática —ni la de la *sumariedad* en general (cfr. las Leyes II, III y VII, tít. XXII, Partida III, sobre lo sumarísimo), que parece en las glosas como uno de los puntos más oscuros del campo procesal, *et pour cause*.

(47) Estimo merece la pena reproducir aquí las «Disposiciones Generales» sobre la Jurisdicción Voluntaria, de la LEC de 1855, que, a mi juicio, son de contenido y redacción muy discretos. Probablemente no se ha fijado demasiado al atención en ello: el trabajo de los autores —y sobre todo, del animador, D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA— hubo de ser ingente. Y esos textos están reflejando la problemática más escondida, la que ahora vuelve a surgir en Italia (y *debe surgir* de nuevo en España, en donde se está procediendo a reformar la JV a base de parches, remiendos, sin visión general ni del presente, ni del futuro. Cfr. p. ej., la reforma de los discutidos arts. 2011 y ss., sobre enajenación de bienes de menores, Ley de 29 de mayo de 1989).

«Art. 1207.—Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.»

«Art. 1208.—Los actos de jurisdicción voluntaria, de que no hace especial mención esta Ley, se acomodarán a las reglas siguientes:

1.^a Todas las actuaciones relativas a ellos se practicarán en los juzgados de primera instancia y ante Escribano, consignándose en el papel sellado correspondiente.

2.^a Son hábiles para ellas todos los días y horas sin excepción.

3.^a Si en algún caso procediese la audiencia de alguien, se prestará u otorgará poniendo de manifiesto el expediente en la escribanía para que se instruya el que haya de evacuarla.

4.^a En los casos en que la audiencia proceda, podrá oírse también en la forma preventiva e la regla anterior al que haya promovido el expediente.

la cual surgieron los arts. 1811 a 1824 de la LEC vigente, de 1881 (48) (49).

5.^a Se oirá precisamente al Promotor Fiscal: 1.^o cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos, y 2.^o cuando se refiera a persona o cosa, cuya protección o defensa competan a las autoridades constituidas.

6.^a Se admitirán cualesquiera documentos que se presentaren, e igualmente las justificaciones que se ofrecieren, sin necesidad de citación, ni de ninguna otra solemnidad.

7.^a *Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el expediente, y sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.*

8.^a Si la oposición se hiciere por quien no tenga personalidad para ello, podrá el juez, desestimándola, dictar providencia sobre la solicitud que se hubiere instruido al promover el expediente.

9.^a El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto a las que deban su origen a la jurisdicción contenciosa.

10.^a De las providencias que se dictaren, se admitirán para ante la Audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan.

11.^a Las apelaciones se admitirán siempre libremente y en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente.

12.^a Las que interpusieren los que hayan venido al mismo expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación, serán admitidas en un solo efecto.

13.^a La sustanciación de todas las apelaciones se acomodará a los trámites establecidos para las que se interpongan y admitan en sentencias interlocutorias.

14.^a *Contra las sentencias que dictaren las Audiencias se da el recurso de casación.*

(48) Cfr. las «Disposiciones Generales» sobre la Jurisdicción Voluntaria de la LEC de 1881 y nótese su relación con las de 1855.

«Art. 1811.—Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria, o se solicite la intervención el Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.»

«Art. 1812.—Para las actuaciones de jurisdicción voluntaria, son hábiles todos los días y horas hábiles.»

«Art. 1813.—Si el que promoviere el acto pidiere que se oiga a alguna otra persona o lo solicite el que tenga interés legítimo en él, o el juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escrínianía por un breve término, que fijará el juez, según las circunstancias del caso.»

«Art. 1814.—En los casos en que la audiencia proceda podrá oírse también, en la forma prevenida en el artículo anterior, al que haya promovido el expediente.»

«Art. 1815.—Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos, y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad.

El Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.»

«Art. 1816.—Se admitirán, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren.»

«Art. 1817.—Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y

El punto al que este trabajo se refiere es el tratado en el art. 1817:

«Si a la solicitud promovida (50) se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará intencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieran, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.»

Sin más pretensiones que las de aclarar en algo este importante texto, estimo del caso el añadir algún comentario *aditivo*.

La transformación del expediente de JV en contencioso, presupone y conlleva:

se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía.»

«Art. 1818.—El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno.»

«Art. 1819.—Las apelaciones se admitirán siempre en ambos efecto al que hubiere promovido el expediente.»

«Art. 1820.—Las apelaciones que interpusieren los que hayan venido al expediente, o llamados por el juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación, serán admitidas en un solo efecto.»

«Art. 1821.—La sustanciación de las apelaciones a que se refieren los precedentes artículos se acomodará a los trámites establecidos para las de los incidentes.»

«Art. 1822.—Contra las sentencias que dictaren las Audiencias se dará el recurso de casación.»

«Art. 1823.—Los expedientes sobre actos de jurisdicción voluntaria no serán acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa.»

«Art. 1824.—Son extensivas a los actos de jurisdicción voluntaria, de que se hace especial mención en los títulos siguientes, las disposiciones contenidas en los artículos que preceden, en cuanto no se opongan a lo que se ordena respecto a cada uno de ellos.»

(49) Naturalmente, no entro a criticar la sistemática de la LEC de 1880 ni de la de 1881, con un Libro específico para la Jurisdicción Voluntaria. La argumentación de GÓMEZ DE LA SERNA, coautor básico de aquélla, en sus bases y en su redacción, se basa en la modestia del proyecto y con alegación de «los códigos modernos de Austria, de Prusia y de Baviera» y la abundancia de «actos de jurisdicción voluntaria» regulados en el Libro II —y eso que faltan los comerciales, que se hallaban en el Código de Comercio— justificada por la necesidad de «no borrar nuestro derecho antiguo, ni a destruir nuestras prácticas seculares, sino a ordenar y compilar las leyes y reglas del Enjuiciamiento civil sujetándose a bases determinadas» (*Introducción a los Motivos*, cit., XI) lleva consigo un excesivo tradicionalismo, que no era necesario. Si lo era un nuevo tipo de enjuiciamiento. Lo intentó, de forma revolucionaria (y sé lo que digo, cfr. mi trabajo cit. *Estudio histórico... de la LEC de 1855*, VII, pp. 90 y ss.). D. JOSÉ MARÍA CASTRO Y OROZCO (más conocido por su título: MARQUES DE GERONA), en 1853, cosechando un injusto fracaso.

(50) Nótese la diferencia de léxico referente a la «jurisdicción contenciosa» y a la «jurisdicción voluntaria». Nuestra LEC, en general muy imprecisa, en este punto es bastante fina. Cfr. también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Premisas», cit., § 41, pp. 161 y ss.

A) La preexistencia de capacidad para ser parte y procesal de quien solicita dicha transformación (art. 1208-8^a LEC de 1855, por interpretación histórica (51) de la de 1881) (52). Sería absurdo lo contrario. Y si es un incapaz el que solicite la transformación, deberá solicitar previamente —una actividad más de JV— la habilitación para comparecer en juicio (arts. 1994 y ss. LEC, y 300 del Código civil) (53). Y ha de aceptarse que el Juez, antes de admitir la transformación solicitada, deba «oír» al peticionario «sin forma contenciosa, de juicio», a fin de fijar si tiene o no personalidad para obtenerla (54).

B) Que tenga a su favor un *interés* en la transformación. Debe ser el básico, el que fundamenta la pretensión procesal que intenta promover (55). Y es que precisa establecer al diferenciación entre «lo solicitado» en al ví de la JV que se desea abandonar, y «lo que se pretende» en al ví contenciosa cuya apertura se intenta (56).

Hasta tal punto se valora por Gimeno Gamarra la cualificación de ese *interés* desde el punto de vista del proceso que, a su juicio, si la propuesta oposición en al ví de la JV no se basa en una pretensión procesal, debe poder continuar el expediente de JV hasta su finalización normal (57). Más estimamos que, para los casos en que de la mutación haya de surgir un procedimiento contencioso de los que comienzan «por citación» —tipo del juicio verbal español, 715 y ss. LEC, 163 y ss. CPC italiano— será suficiente que ésta contenga una preparación de la pretensión (58), suficiente para identificarla.

C) Naturalmente, lo expuesto indica que la solicitud de transformación de la vía voluntaria en contenciosa, ha de ir fundamentada.

(51) Recordemos que según la Ley de Bases para la Ley de 1881, se trataba de una «reforma» de la LEC de 1855 (Ley de Bases de 21 de junio de 1880).

(52) Cfr. REUS, «Comentarios», IV, p. 135, com. al art. 1817; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, «Tratado», II, pp. 523 y ss.

(53) Cfr. REUS, IV, pp. 523 y ss.

(54) Cfr. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V, p. 13. Es siempre el elemento histórico de la interpretación del actual art. 1817.

(55) Cfr. MANRESA Y NAVARRO (Redactor de una gran parte de la LEC de 1881), «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880», 7.^a edición (póstuma) aumentada por DAGO SANZ y MOLINUEVO JUNOY, ed. Reus, Madrid, 1960, vol. VIII, pp. 494 y ss. La pretensión procesal, en su concepción moderna no es elemento para la JV (Cfr. GUASP, «Derecho Procesal Civil», Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 1.643; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Premisas», p. 144).

(56) Cfr. GIMENO GAMARRA, «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *Znuario de Derecho Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1953, I, esp. p. 54.

(57) Cfr. GIMENO GAMARRA, *ob. últ. cit.*, p. 54.

(58) A completar, naturalmente, en la vista o audiencia, art. 730 de la LEC, juicio verbal o de ínfima cuantía.

D) Precisa que en la Ley no haya una tramitación especial para la figura de la transformación o «pase». Ya que el art. 1824, deja fuera de la norma general que estudiamos aquí, las disposiciones concretas en contra para cada figura de la JV en ella regulada (59), que prevén especialidades procedimentales (y precisaría luchar contra este piélagos inútil).

Anotemos que, probablemente dada la amplitud de la concepción de la «jurisdicción voluntaria» ya en la temprana época de la Glosa y del Comentario, tal y como fueron recibidas en Las Partidas, más la ulterior glosa de las mismas, el problema de la protección de derechos a través de dicha JV (60), no resulta tener la gravedad con que se le considera, p. ej., en Italia (61), a lo que posiblemente ha conducido la vieja concepción de los «procedimientos en cámara del consejo» como agrupación de elementos discordantes entre sí.

Con respecto a este carácter general y limitado a al vez de la aplicabilidad del art. 1817, y en consecuencia, se ha dicho que «en lugar de seguirse este criterio que tiene en cuenta la clase del acto o negocio para determinar los efectos de la oposición, tal vez hubiere sido preferible tener en cuenta la clase de oposición» (62).

Y también quedan exceptuados del marco del citado art. 1817, aquellas cuestiones o asuntos en los que el carácter de *ius cogens*, de «carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor», imponen *opere legis* su indisponibilidad procedural en cuanto a su finalización «sin perjuicio de los intereses de acudir al juicio correspondiente» (ej., en el art. 1974, protocolización de memorias testamentarias) (63).

(59) Efectivamente, en muchos casos más, se admite la transformación de la JV en contenciosa, más con especialidades procedimentales; p. ej., en el art. 1848 (oposición en casos de adopción); 1832, *idem*; 1839 y 1840 (oposición al nombramiento de tutor); 1873 (oposición al funcionamiento de la tutela); 1859 (oposición al discernimiento del cargo de tutor); 2000 (oposición a la habilitación para comparecer en juicio (la reforma de los arts. 1999 y 2000, por Ley de 29 de mayo de 1989, ha complicado —haciendo más oscuro el texto— inútilmente el tema); 2005 (oposición a las «Informaciones para perpetúa memoria»), etc.

(60) Cfr., p. ej., GIMENO GAMARRA, *ob. últ. cit.*, pp. 53 y ss.; «Jurisdicción Voluntaria», *cit.*, pp. 456 y ss.

(61) Cfr., p. ej., FAZZALARI, «Procedimento camerale», *cit.*, pp. 909 y ss.; DENTI, «La GV rivisitata», *cit.*, § 3, p. 331; MANDRIOLI, «Procedimenti camerali su diritti», *cit.*, *passim*.

Anotemos aquí que la tradicional aproximación del régimen español al sistema de recursos (actualmente, apelación y casación, arts. 1819 a 1822) admitiéndolos, constituye otra señal de la aproximación de la JV en España a lo contencioso, a diferencia de lo que ocurre en Italia y en la RFA de Alemania. Cfr. supra.

(62) Cfr. GIMENO GAMARRA, «Ensayo», p. 54.

(63) Ej., también en el art. 1953, protocolización del testamento verbal; el 1968, la apertura del testamento cerrado. V. T.S., 3 de junio de 1950 y 18 de octubre de 1928; MANRESA, «Comentarios», VIII, pp. 495 y ss., notas.

Otro ejemplo es el del art. 2166, información sobre posible mala administración social —sin que haya proceso entablado— con posible «resistencia» del socio administrador. Y, por el contrario, las incidencias de la intervención de los jueces en el nombramiento de los árbitros como consecuencia de la falta de acuerdo de las partes, de la nueva Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, pertenecen ya a la Jurisdicción contenciosa «porque no hay acuerdo entre las partes» (art. 38 de la cit. Ley). Y en cuanto a lo previsto en el art. 2111-4^a LEC sobre «intervención de terceras personas» en actividades de jurisdicción voluntaria comercial, «reclamando» sobre «identidad y capacidad legal de las personas concurrentes» —sin que por ello haya transformación de la JV en contenciosa— en realidad, lo que significa, es, volver al viejo art. 1209-8.^a de la LEC de 1855 (cfr. supra) sobre la necesidad de que concurra la «personalidad» de las personas como presupuesto; las demás «reclamaciones» darán lugar solamente a que a los «reclamantes» «se les reserve su derecho para que puedan ejercitario donde y como estimen conveniente» (art. 2111-4.^a, a.f.).

La formulación —y la admisión por el juez: y debe caber recurso de apelación (sin efecto suspensivo) al promotor del «expediente», arg. art. 1819 y 1820 y a sus contradictores, «contrainteresados»— de la solicitud del paso a lo contencioso, dará lugar a las consecuencias que siguen:

A) La del sobreseimiento —finalización anticipada— del «expediente» (del *dossier*) de JV si procede.

Ello predica la necesidad de que el juez dicte una resolución fundamentada (sentencia o auto) que no tiene la cualidad de «definitiva» —ya que «no pone fin» al conflicto devenido litigio—; luego contra ella, cabrá el recurso de apelación —tan sólo con el efecto clásico *devolutivo* al superior, más no con el suspensivo, arts. 1819 y 1820 LEC—, pero no el de casación del art. 1822.

B) Este proceso —sigo considerando que la actividad de JV no constituye tal— tendrá la consideración de ser la continuación del «expediente» de JV pero *en forma contenciosa*; esto es, no se trata de un proceso independiente, sino ligado con aquél (Arg. en SS. del T.S. de 7 de oct. de 1895, A. de 27 de abril de 1948, S. de 3 de febr. de 1951).

C) Por esta resolución judicial, no se alterará:

a) La situación de los interesados al tiempo de incoarse el «expediente». Lo que puede implicar la adopción de medidas cautelares.

b) Lo que fuere objeto del «expediente». Lo que puede dar lugar igualmente a la adopción de medidas cautelares.

D) Con declaración de que tal oposición hace contencioso el asunto.

E) Y ya en este campo, y en virtud del principio dispositivo supra-procesal (64), se queda a la resultas de que uno de los anteriores participantes, promueva el proceso como demandante. ¿Cuál de ellos? Para Reus, será actor el que promovió el expediente de JV y el que se opuso será el demandado. A la inversa, para Gimeno Gamarrá, «Hará de demandante el que inste la continuación del expediente en forma contenciosa, puesto que para ello habrá de formular la oportuna demanda, y aunque por regla general será el que promovió el expediente quien lo haga, si no lo hace, y al que se opuso al mismo le interesa la continuación en forma contenciosa, él será quien tenga que formular la demanda y, por tanto, hacer las veces de demandante» (65). Y en todo caso —estimo yo mismo— puede acudirse por un interesado a una «acción declarativa negativa», incluidas las que, de gran alcurnia en el Ordenamiento español, siguen hábiles en la práctica, según reciente jurisprudencia del T.S.: las viejas «acciones provocatorias de jactancia» de las previstas en la Ley XLVI, Título II de la Partida III (*«Que nengun ome non deve ser constreñido que faga su demanda, si non quisiere, fuyeras ende en cosas señaladas»*).

F) El paso de una situación contenciosa a otra «voluntaria» —la que considera igualmente el art. 437 del CPC francés— ofrecerá también dificultades técnicas —como casi todo— pero se verá muy facilitada por vehículos ya existentes: por un «desistimiento bilateral» de las partes que «deje in contenido al proceso» (66); por una «*Erledigung der Hauptsache*» del § 91 a de la ZPO de la RFA (67); por el *contrat judiciaire* francés (68): todos los cuales tienen alguna relación con las transacciones. Tras lo cual, vendría la apertura, la incoación de la actividad de la JV —incluso, *ex officio* por el juez, si se tratase de materia de *ius cogens*.

Dejo aparte la fundamental pregunta de si el procedimiento *in camera di consiglio* italiano es, en la actualidad el vehículo apropiado o no lo es, para intentar resolver mediante él los problemas *fronterizos* —y trátase de una frontera-zona y no de una más simple frontera-

(64) Cfr. mi «Doctrina General del Derecho Procesal», *cit.*, IX, III, pp. 270 y ss.; XII, III, 1, pp. 388 y ss., y 5, p. 391. Se trata de mi *aproximación* a la doctrina enunciada por CARNACINI en su conocido trabajo «*Tutela giurisdizionale e tecnica del proceso*», en los *Studi in onore di Enrico Redenti*, Giuffrè, Milán, 1952, tit. II.

(65) Cfr. GIMENO GAMARRA, «*Ensayo*», *cit.*, pp. 55 y ss.

(66) Cfr. mi trabajo «Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica», en «Justicia 1989», Barcelona, núm. IV, pp. 791 y ss., y bibl. allí cit.

(67) Cfr. las normas y la bibl. alemana citadas en mi trabajo *cit.* en la nota núm. 66, supra.

(68) Cfr. SOLUS-PERROT, *ob. cit.*, § 490, p. 451; VINCENT-GUINCHARD, «*Procédure civile*», 21, ed., Dalloz, París, § 98, pp. 138 y ss.

línea— de la actual Jurisdicción contenciosa (69) —con sus procedimientos universales y particulares, ordinarios y especiales, plenarios y sumarios— y la JV (70). La examiné en mi comunicación al Congreso de Palermo ya citada (71).

Sí, vuelvo a ver la preocupación de los amigos italianos sobre los procedimientos citados, para salir de una situación llena de interrogantes —todas las de la nebulosa JV—, no excluyéndose ni el acudir a la incardinación de la casuística dejada o a dejar en situación de falta de defensa debida al ocaso de dicha JV, en otros puntos o esferas del ámbito del derecho, que podrían resultar incluso no adecuadas; ni la solución parentemente más sencilla, de dejar todo el futuro en manos de los tribunales, como si nos hallásemos en un régimen de *common law* en plena Edad Moderna, o la de exaltar la notable figura de los tribunales constitucionales para resolver en abstracto situaciones incluso supra-constitucionales, o bien otras más complicadas, las de la reforma total del sistema procesal.

En este grave trance en el que las necesidades sociales nos ponen, estimo modestamente que, todo ello, no debe obstar a que, en todo tiempo, podamos determinar a tenor de un derecho vigente, «*el terreno en que nos movemos en cada momento*», y si nos hallamos o no en el de la actual JV y, por tanto, si interesa salir o no cuanto antes de su dudoso ámbito procedural de manera clara, sin refugios ni invención de híbridos (72). Esto es, sin perjuicio del estudio a fondo de la problemática, dando u ofreciendo todas las soluciones posibles en derecho; ello no debe optar a que se acoja un vehículo para trasladarnos con rapidez jurídica, de la JV a la contenciosa y viceversa. Es la solución clásica de las leyes españolas (de la de 1855 y de la actual) que ya se ha expuesto.

La notoria proclividad favorable a la audiencia de los «contrainteresados» (73) en el procedimiento de la futura JV, de la Ley de Dele-

(69) Cfr. GRASSO, «I procedimenti camerali: l'oggetto della tutela», Comunicación al XVI Convegno de la *Assoziazione Italiana*, en Palermo, 1989, § 1.

(70) Cfr. art. FAZZALARI, «Procedimento» *cit., passim*; «Istituzioni di Diritto Processuale civile», 5.^a ed., CEDAM, Padua, 1989, IV, II, pp. 529 y ss.

(71) Cfr. mi Comunicación al Convegno de Palermo, *cit.*, «Jurisdicción voluntaria, etc.», *passim*, en «Alti» *cit.*, pp. 177 y ss.

(72) Cfr. arg. en MONTESANO, *ob. cit.*, § 6.

(73) Nos hallamos muy cerca (o en el) principio de contradicción. Ciento es que éste no se halla recluido en el proceso contencioso —en el verdadero «proceso»— sino que también hay actividades de la JV en las que aparece, y en España, como ejemplo, puede ponerse las «reclamaciones» de terceras personas «a quienes se cite» a actividades de la JV comercial (art. 2111 LEC, 4.^a sobre identidad y capacidad de las personas intervenientes —sin salir por ello de la JV—, y ALLORIO tiene razón aquí, a mi entender (Cfr. ALLORIO «Nuove riflessioni critiche en tema de giurisdizione e giudicato», en los *Studi in memoria di Piero Calamandrei*, CEDAM, Padua, 1958, III, 1 y ss., y esp. p. 71), pero si en la JV puede admitirse que tal contradictorio sea «cuestión de intensidad

gación del 9 de mayo de 1981 en su punto 29, *d*) —audiencia ya históricamente abierta en España por lo menos desde la LEC de 1855, su art. 1208-4.^a y 5.^a y en la vigente, arts. 1813 y 1814— y a la apertura a un sistema de recursos en la materia, de otro lado (74); todo indica la posible insuficiencia de los remedios hasta ahora propuestos. Aquí, no se ha presentado ninguno nuevo; sólo se ha intentado recordar que en el armario-farmacia doméstico de nuestro derecho, hay desde hace muchos años, un medicamento para facilitar curas apropiadas al caso.

Y, en este trabajo de «recordar», pienso no haber incurrido en peticiones de principio. Ya que podría estimarse que, si la JV *desapa-*

y de grado» (*ob. cit., loc. cit.*) ello, en la jurisdicción contenciosa, en el proceso, significaría dar una fuerte entrada al arbitrio judicial, tan fuerte que peligraría todo el edificio. Esa «intensidad» y ese «grado» corresponde a la Ley el fijarlos —en nuestro sistema, en el *common law*, puede ser diferente.

(74) La misma esencia de la JV parece oponerse a la admisión de recursos, que por sí mismos significarían «oposición de una parte —de la vencida— frente a otra —la vencedora» (SOLUS-PERROT, § 500, pp. 462 y ss.). Y efectivamente, la falta de recursos —el *richiamo* italiano entra en la modesta categoría de los remedios, más bien (cfr. mi trabajo «Doctrina General de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal», en mis *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, ed. Rev. Der. Priv. s., 1955, p. 333 y mi «Doctrina General», XIV, III, pp. 481 y ss.)— se toma por uno de los caballos de batalla de las diferencias entre los procedimientos de la jurisdicción contenciosa y la JV en Italia (DENTI, § 6, pp. 335 y ss; MANDRIOLI, pp. 927 y ss.). Por lo cual, la característica española de existir al menos un recurso de apelación e incluso el de casación (art. 1822 LEC), disminuye las distancias entre una y otra; aunque esta disminución no implica identidad, ni mucho menos. Pero parece que, existiendo la posibilidad de pasar a *discutir* en un proceso contencioso lo que comenzó a *tratarse* en un expediente de jurisdicción voluntaria (según el art. 1817 LEC) parecerá incluso «heterodoxo» el recurso con tal vía. Así piensan juristas franceses (SOLUS-PERROT, § 484, p. 446)—sobre la Ley, fundamental, en Francia, de 15 de julio de 1944—, revalidada por Decr. de 9 de octubre de 1945.

De la objeción se hace cargo la doctrina española (GIMENO GAMARRA, «Jurisdicción Voluntaria», pp. 479 y ss.) que le hace frente alegando las dificultades que pueden surgir al intentar acudir a un proceso contencioso a tenor del art. 1817, por haberse dictado resoluciones *ex officio* en él. No veo tal gravedad; ello ocurre también en el proceso penal, con la impugnación de las resoluciones judiciales que recaen durante el período instructorio, y existe la apelación, sin embargo (arts. 216 y ss., Ley de Enjuiciamiento Criminal); mejor cabe pensar en que, en determinados asuntos de JV rige el sistema inquisitivo, por tratarse de cuestiones de *ius cogens*, lo cual hace inaplicables los principios clásicos del sistema procesal intradispositivo. Y, sencillamente, la existencia ordinaria de tales recursos en el ordenamiento español, demuestra que la JV se ha considerado y considera como una manifestación de la jurisdicción, mejor que como administrativa, y ello, *ope legis*. Explicación, en la relatividad histórica y geográfica de los conceptos...

Ciertamente, la consecuencia de abrir la JV a los recursos produce una «apertura de lo contencioso» (arg. VINCENT-GUICHARD, § 102, p. 146). Pero la solución del art. 1817 LEC, tiene la ventaja de no haberse de llegar, antieconómicamente, hasta el final de la actividad que sea de la JV, sino la de poder pasar a entablar el contencioso en cuanto se manifieste la oposición.

rece, sería inútil preocuparse del o de los mecanismos de su transformación encontenciosa. Más lo que entiendo es que el contenido de la actual JV *no puede desaparecer* —se va incrementando día a día, como secuencia de las necesidades de la sociedad— y que, en todo caso si se la suprimiese —precedida por su inadecuado título, en ello estoy conforme— debería ser sustituida por un «algo», sobre lo que hay sucesión abierta —y uno de los pretendientes lo serían, sin duda, las administraciones, que ya tienen actualmente firmes títulos en cuanto a la naturaleza jurídica de la actual figura. Y sea quien fuere el sucesor, si recordamos el paralelo existente para regular el paso de las actividades administrativas a la jurisdiccionales, llegaremos a la conclusión de que el mecanismo aquí examinado no será superfluo, ni en Italia ni en España.

La configuración del arrendamiento financiero (LEASING) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional (*)

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La configuración del arrendamiento financiero en la jurisprudencia. 3. La configuración del arrendamiento financiero según la Ley de 29 de julio de 1988. 4. La configuración del *leasing* en el Convenio internacional del *Unidroit* de 1988. 5. El control de las condiciones generales en el arrendamiento financiero. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

En el estudio que se publicó en el *Anuario de Derecho Civil* en 1982 (1), informamos, entre otros extremos, sobre la importancia económica alcanzada hasta entonces por el *leasing* financiero en nuestro país. En el año 1975 este tipo de operaciones alcanzaron la cifra de diez mil millones de pesetas, lo que representó un aumento del 17,64 por 100 en relación con el año anterior. Al mismo tiempo creció extraordinariamente el número de las sociedades dedicadas al *leasing* financiero, que de ocho existentes en el año 1972 pasaron a ser más de treinta en 1974.

Con la publicación del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y del Real Decreto de 31 de julio de 1980, se va a impulsar enormemente el desarrollo de esta operación financiera, debido al régimen

(*) Este estudio constituye el texto de la conferencia preparada para su exposición en las «Jornadas sobre las condiciones generales de la contratación» que, organizadas por la UNED, tuvieron lugar en Gijón los días 26 y 27 de abril de 1991.

(1) CABANILLAS, *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*, ADC, 1982, págs. 41 y ss.

fiscal que establecían ambas disposiciones legales, muy favorable para los sujetos que intervienen en este peculiar negocio, de procedencia anglosajona. Por ello se dice que la «Edad de Oro» del *leasing* financiero surge con la promulgación de dichas disposiciones (2).

A pesar de que la Ley General de Presupuestos del Estado de 1988 afecta fiscalmente al *leasing* o arrendamiento financiero, de igual manera que la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, no por ello se ha producido un retroceso en esta operación financiera, debiendo tenerse en cuenta que los próximos años nos traerán al *leasing* sin fronteras, en línea con la integración de España en la Comunidad Económica Europea y la política comunitaria. Esto explica que en el año 1988 se haya aprobado, al fin, el Convenio del *Unidroit* sobre el *leasing* y el *factoring* internacional.

En el año 1988, España ocupó el cuarto puesto en Europa, superando en inversión el billón de pesetas, cifra que significa algo más del 25 por 100, cifra superior a la de la mayoría de los países europeos.

Atendiendo a la distribución sectorial, los bienes de equipo (37,9 por 100) y la automoción (34,2 por 100) se reparten la mayor parte, aunque también tienen importancia los sectores de los inmuebles (14,4 por 100) y la informática (8 por 100).

En 1989 el sector creció casi un 17 por 100 alcanzando la cifra de 1.166.657 millones de pesetas y superando la centena el número de las sociedades de *leasing* que, en su mayor parte, se integran en bancos y cajas de ahorro (3). Tal vez, la extraordinaria importancia económica del *leasing* o arrendamiento financiero, ha determinado que hayan aparecido nuevas normas legales que tratan de disciplinarlo y encauzarlo jurídicamente, persiguiéndose objetivos de política financiera, fiscal y de protección de los clientes de las sociedades de *leasing* financiero. En este sentido es sumamente importante la mencionada Ley de 29 de julio de 1988, cuya Disposición adicional séptima lo regula en aspectos importantes, configurando a la sociedad de arrendamiento financiero como entidad de crédito.

En el terreno internacional, como también hemos apuntado, existe un Convenio internacional, de gran interés, por la irrupción en nuestro país, en los próximos años, de sociedades de *leasing* extranjeras, y de la presencia de nuestras sociedades de *leasing* en Europa.

(2) GARCÍA-BARBÓN, *Diccionario jurídico del leasing*. Corporación financiera Hispamer, Madrid, 1991, pp. 18-20.

(3) Una amplia información, con cuadros y datos básicos comparativos, y con referencia a las principales empresas de *leasing* en España, por FONTANA HERVADA, *Aspectos económico-financieros y crediticios del leasing sobre inmuebles*, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, Córdoba, 1990, pp. 273-280; AMAT, *El leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones*, Deusto, 1990, pp. 13 y ss. y anexo 2; y SEGURADO, *Todo sobre el leasing*, Barcelona, 1989, pp. 30 y 117 y ss.

También se han publicado en los últimos años algunas sentencias importantes del Tribunal Supremo sobre el *leasing* o arrendamiento financiero, que en su conjunto constituyen una importante doctrina jurisprudencial, esencial para conocer y valorar este peculiar negocio, sobre cuya naturaleza jurídica tanto se ha discutido y se seguirá discutiendo por la doctrina. También tienen un notable interés varias sentencias de las Audiencias, especialmente para enjuiciar algunas de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero.

El análisis de la configuración jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero, teniendo en cuenta la nueva normativa sobre el mismo, así como nuestra jurisprudencia, constituye uno de los objetivos básicos que perseguimos en este estudio. También examinaremos los aspectos más destacados del Convenio sobre el *leasing* internacional. Por último, al igual que hicimos en el estudio publicado en 1982, analizaremos críticamente las cláusulas más controvertidas de las que aparecen en las condiciones generales, que son aquellas en las que la sociedad de *leasing* trata de exonerarse de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario.

También debemos subrayar que el 19 de julio de 1984 se promulgó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuya posible aplicación al arrendamiento financiero hay que plantear, y que existe un Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (1988), que cuando se concrete en ley será una pieza esencial para el adecuado control de las condiciones generales y, en definitiva, para la protección eficaz del usuario. Se afirma con razón que el *leasing* es un contrato particularmente idóneo para la experimentación de las técnicas de control judicial de las condiciones generales de los contratos (4).

No resulta sencillo establecer una definición del *leasing* o arrendamiento financiero. El procedimiento más útil consiste en mostrar, como hicimos en 1982, las relaciones que surgen entre los tres sujetos que intervienen en este negocio de financiación: a) El usuario se dirige a una sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero para que adquiera el bien que desea (normalmente, bienes de equipo o inmuebles para fines industriales o empresariales) (5) y se los ceda durante

(4) FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977, p. 37; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 168.

(5) No es la compraventa el único título adquisitivo posible en las operaciones de arrendamiento financiero. Cabe la construcción o fabricación del bien bajo encargo de la sociedad de *leasing*, tanto respecto de bienes de equipo (fabricación bajo pedido) como de naves industriales o, en general, edificios de cualquier género (cuya construcción sea promovida por el empresario de *leasing*, aunque concertada con una empresa constructora). En las operaciones inmobiliarias de *leasing* de construcción, este título adquisitivo puede a su vez complementarse con el de compra-venta del solar o del terreno, o con la constitución de un derecho de superficie en favor de la sociedad de

un determinado período de tiempo, a cambio de una contraprestación dineraria; *b)* La sociedad de *leasing*, de acuerdo con las instrucciones del usuario, adquiere los bienes designados por éste; *c)* El contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario está sujeto a un plazo de duración irrevocable, a cuyo vencimiento el usuario dispone de una triple opción: 1.^a La devolución de los bienes cedidos a la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero. 2.^a La renovación del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. 3.^a La adquisición de la propiedad del bien, abonando el denominado valor residual, fijado en el contrato.

Como señala Amat (6), si se compara con otras alternativas de financiación, podría decirse que el *leasing* es más favorable a medida que aumente el número de años de vida útil de bien a financiar y se reduzca el plazo del contrato de *leasing*. Así, el *leasing* anticipa más las ventajas fiscales que otras alternativas de financiación. Por este motivo, al usuario siempre le interesará hacer un contrato en el que la duración sea menor a la de la vida útil del bien que se está financiando. Por otro lado, para que el *leasing* sea preferible a la financiación con fondos propios, el coste de oportunidad de los accionistas no ha de ser muy reducido y la empresa se ha de poder beneficiar de los incentivos fiscales.

Esto implica que en el *leasing* financiero hay que considerar, en relación con las otras posibilidades de financiación empresarial, el coste financiero, los gastos de formalización, el plazo de contrato y los incentivos fiscales. El *leasing* será, por tanto, una alternativa satisfactoria para el usuario si le reporta ventajas fiscales y financieras, y lo será para sociedad de *leasing* si ésta conserva la propiedad del bien en garantía y obtiene beneficios (7).

2. LA CONFIGURACION DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO EN LA JURISPRUDENCIA

Nuestra jurisprudencia (8), en cinco sentencias ha perfilado la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero, si bien apenas se ha enfrentado con el importante problema del control de las condi-

leasing, sobre el suelo donde se proyecta realizar la construcción (GARCÍA-BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATESANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit, pp. 27-28).

(6) AMAT, *El leasing*, cit. pp. 84 y ss., en especial, págs 100.

(7) AMAT, *El leasing*, cit., pp. 101 y ss., y SEGURADO, *Todo sobre el leasing*, cit., pp. 96 y ss., con un importante análisis económico financiero de las principales ventajas e inconvenientes que para el usuario y la sociedad de *leasing* reporta esta operación.

(8) Un análisis general de esta jurisprudencia por DE LA CUESTA RUTE, *Jurisprudencia sobre el leasing*, RDBB, 1987, pp. 647 y ss.; O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, AC, 1991/1, semana 31 de diciembre a 6 de enero.

ciones generales, en las que las sociedades de *leasing* se exoneran de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario, esgrimiendo su misión de mera intermediaria financiera.

El problema que más se ha planteado ante el Tribunal Supremo radica en la distinción entre el *leasing* o arrendamiento financiero y la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos o el préstamo de financiación de la compra. Esto explica que nuestro Tribunal Supremo se haya tenido que pronunciar sobre el tema de la naturaleza del *leasing* financiero, estableciendo sus diferencias con la venta a plazos o el préstamo de financiación.

Hay que subrayar que todas las sentencias se refieren al *leasing* financiero mobiliario. Todavía no se ha dictado una sentencia que contemple directamente con contrato de *leasing* financiero inmobiliario, aunque, como tendremos ocasión de mostrar, la doctrina que establece el Tribunal Supremo, en torno a la distinción del *leasing* financiero y la venta a plazos, es importante también para configurar el *leasing* financiero inmobiliario.

La mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo tienen en cuenta el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, que define al arrendamiento financiero en su art. 19, si bien parece que a efectos puramente fiscales.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que contempla un contrato de *leasing* financiero es la de 28 de marzo de 1978 (9), que resolvió una tercería de dominio interpuesta por una sociedad de *leasing*.

Una sociedad de *leasing* celebró con una empresa turística varios contratos calificados de *leasing* financiero que tenían por objeto diecinueve dictáfonos, seis teléfonos, una máquina de fotocopia, una plegadora, una máquina estampadora y un reloj de fichar. Estos materiales de oficina fueron adquiridos por la sociedad de *leasing* con anterioridad a su embargo, en virtud de compra a dos sociedades suministradoras. Después de celebrados los contratos de *leasing* y entregados los bienes a la empresa turística, como consecuencia de un juicio ejecutivo seguido contra ésta por uno de sus acreedores, los citados bienes fueron embargados. Por este motivo, la sociedad de *leasing* interpuso tercería de dominio, a fin de que se dictase sentencia declarando que los bienes embargados son de su propiedad y que se alce el embargo trabado.

El acreedor embargante se opuso a la tercería, ya que tales contratos no pueden considerarse como arrendamientos. Se trata de contratos que la doctrina anglosajona viene denominando de *leasing*, pero que en nuestro ordenamiento jurídico están encajados en la Ley sobre

(9) Comentada por CABANILLAS, ADC, 1980, pp. 759 y ss.

Venta de Bienes Muebles a Plazos. Por ello, la actora tercerista no es propietaria de los bienes que reclama.

El Juez de Primera Instancia declaró no haber lugar a la demanda de tercería de dominio. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial confirmó dicho fallo. Contra esta sentencia, la sociedad de *leasing* formuló recurso de casación, por infracción por el concepto de inaplicación de los arts. 1255 y 1543 del Código Civil. Partiendo del principio de libertad de pactos nos encontramos con que estas típicas operaciones de alquiler en régimen de *leasing* cabe subsumirlas en lo fundamental en el art. 1543 del Código Civil y a su vista se observa que las relaciones jurídicas debatidas se ajustan en lo fundamental a todas y cada una de las condiciones exigidas para el arrendamiento, ya que en efecto hay cesión de uso, hay un plazo de duración del arriendo prefijado y hay un precio cierto. Por lo demás, la existencia de una opción de compra no hace más que insistir en el carácter atípico de estas operaciones.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, al aceptar el criterio interpretativo de los Tribunales de Instancia, que debe prevalecer en casación, a no ser que se evidencie, por el cauce del número 1.^º del mencionado art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los arts. 1281-1289 del Código Civil, o se demuestre por la vía del número 7.^º del mismo artículo el error del juzgador al establecer los hechos en que la interpretación se apoya, y como ninguno de esos medios impugnatorios se utiliza en el recurso, es llano que procede su desestimación.

No parece, por tanto, que el Tribunal Supremo entre en el fondo del asunto; pero, no obstante, proclama en el considerando primero que «el determinar la conceptualización jurídica que corresponde a cierto contrato es un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, y en este sentido la sentencia recurrida, que hace suyos los considerandos de la de primer grado, explícitamente afirma que los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, las condiciones particulares, denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, contratos que, en consecuencia, están sujetos a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su art. 2, y, con base en esa calificación, rechaza la demanda por considerar que no son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el art. 23 de la mencionada Ley especial».

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981 (10) constituye, sin duda, la sentencia fundamental sobre el *leasing* o

(10) Comentada por CABANILLAS, ADC, 1981, pp. 1.096 y ss.

arrendamiento financiero, marcando de forma precisa la naturaleza de este negocio y sus rasgos diferenciadores con la venta a plazos de bienes muebles y el *leasing* operativo, pero reconociendo la posibilidad de simulación relativa.

Las sentencias posteriores del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Instancia, van a seguir las líneas descritas con claridad y precisión por esta importante sentencia.

Necesitando la recurrente, una empresa constructora, ciertos bienes de equipo para las obras que venía realizando, convino con un proveedor la adquisición de un forjado-túnel por precio de 11.672.000 pesetas, a cuyo efecto anticipó la cantidad de 2.264.370 pesetas; pero la operación no pudo ser ultimada a causa de la deficiente tesorería de la compradora, que no logró los canales de crédito con los que esperaba contar. En tales circunstancias, una sociedad dedicada al desarrollo del *factoring* y *leasing* celebró con la empresa constructora un contrato por el que se convino que la sociedad de *leasing* adquiriría del mencionado proveedor el equipo forjado-túnel, obligándose la empresa constructora a tomarlo en arrendamiento por un período de tres años, satisfaciendo una canon arrendaticio mensual de 375.623,70 pesetas para las primeras doce mensualidades, decrecidas en las sucesivas, formalizándose en letras de cambio. Al término del período concertado la empresaria constructora podía ejercitar el derecho de opción de compra del bien arrendado mediante el pago residual en pesetas de 2.264.370 a abonarse en un solo acto. A partir del quinto mes la empresa constructora incumplió la obligación de abonar las letras de cambio, determinando su precaria situación económica el estado jurídico de suspensión de pagos.

La sociedad de *leasing* promovió demanda en ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento, con el consiguiente pedimiento de que el equipo de forjado-túnel objeto de *leasing* le fuese devuelto, por ser la única propietaria del mismo. Contra esta acción, la empresa constructora formuló demanda reconvencional alegando que el pretendido *leasing* encubre una préstamo de financiación y una venta a plazos con cláusula penal que se pretende evitar pueda ser moderada por el juzgador, habiéndose concertado además un negocio transaccional entre los contratantes.

La sentencia del Juez de Primera Instancia prescindió de todo pronunciamiento sobre el contrato básico referido y acogió la reconvenCIÓN por entender que ha existido acuerdo transaccional poniendo fin a las diferencias de las partes; mientras que la Sala de apelación decide calificar el contrato como un propio *leasing*, que ha incumplido la demandada, por lo que éste ha quedado resuelto al haber dejado de satisfacer el canon arrendaticio mensual. Por ello, los bienes deben ser puestos a disposición de la sociedad de *leasing*, única propietaria de los mismos, absolviendo a la parte demandante de la reconvenCIÓN.

Contra esta sentencia la empresa constructora interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por las siguientes razones: 1.^a La afirmación hecha por el Tribunal de Instancia con toda rotundidad de que el negocio celebrado por las sociedades contendientes constituye un verdadero y querido contrato de *leasing*, o arrendamiento financiero, cuya definición da al efectuar una tarea calificadora de su naturaleza, constituye una premisa incólume en el recurso, ya que la valoración del material instructorio realizada no ha sido reprobada por el cauce del número 7.^º del art. 1692 de la Ley procesal, ni utilizando un número 1.^º para alegar desconocimiento de las normas que disciplinan la exégesis contractual en los arts. 1281 y ss. del Código Civil, sin olvidar la constante jurisprudencia respecto a que la interpretación y cualificación de un negocio son cometidos atribuidos propiamente a la Sala de Instancia, sólo rectificables en casación cuando manifiestamente han sido vulneradas las normas interpretativas o los resultados obtenidos pugnan con el recto criterio. 2.^a Aún cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado *leasing* financiero a la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza de ambas figuras, antes bien ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra como causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para cubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2, párrafo 2, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta. 3.^a Carente tal contrato en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del Derecho privado, está claro que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto prolongado en el art. 1255 del Código Civil, que faculta a los sujetos para superar, a impulsos de las incesantes exigencias del tráfico económico, el elenco de esquemas o pautas contractuales previstas por el legislador, necesariamente limitadas, sin que ello comporte menoscabo de categoría dogmática alguna; pero sí aparece regulado en otros órdenes, como es el *leasing* automovilístico, al que se refiere

la Circular de la Dirección General de la Jefatura Central de Tráfico de 16 de febrero de 1974, y en el ámbito fiscal los Reglamentos de 3 de diciembre de 1971 y 10 de enero de 1972, la Orden de 3 de junio de 1976 (aprobatoria de las normas de adaptación al Plan General de Contabilidades a las sociedades de *leasing*), y muy en especial al Real Decreto-Ley de Ordenación financiera de 25 de febrero de 1977, que le dedica todo su título segundo bajo el rótulo «de las empresas de arrendamiento financiero» y describe la operación como «arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas en la forma prevista en el art. 22 y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario... (que) deberá incluir una opción de compra a (su) favor al término del arrendamiento» (art. 19), declarando tajantemente en su art. 21 que «a efectos de lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 2 de la Ley 50, de 17 de julio de 1965, sobre venta de bienes muebles a plazos, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente no se considerarán incluidos en el art. 1 del Decreto 1193 de 12 de mayo de 1966», lo que desde luego no será óbice a que pueda ser extraída una hipótesis de simulación relativa caso de que se pruebe que bajo el velo de un *leasing* financiero late un evidente negocio de venta a plazos de bienes muebles, como acontece en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 1978, que mantuvo la calificación jurídica hecha en la instancia sobre la índole negocial, atendidas «las condiciones particulares» del contrato entonces estudiado. 4.^a A diferencia del denominado «*leasing* operativo», que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el «*leasing* financiero» o *leasing* propiamente dicho, especie que es la usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las empresas, recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual», rebasa el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la compañía de *leasing*, que ha desembolsado un capital importante. 5.^a Mientras que en el «*leasing* operativo» la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario en el «*leasing* financiero», todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiero, corren de cuenta del usuario, a quien incluso pueden alcanzar —si así se pacta— todos los riesgos, desde el relativo a

la idoneidad del material para la explotación, funcionamiento y resultado (por subrogación convencional del usuario para el ejercicio de las acciones de saneamiento frente al vendedor), hasta el de pérdida por caso fortuito, y es en atención a tales obligaciones que alcanzan al arrendatario el concierto de garantías para asegurar su cumplimiento acompaña de ordinario al contrato de *leasing*, bien por vía de seguro, en cuya póliza figurará como beneficiario el arrendador en el evento de siniestro, ora por entrega de una cantidad para garantizar el adecuado uso, pacto que no ha de tenerse por insólito ni incompatible con la finalidad perseguida por el «*leasing* financiero». 6.^a Todos los antecedentes relatados demuestran que ha existido mera cesión de uso del forjado-túnel a «Hiconsa», pero sin emplazamiento de la propiedad, retenida por «Inresa», caso de que «Hiconsa» no utilizase aquel derecho, de exigir la «recompra» de los bienes a «Ocatic, SA», según una escala de depreciación previamente calculada, como dicho queda, elemento de juicio que para algún criterio doctrinal confirma la realidad de que se trata de un arrendamiento financiero y no de la apariencia disimulatoria de un contrato a plazos. 7.^a Ajeno al negocio en cuestión, por su estructura y desarrollo, a toda idea de un préstamo de financiación a vendedor de los previstos en el art. 3 de la Ley de 17 de julio de 1965, y reñida también con los antecedentes expuestos toda posibilidad de tener por convenida una operación de financiación a comprador; la circunstancia de que la cantidad tomada en cuenta a «Hiconsa» por «Inresa» a título de garantía equivalga al 20 por 100 del precio total arrendatario no desvirtúa la atipicidad del contrato para subsumirlo en la reglamentación de la compraventa a plazos, como tampoco la destruye el acuerdo de que la contraprestación de la arrendataria fuera atendida con el giro de cambios que la recurrida negoció acudiendo al descuento bancario, pues precisamente la utilización de tales operaciones de crédito responde al desenvolvimiento usual en este tipo de empresas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983 (11) sigue fielmente la doctrina de la sentencia precedente, pero, a diferencia de ésta, contempla, como la de 28 de marzo de 1978, un caso de tercería de dominio interpuesta por una sociedad de *leasing*.

Una empresa constructora concertó con una sociedad de *leasing* un contrato, estipulándose que ésta adquiriría un rodillo autopropulsado, compactador, vibrante, articulado mixto, cediéndolo en arrendamiento a la empresa constructora. Como consecuencia de un juicio ejecutivo seguido contra la empresa constructora por uno de sus acreedores, se trtó embargo sobre el citado rodillo. Ante esta situación, la sociedad de *leasing* entabló la correspondiente demanda de tercería de dominio contra la empresa constructora y el acreedor ejecutante.

(11) Comentada por CABANILLAS, ADC, 1984, pp. 893-894.

Este formuló oposición a la tercería promovida, alegando que no tuvo conocimiento de la existencia del contrato y que si la máquina embarcada perteneciera a la sociedad tercerista, entrañaría la existencia de un contrato de venta a plazos.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de tercería de dominio y absolvió a los demandados de todos los pedimentos. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó el recurso. Contra esta sentencia, la sociedad de *leasing* interpuso recurso de casación por infracción de ley, alegando la indebida aplicación de los arts. 1, 2, 3, 6, 17 y 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, entre otros motivos. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación por las siguientes consideraciones: Que entre las formas contractuales que las necesidades en la vida social y económica han introducido en el campo jurídico se encuentran los denominados arrendamientos financieros o *leasing*, sin regulación legal hasta el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, disposición que, aunque de carácter predominantemente fiscal y financiero, recoge en su art. 19 sus rasgos característicos, tal como aparecen en la realidad social cotidiana, al conceptuarlos como operaciones, que cualquiera que sea su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo adquiridos para dicha finalidad por empresas con dicho objeto social y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario, a cuyo arrendamiento acompaña una opción de compra, siendo, por tanto, sus notas diferenciales la cualidad del bien de equipo del objeto del contrato, la elección del mismo, en manos de fabricante o proveedor, por el futuro usuario, la adquisición de su propiedad por la empresa de *leasing* y sucesión en arrendamiento al arrendatario o usuario, con la inclusión de un pacto de opción de compra, contrato de arrendamiento financiero o *leasing* jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, pues, como dice la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1981, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser conducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que ni se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente per-

seguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulados en el párrafo 2.º, del art. 3 de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que nos encontramos ante un arrendamiento financiero o *leasing*, de frecuente práctica en el comercio de bienes de equipo, en el que, como se ha dicho en el anterior considerando y como es de esencia en esta figura jurídica, sólo se transmite el uso de la cosa.

La circunstancia de que el rodillo autopropulsado estuviera al tiempo del embargo en la posesión material de Urbanizaciones y Pavimentos, S. A., no contradice la propiedad sobre él de la sociedad recurrente, en cuanto dicha tenencia es consecuencia obligada de la cesión de uso que el contrato de arrendamiento supone e implica a la vez la obligación de devolverlo al dueño a la finalización del contrato locativo, contrato al que no es aplicable la Ley de 17 de julio de 1965 sobre venta de bienes muebles a plazos, al no poder subsumirse en ninguno de los supuestos que dicha normativa regula.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989 (12) se ocupa de un problema diferente, el de los vicios del material cedido en *leasing* financiero, aunque el interés de la sentencia radica en la manera que configura al *leasing* o arrendamiento financiero, ratificando la doctrina de las sentencias de 18 de noviembre de 1983 y 10 de abril de 1981.

Por último, se ha publicado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 (13), en clara armonía con las tres sentencias precedentes.

Una sociedad de *leasing* adquirió una prensa de ciclo continuo de un suministrador, y en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, la cedió a la sociedad usuaria. Dicha prensa fue embargada a la usuaria por la Recaudación de Contribuciones de la zona de Baza en procedimiento de apremio seguido contra dicha sociedad por impago de determinados tributos a la Hacienda Pública. La sociedad de *leasing* interpuso demanda de tercería de dominio contra la sociedad usuaria y la Administración del Estado. Comparecido en autos el Abogado del Estado en la representación que le es propia, se opuso a la pretensión actora, alegando que el contrato suscrito era una venta encubierta y no un *leasing*.

(12) Comentada por ROJO AJURIA, CCJC, 1989, núm. 20, pp. 595-608.

(13) Comentada por BERCOVITZ, CCJC, 1990, núm. 23, pp. 693 y ss., y EMBID IRUJO, *La Ley*, núm. 2.645, 24 de diciembre de 1990.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la tercera de dominio ejercitada y mandó levantar el embargo por considerar a la actora titular del bien. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. Interpuesto recurso de casación por la Delegación de Hacienda, el Tribunal Supremo lo estimó.

Según el Tribunal Supremo, la ya consolidada doctrina de esta Sala (Sentencias de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 26 de junio de 1989) ha sancionado la falta de identidad entre la compraventa de bienes muebles a plazos, regulada por la Ley de 17 de julio de 1965, y el contrato de arrendamiento o *leasing* financiero, ya se considere a éste como negocio mixto en que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya como supuesto de conexión de contratos complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, caracterización acorde con la que de esta figura contractual se contiene en el Real Decreto-Ley de Ordenación Financiera de 25 de febrero de 1977, cuyo artículo 19 califica como «operaciones de arrendamiento financiero» aquellas que «cualquiera que sea su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas en la forma prevista en el art. 22 y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento», añadiendo el art. 21 que «a efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazo, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el art. 1.º del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo».

Siendo distinta la finalidad económica perseguida con el arrendamiento financiero y la venta a plazo, su indudable semejanza facilita la utilización de la primera de esas formas negociales para ocultar una verdadera venta a fin de obtener las ventajas financieras y fiscales de aquélla, por lo que la calificación, en el caso concreto, de la convención celebrada por las partes habrá de tener en cuenta no sólo las estipulaciones formalmente establecidas, sino también la real intención de los contratantes, puesta de manifiesto a través de las reglas de hermenéutica contractual de los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, pues, como tiene declarado con reiteración esta Sala, la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquéllos.

Calificado como arrendamiento financiero el contrato, atendiendo al contenido literal de las condiciones generales y particulares figuradas en el documento privado en que aquél se instrumentó, tal

calificación contractual ha de estimarse errónea. Fijado el plazo de duración del contrato en cinco años, se pactó una renta mensual de 219.886 pesetas y como valor residual de toda la maquinaria objeto de aquél, no sólo del bien objeto de tercería, el de 214.965 pesetas, inferior, por tanto, al de una mensualidad y que representa un porcentaje del 1,62 por 100 respecto del precio total fijado en el contrato que ascendía a 13.193.160 pesetas, valor residual que ha de conceptuarse de insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, doctrina ésta recogida en la sentencia de 10 de abril de 1981, que en el caso examinado en ella no apreció el carácter insignificante o simbólico del precio de opción que ascendía a un 20 por 100 del total precio arrendatario, siendo así que en el presente caso el valor económico de los bienes objeto del contrato quedaba satisfecho con los pagos mensuales pactados.

La consiguiente calificación del contrato cuestionado como compraventa de bienes a plazo, atendida la verdadera naturaleza jurídica del mismo, derivada de la real intención de los contratantes, revelada en su conducta coetánea y posterior a la celebración del contrato, aboca necesariamente a la estimación de la simulación relativa de los contratos, ya que bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento financiero se recogía otro de compraventa de bienes muebles a plazos, cuya causa era, no la cesión del uso de los bienes por tiempo determinado y precio cierto con opción de compra al final del plazo, sino la inmediata transmisión de la propiedad de esos bienes mediante el pago de un precio cierto, contraprestación ésta de intereses que es lo que constituye la causa de los contratos de compraventa.

La sentencia de 28 de mayo de 1990 tiene en cuenta, al igual que las sentencias que menciona como precedentes (las de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 26 de junio de 1989), el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, cuyo art. 19 define al arrendamiento financiero.

La Ley de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ha derogado al tít. II del mencionado Real Decreto-Ley (Disposición derogatoria), disciplinando el arrendamiento financiero en la Disposición adición séptima (14).

(14) A pesar de que la disposición derogatoria no menciona expresamente al Real Decreto de 31 de julio de 1980, relativo al arrendamiento financiero de inmuebles, debe entenderse implícitamente derogado. al haberse unificado por la Ley de 29 de julio de 1988 el régimen del arrendamiento financiero de bienes muebles e inmuebles, parece que dicho Real Decreto debe considerarse derogado en su totalidad.

La nueva regulación deberá ser tenida en cuenta por nuestra jurisprudencia, si bien es de prever que ello no va a implicar alteración de su doctrina sobre la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero.

3. LA CONFIGURACION DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO SEGUN LA LEY DE 29 DE JULIO DE 1988

La citada Ley de 29 de julio de 1988 aborda, según afirma su Exposición de Motivos, la regulación general de las operaciones de arrendamiento financiero (15).

La pretendida regulación general aparece, sin embargo, en la Disposición adicional séptima, donde no sólo se contemplan los aspectos fiscales de las operaciones de arrendamiento financiero, aunque de la propia Exposición de Motivos se deduce la especial preocupación del legislador por el tratamiento fiscal, ya que la regulación precedente equivalía a la admisión de un principio ilimitado de libertad de amortización. Así se establece la desagregación de las cuotas de arrendamiento en un componente de carga financiera y otro de recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, que sería el equivalente al concepto de amortización en el caso de una adquisición definitiva. Se acepta el principio de que ese segundo componente constituye un gasto amortizable para el arrendatario, pero se dispone que deberá ser de cuantía igual o creciente a lo largo del período contractual, para evitar una anticipación de gastos amortizables a través de cuantías decrecientes (apartados 5, 6 y 7 de la Disposición adicional séptima) (16).

El apartado 1 de la citada Disposición adicional séptima dispone que «tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de

(15) Sobre esta Ley, *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. Edición dirigida por TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Madrid, 1989.

(16) Sobre el tratamiento fiscal del arrendamiento financiero en la Ley de 29 de julio de 1988, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 67-69 y 107-108; PIÑAR MAÑAS, *Comentarios a la Ley de Disciplina*, etc., pp. 182-183; MALDONADO, Aspectos fiscales del *leasing* sobre inmuebles, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 147 y ss.

servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

Cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario».

La obligada afección de los bienes a las explotaciones del usuario, significa fundamentalmente que el arrendamiento financiero sólo puede ser celebrado con empresarios o profesionales, y que los bienes que constituyen el objeto del contrato deben constituir necesariamente un equipamiento (mobilario o inmobiliario) de una actividad empresarial o profesional.

El arrendamiento financiero se presenta como un instrumento de financiación dirigido a facilitar las inversiones empresariales o profesionales. Queda al margen de la actividad de las sociedades de arrendamiento financiero la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles para fines personales o particulares. Por este motivo no cabe concertar un arrendamiento financiero sobre un inmueble destinado a vivienda de quien actúa como usuario, o sobre vehículos que van a ser usados para consumo particular. No obstante, es posible que las viviendas sean objeto de arrendamiento financiero cuando el usuario las va a explotar a su vez en régimen de alquiler en favor de terceros; lo cual ha sido admitido explícitamente por la Dirección General de Política Financiera en Resolución de 9 de febrero de 1987, o sobre vehículos de turismo que van a ser explotados por el usuario en régimen de *renting*, o utilizados por un empresario o profesional al servicio de su actividad productiva.

El apartado 2 se refiere tanto a la duración mínima del contrato como a su objeto, al disponer que «los contratos a que se refiere la presente disposición tendrán una duración mínima de dos años cuando tengan por objeto bienes muebles y de diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. No obstante, el Gobierno, para evitar prácticas abusivas, podrá establecer otros plazos mínimos de duración de los mismos en función de las características de los distintos bienes que pueden constituir su objeto».

Se excluyen, por tanto, del ámbito del arrendamiento financiero los bienes consumibles y aquellos cuya duración física o jurídica sea inferior a la de dos años si se trata de un bien mueble, o diez años, si se trata de un bien inmueble.

La determinación de un plazo de duración mínima de los contratos de arrendamiento financiero obedece a una justificación bastante

clara: una duración excesivamente corta perjudicaría al usuario, que habría de soportar cuotas muy elevadas. Precisamente, del propio apartado 2 se desprende que se trata de evitar prácticas abusivas, por lo que el Gobierno puede establecer otros plazos mínimos de duración en función de las características de los distintos bienes que pueden constituir su objeto.

Fijada una determinada duración, el contrato no puede ser revocado unilateralmente. Puede, sin embargo, renovarse a su término, tal como se establece en las condiciones generales que operan en el tráfico.

En relación con el precio del contrato, el apartado 3 establece que «las cuotas de arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda» (17).

El apartado 4 completa al anterior, disponiendo que «el importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual».

La composición interna del precio del arrendamiento financiero y, por consiguiente, de cada cuota, no se mostraba en las condiciones generales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 29 de julio de 1988. Ahora debe figurar la parte de cada cuota destinada a la recuperación del coste del bien, a las cargas financieras y, en su caso, a otros conceptos. Además, cuando el bien de que se trate sea amortizable sólo en parte, debe diferenciarse en el contrato las partes de la cuota correspondientes a recuperación del coste de elemento amortizable del bien y del elemento no amortizable, por razones fundamentalmente fiscales.

En el contenido de la carga financiera se integran el importe de las comisiones y los intereses, que se determinan en función de la inversión (coste de adquisición del bien), de la duración del contrato y del tipo de interés aplicable.

El apartado 8 establece que «las sociedades de arrendamiento financiero tendrán por objeto social exclusivo la realización de operaciones previstas en la presente disposición. Con carácter previo a la iniciación de las operaciones, dichas sociedades deberán obtener del Ministerio de Economía y Hacienda la correspondiente autorización y quedar inscritas en el Registro especial de esta clase de sociedades que se crea en el Banco de España».

(17) Sobre los aspectos económicos del cálculo de la cuota, AMAT, *El leasing*, cit., pp. 65 y ss., y SEGURADO, *Todo sobre el leasing*, cit., pp. 84 y ss.

En relación con las empresas de arrendamiento financiero existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 29 de julio de 1988, hay que tener en cuenta lo que dispone la Disposición transitoria primera.

El apartado 8 está en conexión con el art. 43 de la Ley, al exigir la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, para la creación de todas las entidades de crédito, entre las que se incluyen las de arrendamiento financiero.

A tenor del apartado 10, «a partir del 1 de enero de 1990, las operaciones de arrendamiento financiero previstas en este artículo también podrán ser desarrolladas por las entidades oficiales de crédito, los Bancos, las Cajas de Ahorro, incluida la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros y las Cooperativas de Crédito, cumpliendo en todo caso las condiciones previstas en esta norma legal y en las disposiciones reglamentarias que la desarrolleen».

Se establece de esta manera una norma que concuerda con la realidad, pues las más importantes sociedades de arrendamiento financiero están en estrecha relación con los Bancos y las Cajas de Ahorro, que constituyen, bajo su dependencia, este tipo de sociedades (18).

Por último, el apartado 9 «faculta al Gobierno para regular, en lo no previsto en esta disposición, el régimen al que deban ajustar su actuación las sociedades de arrendamiento financiero», tratándose de una delegación, que en opinión de Piñar Mañas (19), plantea serias dudas de legalidad y puede ser enormemente perturbadora.

El transcritto apartado 9 conecta con la norma general del art. 48.2 de la Ley que «faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en su aspectos sustanciales y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control adminis-

(18) Un cuadro completo de los principales grupos bancarios donde se integran las sociedades de arrendamiento financiero o *leasing*, de nuestro país por AMAT (*El leasing*, cit, p. 20), con información sobre la inversión y la producción.

(19) PIÑAR MAÑAS, *Comentarios*, cit., pp. 177.

trativo sobre dichos modelos. *b)* Imponer la entrega al cliente de un ejemplar de contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito. *c)* Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación. *d)* Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización».

En relación con lo dispuesto en este precepto, se ha promulgado la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989. La finalidad de la misma aparece reflejada en el preámbulo: El art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquéllas, establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unas y otros, exija la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y regule determinados aspectos de su publicidad.

Conviene, por ello, hacer extensivas al conjunto de las entidades de crédito las normas que, en materia de tipos de interés, comisiones, normas de actuación e información a clientes, estableció ya para las entidades de depósito la Orden de 3 de marzo de 1987, así como refundir su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconseja.

El capítulo I de la Orden se refiere al tipo de interés, comisiones y obligaciones de información.

Del número 7 se infiere la obligatoriedad de que las sociedades de arrendamiento financiero entreguen a su cliente un ejemplar del documento contractual en que se formalice la operación, suscrito, además de por el cliente, por persona con poder para obligar a la entidad.

El contrato debe recoger de forma explícita y clara las siguientes circunstancias: *a)* El tipo nominal que se utilizará para la liquidación de intereses. *b)* La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y la liquidación de los mismos; *c)* Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación. *d)* Los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado o de comisiones o gastos repercutibles aplicados. *e)* Los dere-

chos del cliente en cuanto a posible reembolso anticipado de la operación. f) Los demás que deban incluirse de acuerdo con la normativa específica de cada entidad de crédito.

También será necesario incorporar al contrato, a efectos informativos, la equivalencia entre la suma de cargas financieras, comisiones y gastos repercutibles, y un tipo de interés efectivo anual postpagable, con expresión de la fórmula utilizada para obtener dicha equivalencia (núm. 8). Este tipo de interés efectivo anual se conoce comúnmente por las siglas TAE.

El capítulo II regula un servicio de reclamaciones, que mantendrá el Banco de España, encargado de recibir y tramitar las que, relativas a las operaciones concretas que les afecten, pudieran formular los clientes de las entidades de crédito sobre actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios (núm. 9).

El capítulo III contempla la publicidad, disponiendo que la que, por cualquier medio, realicen las entidades de crédito de operaciones, servicios o productos financieros en que se haga referencia a su coste o rendimiento para el público estará sometida al régimen de previa autorización (núm. 10).

En las disposiciones finales de la Orden se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden.

El Real Decreto de 15 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, establece la extensión del régimen del coeficiente de caja a las sociedades de arrendamiento financiero.

La documentación del contrato de arrendamiento financiero en escritura pública es imprescindible para que el usuario pueda inscribir en el Registro de la Propiedad los derechos que adquiere, incluido el de opción de compra (20).

En virtud de las normas expuestas, la actividad de celebrar contratos de arrendamiento financiero queda reservada a las sociedades que cumplan los requisitos descritos con carácter imperativo por la Ley de 29 de julio de 1988; lo cual es confirmado por el art. 28.1 de la propia Ley, a cuyo tenor, «ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros...».

(20) Sobre la problemática que suscita el acceso al Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero, AMOROS, *El leasing inmobiliario y su inscripción registral*, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso internacional de Derecho registral*, I, Madrid, 1985, pp. 835 y ss.; BENAVIDES, *Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980*, RCDI, 1980, núm. 59, pp. 1171 y ss.; MANZANO, *La inscripción del leasing sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad*, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 177 y ss.

Es evidente que, en la práctica, sólo las sociedades de arrendamiento financiero que cumplan los requisitos exigidos imperativamente por la citada Ley desarrollarán esta actividad, ya que de ello depende que su actividad no sea sancionada administrativamente (art. 29) y que se aplique el beneficioso régimen fiscal que la Ley establece (apartados 5, 6 y 7 de la Disposición adicional séptima). Además, «el Registro Mercantil y los demás registros públicos no inscribirán aquellas entidades cuya actividad u objeto social o cuya denominación resulten contrarias a lo dispuesto en el art. 28 de la Ley. Cuando, no obstante, dichas inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición del órgano administrativo competente. Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes registros» (art. 30).

Con todo, la omisión de alguna de las indicaciones previstas por la Ley de 29 de julio de 1988 y la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, no privaría de eficacia al contrato celebrado en el aspecto jurídico-civil.

Se observa nítidamente que el objeto de la Ley es, sobre todo, el controlar la actividad de las entidades de crédito, donde se incluyen las sociedades de arrendamiento financiero, según establece el art. 39, letra *g*) y la propia Disposición adicional séptima que, como hemos apuntado, dispone que las operaciones de arrendamiento financiero pueden ser desarrolladas por entidades oficiales de crédito, los Bancos, las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito.

Hasta la promulgación de esta Ley, las sociedades de arrendamiento financiero no se habían incluido *legalmente* en la categoría de las entidades de crédito, permaneciendo al margen de la regulación general. Esto cambia con la promulgación de esta Ley y las normas que la desarrollan.

La Ley de 29 de julio de 1988, que no es puramente fiscal, nos impone la difícil tarea de reconsiderar la tesis que, atendiendo a las condiciones generales que en el año 1980 operaban en el tráfico y a la situación legal existente, defendimos en dos estudios publicados en el *Anuario de Derecho Civil*, sobre la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero (21), sin que ello, como veremos, vaya a obstaculizar

(21) Véase nota 1. En el año 1980, a diferencia de lo que ahora acontece, las sociedades de *leasing* españolas defendían el carácter arrendatario del *leasing* financiero (véase la sentencia de 28 de marzo de 1978, anteriormente expuesta), con el objeto de evitar la vis atractiva de los arts. 2 y 3 de la Ley de 17 de julio de 1965. Esto se tradujo en la conducción al marco del más genuino arrendamiento. La voluntad de aproximación al arrendamiento, confiesa GARCÍA-BARBÓN (*Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 16), fue común en cuantos entonces se ocupaban del *leasing*.

El carácter arrendatario del *leasing* financiero sigue defendiéndose por doctrina autorizada. Se afirma que la finalidad de financiación de toda la operación es, en prin-

zar el adecuado control de las condiciones generales de este negocio, y, en definitiva, la protección del usuario, que actúa como adherente.

Nuestra doctrina, como es lógico, tiene en cuenta lo dispuesto por esta Ley, que establece expresamente que las sociedades de *leasing* son entidades de crédito (22), y destaca que nuestra jurisprudencia debe tenerla en cuenta (23).

Rueda (24) destaca incluso que la reglamentación de la Disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988 ha determinado el desvanecimiento del carácter atípico del *leasing* financiero. Si contamos con una regulación positiva contenida en una disposición normativa con rango de ley, no creo —afirma— que se pueda seguir afirmando con tanta claridad como hasta ahora que el *leasing* es un contrato atípico. Lo que ocurre es que el tipo es incompleto, pues se limita a establecer los elementos necesarios o requisitos imprescindibles que deben concurrir para admitir como arrendamiento financiero a un determinado contrato. Pero no contiene una reglamentación de la totalidad de los pactos que el contrato puede y suele contener, ni de las vicisitudes que pueden producirse en su desenvolvimiento o desarrollo, tanto el normal como el traumático. Por eso a pesar de ese mínimo contenido típico es necesario seguir profundizando en su naturaleza jurídica.

A tenor de esta Ley, la sociedad de arrendamiento financiero es una entidad de crédito, que actúa como intermediaria financiera entre el usuario y el suministrador de los bienes. Esto explica que aquélla conserve la propiedad del bien cedido en *leasing* como garantía de que el usuario le devolverá lo que ha tenido que pagar al suministrador para adquirirlo (el coste del bien), los intereses crediticios, las

cipio, neutra, sin bien se alcanza por regla general mediante el recurso a modelos contractuales típicos o atípicos. La función financiera no es sino un dato extrínseco a su estructura. No se puede desconocer, sin embargo, que en el *leasing* se presentan una serie de peculiaridades que, pese a no desnaturalizar la relación arrendaticia, le confieren un carácter especial (JIMÉNEZ DE PARGA y GISPERT, *La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?*, RDBB, 1988, pp. 487 y ss.).

(22) GARCÍA SOLE, *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*, AC, 1989, núm. 5, pp. 1.068 y ss; ROJO AJURIA, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989*, CCJC, 1989, núm. 20, pp. 604 y ss.

(23) BERCOVITZ, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990*, CCJC, 1990, núm. 23, p. 705.

Considera, además, que sería fructífero —tal y como viene apuntando LUIS ROJO— asumir plenamente que nuestro legislador desea dejar abierta a determinados sujetos, las entidades de crédito, la posibilidad de optar libremente entre una y otra fórmula (*leasing* o venta de plazos) contractual cuando se trate de financiar la explotación de bienes de equipo, por constituir ésta una decisión de política económica.

(24) RUEDA, Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 52-53.

comisiones y los demás gastos que conlleva esta operación (la carga financiera).

Desde esta perspectiva, eminentemente crediticia, existirá una auténtica *fiducia cum creditorie*, cuya causa y consecuencias jurídicas han sido destacadas con rigor y realismo por De Castro en el estudio fundamental que publicó sobre el negocio fiduciario, criticando con tal agudeza la teoría del doble efecto (25) que la doctrina civilista más autorizada de nuestro país ha acogido su punto de vista, rectificando incluso algunos autores la tesis anteriormente defendida (26).

Al comentar críticamente la teoría de Giovanoli sobre la naturaleza del *leasing* financiero, ya expusimos estas consecuencias jurídicas, siguiendo a De Castro (27). En síntesis, conforme al sistema español, marcadamente causalista, la titularidad fiduciaria (la que ostenta la sociedad de *leasing*) no se puede basar en un negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía de préstamo disimulado).

De Castro (28) expone cada una de las diversas consecuencias que esta configuración de la *fiducia cum creditore* comporta en la relación entre las partes (posible ocultación de cláusula compromisoria o prácticas usurarias) como frente a terceros (embargo, quiebra o sus pensión de pagos, enajenación de la cosa a tercero de buena fe). Aunque el fiduciario (la sociedad de *leasing*) no ha adquirido la propiedad de la cosa, tiene sobre ella un derecho de preferencia. El pacto de fiducia confiere un *ius retienendi*, con la consiguiente preferencia para el cobro (29). Sin embargo, Peña (30) destaca que la preferencia para el cobro siempre tropezará con el rigor del art. 1925 del Código Civil.

Nos remitimos a las soluciones propuestas por De Castro, que se acomodan a los principios que rigen en nuestro Derecho, frente a otras que, acaso, puedan tener sentido en ordenamientos foráneos, donde se acepta el negocio abstracto, de tal manera que la atribución fiduciaria sería una atribución abstracta, independiente de su causa.

A través de la *fiducia cum creditore* no cabe infringir normas imperativas sobre las garantías reales, y, en concreto, la prohibición

(25) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 429 y ss.

(26) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1983, pp. 291 y ss.; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 555; JORDANO BAREA, *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, ADD, 1983, pp. 1.435 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-III, Barcelona, 1974, pp. 376 y ss.; DE ANGEL, *Problemas que suscita la «venta de garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, RCDI, 1973, pp. 53 y ss.; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 367-368.

(27) CABANILLAS, *La naturaleza del leasing*, cit., pp. 56 y ss.

(28) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 429 y ss.

(29) También de ANGEL, *Problemas que suscita la «venta en garantía»*, cit., pp. 60 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-III, cit., pp. 376 y ss.

(30) PEÑA, *Derechos reales*, cit., pp. 368.

del pacto comisorio (arts. 1858, 1872 y 1884 del Código Civil). La *fiducia creditore* da lugar a una forma atípica de garantía (31), por lo que la falta de pago del precio obliga al acreedor (la sociedad de *leasing*) a perseguir la garantía, *a realizarla legalmente*, no a quedarse con la propiedad definitiva e irrevocable del bien. En otro caso, habría una violación fraudulenta del pacto comisorio (art. 6.4 del Código Civil) (32).

La prohibición del pacto comisorio no es derogable por voluntad de los particulares, aunque así no conste expresamente en el art. 1859 del Código Civil, pues sería contrario a sus antecedentes históricos (C. 8, 34, 3; P. 5, 13, 12; arts. 1775 y 1806 del Proyecto de 1851) y origen de posibles abusos. Además, resultaría absurdo que manifestándose la nulidad del pacto contrario a propósito de la anticresis en el art. 1884, no se extendiese el mismo criterio a la garantía predaria o hipotecaria y, en general, a cualquier garantía real atípica; lo cual explica que la jurisprudencia rechace de manera constante la posibilidad del pacto comisorio (33). Es muy elocuente que en un negocio que cumple, de igual manera que el arrendamiento financiero una finalidad de financiación externa de la utilización o explotación de bienes de equipo, como es la venta de bienes muebles a plazos (34), la ley regule un procedimiento extrajudicial para que se proceda a la enajenación de los bienes de la misma forma que previene el art. 1872 del Código Civil para la efectividad del derecho del acreedor predario (art. 19 de la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos).

Al soportar el usuario del *leasing* una elevada carga financiera, parece lógico plantear la posible aplicación de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, máxime cuando suele establecerse en las condiciones generales una cláusula de estabilización que encarece la citada carga financiera (35).

Vicent Chuliá (36) estima que si el coste de financiación en el *leasing* o arrendamiento financiero es usuario, se aplicará la Ley de 1908.

(31) PEÑA, *Derechos reales*, cit., pp. 367-368.

(32) JORDANO BAREA, *Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario*, RDP, 1958, p. 831; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-III, cit., p. 378; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 562; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-2.º, Barcelona, 1987, p. 193; PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 368.

(33) Amplia referencia por los autores citados en la nota anterior.

(34) BERCOVITZ, *Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990*, cit., p. 705.

(35) Sobre estas cláusulas de estabilización, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 45-46.

(36) VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, Barcelona, 1990, p. 276.

Compartimos la opinión de este autor, teniendo en cuenta que nuestro Tribunal Supremo ha abandonado la tesis de que la Ley Azcárate no es aplicable a los préstamos mercantiles (Sentencias de 21 de octubre de 1911 y 8 de febrero de 1913). Nuestro Tribunal Supremo, con buen criterio, cambió esta orientación en sentencias posteriores, admitiendo expresamente la posibilidad de préstamos mercantiles usurarios, siquiera «el interés normal del dinero» en ellos pueda considerarse superior al de los préstamos civiles (Sentencias de 13 de febrero de 1941, 24 de marzo de 1942, 22 de junio de 1942, 30 de junio de 1967 y 19 de diciembre de 1974).

La posible aplicación de la Ley Azcárate al arrendamiento financiero y, en general, a todo negocio cuyo objeto sea proporcionar un crédito al deudor (obligación de intereses), se desprende del art. 9 de esta Ley, al establecer la nulidad de toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que fuese la forma jurídica que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.

Lógicamente, tendrán que concurrir las circunstancias prescritas por el art. 1 de la Ley, como aconteció en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1987. Según esta sentencia, merecen la calificación de usuarios, según la doctrina de esta Sala, los préstamos siguientes: 1) Aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. 2) Aquellos en que se consigan condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor. 3) Aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada.

La nulidad a que se refiere el art. 1 de la Ley de 1908 es la radical, por lo que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes (Sentencia de 30 de diciembre de 1987).

Como ha puesto de relieve la documentada sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985 y Tapia Hermida al comentarla (37) y Vicent Chuliá (38), la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, se acomoda perfectamente a la Constitución, conforme al principio de defensa de los consumidores y usuarios consagrado en el art. 51 de nuestra Ley fundamental. Las relaciones entre la Ley Azcárate y el principio de libertad de empresa no se mueven sobre el mismo plano de conflicto, sino de complementariedad. En este sentido, esta Ley representa un doble control a la

(37) TAPIA HERMIDA, *La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito (Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985)*, RDBB, 1987, pp. 145 y ss.

(38) VICENT CHULIA, *Compendio*, II, cit., pp. 256.

libre estipulación de intereses convencionales (manifestación en el ámbito financiero del principio establecido en el art. 38 de la Constitución). En primer lugar, un control externo, en relación con el usuario o consumidor, como un límite exterior a la autonomía de la voluntad de las partes. En segundo lugar, esta Ley es una mecanismo de control interno, que pretende garantizar la autenticidad de la libertad contractual, base de la libre estipulación de intereses.

El principio de libertad de empresa exige, en su desarrollo contractual, la garantía de la libre autonomía de la voluntad de las partes. Este último es precisamente el propósito fundamental de la protección concedida por la Ley Azcárate, que, reinterpretada judicialmente en el sentido del principio constitucional de defensa del consumidor, nos permite llegar a reafirmar el sentido unitario en que ha de ser interpretada nuestra Constitución económica y, en consecuencia, la necesidad de armonía entre la libertad de empresa y la defensa del consumidor en sus diversos ámbitos.

La amplitud del arbitrio judicial que aparece en esta ley, sin bien puede ser acusado de lesivo para la seguridad jurídica, se revela como un sistema más conveniente que el anacrónico de los intereses tasados, y es sin duda acorde con el principio constitucional de libertad de empresa, que no debe ser coartada *a priori*, pero sí controlada *a posteriori*. La concesión de tan amplia libertad de apreciación de los Tribunales encuentra justificación en la frecuente apariencia engañosamente lícita que presentan las operaciones realmente usurarias. El art. 2 de la Ley Azcárate potencia la capacidad de los Tribunales para «descubrir la realidad cautelosamente encubierta bajo formas o apariencias correctamente legales» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1942).

Como concluye Tapia Hermida (39), la razón última que subyace bajo la represión del préstamo usurario es una razón de justicia material que no ha perdido su vigencia y se centra en considerar el dinero como vehículo de cohesión social y no como instrumento de abuso de poder. La represión de la usura, como mecanismo de defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores desde un punto de vista penal y privado, encuentra su más amplia ubicación en lo que se ha dado en denominar «humanización de la economía» dentro a su vez de una «puesta al día» de la economía de mercado.

Atendiendo a las sentencias del Tribunal Supremo más recientes, observamos que afirman la plena vigencia de la Ley Azcárate, con independencia de que el negocio sea civil o mercantil, pero no suelen considerar los intereses usurarios según los requisitos previstos en el art. 1 de esta Ley. En este sentido podemos citar las sentencias de 9 de enero de 1990, 7 de febrero de 1990, 30 de enero de 1990, 12 de junio de 1990, 27 de septiembre de 1990 y 7 de noviembre de 1990.

(39) TAPIA HERMIDA, *La vigencia de la Ley de Usura*, cit., p. 177

La Orden Ministerial de 17 de julio de 1981 no contradice en modo alguno lo establecido en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, pues la característica de «normalidad» que habrá de concurrir en el interés pactado para no ser calificado de préstamo usurario, habrá de referirse tanto a lo establecido por la legalidad vigente en su momento como a la práctica y usos mercantiles (Sentencia de 27 de septiembre de 1990).

El interés pactado del 21,25 por 100 anual, no es apreciado como inusual (Sentencia de 8 de julio de 1988). Esto se explica por las circunstancias económicas actuales y el proceso de liberación de los tipos de intereses expresado en la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 (Sentencia de 12 de junio de 1990).

Es muy importante subrayar que la Ley de 29 de julio de 1988 (apartado 3 de la Disposición adicional séptima) protege al usuario del arrendamiento financiero en el aspecto fundamental de la información, de igual manera que la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 (núm. 7), según expusimos anteriormente. El usuario ha de conocer perfectamente la carga financiera que supone la operación de *leasing* o arrendamiento financiero.

En la medida en que la citada Disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988 exige necesariamente que el contrato de arrendamiento financiero incluya una opción de compra en favor del usuario (apartado 1), si ésta sólo existe de forma ficticia, la sociedad de *leasing* habrá infringido lo dispuesto en esta Ley, y, en el ámbito sustantivo, será aplicable, al existir simulación relativa, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o la normativa del Código Civil sobre la compraventa, si el objeto es un inmueble, como estima nuestra jurisprudencia, según hemos expuesto anteriormente (especialmente, la sentencia de 28 de mayo de 1990).

Esta conclusión es especialmente evidente en el *leasing* o arrendamiento financiero de inmuebles. En éste, el transcurso del tiempo no sólo no produce pérdida de valor real del inmueble, sino normalmente aumento del mismo. La existencia de un derecho de opción por un valor residual, muy inferior al valor del inmueble en el momento de ejercitarse la opción, lleva indudablemente al convencimiento de que más que un *leasing* o arrendamiento financiero existe una auténtica venta a plazos con reserva de dominio.

Con amplitud lo ha mostrado Amorós (40), en su excelente estudio sobre el *leasing* inmobiliario.

(40) AMOROS, El *leasing* inmobiliario, cit., pp. 805 y ss. Según RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*Problemas jurídicos del «leasing» inmobiliario*, AAMM, XXVII, pp. 101 y ss.), los argumentos esgrimidos por AMOROS son muy convincentes. Su opinión es absolutamente correcta.

Según este autor, desde un punto de vista objetivo, el usuario del inmueble tiene interés en comprarlo al final del contrato.

Atendiendo a la opción de compra, este autor llega a las siguientes conclusiones: 1.^a El precio fijado para adquirir por compra el inmueble al término del período de uso es sustancialmente distinto del valor en cambio de aquél. Se puede comprar al final el edificio o el local por un precio muy inferior a lo que vale. ¿Por qué? Porque dicho precio real ha sido ya satisfecho por el usuario en los plazos pagados durante el período de uso, que no se corresponden con un canon arrendaticio normal (por eso no hay arrendamiento), sino que se calculan por la sociedad de *leasing* teniendo en cuenta el valor total del inmueble y los incrementos imputables a su intermediación empresarial. Es decir, que a través de los plazos que se satisfacen no se paga el uso arrendaticio, sino el precio de compra del inmueble (por eso no hay opción de compra, sino compra aplazada). Y por eso al final sólo queda por pagar un plazo más o una cantidad pequeña en comparación con el valor del inmueble, el llamado expresivamente «valor residual». 2.^a El plazo habitual para ejercitar la facultad de opción, aunque reglamentariamente tasado, suele tener una duración sensiblemente mayor que la que se da en el *leasing*. En el arrendamiento financiero normalmente se concede un plazo de treinta o sesenta días para ejercitar la opción. Así he tenido ocasión de comprobarlo en la mayor parte de los casos reales que he conocido. Ello quiere decir que la adquisición por opción se considera como un plazo más, el final, de esa compraventa aplazada. 3.^a En realidad, el usuario deberá ejercitar siempre el derecho de opción y es prácticamente imposible que renuncie a él, ya que al terminar el período de uso habrá pagado la mayor parte del precio del inmueble, e incluso más por la acumulación de cantidades que se integran en los plazos pagados, de manera que no es razonable haber satisfecho más de lo que corresponde al uso arrendaticio y conformarse con ser sólo usuario temporal. Además, el último plazo que falta por pagar es tan pequeño en relación con el precio total (el llamado valor residual), que no tiene sentido no consumar a través de su pago la adquisición del inmueble. De manera que en la opción de compra el optante apenas tiene libertad para ejercitar la opción y se verá compelido por razones económicas a terminar de adquirir la propiedad en todo caso (41).

(41) En cambio, ZAYAS (*El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario*, RJC, 1983-2, pp. 225-226) señala que el fin inicial del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de la propiedad al usuario. En el *leasing* financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad de *leasing*, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra.

De forma más matizada, teniendo en cuenta las peculiaridades del *leasing* inmobiliario, RIVERO (*Elementos de Derecho Civil*, II-2.^º, Barcelona, 1987, p. 264) llega a la conclusión de que en la mayoría de los casos, y tal como se desenvuelven las operacio-

No creemos que el desarrollo del *leasing* o arrendamiento financiero deba llevarse a cabo a costa de la inaplicación de normas imperativas, en claro perjuicio para el usuario.

Broseta (42) no tiene reparos en afirmar que el auge que está adquiriendo el *leasing* en España se debe a la inaplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, al alcanzarse los mismos resultados, escapando a las formalidades y ciertos inconvenientes que la Ley de 1965 impone a las partes.

Naturalmente, si existe fraude habrá de ser probado por el usuario en cada caso concreto (art. 6.4 del Código Civil).

4. LA CONFIGURACION DEL LEASING EN EL CONVENIO INTERNACIONAL DEL UNIDROIT DE 1988

La funcionalidad del *leasing* financiero ha potenciado su utilización en el ámbito internacional, de tal manera que numerosos usuarios recurren a la financiación de sociedades domiciliadas en otros Estados.

La expansión del *leasing* ha traspasado las fronteras de los países por medio de llamado *leasing* internacional, caracterizado porque la sociedad de *leasing*, el usuario y, a veces, el suministrador, tienen sus respectivos centros de operación en Estados diferentes.

El caso más interesante de *leasing* internacional es el conocido por *Cross-border-Leasing*, en el que se combinan elementos procedentes de tres sistemas nacionales distintos, por concurrir un suministrador con determinada nacionalidad, una sociedad de *leasing* que actúa desde un Estado diferente y un usuario que utiliza el bien en un tercer Estado.

El *leasing* a la exportación (*Export Leasing*) se caracteriza porque el suministrador es nacional, y el bien debe ser trasladado a territorio extranjero para su utilización en él por el usuario.

La difusión del *leasing* internacional plantea numerosos problemas, sobre todo de carácter jurídico. El tratamiento reservado a las operaciones de *leasing* en los diversos ordenamientos jurídicos no es homogéneo, tanto en el ámbito sustantivo como en el fiscal. La ausencia de una normativa uniforme es fuente de conflictos, especialmente ante al incertezas reinante en torno a la naturaleza jurídica

nes de *leasing* inmobiliario en nuestro país, se aproxima más a la compraventa a plazos que al arrendamiento. Empero quizás no ocurra siempre, y por ello será preciso examinar cada caso concreto, a través de los elementos y cláusulas contractuales, cuantía del canon periódico (si corresponde al mero uso, o lleva incorporado una parte del precio en venta) y del precio residual (si es simbólico, o se aproxima al valor real del inmueble al término del contrato).

(42) BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, p. 429.

del *leasing* financiero y el problema del control de las condiciones generales. La generalidad de los autores considera que el desarrollo del mercado internacional del *leasing* financiero sólo puede lograrse satisfactoriamente con una progresiva armonización de los derechos nacionales (43).

Estas razones, con la extraordinaria importancia económica que ha alcanzado en *leasing* financiero en todos los países desarrollados, ha determinado un movimiento internacional dirigido a unificar su regulación, fundamentalmente en el seno del *Unidroit*.

El primer hito de este movimiento se encuentra en la sesión 56 del Instituto celebrada en 1977, cuando el Consejo de Dirección decidió crear un grupo de estudio para preparar una normativa uniforme. Los trabajos realizados por este grupo de expertos se plasmaron en un Proyecto de Convenio adoptado en la 4.^a sesión celebrada en Roma entre el 27 y el 30 de marzo de 1984 (44), teniéndose en cuenta las observaciones hechas en los congresos organizados en Nueva York y Zurich en 1981 y en la primera Convención mundial de Hong-Kong de 1983 (45).

No se consiguió una Ley uniforme, sino un simple Proyecto de Convenio internacional, debido a las notables diferencias existentes entre los ordenamientos nacionales representados en el grupo de estudio (46).

El articulado del Proyecto fue objeto de numerosas críticas, procediéndose a la elaboración de otro Proyecto en el año 1985, que no ha sido el último (47). Un comité del *Unidroit* redactó un Proyecto en el año 1987, con informe explicativo preparado por la Secretaría del *Unidroit* (Estudio LIX. Documento 48). También es fundamental el informe del grupo de trabajo de expertos técnicos sobre el *leasing* internacional (Roma, 28 de febrero de 1988), elaborado por el Secretariado del *Unidroit*.

Por fin, en el Boletín de Información núm. 75/76, correspondiente a junio-octubre de 1988, el *Unidroit* informa de la aprobación de los Convenios sobre *factoring* internacional y *leasing* internacional (48). Con ello culminan los trabajos realizados durante más de diez años. Ambos Convenios han quedado abiertos a la firma de todos los Esta-

(43) DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985, pp. 60 y ss; STAFORD, International Leasing Developments, en *Rivista italiana del leasing*, 1985, pp. 399 y ss.; BUSSANI, Locazione finanziaria, en *Rivista di Diritto Civile*, 1986, núm. 6, p. 614.

(44) El texto articulado del Proyecto, traducido al italiano, puede encontrarse en el estudio de DE NOVA, Analisi critica del progetto Unidroit sul leasing, en *Rivista di Diritto Civile*, 1984, núm. 5, pp. 536-539.

(45) MONACO, Les activités d'Unidroit en 1984, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1985-1, p. 128.

(46) DE NOVA, *Analisi critica del progetto*, cit., p. 532.

(47) BUSSANI, Locazione finanziaria, cit., p. 615; el texto del Proyecto aparece en *Rivista italiana del leasing*, con observaciones de CLARIZIA, 1985, pp. 405 y ss.

(48) El texto en francés de ambos Convenios aparece en RDBB, 1988, núm. 32, pp. 873-885.

dos, cuya adhesión podrá producirse hasta el 31 de diciembre de 1990 (art. 15, párrafo 1 del Convenio del *leasing* y art. 13, párrafo 1 del Convenio del *factoring*).

En la Conferencia diplomática celebrada en Ottawa, Canadá, del 9 al 28 de mayo de 1988, en la que se aprobaron ambos Convenios han participado cincuenta y cinco Estados (España entre ellos), siete organizaciones intergubernamentales (incluida la Comunidad Económica Europea), así como organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales internacionales.

El Convenio del *Unidroit* sobre el *leasing* internacional comienza con un preámbulo en el que se reconoce la importancia de eliminar ciertos impedimentos jurídicos que inciden sobre el *leasing* mobiliario internacional, y procurar un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes de la operación.

Se destaca que las reglas jurídicas que habitualmente regulan el contrato de *leasing* han de ser adaptadas a la relación triangular que se crea en la operación *deleasing*.

Se reconoce la conveniencia de establecer determinadas reglas uniformes relacionadas principalmente con los aspectos de Derecho Civil y Mercantil.

El Convenio se limita a regular los aspectos de Derecho privado del *leasing* internacional, esto es, aquel que se estipula entre una sociedad de *leasing* y un usuario cuyos establecimientos radiquen en Estados diferentes (art. 3.1).

Las características del *leasing* financiero son las siguientes: *a)* El usuario especifica el material y elige al suministrador sin depender primordialmente de la habilidad y juicio de la sociedad de *leasing*. *b)* El material se adquiere por la sociedad de *leasing* en virtud del contrato de *leasing* que ha sido celebrado o está por celebrarse entre la sociedad de *leasing* y el usuario, del cual el suministrador tiene conocimiento. *c)* Los cánones estipulados en el contrato de *leasing* se calculan teniendo especialmente en cuenta la amortización de la totalidad o de una parte importante del coste del material (art. 1.2).

El Convenio se aplica a las operaciones de *leasing* financiero relativas a cualquier material, excepto si éste debe ser utilizado por el usuario principalmente para uso personal, familiar o doméstico (art. 1.4).

Al mismo tiempo, el Convenio regula los demás caracteres estructurales del *leasing* financiero, como el contenido del mismo, es decir, el conjunto de derechos y deberes de las partes, precisando las diversas responsabilidades en que pueden incurrir.

Salvo que se disponga otra cosa en el presente Convenio o en las estipulaciones del contrato de *leasing*, la sociedad de *leasing* no incurrirá en ninguna responsabilidad ante el usuario respecto al material, excepto en la medida en que el usuario haya sufrido perjuicio por depender de la habilidad y juicio de la sociedad de *leasing* y por la

intervención de esta en la elección del material, de sus características y del suministrador (art. 8.1).

La sociedad de *leasing* garantizará al usuario de la evicción y que no será perturbada por una persona que tiene un título o derecho de preferencia, o que hace valer judicialmente un título o derecho preferencial, siempre que tal título o demanda no deriven de un acto u omisión del usuario (art. 8.2).

Las partes no podrán establecer excepciones a las disposiciones del párrafo precedente ni modificar sus efectos si el título, derecho o demanda preferencial se originan en un acto u omisión intencional de la sociedad de *leasing* o en su falta grave (art. 8.3).

Las obligaciones del suministrador que resulten del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el usuario si él mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el material debiera serle suministrado directamente. Sin embargo, el suministrador no será responsable ante la sociedad del *leasing* y el usuario con respecto a un mismo daño (art. 10.1).

El presente artículo no otorga al usuario el derecho de rescindir o anular el contrato de suministro sin el consentimiento de la sociedad de *leasing* (art. 10.2).

Cuando el material no es entregado o es entregado con retraso o no es conforme con el contrato de suministro: *a)* El usuario tiene frente a la sociedad de *leasing* el derecho de rechazar el material o de rescindir el contrato de *leasing*. *b)* La sociedad de *leasing* tiene el derecho de subsanar la falta de cumplimiento de su obligación de entregar el material conforme a las estipulaciones del contrato de suministro, como si el usuario hubiera comprado el material a la sociedad de *leasing* conforme a los mismos términos del contrato de suministro (art. 12.1).

Los derechos contemplados en el párrafo precedente se ejercerán y se perderán en las mismas condiciones que si el usuario hubiera comprado el material a la sociedad de *leasing* conforme a los mismos términos del contrato de suministro (art. 12.2).

El usuario tendrá el derecho de retener el pago de lo estipulado en el contrato de *leasing* hasta que la sociedad de *leasing* haya subsanado el incumplimiento de su obligación de entregar el material conforme al contrato de suministro o el usuario haya perdido el derecho de rechazar el material (art. 12.3).

Cuando el usuario haya ejercido su derecho de rescindir el contrato de *leasing*, el usuario podrá recuperar cualquier canon y otras sumas pagadas por adelantado, salvo una suma razonable que corresponda al beneficio que él ha podido eventualmente obtener del material (art. 12.4).

El usuario no tendrá otra acción contra la sociedad de *leasing* por su falta de entrega del material, sino en la medida en que esto resulte de un acto u omisión de la sociedad de *leasing* (art. 12.5).

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará los derechos del usuario contra el suministrador en conformidad con el art. 10 (art. 12.6).

En el caso de incumplimiento por parte del usuario, la sociedad de *leasing* podrá recuperar el monto de los cánones impagados que se hayan acumulado, junto con los intereses moratorios y los daños y perjuicios (art. 13.1).

Cuando el incumplimiento del usuario es substancial, la sociedad de *leasing* y bajo reserva de lo que preve el párrafo 5, podrá también exigir el pago anticipado del valor de los cánones futuros, si esto lo preve el contrato de *leasing*, o podrá rescindir el contrato de *leasing* y después de la rescisión: a) recuperar la posesión del material, y b) percibir los daños y perjuicios que le pongan en la situación en que se hubiera encontrado si el usuario hubiera cumplido el contrato de *leasing* en conformidad con sus términos (art. 13.2).

El contrato de *leasing* podrá establecer la manera en que serán calculados los daños y perjuicios que puedan ser percibidos de conformidad con el apartado b) del párrafo 2 (art. 13.2 a). Esta estipulación será válida para las partes salvo que resulten en una indemnización excesiva en relación con los daños y perjuicios previstos en el apartado b) del párrafo 2. Las partes no podrán derogar las disposiciones del presente apartado ni modificar sus efectos (art. 13.2 b).

Cuando la sociedad de *leasing* haya rescindido el contrato de *leasing*, no tendrá derecho a hacer valer una cláusula de ese contrato que prevea el pago anticipado del valor de los cánones futuros, pero el valor de esos cánones podrá ser considerado al calcularse los daños y perjuicios conforme al apartado b) del párrafo 2 y al párrafo 3. Las partes no podrán derogar las disposiciones del presente párrafo ni modificar sus efectos (art. 13.4).

La sociedad de *leasing* no podrá exigir el pago anticipado de los cánones futuros ni rescindir el contrato de *leasing* en virtud del párrafo 2, salvo que haya dado al usuario una posibilidad razonable de remediar su falta si ésta es remediable (art. 13.5).

La sociedad de *leasing* no tendrá derecho a percibir los daños e intereses en la medida en que no haya tomado todas las precauciones necesarias para limitar su perjuicio (art. 13.6).

5. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Bastantes autores consideran que falta una disciplina legal apropiada sobre el *leasing* o arrendamiento financiero (49), a fin de otor-

(49) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, p. 489; SÁNCHEZ MIGUEL, *Incumplimiento del contrato de «leasing» como causa de oposición*

gar a los usuarios una protección eficaz frente a las posibles condiciones generales abusivas y un régimen de publicidad adecuado sobre las propiedad del bien objeto del contrato.

La citada Ley de 29 de julio de 1988 regula tanto el objeto del contrato como el régimen de las sociedades de arrendamiento financiero, pero muy escasamente el contenido del mismo, por lo que éste sigue siendo configurado básicamente a través de las condiciones generales que elaboran unilateralmente las sociedades de arrendamiento financiero, en las que se exoneran de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido.

La solución del problema del control de las condiciones generales en el *leasing* o arrendamiento financiero podría encontrarse en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984. Sin embargo, en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al arrendamiento financiero, al no actuar el usuario como «destinatario final» en los términos de los apartados 2 y 3 de la misma (50).

No cabe rechazar *a priori* la posibilidad de que el usuario sea destinatario final, y, en tal caso, se aplicará dicha Ley, como propugnan algunos autores, según veremos más adelante. La condición de empresario o profesional no excluye necesariamente la posibilidad de que el usuario pueda tener la consideración de destinatario final (51),

al juicio de letra de cambio (*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.º, de 5 de julio de 1986*), RDDB, 1987, núm. 26, pp. 423-424; BELTRÁN ALANTE, *La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de «leasing»*. *Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de diciembre de 1986*, La Ley, 1987-1, pp. 661 y ss.; EMBIB TRUJO, *Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.º) de 28 de mayo de 1990*, La Ley, 1990-4, núm. 2645, 24 de diciembre de 1990.

Frente a este estado de opinión, ROJO AJURIA (*Leasing mobiliario*, cit, pp. 294 y ss.) estima que la ausencia de regulación parece la situación más apropiada para el desarrollo del *leasing*. Cabría algún tipo de reforma legal, como añadir un apartado al art. 4 de la Ley de Ventas a Plazos, excluyéndose expresamente las operaciones de arrendamiento financiero.

El legislador tiene una tarea pendiente que no es la regulación específica del *leasing*, sino algo mucho más importante: adaptar la regulación del crédito y las garantías a unos criterios racionales concordantes con una sociedad industrial desarrollada.

(50) Sobre el concepto restrictivo que adopta la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para definir al usuario o consumidor, ALBERTO BERCOVITZ, *Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores* (en colaboración con RODRIGO BERCOVITZ), Madrid, 1987, pp. 120 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Influjo de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios en el Derecho de obligaciones*, en CASTAN, *Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1986, pp. 695-696; BOTANA, *Noción de consumidor en el Derecho comparado*, en EC, 1991, núm. 18, pp. 57 y ss.; GARCÍA-CRUCES, *Contratación bancaria y consumo*, RDDB, 1988, núm. 30, pp. 263 y ss.

(51) GARCÍA CANTERO, *Influjo de la Ley de los Consumidores*, cit., pp. 695-696.

según se desprende del propio textos del apartado 3 del art. 1: «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, *sin constituirse en destinatarios finales*, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.»

Si el usuario se constituye en destinatario final del bien cedido en *leasing* o arrendamiento financiero, es indiscutible que gozará de la protección que le otorga la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el sentido de que las condiciones generales de este peculiar negocio estarán sujetas al control que configura especialmente el art. 10, que declara nulas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que estén en contra de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios, las condiciones abusivas de crédito y las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Este caso, sin embargo, va a ser muy excepcional. La Ley de 29 de julio de 1988 va a imposibilitar prácticamente que las operaciones de arrendamiento financiero sean llevadas a cabo por sociedades que no acomoden su actividad a lo prescrito en la misma, y como hemos precisado anteriormente, sólo se aplicará cuando los bienes objeto de cesión queden únicamente afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. La Disposición adicional séptima no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión.

Igualmente hay que cuestionar si la Directiva comunitaria de crédito al consumo, de 22 de diciembre de 1986, es aplicable al *leasing* o arrendamiento financiero, configurado por la Ley de 29 de julio de 1988.

El art. 2 b) de esta Directiva dispone que «la presente Directiva no se aplicará a los contratos de arrendamiento, excepto cuando estos prevean que el título de propiedad pase en última instancia al arrendatario»; lo cual se prevé en el *leasing* financiero, merced al derecho de opción de compra en favor del usuario. En este sentido Vicent Chuliá (52).

A tenor del art. 16.1, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a más tardar el 1 de enero de 1990 e informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

(52) VICENT CHULIA, *Compendio*, II, cit., p. 247.

Según el art. 16.2, los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

El Gobierno español, de igual manera que ha acontecido en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Directiva de 25 de julio de 1985), no ha observado el plazo fijado en la Directiva y falta, por tanto, el oportuno desarrollo legislativo.

Hay que subrayar, no obstante, la dificultad existente para aplicar la Directiva de crédito al consumo al *leasing* o arrendamiento financiero configurado por la Ley de 29 de julio de 1988, ya que se establece en la Directiva una definición bastante restrictiva del consumidor, al conceptualizarlo como «la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión».

Pascuau Liaoño (53) propone excluir en la futura Ley española que desarrolle a la Directiva sobre crédito al consumo, por razón del objeto de la operación, la financiación de la compra de inmuebles y, desde luego, la de *bienes de equipo o de producción*.

Creemos, por tanto, que el adecuado control del contenido de las condiciones generales de *leasing* o arrendamiento financiero sólo se producirá en nuestro Derecho cuando se promulgue, al fin, la tan esperada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que establecerá, siguiendo el modelo legislativo introducido por la Ley alemana para la regulación de las condiciones generales de los negocios de 1976 (AGB-Gesetz) (54), un eficaz control del contenido de las condiciones legales, no limitado al usuario o consumidor final, en la medida en que el empresario o el profesional, en su condición de adherente, sea también acreedor de protección.

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (texto de la Ponencia de 3 de noviembre de 1987, integrada por Duque y Rodríguez Artigas) (55), no se establece

(53) PASCUAU LIANO, *Propuesta para una protección jurídica de los consumidores en material de crédito de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento*, EC, 1990, núm. 18, p. 25.

(54) Sobre el control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comparado, con especial referencia a la AGB-Gesetz alemana, SÁNCHEZ ANDRÉS, *El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo*, RDM, 1980, pp. 385 y ss.; CABANILLAS, *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*, ADC, 1983, pp. 1.191 y ss.; POLO, EDUARDO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, pp. 52 y ss.; *Anexo técnico a la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*, EC, 1990, núm. 19, pp. 168 y ss.

(55) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento*, números 1478-1479. Una exposición sistemática de este Anteproyecto por POLO, EDUARDO, *Protección de contratante débil*, cit., pp. 121 y ss.

un criterio tan restrictivo como el de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al prefigurar el ámbito subjetivo de aplicación, como se destaca en la propia Exposición de Motivos (56). El art. 26 dispone que «los arts. 9 a 25 no se aplicarán a las relaciones profesionales entre comerciantes o empresarios». En estos artículos aparece la denominada gráficamente «lista negra» de cláusulas prohibidas. Sin embargo, se mantiene la aplicación de la cláusula general, que figura en el art. 8: «Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales.

Este perjuicio se presumirá cuando las cláusulas mencionadas atribuyen al que utiliza las condiciones generales de la contratación una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa atendiendo el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas que regulan los derechos y obligaciones fundamentales de los contratantes pueda impedir que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico.»

Además, se consideran aplicables los artículos. precedentes, que protegen al adherente en cuestiones tan importantes como las relativas a la información, la interpretación y las cláusulas insólitas, entre otras.

Rivero (57) no considera aplicable directamente al *leasing* o arrendamiento financiero la Ley General para la Defensa de los Con-

(56) Se afirma en la Exposición de Motivos que el Anteproyecto intenta abarca toda la actividad contractual —con las excepciones que se indicarán— realizada por medio de condiciones generales de la contratación y, además, trata de ser una ley *para todos los contratantes*, desde el consumidor final hasta el empresario —persona física o jurídica— y, en especial, el pequeño y mediano empresario, en la medida en que sean acreedores de protección por las mismas razones que justifican la del consumidor.

Este amplio punto de vista encuentra apoyo en la evolución que se produce durante los trabajos previos a la promulgación de la Ley alemana de 1976 y en las tendencias prelegislativas expresadas en la Comunidad Económica Europea. Conviene recordar a este respecto que del primer Proyecto de la Ley alemana al segundo la protección prevista en un principio sólo para los consumidores se amplió hasta abarcar a los empresarios, si bien con matizaciones.

Este criterio seguido en el presente Anteproyecto no ha supuesto, sin embargo, el desconocimiento de las peculiaridades del tráfico profesional entre comerciantes o empresarios. La atención a estas peculiaridades se concreta, fundamentalmente, en el especial tratamiento que se da al control de las condiciones generales cuando se trata de relaciones profesionales entre empresarios. En este punto se han seguido criterios similares a los que han inspirado en esta materia a la Ley alemana, criterios que no son tampoco ajenos a los utilizados en la Ley inglesa de 1977, en la que se da un tratamiento distinto a los consumidores y a los que no son considerados como tales. Se ha considerado, por otra parte, que la protección de los empresarios por lo que se refiere a la inserción de las condiciones generales en los contratos que celebren entre sí debe estar sometida a la disciplina común prevista en la futura Ley.

(57) RIVERO, *Elementos*, II-2.^a, cit., p. 262.

sumidores y Usuarios, pero estima que las normas de esta Ley pueden tenerse en cuenta como normas interpretativas.

Mucho más dudoso resulta, a nuestro juicio, considerar aplicable la Ley mencionada por analogía, ya que que exige indeludiblemente que el usuario o consumidor sea destinatario final de los bienes o servicios. Si no se cumple este presupuesto subjetivo de aplicación, no hay más remedio que aplicar los criterios de control de las condiciones generales de los contratos que configura el Derecho Común (58).

El hecho apuntado por Rodríguez Martínez (59) de que los contratos de *leasing* (se refiere directamente al inmobiliario) son celebrados, por imperativo legal, con profesionales o empresarios, cuyo potencial económico puede ser incluso superior al de la sociedad de *leasing*, no constituye, según nuestro punto de vista, un argumento que convenza en contra de la necesidad de un adecuado control del contenido de las condiciones generales, pues es la predisposición de su contenido por las sociedades de *leasing* el que lo justifica. Ciertamente, el control no se llevará a cabo de acuerdo con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios normalmente, pero sí debe tener lugar de acuerdo con los principios que informan a nuestro Derecho de obligaciones y contratos y, desde luego, de conformidad con el criterio adoptado en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

No se trata de formular descalificaciones generalizadas contra las sociedades de *leasing*, sino de llevar a cabo una aplicación equitativa de las normas, analizando cada una de las cláusulas que figuran en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero.

A la luz de todas estas consideraciones, vamos a analizar las cláusulas que aparecen en las condiciones generales del *leasing* o arrendamiento financiero, que más han preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en los diversos ordenamientos jurídicos, es decir, las que implican que la sociedad de *leasing* quede prácticamente exonerada de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario.

En la medida en que en el estudio que publicamos en 1982 en el *Anuario de Derecho Civil*, anteriormente citado, refleja las opiniones de los autores que en nuestro Derecho se pronunciaron sobre la validez de tales cláusulas, vamos a limitarnos a las tesis defendidas con posterioridad a la publicación de este estudio.

(58) Sobre estos criterios, DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ADC, 1961, pp. 295 y ss.; DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, pp. 1.055 y ss.; CABANILLAS, *La naturaleza del «leasing»*, cit., pp. 79 y ss.

(59) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Problemas jurídicos del «leasing inmobiliario»*, cit., pp. 106-107.

Un sector de la doctrina ha justificado dichas cláusulas, que claramente favorecen los intereses de la entidad predisponente, la sociedad de leasing, argumentando que la misma se limita a financiar la operación.

Reflejando la opinión defendida por bastantes autores en los diversos ordenamientos jurídicos, que conciben al *leasing* como un negocio fiduciario (*fiducia cum creditore*) (60), Giovanoli (61) afirma que la sociedad de *leasing* acepta limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietaria (no goza de los bienes) porque, el usuario, en contrapartida, debe asumir las cargas y los riesgos y exonerar a la sociedad de *leasing* de cualquier responsabilidad.

En el marco de los derechos reales, la sociedad de *leasing* —como compradora de fiduciaria— sería la propietaria de los bienes; por ello puede oponer su derecho de propiedad frente a todos. Frente al usuario (vendedor fiduciante), la sociedad de *leasing* está obligada a cumplir el pacto de fiducia. No puede enajenar los bienes, porque, una vez que el usuario ha devuelto a la sociedad de *leasing* el montante convenido, tiene derecho a adquirir plenamente la propiedad de los bienes. Estamos, pues, ante un negocio, el *leasing* financiero, del que derivan efectos reales (oponibles *erga omnes*) y personales (limitados a la sociedad de *leasing* y el usuario).

Este autor, como otros, concibe el negocio fiduciario y, en concreto, la fiducia *cum creditore*, de una manera totalmente distinta a la defendida por De Castro y la doctrina dominante en nuestro Derecho, como expusimos en el estudio anteriormente aludido.

Un sector de nuestra doctrina justifica en términos parecidos a los de Giovanoli las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero, rebatiendo las críticas que se han formulado contra algunas de ellas, las que exoneran totalmente de cargas, riesgos y responsabilidades a las sociedades de *leasing* en relación con el bien cedido al usuario.

Según Rojo Ajuria (62), las entidades de *leasing* no abusan de una posición económicamente fuerte si se limitan a tratar de que sea el

(60) El *leasing* financiero se configura como un negocio de naturaleza fiduciaria en el que la sociedad de *leasing* —como titular fiduciario— adquiere el bien, cuyo uso y disfrute será cedido al usuario —fiduciante—, conservando aquélla el derecho de propiedad en garantía de la devolución del crédito concedido mediante tal adquisición, y comprometiéndose, además, a transmitirlo al usuario cuando éste le restituya íntegramente el *tantumdem*, con la correspondiente carga financiera.

(61) GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, París, 1980, pp. 400 y ss.

Una amplia exposición y análisis de la tesis de este autor por CABANILLAS, *La naturaleza del «leasing»*, cit., pp. 41 y ss.

(62) ROJO AJURIA, *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 247 y ss.

financiado el que soporte los riesgos de la inversión y no el finanziador. Tal reparto de riesgos no es en absoluto abusivo. La irresponsabilidad de la sociedad de *leasing* se explica por la cesión de las acciones. El equilibrio de intereses se logra mediante la transmisión de la legitimación activa (activa frente al vendedor) de la sociedad de *leasing* al usuario.

Se puede afirmar que, tanto para la realidad económica, como para la jurídica, la obligación de restitución del usuario es la consecuencia del adelanto de capitales por parte de la sociedad de *leasing*. Esta concede crédito (no el uso del bien) y, por tanto, la propiedad del bien tiene una función de garantía (63).

No es preciso acudir al art. 1154 del Código Civil para moderar judicialmente la cláusula penal en caso de resolución del contrato de *leasing* por incumplimiento del usuario. No se trata de moderar cláusulas penales en base a vagos conceptos de equidad, sino que la sociedad de *leasing* cobre su crédito, ni más ni menos (64).

Con algunas matizaciones, Prada (65) justifica igualmente semejante reparto de riesgos, cargas y responsabilidades. En realidad, si se acepta que la causa del contrato es la financiación y que la sociedad de *leasing* ha cumplido sus obligaciones de pagar el precio y ceder sus derechos al usuario, no parece que haya razón para que los perjuicios derivados de una cosa elegida por el usuario recaigan, en definitiva, sobre una sociedad a la que ni se le puede considerar responsable del incumplimiento, ni hay razón para que sufra perjuicios por el mismo.

Los riesgos los soporta el usuario. El mantenimiento de la obligación de pagar los cánones es razonable y justo, incluso en el supuesto de que la compañía de seguros no pague la indemnización. Quizá, en aras del justo equilibrio del contrato, cabría exceptuar el supuesto en que el concedente del *leasing* se hubiera reservado la designación de la compañía aseguradora y hubiera actuado al asegurar de forma culposa o imprudente (66).

También García Sole (67) sigue esta línea. La sociedad de *leasing* realiza funciones estrictamente financieras, limitándose a cobrar unas cargas financieras (similares a los intereses crediticios) que son su legítima ganancia. Por ello no ha de correr con los riesgos de la falta de adecuación, mal funcionamiento o vicios ocultos del bien que adquiere en beneficio del usuario.

(63) ROJO AJURIA, *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 247 y ss.

(64) ROJO AJURIA, *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 247 y ss.

(65) PRADA, Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de *leasing*, en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, pp. 650 y ss.

(66) PRADA, Observaciones, cit., p. 667.

(67) GARCÍA SOLE, *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*, AC, 1989, núm. 5, pp. 1.059 y ss.

Según García Barbón, García Sole, Matesanz, Queipo de Llano y Teniente Gómez (68), el arrendamiento financiero es un negocio de mediación, llevando a cabo así una actividad de intermediación característica, que sitúa a toda la institución en el genuino ámbito crediticio.

Desde esta perspectiva se justifica la exoneración de responsabilidad en la entidad de *leasing*, que subroga en todas sus acciones frente al vendedor al arrendatario financiero, que no queda indefenso al poder accionar directamente contra el proveedor (69).

La facultad de exigir la anticipación de los plazos no vencidos, no equivale a resolución contractual, sino que debería mejor denominarse vencimiento anticipado del precio contractual o pérdida del aplazamiento del pago (70).

La anticipación de la exigencia del pago de la parte del precio que, en un correcto desarrollo del contrato, se contemplaría como pendiente, tiene pleno encaje contractual en el marco de la autonomía de la voluntad y consiste en una respuesta al incumplimiento del usuario respecto de sus obligaciones (71).

Las cláusulas que implican el desaplagamiento de la operación y autorizan su vencimiento anticipado, son válidas y han sido admitidas por reiterada jurisprudencia (72).

Es análogo sentido se pronuncia Nieto Brizuela (73), que se remite al estudio de García Sole.

En el negocio jurídico de arrendamiento financiero, tal como está configurado legalmente, sólo son típicos los presupuestos de intermediación financiera por parte del arrendador financiero.

No se pueden aditar obligaciones al arrendador financiero que éste ni puede ni debe asumir, pues ni forma parte ello de los presupuestos de actividad contractuales, ni por supuesto recibe remuneración de tipo alguno por la asunción de esos riesgos.

A nuestro juicio, la circunstancia de que la sociedad de *leasing* actúe como financiadora de la operación, no justifica, sin mayores problemas, su exoneración de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario, porque existe un contrato oneroso que vincula a la sociedad de *leasing* con el usuario, porque hay que

(68) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATESANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., p. 37.

(69) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATESANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 73 y ss.

(70) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATESANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 126.

(71) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATESANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 144.

(72) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATESANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 119-120.

(73) NIETO BRIZUELA, Patología del leasing sobre inmuebles, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 122 y ss.

valorar la conducta de todos los sujetos que intervienen en la relación obligatoria y porque no son admisibles las exoneraciones absolutas de responsabilidad, así como las condiciones abusivas de crédito, según se deduce de los principios que informan a nuestro Derecho, especialmente cuando se contrata a través de condiciones generales (74).

Es muy ilustrativo que autores que destacan que la sociedad de *leasing* actúa como financiadora de la operación, pongan en duda la licitud de las cláusulas que implican la aludida exoneración, como Amoros (75), Rivero (76), Vara de Paz (77) y Manzano (78), y otros autores, en algunos aspectos concretos, como expondremos más adelante.

Como destaca Vicent Chuliá (79), aún siendo el *leasing* un contrato autónomo, habrá que descubrir sus propios límites, más allá de los cuales habrá de verse fraude de ley a la normativa imperativa de otros contratos típicos.

El criterio del Derecho español sobre el fraude y su concepción «espiritualista» del contrato en general, llevan a que se piense que las normas imperativas atienden al resultado material, aunque éste se esconda bajo una forma permitida por la ley.

Desde esta perspectiva, procederemos a examinar las cláusulas que son de más dudosa licitud, dentro de las que figuran en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero.

5.1. Cláusula de exoneración de la sociedad de leasing cuando no se entrega al usuario el bien (material) en el lugar y tiempo convenidos, o se entregan bienes distintos de los previstos en el contrato

A nuestro juicio, está fuera de toda duda que es inválida esta cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, si el

(74) Así lo expusimos en el estudio *La naturaleza del leasing*, cit., pp. 73 y ss., al abordar el problema del control de las condiciones generales de los contratos de *leasing*, teniendo en cuenta el estudio de DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, cit., pp. 295 y ss.

(75) Según AMOROS (El *leasing* inmobiliario, cit., p. 812), la causa del contrato para la sociedad de *leasing* (se refiere básicamente al inmobiliario) es financiar una adquisición. Reiteradamente se ha expresado que el *leasing* es un instrumento de financiación y que la actividad de las sociedades a él dedicadas es de carácter financiero.

(76) Para RIVERO (*Elementos*, II-2.º, cit., pp. 259-260) el *leasing* es un contrato atípico, *sui generis*. La finalidad del *leasing* es la financiación, que es común a la sociedad de *leasing* (que quiere hacer fructificar sus activos) y al usuario (que acude aquélla a falta de medios propios de financiación).

(77) VARA DE PAZ, *Leasing financiero*, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 553 y ss.

(78) MANZANO, La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 220 y ss.

(79) VICENT CHULIA, *Compendio crítico*, II, cit, p. 275.

suministrador no entrega el bien en la fecha y lugar convenidos por dolo o culpa grave de la sociedad de *leasing*. Lo mismo sucederá si el suministrador entrega al usuario un bien que no se ajusta al solicitado por éste en todos sus detalles, según las especificaciones del futuro usuario, como afirma la Disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988. La sociedad de *leasing* ha actuado de manera dolosa o negligente, y, por tanto, la exoneración de responsabilidad de la misma no puede prosperar por imperativo del art. 1102 del Código Civil y por la asimilación, a estos efectos, de la culpa grave al dolo.

Desde luego, es de muy dudosa licitud impedir al usuario la resolución del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero si no se le entrega el bien o éste es distinto del previo en el contrato (art. 1124 del Código Civil). Hay que tener en cuenta que el suministrador ha de entregar el bien al usuario por encargo de la sociedad de *leasing*, que previamente lo ha adquirido por compraventa u otro título adquisitivo. Esto implica que difícilmente la sociedad de *leasing* puede pretender el cumplimiento del contrato de arrendamiento financiero cuando el bien no es entregado al usuario. Precisamente, la Disposición adicional séptima, apartado 1, de la Ley de 29 de julio de 1988, afirma que el objeto exclusivo del contrato de arrendamiento financiero es la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos por la sociedad de *leasing* con dicha finalidad. Parece que la cesión del uso del bien recae sobre la sociedad de *leasing*, si bien la entrega material la lleva a cabo directamente el suministrador, pero por encargo de aquélla. Con otras palabras, la sociedad de *leasing* no puede desentenderse de la obligación de entrega del bien al usuario, impidiendo el ejercicio de la acción resolutoria por el usuario y exonerándose de toda posible responsabilidad.

La subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador, no constituye un argumento convincente para impedir al usuario el ejercicio de la acción resolutoria. Se obliga a continuar vinculado contractualmente al usuario con la sociedad de *leasing*, sin que exista una razón fundada jurídicamente que pueda justificarlo.

Si no va a ser entregado el bien al usuario, si va a serlo con un importante retraso, o bien va a ser distinto al acordado con la sociedad de *leasing*, es injustificadamente lesivo para el usuario impedirle que, al menos, pueda desvincularse del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.

Un importante sector de nuestra doctrina enjuicia también críticamente esta cláusula.

Rivero (80) trae a colación el art. 10.1 c) 3.^º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, considerando abusiva semejante cláusula.

(80) RIVERO, *Elementos*, II-2.^º, cit., p. 262.

O'Callaghan (81) estima que no es explicable que al usuario se le prive de la acción de resolución que cabe en todo contrato bilateral (art. 10.1 c) 3.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Tras explicar diversos casos relativos al *leasing* inmobiliario, al referirse al supuesto de inmueble en proyecto o en construcción, siendo la ejecución de la obra por cuenta de la sociedad de *leasing*, Benavides (82) considera que resulta terminante por imperativo legal (art. 1102 del Código Civil) la invalidez de una cláusula introducida en los casos señalados, en que de manera total y absoluta se exonere de responsabilidad a la sociedad de *leasing* cuando no tenga a disposición del usuario el inmueble en la fecha convenida, a menos que se salve de dicha exoneración el supuesto en que medie dolo.

Otra cuestión es que, aún hecha la expresada salvedad, no quepa impugnar las cláusulas de exoneración de responsabilidad si el inmueble no se entrega en la fecha fijada en el contrato basándose en la infracción del alguno de los principios antes expuestos: Principio de comutatividad, en cuanto manifestación de uno superior denominado de orden público económico y a tenor del cual, ningún enriquecimiento patrimonial puede producirse de una manera válida y eficaz sin que concorra una razón o causa que el ordenamiento jurídico considere suficiente como para servir de fundamento al mismo, y principio conforme al que, asimismo, debe guardarse el mayor equilibrio posible entre los bienes y servicios objeto de cambio.

Lo que ocurre es que, mientras para el supuesto de dolo, la existencia de un precepto legal específico (art. 1102 del Código Civil) determina la invalidez de una cláusula de exoneración de responsabilidad generalizada en la que no se excluya el dolo, en los casos de actuación culposa o negligente de la sociedad de *leasing*, o incluso en situaciones en que sin mediar aquélla, se hayan producido desplazamientos patrimoniales que generen un enriquecimiento injustificado o un desequilibrio en los intereses de ambas partes, serán los Tribunales los que atendiendo a las circunstancias concurrentes, y en base a lo dispuesto en los artículos 1289 y apartado segundo del art. 3 del Código Civil, entre otros, establecerán la procedencia de las pretensiones de impugnación, y por ende la invalidez de ciertas estipulaciones.

Amoros (83) coincide con estas opiniones negativas respecto a la validez de la referida cláusula. Sin embargo, cree que la solución de estimar invalida la cláusula en caso de dolo o culpa por parte de la

(81) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., ap. 16.

(82) BENAVIDES, *Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero*, cit., pp. 1.218-1.220.

(83) AMOROS, *El leasing inmobiliario*, cit., pp. 824-825.

sociedad de *leasing* no resuelve totalmente el problema en la práctica, porque exige una declaración judicial en ese sentido y la correspondiente prueba previa, lo cual supone recorrer un camino demasiado largo y costoso. Al margen de esa posibilidad de impugnación judicial, lo importante es llegar a la conclusión de si la cláusula es o no inválida por sí misma, objetivamente considerada, con independencia de la culpabilidad de la sociedad que la impone y sin necesidad de declaración judicial; es decir, que pueda estimarse esa invalidez *prima facie* en el tráfico jurídico. Esto es especialmente importante desde el punto de vista de la calificación registral. Pues bien, la invalidez de la referida cláusula se justifica porque carece de causa suficiente, en cuanto que la renuncia por el usuario a exigir responsabilidad a la sociedad de *leasing* en tales casos no tiene contraprestación alguna e implica una vulneración del principio de comutatividad y de equivalencia de las prestaciones, vigente en los contratos onerosos; porque va en contra de la función económica del contrato de *leasing*, que exige la puesta del inmueble a disposición del usuario en el tiempo pactado, de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil); y porque, en última instancia, puede declararse abusiva e implicar una limitación de responsabilidad frente al usuario en relación con la utilidad del inmueble cedido, todo ello a los efectos del art. 10.1 c) 3.º y 6.º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios. De manera que de acuerdo con lo establecido en el art. 10.4 de la misma Ley, será nula de pleno derecho.

También Manzano (84) piensa que la cláusula es rechazable, ya que deja sin causa al propio *leasing*, como contrato con sustantividad propia, una de cuyas fases esenciales es la cesión de uso, así como el pago del valor residual es la contrapartida o contraprestación del ejercicio de la opción de compra, el pago de los cánones tiene como contrapartida el derecho de uso. Y no hay uso sin posesión de los bienes inmuebles, lo cual reclama la entrega de los mismos en el plazo convenido. La cláusula choca además, frontalmente, con preceptos imperativos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 8.1, 10.1 c) 3.º y 10.1 c) 6.º).

Vara de Paz (85) considera que sería injustamente lesivo para el cliente o concesionario el que además de no recibir el bien tuviera que realizar el pago de todas las cantidades previamente convenidas con la sociedad de *leasing*, incluido el valor residual de la opción de compra, para a continuación tener que reclamar el mismo contra el fabricante o proveedor. Por el contrario, debe poder resolver el contrato sin tener, por consiguiente, que pagar las rentas periódicas y el valor de la opción de compra. Posteriormente, la sociedad de *leasing* actua-

(84) MANZANO, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., p. 236.

(85) VARA DE PAZ, *Leasing financiero*, cit., p. 562.

ría contra el fabricante o proveedor que ha incumplido su obligación de entrega de la cosa.

Cuando las condiciones objetivas del inmueble, distintas de las pactadas, le hagan absolutamente inadecuado para satisfacer las necesidades previstas en el contrato de arrendamiento financiero, entiende Martín Bernal (86) que el mismo régimen imperativo que exige la afectación de aquél a los fines del *leasing*, en relación con el art. 1124 del Código Civil, dará lugar la resolución del contrato, aunque exista pacto de exoneración de responsabilidad, y con indemnización de daños y perjuicios, si hubiera mediado dolo.

Según Sánchez Miguel (87), la irresponsabilidad de la sociedad de *leasing* que se recoge en las condiciones generales en ningún caso podría hacerse extensiva a la falta de entrega, ya que supondría el incumplimiento del contrato de *leasing*, al ser la obligación principal del arrendador, de la que se deriva la contrapartida del arrendatario, el pago del precio.

Esta es la posición que adoptó la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 5 de julio de 1986, al considerar que al ser un contrato de tal clase el subyacente de la letras de cambio cuya ejecución pretendió la empresa demandante en instancia y apelante en esta alzada, deberá ser tenido en cuenta al haber esgrimido el demandado y arrendatario la excepción de falta de provisión de fondos, en razón del incumplimiento por el accionante cambiario de la obligación concertada el 21 de noviembre de 1984, al suscribir ambos litigantes un contrato de arrendamiento financiero (*leasing*)... acreditado de forma fehaciente en las actuaciones la no recepción por el locatario del bien arrendado, aun cuando fuera por causa ajena a la voluntad del locante, es lo cierto que éste, en razón al distinto vínculo que tenía con el suministrador y con el suministrado, no puede oponer a éste el incumplimiento de aquél, exigiendo las obligaciones de arrendador (*sic*) sin haber procedido a la ejecución de la suya, cual era la puesta a disposición del cliente del bien objeto del *leasing*.

Esto significa que la obligación principal de la arrendadora es la puesta a disposición del material, con independencia de no disponer del mismo en el momento de la celebración del contrato, ni de la cláusula de irresponsabilidad en él fijada, en cuyo caso el incumplimiento de esta obligación resolvería el contrato, sin que por su parte el arrendatario tuviera que satisfacer el importe de las cuotas del mismo.

(86) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil del contrato de leasing de bienes inmuebles*, AC, 1986, núm. 20, p. 1.403.

(87) SÁNCHEZ MIGUEL, *Incumplimiento del contrato de leasing como causa de oposición al juicio ejecutivo de letra de cambio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.º, de 5 de julio de 1986, RDBB, 1987, núm. 26, p. 421.*

5.2 Cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de leasing en caso de evicción o vicios ocultos

Esta cláusula es válida, en la medida en que se permita al usuario subrogarse en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse directamente contra el suministrador, siempre que la sociedad de *leasing* ignore la existencia de los vicios en el momento en que celebró el contrato de arrendamiento financiero (cfr., art. 1485 y 1553 del Código Civil). Además, hay que destacar que el último inciso del artículo 1484 del Código Civil, contempla una excepción legal cuando el adquirente es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debiera conocer fácilmente tales vicios o defectos.

En relación con la responsabilidad por evicción, los art. 1475 y 1476 del Código Civil permiten también la validez del pacto que la excluya, siempre que el cedente actúe la buena fe.

Ahora bien, la subrogación ha de llevar consigo todas las garantías propias del derecho transmitido, tal como se desprende del art. 1212 del Código Civil. Con buen criterio, Chuliá Vicent y Beltrán Alandete (88) destacan las dificultades procesales que conlleva la subrogación, ya que, para que pueda presentarse con probabilidades de éxito una reclamación del usuario contra el proveedor, al margen de acompañar los documentos acreditativos del carácter con que lucha, tendrá que aportarse también junto con la demanda, el original del contrato de *leasing*, el contrato entre el proveedor y la financiera, en muchos casos difícil de obtener, cuestiones todas estas que dificultan la actuación del usuario ante los Tribunales.

Como afirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (89), para la plena eficacia de la subrogación es evidente que la sociedad arrendadora queda obligada a facilitar al cliente el ejercicio de las actuaciones correspondientes y que en ello se incluye la posibilidad de que el cliente pueda tener, para aportar en juicio, todos los documentos de la compraventa, incluido el mismo contrato de tal..., y que la entidad no puede negarlos, a riesgo de asumir los daños y perjuicios correspondientes. La subrogación ha de hacerse mediante todo lo necesario para ello.

En virtud de la subrogación, prosigue diciendo la Audiencia, el usuario podrá pedir la rescisión o anulación del contrato de compraventa entre fabricante y arrendadora y que se condene al fabricante: a)

(88) CHULIA VICENT y BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing*, Barcelona, 1989, p. 53.

(89) Esta sentencia es comentada por BELTRAN ALANDETE, *La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de «leasing»*, La Ley, 1987-1, pp. 661 y ss., y BERNALDEZ, *Arrendamiento financiero (contrato de leasing)* (*Comentario de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia número 3.023, de 2 de diciembre de 1986*), RGD, 1987, pp. 737 y ss.

devolver el precio percibido y entregarlo precisamente al cliente arrendatario; *b*) indemnizar en los daños, que consistirán en la cantidad pagada por el arrendatario a la sociedad de *leasing* por encima del precio de compraventa, cantidad que constituyó el beneficio de la sociedad, intereses, impuestos y gatos, y *c*) intereses correspondientes.

Esta cláusula que permite, en los casos apuntados, la subrogación es admitida por Amoros (90) y Benavides (91), estimando este último, como indispensable, no sólo la subrogación a favor del arrendatario financiero de los derechos y acciones que pudieran corresponder a la sociedad de *leasing*, sino también la fijación de adecuados mecanismos correctores o compensatorios para el caso de que aquélla no se hubiera previsto o resultare inoperante o insuficiente.

Según Martín Bernal (92) se deben excluir las cláusulas que permitan al arrendador percibir el resto de los cánones no vencidos.

Para Manzano (93) hay que tener en cuenta el correctivo de la posibilidad del pago de los cánones con cargo a la correspondiente indemnización o seguro.

Para que la subrogación del usuario sea eficaz, ha de ajustarse a todas las condiciones del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. Por este motivo, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 6 de octubre de 1987, en un caso de vicios ocultos en un ordenador, terminales y programas, revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, entre otros motivos, porque el usuario no se había subrogado correctamente, transcribiendo en uno de los considerandos la cláusula del contrato que preveía la subrogación: «Que el arrendatario no podrá pretender la disminución del precio, ni solicitar indemnización del mismo, ni resolver el contrato por no poder utilizar el bien, sea cual sea la cláusula a que tal falta obedezca, pero queda subrogado, en la posición jurídica de la sociedad arrendadora, al efecto del ejercicio de las acciones que le incumbieren a éste frente al fabricante, por razón del material contratado y respecto a los derivados de la garantía de asistencia técnica, o de servicios postventa, etc., podrán ser ejercitados directamente por el arrendatario frente al fabricante proveedor del material, *dando conocimiento fehaciente del ejercicio de tales derechos a la sociedad arrendadora*».

El contrato preveía la necesaria subrogación, pero establecía una carga negocial (94): que se notifique fehacientemente a la sociedad arrendadora.

(90) AMOROS, *El leasing inmobiliario*, cit., pp. 825-826.

(91) BENAVIDES, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., pp. 1.220 y ss.

(92) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil*, cit., p. 1.404.

(93) MANZANO, *La inscripción del leasing*, cit., p. 238.

(94) Sobre el significado de las cargas negociales y su control, CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el mercantil*, Madrid, 1989, especialmente pp. 313 y ss.

Luego, faltó el trámite de la subrogación fehaciente, con notificación a la sociedad de *leasing*. Por eso, los actores no estaban legitimados para actuar frente al fabricante. Pero además, no se había aportado a autos el contrato de compraventa entre la compañía de *leasing* y el fabricante, lo que impide conocer los aspectos esenciales de cual sea la extensión y alcance de los derechos subrogados (95).

Muy interesante es la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 1 de octubre de 1987, al permitir la resolución del contrato de *leasing* financiero por no hallarse los bienes entregados en condiciones de funcionamiento.

Esta sentencia confirma la resolución acordada por el Juez de Primera Instancia que la decretó. Afirma expresamente que al no hallarse en condiciones de funcionamiento aquellos bienes entregados y ser de aplicación, por tanto, la doctrina general sobre incumplimiento de las obligaciones recogida en el art. 1124 del Código Civil y la más específica del art. 1543... Partiendo de este concepto, transcribiendo la definición del *leasing* que da la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983 e insistiendo en que su esencia es de contrato arrendatario, atribuye la responsabilidad a la empresa de *leasing*, pese a la cláusula contractual de exoneración de aquélla, por la razón de que el mantenimiento al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa arrendada, que implica que ésta se halle en condiciones de funcionamiento, es consustancial a la relación arrendataria.

Se ha dicho que esta sentencia cambia el criterio mantenido por las sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia; pero, como opina O'Callaghan (96), esto no es exacto; éstas siempre se refirieron al cumplimiento defectuoso —vicios—, no al incumplimiento total.

Es evidente la justicia de la solución, pues no es aceptable que un usuario que no pueda aprovechar, en todo o en parte, la cosa recibida, no pueda reclamar a la empresa *leasing*, pues ésta alega no responder por la cláusula de exoneración de responsabilidad o por no ser verdadero arrendador, sino simple financiero, ni a la empresa proveedora, pues el usuario no fue parte en el contrato de compraventa por el que se adquirió la cosa y (en los casos de la Audiencia de Valencia) no se dio la subrogación «fehaciente» (97).

La entrega de cosa inidónea (no que «sirve mal», sino que «no sirve») equivale a falta de entrega, según doctrina y jurisprudencia consolidadas (98)

(95) CHULIA VICENT y BELTRAN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos leasing*, cit., pp. 57-58.

(96) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., p. 6.

(97) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., p. 7.

(98) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., p. 6

5.3. Cláusula por la que el usuario debe soportar el riesgo del deterioro o del perecimiento fortuito del bien

Según el art. 1182 del Código Civil, la pérdida fortuita de la cosa debida, sin culpa de deudor (el usuario), le libera de toda responsabilidad, correspondiendo, a tenor del art. 1186, al acreedor (la sociedad de *leasing*) todas las acciones que el deudor tuviese contra terceros por razón de la cosa perdida.

En este sentido se pronuncian, en supuestos concretos, otros preceptos del Código Civil: arts. 1122, 1136, 1147 y 1568.

Por ello es lógico, de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento jurídico, que el usuario quede liberado, en tal caso, de la obligación de pagar a la sociedad de *leasing* los plazos no vencidos. Esta solución está en consonancia con la causa onerosa del contrato de arrendamiento financiero.

Para solucionar el problema, en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero se prevé el aseguramiento del bien. La cláusula se justifica en la suscripción de un seguro del bien por el usuario, el cual al hacerse a nombre de la sociedad de *leasing* como beneficiaria, permite la reposición del bien perdido fortuitamente, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago por un usuario que no tiene la contrapartida del uso del bien cedido en *leasing*, de acuerdo con la causa onerosa del contrato (art. 1274 del Código Civil).

Lógicamente, lo recibido de la entidad aseguradora se ha de destinar obligatoriamente a la reposición del bien siniestrado. Estructurado de esta manera el negocio, en tanto no se produzca la reposición del bien siniestrado, la sociedad de *leasing* no puede reclamar al usuario que abone los plazos pendientes.

No obstante, Rivero (99) estima que si esta cláusula es abusiva o no abusiva (problema para cuya solución deben valer los criterios del art. 10.1 c) 3.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), depende de la proporción y equilibrio de intereses que medie (o no) entre las prestaciones de ambas partes.

A nuestro juicio, este equilibrio sólo existe si se sostiene que mientras no se produzca la reposición del bien siniestrado, la sociedad de *leasing* no puede reclamar al usuario que abone los plazos que venzan durante el período de reposición del bien. En otro caso no existiría tal equilibrio, y si el usuario fuese destinatario final se aplicaría el precepto mencionado por Rivero.

Tras distinguir varios casos, Benavides (100) abunda en este criterio. No puede considerarse válido el pacto por virtud del cual la socie-

(99) RIVERO, *Elementos*, II-2.º, cit., pp. 262.

(100) BENAVIDES, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., pp. 124-126.

dad de *leasing* seguirá percibiendo durante la reconstrucción del inmueble las rentas pactadas que venzan durante el expresado período, ya que existiría un enriquecimiento injustificado, a menos que el arrendatario pueda seguir obteniendo del inmueble la misma función económica que hasta la fecha del siniestro (siniestro parcial), o bien, por razón del seguro concertado, la indemnización cubra, además de los conceptos ya señalados, el pago de los cánones que se devenguen durante el período de reposición o reconstrucción.

Según Amoros (101), parece claro que esta cláusula no será válida, tanto por su falta de causa como por ir en contra de la relación pactada, implicar un enriquecimiento injustificado y abusivo, romper el justo equilibrio de las contraprestaciones y ser contraria a la buena fe (art. 10.1, c) 3.^º y 6.^º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Aun pactado el seguro, mientras no se reconstruya totalmente el inmueble mediante la indemnización satisfecha por la compañía aseguradora, no será exigible el pago de las rentas.

Coinciden con este punto de vista Martín Bernal (102) y Manzano (103).

Si los bienes no son repuestos, el negocio queda privado de objeto y, como dice Sánchez-Parodi (104), los principios de equidad exigen que, en este caso, el usuario quede desligado de la obligación, habida cuenta de que la sociedad de *leasing* ha obtenido una compensación patrimonial que colma sus intereses económicos.

5.4. Cláusura que determina que la falta de pago de algún plazo justifica la resolución del contrato y el vencimiento anticipado de los plazos no vencidos

En el estudio que publicamos en el año 1982 en el *Anuario de Derecho Civil* afirmamos que la resolución del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero es admisible, porque se basa en el incumplimiento por el usuario de la obligación de pago del precio en el tiempo y lugar fijados (art. 1124 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981, anteriormente expuesta).

El problema surge al prevenirse en las condiciones generales que el usuario tiene que pagar a la sociedad de *leasing* los plazos no vencidos. Se establece una auténtica cláusula penal, que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses (art. 1152 del Código Civil), agravando la responsabilidad del usuario. Por esto

(101) AMOROS, *EL leasing inmobiliario*, cit., p. 827.

(102) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil*, cit., p. 1.407.

(103) MANZANO, *La inscripción del leasing*, cit., p. 239.

(104) SÁNCHEZ-PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 212.

será aplicable el art. 1154 del Código Civil, de indudable carácter imperativo, en la medida en que el usuario ha abonado algunos de los plazos previstos en el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: la obligación ha sido en parte cumplida por el deudor (el usuario). El Juez podrá, por tanto, moderar equitativamente la pena convencional.

El Juez tendrá en cuenta que el bien es recobrado por la sociedad de *leasing* (en virtud de la resolución del contrato) y que el usuario ha abonado a la sociedad de *leasing* una determinada suma de dinero, que puede ser muy elevada. La actuación equitativa del Juez, a que se refiere el art. 1154, evitará que el usuario, privado del bien, tenga que abonar a la sociedad de *leasing* una suma excesiva. Cabe la posibilidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que el Juez establezca como forma de moderación el señalamiento de un nuevo plazo para cumplir.

En el mismo sentido se ha pronunciado Benavides (105), al mostrarse partidario de la aplicación del art. 1154, dado el carácter evidentemente imperativo del mismo; lo que se traduce en la posibilidad de que los Jueces moderen equitativamente tales cláusulas penales. Este precepto supone una expresa remisión a los principios generales del Derecho y, en particular, al art. 7.2 del Código Civil, sin olvidar la referencia a la equidad del art. 3.2 de este Cuerpo Legal. También Martín Bernal (106).

Rivero (107) afirma que el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios deja en claro que la indemnización no podrá perjudicar de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, precepto que se puede aplicar en nuestro caso por analogía.

Para Amoros (108) lo importante es saber si esas cláusulas resolutorias son inválidas en el tráfico jurídico ordinario, sin necesidad de una resolución judicial que las declare y que muchas veces no llega a solicitarse por el coste y demora de su tramitación.

Este autor contesta afirmativamente. No sólo porque muchas veces resultan abusivas y exorbitantes, sino también porque van contra la esencia misma de la resolución. Que en la compraventa a plazos se exige la devolución de las cantidades percibidas y no permite su conservación total. Y que en el arrendamiento es incompatible con la percepción de rentas futuras y con la causa jurídica que justifica su pago. Semejante calificación negativa puede apoyarse en esas razones institucionales y, además, en el repetido art. 10.1 c) 3.º, 4.º y 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

(105) BENAVIDES, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., pp.1.126-1.128.

(106) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil*, cit., p. 1.408.

(107) RIVERO, *Elementos*, II-2.º, cit., p. 262.

(108) AMOROS, *El leasing inmobiliario*, cit., pp. 828-829.

Manzano (109) considera que hoy es inevitable poner la cláusula en relación con la Ley 26/1984 de protección de los consumidores y usuarios (el trabajo de Benavides es anterior a esta Ley). Hay que reproducir aquí las reglas antes recogidas y, especialmente en cuanto a esta cláusula, el art. 10, 1 c) 3.º, en cuanto que perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al usuario y comporta una posición de desequilibrio entre derechos y obligaciones.

Según Sánchez-Parodi (110), encuentran dificultades para su validez las cláusulas que establecen, para el caso de incumplimiento, la obligación de pagar todas las mensualidades aún no vencidas. En esta hipótesis estamos ante una auténtica pérdida para el usuario del beneficio del plazo. Esta específica regulación puede ser establecida convencionalmente, pero no hay duda que resulta abusivo pretender recibir la totalidad de los cánones cuando se priva al usuario del goce los bienes. Por ello, parece aconsejable que los Tribunales moderen y corrijan en cierta medida las estipulaciones convenidas.

Vara de Paz (111) opina que si se entiende, de acuerdo con la «ratio financiera» del contrato, que la sociedad de *leasing* quiera recuperar todo el capital invertido, ello no justifica que pretenda la resolución del contrato, obligando al usuario a restituir el bien e incluso todos los cánones pactados, lo que sería contrario a los principios más elementales del Derecho que prohíben un enriquecimiento injusto, si además de obtener todas las cantidades pactadas vuelven a disponer del bien.

Creemos que si el *leasing* o arrendamiento financiero implica una *fiducia cum creditore*, que da lugar a una forma atípica de garantía real, la cláusula que examinamos implica la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, ya que nuestro ordenamiento jurídico exige, como dijimos anteriormente, que se proceda a la realización de la garantía a través de los procedimientos legalmente previstos (arts. 1872 del Código Civil y 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El problema ha sido advertido por los autores que consideran que la sociedad de *leasing* detenta al propiedad del bien en garantía de devolución por el usuario del coste de su adquisición y de la carga financiera.

Giovanoli (112) constata que la mayor parte de las legislaciones establecen la nulidad de la cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse de una cosa entregada en garantía, cuando el deudor no cumple su obligación. A menos que queramos negar la función de garantía rela del *leasing* financiero, la aproximación de la citada cláusula al pacto comisorio es indudable.

(109) MANZANO, *La inscripción del leasing*, cit. p. 241.

(110) SÁNCHEZ-PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, cit., p. 217.

(111) VARA DE PAZ, *Leasing financiero*, cit., p. 565.

(112) GIOVANOLI, *Le crédit-bail*, cit., pp. 396-398.

Clarizia (113) se refiere también a la posibilidad de aplicar la prohibición del pacto comisorio al *leasing* financiero. Pero considera que no puede aplicarse indiscriminadamente esta prohibición, puesto que esto comporta el riesgo de que se declaren nulos unos contratos (los de *leasing* financiero) que operan en la práctica con notable utilidad para la economía.

En nuestra doctrina, Rojo Ajuria (114) llega a la conclusión de que los procedimientos de ejecución establecidos en nuestro ordenamiento jurídico no son los más adecuados, y que el legislador tendría que asumir la tarea de racionalización de las garantías del crédito. Mientras tanto, el *leasing*, a través de la autonomía privada (atipicidad), plantea la «deregulation» radical del procedimiento de ejecución.

A nuestro juicio, puede plantearse *de lege ferenda* la reforma de los procedimientos de ejecución de las garantías reales, e incluso que no se configure con carácter imperativo la prohibición del pacto comisorio, aunque pensamos que las razones que históricamente determinaron su imperatividad tienen plena vigencia hoy en día. Tal vez convenga recordarlas. En Roma, por virtud del pacto comisorio, las partes convenían en que el acreedor, si vencida la obligación no era satisfecho, se hiciera dueño de los bienes empeñados o hipotecados. Este pacto era altamente perjudicial para los deudores, los cuales normalmente daban en prenda cosas de mucho más valor que el importe de la obligación que aseguraban, y otras veces lo hacían acuciados por la necesidad. Por este motivo, a pesar de haberse considerado lícito durante la época clásica, fue prohibido dicho pacto por emperador Constantino (C. 8.34.3) (115). De aquí paso a las Partidas (P. 5.13, 41 y 42), explicándolo Gregorio López en sus glosas. El Proyecto de 1851 aceptó esta solución en los arts. 1775 y 1806, que García Goyena (116) va a justificar con razones similares a las expuestas. Una vez publicado el Código Civil, Manresa (117) puntualiza que el art. 1859 está encaminado a evitar los muchos fraudes que en otro caso se podrían llevar a cabo, por ser en la generalidad de las veces superiores en valor a la deuda los bienes en que se constituye la garantía.

Esto explica el carácter imperativo de la prohibición del pacto comisorio, que reconoce expresamente nuestro Código Civil en el art. 1884, a propósito de la anticresis.

(113) CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1976, II, p. 472.

(114) ROJO AJURIA, *Leasing mobiliario*, cit., p. 278.

(115) KASER, *Römisches Privatrecht*, München, 1979, p. 129; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1967, p. 433.

(116) GARCÍA GOYEMA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pp. 923-924.

(117) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1907, p. 385.

La prohibición del pacto comisorio y las razones en que se apoya, armonizan perfectamente con la exigencia constitucional de protección de los usuarios o consumidores (art. 51 de la Constitución).

No parece, por tanto, que pueda eludirse la prohibición del pacto comisorio, quedándose la sociedad de *leasing* con el bien y el importe de lo abonado por el usuario y, además, exigiéndole el pago inmediato de los plazos no vencidos.

Hay que tener en cuenta también que la exclusión de la prohibición del pacto comisorio no tiene su causa, en rigor, en un auténtico acuerdo de la sociedad de *leasing* y el usuario, sino que se impone en las condiciones generales por aquélla a éste, que no tiene más remedio que aceptarla si quiere celebrar el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.

Por este motivo, la argumentación de Clarizia parece poco consistente, porque, si bien es cierto que el *leasing* financiero es un instrumento de notable utilidad para la economía, la nulidad de la cláusula citada no implica la de todo el negocio (nulidad parcial). Lo más razonable sería que las sociedades de *leasing* modificasen esta cláusula, respetando plenamente la prohibición legal del pacto comisorio.

5.5. El contrato de leasing o arrendamiento financiero como título ejecutivo y las excepciones oponibles por el usuario

Frente a la ejecución despachada con fundamento en escritura pública o póliza intervenida, el usuario puede oponer los motivos de nulidad del art. 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o las excepciones procesales y de fondo que enumera el art. 1464 de este cuerpo legal. Además, siendo el pago de los cánones a través de letras de cambio el sistema normal utilizado en el *leasing* o arrendamiento financiero, el usuario podrá oponer las excepciones previstas en el art. 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque en el juicio ejecutivo, aunque hay que observar que no siempre las letras van a permanecer en posesión de la sociedad de *leasing* y, en consecuencia, al tercero demandante no le podrá ser opuesta la excepción de falta de provisión de fondos, a no ser que se trate de una tenedor de mala fe, en cuyo caso, como establecen los arts. 20 y 67, le sería de aplicación (118).

Como destaca Ortiz Navacerrada (119) cabría formular oposición a la ejecución, ora por nulidad de la obligación o, mejor, de algunas

(118) La sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 12 de marzo de 1980 declaró la oponibilidad de excepciones personales, falta de provisión, frente al tenedor de mala fe (SÁNCHEZ MIGUEL, *La mala fe del tomador de la letra*, *Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 12 de marzo de 1980*), RDBB, 1981, núm. 2, pp. 465-467.

(119) ORTIZ NAVACERRADA, *Contrato de leasing y juicio ejecutivo*, AC, 1987, núm. 16, pp. 1.014 y ss.

de sus concretas cláusulas, ora por no haber vencido o no ser exigible, en los siguientes casos, sin perjuicio de otros de menor previsibilidad:

- a) Por no haberse puesto el bien a disposición del usuario en la fecha y lugar convenidos, a pesar de una posible cláusula de exoneración de responsabilidad para la sociedad de *leasing*: determinante de nulidad aquí sería la falta de causa onerosa por infracción del principio de equivalencia de las prestaciones al no poder el usuario utilizar el bien cedido en *leasing*; particularmente, en caso de dolo, culpa o abusiva limitación de responsabilidad por parte de la sociedad *leasing*.
En un juicio en que si instaba la ejecución de las cambiales libradas para el pago de unos plazos periódicos, la Audiencia Provincial de Barcelona, en la citada sentencia de 5 de julio de 1986 (120), estimó la excepción de falta de provisión de fondos con base en la no recepción por el usuario del automóvil objeto del contrato de *leasing* financiero.
- b) Por resultar el usuario privado del bien por evicción, o resultar éste inservible para el fin pactado por causa de vicios ocultos, a pesar de una posible cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, que resultaría válida en los términos del art. 1485 del Código Civil, y sin que parezca suficiente para obviar la tacha la concesión al usuario de la facultad de dirigirse directamente contra el suministrador, según es habitual en los contratos de *leasing*: no medianando culpa del usuario, la falta de causa y la ruptura del justo equilibrio de las contraprestaciones, con enriquecimiento injusto para la sociedad de *leasing*, son patentes, y no sólo en el supuesto de que la misma conociera previamente la situación, sino en todo caso, en tanto que el usuario no recupere el bien en los términos convenidos.
- c) Por deterioro o pérdida total o parcial del bien por caso fortuito o fuerza mayor, a pesar de la posible cláusula de exoneración de responsabilidad para la sociedad de *leasing* y aún de la concertación de un seguro de garantía del bien frente a tales riesgos: en tanto se reponga o se repare el bien siniestrado, el usuario queda privado de su goce y, con ello, sin causa su obligación de pago de los plazos que discurran durante la situación de deterioro o pérdida.

(120) SÁNCHEZ MIGUEL, *Incumplimiento del contrato de leasing como causa de oposición al juicio ejecutivo de letras de cambio*, cit., pp. 411 y ss.

- d) Por declararse anticipadamente vencido al total de la deuda pendiente por causa de impago de una o más mensualidades en los términos pactados: sin perjuicio de lo que dicho a este respecto, parece que la validez de esta cláusula ha de depender, en mayor medida que las anteriores, de la naturaleza que se atribuya al *leasing* (121).
- e) La aplicación, en la demanda y subsiguiente despacho de ejecución, de una posible cláusula de estabilización de las rentas pactadas podría dar lugar a oposición, no por nulidad de la obligación, pero sí por «plus petición».

6. CONCLUSIONES

Todas las soluciones propuestas están dirigidas a conseguir un adecuado control de las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero, consiguiéndose la protección del usuario, en línea con el mandato constitucional del art. 51, de protección de consumidor, que tiene carácter normativo por ser principio general de nuestro Derecho (art. 1.4 del Código Civil), y con los principios que se deducen de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, plasmados en artículos como el 1182, el 1124, el 1154, el 1274 y el 1872 del Código Civil.

Las soluciones defendidas se fortalecerán cuando se promulgue la tan esperada y necesaria Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tan importante en el ámbito procesal como en el sustantivo, en la medida en que, como apuntamos precedentemente, se aplicará el *leasing* o arrendamiento financiero la cláusula general prohibitiva del art. 8 y los preceptos anteriores, es decir, las normas comunes de la Ley.

A pesar de la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no creemos que se ponga fin al debate, sino tal vez, incluso, se incremente si se mantienen las condiciones generales que actualmente operan en el tráfico; lo cual es previsible que acontezca. La experiencia de la aplicación de la AGB-Gesetz alemana de 1976 al *leasing* financiero lo evidencia, defendiéndose tesis muy diversas al enjuiciar las cláusulas que exoneran de riesgos, cargas y responsabilidades a la sociedad de leasing en relación con el bien cedido al usuario, siendo este negocio uno de los que ha dado lugar a una mayor litigiosidad (122).

(121) Tengase en cuenta lo que hemos afirmado sobre la prohibición del pacto comisorio.

(122) ROTH, *Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasingverträgen*, AcP, 1990, pp. 293 y ss.; CANARIS, *Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing*, AcP, 1990, pp. 410 y ss.; SONNENBERGER, La giurisprudenza sul leasing in Germania, en *La giurisprudenza sul leasing in Europa*,

Puede estimarse que las cláusulas que exoneran prácticamente de todo tipo de cargas, riesgos y responsabilidades a la sociedad de *leasing* perjudican, en contra de la buena fe, al usuario. Estas cláusulas implican una situación desproporcionadamente ventajosa para la sociedad de *leasing*, que conserva, según el clausulado del contrato, la propiedad del bien cedido.

Frente a esta conclusión, se dirá que el tipo contractual del *leasing* financiero justifica estas cláusulas, pues las mismas se acomodan al fin económico de este negocio. La sociedad de *leasing* es una entidad financiera, que sólo ostenta la propiedad de los bienes en garantía.

La gran cuestión del debate reside, a nuestro juicio, en que la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero quiere conservar a toda ultranza la propiedad del bien cedido, y, además, no responder en ningún sentido respecto al bien cedido al usuario.

El usuario no recibe la propiedad de los bienes, y, no obstante, soporta todos los riesgos y cargas. El único medio de protección del usuario, atendiendo a las condiciones generales, es el de poder subrogarse en la posición de la sociedad de *leasing* a fin de poder dirigirse directamente contra el suministrador del bien, el cual, como apuntamos, plantea al usuario graves dificultades, especialmente en el terreno procesal.

Por todo lo dicho, estimamos que los criterios de control propugnados sobre las cláusulas analizadas se acomodan perfectamente a las reglas que aparecen en el art. 8 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, partiendo de los principios que informan a nuestro Derecho, y de la configuración del *leasing* o arrendamiento financiero que se desprende de la Ley de 29 de julio de 1988, así como de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, claramente tuitiva del interés del usuario, al admitir la simulación relativa cuando en negocio celebrado cumple la función económica de la venta a plazos con reserva de dominio.

Milano, 1984, pp. 9 y ss; VON WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, Köln, 1987; EBENROTH, *Inhaltliche Schranken in Leasing-Formularverträgen auf Grund des AGB-Gesetz*, en *Der Betrieb*, 1978, pp. 2.109 y ss.

En estos estudios puede encontrarse una amplia información jurisprudencial sobre el control de las condiciones generales del *leasing* financiero en virtud de la aplicación de la AGB-Gesetz.

Según esta Ley, la lista de cláusulas prohibidas de los párrafos 10 y 11 no se aplica a los contratos celebrados entre empresarios (párrafo 24), pero sí se podrá aplicar en tal caso la cláusula general de control del párrafo 9.

Se cuestiona también la posible aplicación al *leasing* financiero de la Ley sobre negocios a plazos (*Abzahlungsgesetz* de 3 de diciembre de 1976), de igual manera que, como hemos visto, se plantea en nuestro Derecho la aplicación de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos cuando el precio de la opción de compra es nominal o simbólico.

El sistema de responsabilidad contractual

(Materiales para un debate) (*)

FERNANDO PANTALEON

Catedrático de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Función de la responsabilidad contractual. 3. ¿Función preventivo-punitiva? 4. ¿Función reintegradora del derecho de crédito lesionado?: responsabilidad contractual, pretensión de cumplimiento y resolución por incumplimiento. 5. Los criterios de imputación del incumplimiento al deudor. *Apéndice:* Evolución histórica y análisis comparado de los criterios de imputación objetiva del daño contractual.

1. INTRODUCCION

Las reflexiones que siguen versarán sobre la responsabilidad contractual en sentido estricto, esto es, la derivada del incumplimiento de obligaciones *nacidas de contrato*; no hablaremos, por tanto, de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales. A mi juicio, el efecto más negativo de la elaboración de la Teoría General de las Obligaciones por parte de los juristas del *civil law* consiste en que ha generado la equivocada idea, difícil de entender para un jurista del *common law*, de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida hayan nacido o no de contrato. Así parecieron

(*) La mayor parte de las mejores ideas que puedan encontrarse en las páginas que siguen son fruto de las largas conversaciones que, sobre el tema objeto de este trabajo, he mantenido con el profesor Díez-Picazo. Se ha tratado de una colaboración entre maestro y discípulo en el sentido clásico de la palabra: donde el maestro demuestra su generosidad intelectual (el profesor Díez-Picazo está en estos momentos terminando de reelaborar el tomo I de sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*) y el discípulo aprende mucho, toma notas y, en ocasiones, se atreve a discrepar. Precisamente por esto último, los errores que pueda haber a continuación son sólo míos.

Los profesores Paz-Ares y Salvador Coderch leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias.

pensarlo, en efecto nuestros codificadores, cuando menos a partir del Anteproyecto de 1882-1888 (comp. sus arts. 1118-1125 con los arts. 993-1010 del Proyecto de 1836, y los arts. 1011-1016 Proyecto de 1851); pero en lo que sigue probaremos que tal pensamiento debe ser rectificado por el intérprete, en ocasiones reduciendo teleológicamente el tenor literal de alguno de los preceptos claves: en concreto, el de la proposición primera del artículo 1107.I CC, sin duda sólo aplicable al incumplimiento de obligaciones contractuales. Cabe anticipar ya que nos parece evidente que esa *específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone*, ha de reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de contrato; lo que, por hipótesis, no cabe predicar respecto de las obligaciones legales.

La base 19 de la Ley de 11 de mayo de 1888 comienza con las palabras «la naturaleza y efectos de las obligaciones serán explicados *con aquella generalidad que corresponda a una relación jurídica cuyos orígenes pueden ser muy diversos*». Casi con las mismas palabras comenzaba la base XVIII del Proyecto de Ley de 7 de enero de 1885; siendo curioso señalar que, al comienzo de su base XXII, se leía: «En armonía con los principios establecidos en la *teoría general de las obligaciones* [...]».

Pero lo cierto es que la construcción legislativa de dicha teoría general de las obligaciones por parte de los redactores del libro IV del Anteproyecto de 1882-1888 consistió en buena medida en sustituir acríticamente las referencias al «contrato» o a «lo pactado» que aparecían en varios artículos del Proyecto de 1851 por la palabra «obligación» (compárese, p. ej., los arts. 1115.II, 1117, 1119, 1120, 1122, 1133.I, 1141, 1144 y 1188.I del Anteproyecto de 1882-1888 precedentes de los arts. 1098.II, 1100, 1102, 1103, 1105, 1116.I, 1124, 1127 y 1171.I del vigente Código Civil, con los arts. 1108.II 1107, 1012, 1013, 1014, 1033.I, 1042, 1047, 1091.I del Proyecto de 1851, respectivamente) (1).

2. FUNCION DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de «reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado» (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por

(1) Un inspirado apunte sobre la idea del texto den DÍEZ-PICAZO, «El derecho de obligaciones en la Codificación Civil española», *Centenario del Código Civil* (1990), I, p. 715

el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria (2) —a la que la lógica (y el art. 1.156.III CC?) exige considerar extinguida—, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) (3) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis* (4).

La única lectura a *contrario* del artículo 1182 CC que me parece razonable es la de que, en caso de que la cosa debida se pierda por culpa del deudor, éste *no quedará liberado* (v. art. 1184 CC), pese a la natural extinción de la obligación originaria, *puesto que nacerá a su cargo, frente al acreedor, la obligación indemnizadora regulada por los artículos 1101 a 1107 CC* (5). Y no me cabe duda de que

(2) Frente a lo que pensar nuestra doctrina dominante: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 2.^a ed. (1983), p. 748; DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.^a ed. (1985), pp. 225 y 259; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987), pp. 661 s., 863, s., 887 s., 984 ss., DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6.^a ed. (1989), pp. 226-227. En Díez-Picazo y Badosa la idea aquí rechazada se restringe al valor del objeto de la prestación, aunque el primero, apartándose de la tradición, le denomine *id quod interest* en vez de *aestimatio rei*.

La opinión contraria a la del texto es también dominante en la doctrina italiana: paradigmáticas, las exposiciones de MENGONI, «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)», *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 283, nt. 13; y SCOGNAMIGLIO, «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Noviss. Dig. It.*, VIII (1968), p. 672.

(3) Vid. DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 280; CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito* (Fund. Univ. de Jerez, s.d.), pp. 54 ss. En la doctrina alemana, por todos, EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2.^a ed. (1986), § 11.II.2, pp. 113 ss.

(4) Un autorizado sector de la doctrina alemana viene sosteniendo las ideas del texto: MEINCKE, «Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag», AcP 171 (1971), pp. 27 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 13.^a ed. (1982), § 22 I, p. 306; EMMERICH, en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, 2.^a ed., (1985), § 280, RdNr. 3 ss.

(5) En el artículo 1160 del Proyecto de 1851, tras disponerse que «cuando la deuda constituiré en una cosa cierta y determinada, y se perdiere sin culpa del deudor y antes de constituirse éste en mora, la obligación queda extinguida», se precisaba que «habiendo culpa o mora por parte del deudor estará éste obligado a la indemnización con arreglo a lo que se prescribe en la sección 3.^a del capítulo II de este título [los hoy arts. 1101 a 1109 CC]», y que «lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado a la prestación del caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor». Me parece indudable que éstos párrafos fueron suprimidos, ya en el artículo 1191 del Anteproyecto de 1882-1888, por considerarlos superfluos, y no para permitir una interpretación a *contrario* del anterior, en el sentido de una perpetuación «por equivalente» de la obligación originaria.

también en caso de que la imposibilidad sobrevenida de la prestación de entregar cosa determinada sea imputable al deudor, podrá el acreedor que no haya optado por la resolución del contrato exigir al amparo del artículo 1186 CC, en vez de la indemnización del daño en la medida de su íntegro interés en el cumplimiento, el (en ocasiones, más valioso) *commodum representationis* (y si menos valioso, la cantidad, además, que falte para alcanzar aquella indemnización) (6).

Ni que decir tiene que tampoco es función de la responsabilidad contractual la de evitar que el deudor se enriquezca por efecto de su incumplimiento. Parece equivocado, en cambio, afirmar que «no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio que obtiene el incumplimiento» (7). El artículo 1186 CC ha de considerarse aplicable, no sólo al *commodum ex re* (8), sino también al *commodum ex negotiacione*. Lo que significa, en esencia, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesaría especialmente al acreedor, cuando, con ella, pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría, como indemnización de daños y perjuicios, por la vía de la responsabilidad contractual: si la contraprestación del tercero tiene un valor superior al valor de mercado de la cosa debida, y si no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor (9). Las pala-

(6) Así, sobre el § 281 BGB, por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, §§ 7.III.2.a) y 7.III.b), pp. 84 y 88; HEINRICH, en *Palandt BGB*, 50.^a ed., (1991), § 281, Rn. 5 y 9.

(7) Como afirma CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* EDERSA, XV-1 (1989), p. 668.

(8) Justiprecio de la expropiación de la cosa debida, cantidad a pagar por el asegurador de daños de la misma... No, en cambio, frente a lo que sostiene un sector mayoritario de nuestra doctrina, la indemnización debida por el tercero culpable de la pérdida de la cosa: dado que el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual no requiere, en nuestro Derecho, la lesión de un derecho subjetivo absoluto —a diferencia de lo que ocurre, p. ej., en el Derecho alemán (§ 823.I BGB)—, la pretensión indemnizatoria contra el tercero culpable de la pérdida de la cosa debida nacerá directamente en cabeza del acreedor, que es el verdadero dañado (Vid. PANTALEON, *Comentario al Código Civil M. Justicia*, art. 1902, I.4 y V.1, y allí otras referencias).

(9) Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se podría arguir que, como demuestra el ejemplo del texto, la tesis que aquí se defiende sobre el ámbito de aplicaciones del art. 1186 CC resulta criticable, puesto que conduce a desincentivar incumplimientos (dolosos, pero) eficientes [vid. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1986, trad. 1991), pp. 276 ss.] Pero, por un lado, el argumento parece olvidar los efectos desincentivadores que, sobre la contratación en general, provocará probablemente un sistema jurídico que fomente los incumplimientos dolosos, aun si cada uno en concreto eficiente. Y por otro lado, no hay ningún motivo para preferir los argumentos de eficiencia económica (criterio Kaldor-Hicks) a los de justicia comutativa (o si se prefiere, a los de eficiencia económica, criterio Pareto).

bras «por razón de ésta [la cosa]» con las que finaliza el artículo 1186 no parecen argumento bastante para limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re*: las palabras «*für den geschuldeten Gegestand*» del § 281.I BGB no han impedido a la jurisprudencia y a la doctrina dominante en Alemania mantener la opinión aquí defendida (10). Y en el artículo 1683 CC, para una hipótesis análoga, nuestro legislador ha dejado muy clara su valoración de los intereses en conflicto (11).

3. ¿FUNCION PREVENTIVO-PUNITIVA?

La afirmación de que la responsabilidad contractual no tiene función preventivo-punitiva requiere —además de recordar que dicha responsabilidad es asegurable, y que la obligación indemnizatoria que nace de ella no es personalísima, sino transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable— dejar muy claro que tal responsabilidad no se gradúa en atención a la mayor o menor gravedad de la conducta del deudor incumplidor, sino conforme a la entidad del daño causado al acreedor, objetivamente imputable a la falta de cumplimiento. Para ello, es necesario ocuparse del artículo 1107 y de la proposición final del artículo 1103 CC.

Pero quizás convenga recordar antes algo tan obvio como que, por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño alguno al acreedor. Quizás convenga recordarlo, al mismo tiempo que se critican algunas aseveraciones de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, que han tenido eco en la jurisprudencia posterior (SSTS 27 de junio 1984, 17 de enero de 1985, 5 junio de 1985, 24 de septiembre de 1986, 30 de septiembre de 1989). En dicha sentencia puede leerse, con referencia a «la restrictiva y reiterada doctrina de esta Sala relativa a la necesidad de probar la producción efectiva de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, de acuerdo con la formulación jurisprudencial, también reiterada, de que el sólo incumplimiento contractual no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar», que «si bien es cierta la constante cita y apli-

(10) Vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 7.III.2.d), p. 85; PALANDT/HEINRICHS, § 281, Rn. 6.

(11) No argumentaré con los artículos 1778 y 1897 *in fine* CC, puesto que el depositante o el *solvens* serán, típicamente, propietarios de la cosa enajenada por el depositario o el *acciens de buena fe*. Pero sí podría traerse a colación la proposición primera del artículo 1095 CC, en cuanto demuestra, en parangón con el artículo 353 CC, que se atribuye ya al acreedor de la cosa del monopolio de las utilidades de la misma.

cación (no siempre adecuada) de la doctrina aludida incluso con el mero y simple alegato de su fórmula estereotipada («el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar»), más lo es que, en buena técnica de realización del Derecho, ha de matizarse el encaje de los hechos a esa abstracta formulación en exceso generalizada, y, con la vista puesta en los casos decididos a su amparo, de determinar su verdadero alcance y sentido circunstancial, no otro que el de evitar un injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio o daño, en especial —y muchas de las sentencias que al efecto sientan la doctrina la precisan así— el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingentes o de puras expectativas no contrastadas, o bien, en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero, negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse satisfecha, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con repercusión económica de perjuicios no acreditados, lo cual, en definitiva, no excluye la idea de que el incumplimiento (impago de una renta, de un precio, de un hacer o prestar un servicio una gestión por ejemplo) no constituya *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la otra parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código Civil [...]]; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir *in re ipsa* el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración fácticamente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir que “no siempre” el incumplimiento produce el deber de resarcir».

Afirmaciones éstas últimas, quizás comprensibles como reacción frente a la muy restrictiva doctrina jurisprudencial que, en materia de indemnización por ganancias dejadas de obtener por el acreedor, sentaron sentencias como las de *24 de octubre de 1953, 10 de abril de 1954, 2 de abril de 1960, 6 de mayo de 1960, 30 de noviembre de 1961 o 10 de junio de 1976*; pero que no pueden compartirse: ni es verdad que todo incumplimiento suponga *per se* un daño —baste pensar en el incumplimiento por parte de un comprador de su obligación de pagar el precio, que permite el vendedor resolver la venta de un bien cuyo valor de mercado se haya incrementado extraordinariamente entre el momento de la celebración del contrato y el de la resolución—, ni la función de la responsabilidad contractual es la de prevenir o castigar el incumplimiento de los deberes contractuales.

3.1. La proposición primera del artículo 1107.I CC dispone que «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación».

Que «deudor de buena fe» en esta norma es todo deudor que tenga que responder del incumplimiento, sin que quepa reprocharle haber actuado con dolo —lo que incluye también, aunque no sólo, al deudor negligente—, lo tengo seguro, pese a una muy autorizada opinión en contrario (12), desde la elaboración de mi tesis doctoral (13). Con estos argumentos:

a) Si se acepta la hipótesis de que la expresión «deudor de buena fe» no incluye al deudor negligente, ¿dónde estaría regulando nuestro Código Civil la extensión de la obligación de indemnizar del deudor negligente? ¿Qué norma debería aplicarse analógicamente para cubrir la pretendida laguna: una de tenor tan disparatado como la del párrafo segundo del artículo 1107 CC, chocando además frontalmente con toda la tradición de los Derechos latinos en la materia (14), o el párrafo primero de dicho artículo, con lo que se acabaría incluyendo por analogía en el ámbito de aplicación del artículo 1107.I lo que la hipótesis de partida trataba de excluir?

b) En nuestra codificación civil, la expresión «deudor de buena fe» aparece por primera vez en el artículo 1124.I de Anteproyecto de 1882-1888, tomada, con seguridad, del artículo 1151 del Anteproyecto de revisión Código Civil belga de Laurent: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat* (15). El modelo que dicho jurista utilizó al efecto fue, evidentemente, el artículo 1150 CC francés: *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée*. Pues bien, el propio Laurent explicó la sustitución

(12) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 713, indudablemente en su deseo de proporcionar soportes normativos a una «objetivación» de la responsabilidad contractual que, frente a la opinión todavía dominante, intuía, con razón, necesaria en términos de justicia y eficiencia económica.

(13) *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, (leída en 1981), pp. 707 ss., nt. 64. De acuerdo, DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 286 ss.; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 711 ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987), p. 237, nt. 266; CARRASCO, *Comentarios...* cit., p. 724. De distinta opinión, CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones* (1989), pp. 286 ss.

(14) Vid. el apartado 1 del Apéndice a este trabajo.

(15) Vid. por todos, SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE, «La influencia del *Avant-Projet de Révision du Code civil belga de François Laurent en el Código Civil español de 1889*», en *Centenario del Código Civil*, II, pp. 1937 ss.

de la frase final de este precepto por las palabras «cuando el deudor sea de buena fe» como un simple cambio de redacción (16). Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código Napoleón: «El artículo 1147 —escribió— añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa*. Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente pueden hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo». Y añadía un poco más adelante: «El artículo 1150 dice [...] Esta regla procede de Pothier. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno. *en este sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa*, como hemos dicho más arriba» (17).

La regla de proposición primera del artículo 1107.I CC no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad», de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es *el contrato mismo*, ley entre las partes (18).

(16) LAURENT, *Avant-Projet de révision du Code Civil*, IV (1884), p. 147.

(17) LAURENT, *Principes de droit civil*, 3.^a ed. (1878), XVI, núms. 256 y 286, pp. 319 y 345. Los subrayados son míos.

(18) RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I (1936, reimpr. 1964), pp. 495 ss.; vid. asimismo WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1979), Vor Artt. 82-89 EKG, Rdnr. 25, 46. Sobre el concepto y los diferentes criterios de imputación objetiva del daño, PANTALEON, «Casualidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, II, pp. 1.561 ss., según ideas que ya expuse en mi obra *Del concepto de daño...*, cit., p. 39 ss. y 77 ss., y que comparte ahora CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 725 ss.

En atención a la finalidad protectora del específico deber contractual infringido por el deudor en el caso concreto, el criterio del «fin de protección de la norma» puede tener otras aplicaciones excluyentes de la imputación objetiva del daño en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuyo encaje normativo residiría, en nuestro Derecho, en el requisito de que los daños y perjuicios han de ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, que exigen las palabras finales del artículo 1107.II CC.

El caso de la jurisprudencia inglesa *Gorris v. Scott* (1874) nos proporciona un excelente ejemplo (otros en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 726 ss.). La parte demandada, propietaria del barco en el que se comprometió a transportar el ganado propiedad de la parte demandante, estaba obligada reglamentariamente a instalar en establos separados a cada uno de los animales que viajasen a bordo. No lo hizo así, y una noche una tormenta barrió de la cubierta a las bestias, que perecieron ahogadas. La parte demandante fundó su pretensión indemnizatoria en el hecho probado de que, si los animales hubiesen sido instalados en establos, como ordenaban los reglamentos, el resultado se

Fue común entre los exégetas franceses justificar la regla del artículo 1150 del *Code Napoleón* mediante la idea de un «convenio tácito» o acuerdo implícito entre las partes al tiempo de contratar. Ello no es sino otra de las ficciones características de una época en que imperaba el «dogma de la voluntad» —i.e., no cabe concebir ninguna consecuencia jurídica del contrato que no encuentre un punto de apoyo en el consentimiento explícito o implícito de los contratantes—, por más que también resulte frecuentemente contradicha por la realidad la afirmación, tan cara a la doctrina anglosajona, de que, al tiempo de contratar, las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Con mayor acierto, se ha recurrido a la idea de «lo que hipotéticamente hubieran acordado personas razonables del mismo sector del tráfico, en el lugar de los contratantes», si hubiesen considerado al tiempo de contratar las cuestiones de *quantum respondatur*. Pero hay que ser conscientes de que, con palabras como esas, no se está ofreciendo más que una «explicación antropomórfica» de lo que el Derecho considera una adecuada distribución de los riesgos de incumplimiento, a la luz del principio de autonomía de la voluntad.

La explicación jurídico-económica de que el «fin de protección del contrato» se límite a los daños previstos o previsibles al contratar, es fácil de comprender. La decisión de celebrar un contrato —la decisión, por ejemplo, de vender y comprar algo por un determinado precio— descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. No tendría buen sentido, habida cuenta de que:

Por una parte, el contratante incumplidor no pudo tener el riesgo de producción de dichos resultados dañosos en cuenta al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios que le llevó a contratar. Y si lo hubiera contemplado, no habría, por ejemplo, ofrecido vender al pre-

habría evitado. La demanda fue desestimada, argumentando el Tribunal que el daño, «que asumimos aquí que ha sido causado por la infracción del deber cometida por la parte demandada, es de tal naturaleza que no estaba en modo alguno contemplado por el reglamento», el cual «no tenía como finalidad directa ni indirecta proteger frente a tal daño [...], ya que la norma está dirigida contra el riesgo de que el ganado éste expuesto a enfermedades contagiosas».

cio en que lo hizo, sino que habría exigido un precio superior, en la medida del coste para él de administrar dicho riesgo, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo (autoasegurándolo). Y de haber estimado el comprador que el incremento de precio exigido por el vendedor excedía del coste para él de administrar, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de daños de que se trata, la compraventa se habría celebrado al mismo precio en que se realizó, pero exonerándose expresamente al vendedor de responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión.

Y por otro lado, la parte contratante que sufre el incumplimiento tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios fundamento de su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de acaecimiento de aquéllos resultados dañosos. Y si, por seguir con nuestro ejemplo, el comprador quería que así hubiera sido, siempre pudo proporcionar al vendedor, al tiempo de contratar, la oportuna información, y aceptar el mayor precio que, por asumir el riesgo de daños puesto así de manifiesto, el vendedor le hubiese exigido. Aceptarlo, claro está, una vez constatado por el comprador, en atención al incremento de precio exigido por el vendedor, que éste podía administrar a menor coste, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de acaecimiento de los resultados dañosos en cuestión.

El Código Civil alemán, que —a diferencia de lo que sucede en los Códigos Civiles francés (art. 1150) e italiano (art. 1225), en los ordenamientos de *common law* (a partir del caso *Hadley v. Baxendale* [1854]), y en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (arts. 82, 86 y 87 de la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, y arts. 74, 75, 76.1 y 78 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980) (19)— carece de una norma como la contenida en la proposición primera de nuestro artículo 1107.I CC, incluye en el § 254.II, entre las hipótesis de culpa concurrente del acreedor perjudicado, la de haber «omitido poner de manifiesto al deudor el riesgo de un daño extraordinariamente alto». Norma ésta, que permite, en mi opinión injustamente, que el deudor responsable del incumplimiento pueda tener que pechar con ese daño extraordinariamente alto, a causa de una información proporcionada *con posteridad a la celebración del contrato*, sin derecho a exigir del acreedor un adecuado incremento de la contraprestación pactada.

(19) Vid. el apartado 2 del Apéndice a este trabajo.

«Una ventaja más práctica de considerar el contrato como la asunción de un riesgo —escribió O.W. Holmes (20)— consiste en la luz que arroja sobre la cuestión de la cuantía de la indemnización. Si un incumplimiento de contrato fuese contemplado de la misma manera que un ilícito extracontractual, resultaría que, si en el curso de la ejecución del contrato se notificase al deudor alguna consecuencia especial que se produciría si él no cumple, debería ser considerado responsable de dicha consecuencia en caso de incumplimiento. Se ha hecho una sugerencia como ésta [por Bramwell B. en el caso *Gee v. Lancashire & Yorkshire Railway. Co.* (1860)]. Pero no ha sido aceptada como Derecho».

La explicación jurídico-económica que acaba de ofrecerse impone completar el tenor de la norma que venimos analizando, en el sentido siguiente: para que un concreto resultado dañoso, vinculado a ciertas circunstancias especiales, entre dentro del «ámbito de protección del contrato», no es suficiente que, al tiempo de contratar, el contratante incumplidor haya previsto o pudiera razonablemente haber previsto la posibilidad de que dicho resultado acaeciese, sino que es necesario, además, que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños* (21). Lo que, sensatamente, habrá que entender que no es el caso, cuando se constate que lo que le habría costado al incumplidor administrar el riesgo cuya realización ha causado los daños de cuya indemnización se trata, es una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener del contrato incumplido.

El caso *Hooks Smelting Co. v. Planter's Compress Co.*, decidido en 1904 por el Tribunal Supremo de Arkansas, nos suministra un buen ejemplo sobre esta importante precisión.

La compañía demandante reclamó 520,87 dólares como precio de dos tornillos sin fin de bronce que había fabricado para la compañía demandada. Ésta se opuso, alegando, entre otras cosas: que la entidad demandante había sido informada de que los tornillos se necesitaban el día 1 de septiembre y de que, sin ellos, el compresor para el que estaban destinados no podría funcionar, con enormes perjuici-

(20) *The Common Law* (1881, reimpr. 1963), p. 236.

(21) Así, con gran precisión, D. R. HARRIS, en *Chitty on Contracts*, 26.^a ed., I (1989), §§ 1797 ss.; también, TREITEL, *The Law of Contract*, 7.^a ed. (1987), p. 749; McGREGOR, *On Damages*, 15.^a ed. (1988), §§ 262 ss.; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990). Art. 74, Rn. 28; vid. en cambio, BEALE, *Remedies for Breach of Contract* (1980), pp. 183 ss.; BURROWS, *Remedies for Tort and Breach of Contract* (1987), pp. 51 ss.

cios para la demandada; que la demandante no envío los tornillos hasta el día 30 de septiembre, y que, cuando se recibieron, se comprobó que eran demasiado grandes y, por ello, inútiles para la finalidad prevista, por lo que hubo que encargar otros nuevos; que por no haber realizado la demandante los tornillos según las instrucciones que se le dieron, y no haberlos entregado en el tiempo convenido, el compresor hubo de permanecer parado varios meses; y que ello causó a la demandada daños por valor de 7.322,50 dólares que reclamó en reconvención.

El tribunal de instancia estimó parcialmente la reconvención, y condenó a la demandante a pagar a la demandada una indemnización de 5.540 dólares. Pero el citado Tribunal Supremo revocó la sentencia y ordenó la celebración de un nuevo proceso, en una decisión en la que leemos: «[...] considerando que la cuantía de la indemnización reclamada a la parte demandante por haber incumplido su contrato excede en mucho de la contraprestación que se acordó pagar por la fabricación de los tornillos, estamos seguros de que, si se hubiera dicho a la demandante que cualquier error por su parte, o por parte del realizador del molde o del mecánico empleados por ella, podría hacerla responsable del valor de uso del compresor durante el tiempo de cualquier retraso causado por tal error, nunca habría acertado el trabajo sin una contraprestación adicional por la asunción de un riesgo así» (22).

Además, nuestra explicación jurídico-económica concurre con los antecedentes históricos y el ejemplo del Derecho comparado (23)

(22) Esta decisión se apoyó en el precedente constituido por la sentencia del Tribunal Supremo Federal en *Globe Refining Co. v. Landa Oil Co.* (1903), en la que O.W. Holmes consagró las ideas que ya había defendido en su obra *The Common Law*, cit., pp. 236 ss. Pero la doctrina sentada en estas y otras decisiones jurisprudenciales norteamericanas de principios de siglo, que también juzgara con favor McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 141, ha sido abandonada, tras su rechazo por los redactores del *Uniform Commercial Code* (vid. § 2-715, Com. 5), por la generalidad de las jurisdicciones estatales. Y con el aplauso de los autores, que la consideran un erroreño subproducto de la idea de que la regla *Hadley v. Baxendale* se fundamenta en un acuerdo implícito de las partes (vid. DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies* [1973], § 12.3 p. 805, §12.6, p. 874; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, 3.^a ed. [1987] § 14-5, pp. 595 ss.; WHITE y SUMMERS, *Uniform Comercial Code*, 3.^a ed. [1988], § 10-4, pp. 444 ss.). Nos parece claro, sin embargo, que no es necesario suscribir esa falsa idea para justificar una decisión como la del Tribunal Supremo de Arkansas en *Hooks Smelting Co. v. Planter's Compress Co.*

(23) Elocuente es la no remisión al artículo 1225 del artículo 2056 del vigente Código Civil italiano, que sí se remite a los 1223, 1226 y 1227. Es un claro rechazo legislativo de las tesis de un influyente, aunque minoritario sector doctrinal que, bajo el imperio del Código civil de 1865, sostuvo la aplicación analógica de su artículo 1228, traducción literal del artículo 1150 del Código Civil francés, al campo de la responsabilidad extracontractual (CARNELUTTI, «Appunti sulle obbligazioni», *Riv. dir. comm.* 1915, I, pp. 627 ss.; y especialmente VERGA, «Colpa aquiliana e prevedibilità del danno», *Riv. dir. priv.* 1938, pp. 237 ss.).

para no permitir duda alguna sobre lo acertado de negar que la proposición primera del artículo 1107.I CC pueda ser aplicada por analogía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (24). Y el tenor literal de dicha proposición también ayuda: un juicio de previsibilidad sólo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata.

La defensa, por parte de un muy autorizado sector doctrinal, de la aplicación de la proposición primera del artículo 1107.II CC en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, puede entenderse por el deseo de proporcionar un soporte normativo para el criterio de la «adecuación» (para la mal llamada «teoría de la causalidad adecuada», a la que se cree, equivocadamente, necesaria superación de la teoría de la equivalencia de las condiciones), según el cual, no cabrá imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta causante del mismo, cuando su acaecimiento habría sido juzgado imprevisible, cuando su producción se habría descartado como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, si tal es el caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, al tiempo de realizarse la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.

Parece claro, sin embargo, que nunca cabría encontrar apoyo normativo para el criterio de la «adecuación» en una regla que sitúa temporalmente el juicio de previsibilidad «al tiempo de constituirse la obligación», en vez de en el momento de producirse el incumplimiento (25).

Para el Derecho francés, por todos, H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6.^a ed., III-1 (1978), núm. 2.370, pp. 721 s.

(24) En contra, DE COSSIO, *El dolo en el Derecho Civil* (1955), pp. 138 ss., al que siguieron DE CASTRO, «La indemnización por causa de muerte», ADC 1956, p. 478, nt. 108; GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual* (1968), p. 488. Como en el texto LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 543 ss. nt. 2. Véase también, DE ANGEL, *La responsabilidad civil*, 2.^a ed. (1988), pp. 262 ss.

(25) Vid. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 494; y asumiendo una idea que expuse en mi tesis doctoral, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 722, 740.

Y no debería caber tampoco duda alguna sobre la necesidad de restringir el ámbito de aplicación de proposición primera del artículo 1107.I CC al campo de las obligaciones *nacidas de contrato*, mediante una reducción teleológica semejante a la que, para el artículo 1137 CC (presunción de no solidaridad), ha venido realizando desde hace años la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. Un rasgo característico de las obligaciones legales, es, por lo demás, que el deudor puede no tener conocimiento de la realización del supuesto de hecho constitutivo de su obligación, e ignorar, por tanto, su condición de tal: ¿qué daños prevé o puede prever, al tiempo de constituirse la obligación, como posibles consecuencias de la falta de incumplimiento de la misma, alguien que en dicho momento ni siquiera sabe que está obligado?

3.2. Más difícil es justificar, sin recurrir a la idea de «castigo» o a una vaga noción de «equidad», que el criterio de imputación objetiva «previsibilidad del daño al tiempo de contratar» no resulte aplicable en caso de incumplimiento doloso (26); restricción que no conoce, ni el *common law*, ni el Derecho Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (27). Estimo satisfactoria la explicación que sigue, ajena a cualquier idea punitiva.

En los casos de incumplimiento doloso, la parte contratante que se plantea incumplir, dado que hacerlo o no depende inmediatamente de su voluntad, puede realizar y realiza un segundo cálculo de costes-beneficios, relativo ahora a su decisión de incumplir. Si el criterio de imputación objetiva del daño que nos ocupa fuera también aplicable aquí, estaríamos permitiendo que aquella parte realizase ese segundo cálculo estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria — igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato — que utilizó, o debió razonablemente utilizar, cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su decisión de contratar. Lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios

(26) Son muy poco satisfactorias las explicaciones avanzadas por los juristas franceses e italianos: vid. H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Traité...*, cit., núm. 2376, pp. 731 ss.; CHARTIER, *La réparation du préjudice* (1983), núm. 76, pp. 101 ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2.^a ed. (1979), en el «Commentario del codice civile Scialoja-Branca», p. 374 ss.

(27) Aunque en la Ley Uniforme de Venta de La Haya se incluyó un artículo 89 del siguiente tenor: «En caso de dolo o fraude, la indemnización de daños se calculará conforme a las reglas aplicables a los contratos no regidos por la presente Ley». Vid. sobre esta norma, RIESE, «Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufsrechts», RabelsZ 22 (1957) pp. 101 ss.; WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 89 EKG, Rdnr. 1 ss.

previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente (28). O dicho con mayor precisión, el incumplimiento doloso ineficiente podrá tener lugar, cuando los costes de transacción hagan inviable la alternativa de que el acreedor lo evite, pagando al deudor que se propone incumplir, al menos una suma igual al beneficio que a éste le reportaría hacerlo; alternativa ésta, por lo demás, repugnante en términos de justicia (29).

(28) Tras indicar que la regla *Hadley v. Baxendale* limita la indemnización a los daños que fueran previsibles como probables al tiempo de contratar, y que posterior información sobre un riesgo inusual no incrementará la cuantía de la responsabilidad de la parte que incumple, aun cuando le fuera proporcionada antes del incumplimiento, ha escrito BEALE, *Remedies for Breach...*, cit., pp. 180 ss.: «En algunos casos, esto es perfectamente sensato. Si una parte está estimando las precauciones que debe tomar (y, por tanto, el precio que debe cobrar) para prever la entrega tardía de los bienes o los daños a los mismos, tendrá que tomar su decisión sobre la base de la información disponible cuando se celebra el contrato. No sería justo hacerle responsable de los riesgos que salen a la luz posteriormente, sin pagarle una cantidad extra, ya que Él no ha incluido entre su costes el de las precauciones que dichos riesgos reclaman. Es más eficiente tener una regla que requiera el desvelamiento [de los riesgos] desde el primer momento».

Añadiendo a continuación: «La regla no funciona tan bien cuando se trata de un incumplimiento doloso. A puede negarse a entregar las mercancías B porque ha encontrado un uso más valioso para ellas que el que ordinariamente supuso que B haría de las mismas, aun cuando sabe ahora que el uso que en verdad pretende B sería el más valioso. En este tipo de casos, puede verse la fuerza de la propuesta de Bramwell B. en *Gee v. Lancas. & Yorks. Railway* (1860) de que una parte que persiste en incumplir el contrato, tras ser informada del daño probable, habría de ser responsable del mismo. Sin embargo, cabe pensar que el Derecho acierta al mantenerse en el conocimiento en el momento de celebración del contrato, porque es más sencillo tener una única regla, y porque sería muy difícil encontrar otro momento adecuado, incluso en el caso de incumplimiento doloso. La fecha del incumplimiento mismo no serviría, porque, en la práctica, a menudo A se habrá decidido irrevocablemente a dedicar las cosas a su uso alternativo mucho antes de que llegue la fecha de la entrega a B».

Ya que las razones del citado jurista no resultan demasiado convincentes —ni es tan complicado tener una regla especial para los casos de incumplimiento doloso, ni la decisión de A podrá generalmente considerarse irrevocable hasta el momento en que llegue la fecha de la entrega a B (podrá, p. ej., recomprar a C la cosa que le vendió y entregó, pese habersela vendido antes a B; y le convendrá hacerlo así si, como supo tras la venta y entrega a C, el interés de B en la cosa, medida de la indemnización que habrá de abonarle, es muy superior al de C)— habrá que aplaudir la solución de los Códigos Civiles frances, italiano y español de excluir los casos de incumplimiento doloso del campo de juego del criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

(29) Aunque indiferente en términos de eficiencia: COASE, «The Problem of Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, 3 (1960), pp. 1 ss. Sobre el llamado «teorema de Coase», por todos, PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», ADC 1981, pp. 632 ss., POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1983, trad. 1985); SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico....*, cit., pp. 84 ss.

Un ejemplo numérico parece conveniente aquí. Supongamos que el daño previsible al tiempo de contratar sea 20; y el daño previsible por la parte que se plantea incumplir, al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, sea 50 (entre uno y otro momento, la otra parte le ha desvelado la oportuna información sobre un excelente negocio cuya realización depende del correcto cumplimiento). Si el criterio de imputación objetiva analizado fuera también aplicable al incumplimiento doloso, y el beneficio previsible del incumplimiento para quien se plantea no cumplir fuera superior a 20 e inferior a 50, digamos 48, el incumplimiento tendría lugar —pues el incumplidor ganaría 28 (la diferencia entre 48 y 20) con él—, pese a ser, como es, un incumplimiento ineficiente. Salvo que, siendo los costes de la renegociación entre ambas partes menores que 2 (la diferencia entre 50 y 48), el acreedor se avenga a pagar al deudor una suma igual o un poco superior a 28, a fin de que éste no incumpla dolosamente. Pero si aquellos costes de transacción son mayores que 2, el incumplimiento ineficiente tendrá lugar, al no haber espacio para una renegociación entre las partes que lo evite.

De esta explicación se deducen dos importantes consecuencias:

a) Los incumplimientos a los que puede aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1107 CC son sólo los incumplimientos dolosos *en sentido estricto* (conscientes y voluntarios), sin que quiera incluir los provocados por culpa lata del deudor (30).

Conviene advertir que el artículo 1107.II CC es también aplicable a los casos de dolo, engaño o fraude por parte del deudor en la *fase de formación del contrato* (v. arts. 1270.II, 1478.5.º, 1486.II, 1487, 1529.III CC).

A este respecto, la diferencia con el *common law* —que, como indicamos, no distingue entre incumplimientos dolosos y no dolosos en la aplicación de la regla *Hadley v. Baxendale*— desaparece.

(30) Así la jurisprudencia y doctrina dominante en Italia: CIAN, «*Lata culpa dolo aequiparatur*», *Riv. dir. civ.* 1963, I, pp. 155 s.; BIANCA, *Inadempimento...*, cit., p. 377; *en contra*, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.º ed. (1979), I p. 288, nt. 149. En Francia, por el contrario, se ha consagrado de modo aparentemente definitivo la equiparación entre dolo y culpa lata en la aplicación del artículo 1150 del *Code*: CHARTIER, *La réparation...*, cit., núms. 77 ss., pp. 103 ss.

Entre nosotros, coincide en la conclusión, aunque con una argumentación que no podemos compartir, MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», ADC 1982, pp. 599 s. La tesis de reducir radicalmente el ámbito de aplicación del artículo 1107.II CC a los casos de dolo delictivo (art. 1185 CC) y dolo-fraude (art. 1298 CC), sostenida por CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 750 s., aunque pueda comprenderse ante el absurdo tenor literal del precepto, no puede compartirse: también en los casos de dolo-incumplimiento es jurídico-económicamente sensato, como hemos visto, prescindir de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsibles al tiempo de contratar. Lo que procede es realizar una interpretación correctora del artículo 1107.II, en el sentido que luego indicaremos.

En *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* (1969), uno de los *leading cases* en la materia de *fraudulent misrepresentation*, la compañía demandada indujo dolosamente al demandante, por medio de balances engañosos, a adquirir un negocio de ferretería propiedad de aquélla. La pretensión indemnizatoria fue íntegramente estimada, incluyendo el dinero que el demandante había perdido tratando de sacar a flote el ruinoso negocio durante tres años. Planteándose el problema de si, en casos como éste, la indemnización debía o no calcularse de la misma forma que en los casos de incumplimiento de contrato, escribió Lord Denning M.R.: «En principio, la distinción parece ser la siguiente: en materia de contrato, la parte demandada ha hecho una promesa y la ha roto. El objeto de la indemnización es colocar a la parte demandante, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en una situación tan buena como si la promesa hubiese sido cumplida. En materia de fraude, el demandado ha sido culpable de un ilícito doloso, induciendo al demandante a actuar en su propio perjuicio. La finalidad de la indemnización es compensar al demandante de todo el perjuicio que ha sufrido, en la medida, de nuevo, en que el dinero pueda hacerlo. En materia de contrato, la indemnización está limitada a lo que puede razonablemente suponerse que ha sido contemplado por las partes. En materia de fraude, tal limitación no existe. El demandado está obligado a resarcir todos los daños efectivos que se deriven directamente de la inducción fraudulenta [...]. Cabe obtener la indemnización de todos esos daños, y no es digno de la boca de quien obró fraudulentamente decir que no pudieron haber sido razonablemente previstos».

Precedente del anterior fue el caso *Mullett v. Mason* (1866), en el que se condenó al vendedor de una vaca, que la sabía infectada de una enfermedad contagiosa, a indemnizar al comprador el valor de otras vacas de su propiedad que habían muerto a causa de la enfermedad transmitida por la res comprada al demandado, pese a no ser en modo alguno claro que el demandado conociera, o pudiera razonablemente conocer, que el comprador era un granjero, que iba a colocar la vaca infectada junto a otras.

Quien recuerde que Pothier, en el texto del *Traité des Obligations* en que se consagró definitivamente la idea de que el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega en favor del deudor doloso, utilizó, tomándolo de D. 19, 1, 13 pr., un ejemplo igual al caso *Mullett v. Mason*, argumentando al respecto que, en un supuesto así, «*c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage*» (31), puede que se pregunte si el ámbito de aplicación del artículo 1107.II CC no tendrá que restringirse, precisamente, a los casos de dolo en la fase de formación del contrato, en los que es patente lo razonable de excluir el juego del criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de

(31) Vid. el núm. 166 del citado *Traité*, transscrito en el apartado 3 del Apéndice a de este trabajo.

contratar: la pretensión indemnizatoria del contratante perjudicado no se fundamenta en el contrato mismo, sino en la conducta engañosa de la otra parte (la responsabilidad, si se me permite decirlo así, no es estrictamente contractual), ya que lo que el uno reprocha a la otra no es que no haya cumplido lo pactado, sino cabalmente, que le indujera dolosamente a celebrar un contrato en su propio perjuicio (32).

La respuesta, empero, ha de ser negativa. La norma analizada es también aplicable en los casos de dolo en la fase de cumplimiento del contrato: la letra del artículo 1107.II CC no distingue y, como creemos haber demostrado, tiene buen sentido jurídico-económico no aplicar a los incumplimientos estrictamente dolosos el criterio de imputación objetiva del daño contenido en la proposición primera del artículo 1107.I CC.

b) En materia de imputación objetiva del daño, el contratante que incumple dolosamente no debe ser tratado de distinta manera que un extraño que, sin relación contractual previa con el dañado, ocasione intencionadamente un evento dañoso análogo. O dicho de otra forma: en la hipótesis de dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

Aunque con cierto apoyo en los antecedentes legislativos (33) y en la letra de la ley, es, pues, inaceptable una interpretación del artículo 1107.II CC en el sentido de que el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben conectados causalmente, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, con la falta de cumplimiento. Dicho deudor no debe responder de los daños cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del «riesgo general de la vida», la «prohibición de regreso», la «provocación», el «incremento del riesgo» o la «adecuación» (34).

(32) Respecto del artículo 1151 del Código Civil francés, escribió LAURENT, *Principes...*, cit., XVI, núm. 305, pág 354: «El deudor de la mala fe es responsable del daño, aun imprevisto, que sufre el acreedor, siempre que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato. Este es el principio formulado en el texto legal. Incluso así formulado, no muestra a las claras del pensamiento de la ley. Pothier es más preciso: el deudor, dice, es responsable de los daños y prejuicios a que el dolo da lugar. Es, pues, el dolo la causa de su responsabilidad, mientras que en el caso del deudor de buena fe lo es la voluntad de las partes contratantes. He aquí por qué, si el deudor es de buena fe, no se tiene en cuenta más que lo que ha sido previsto o lo que las partes han podido prever, mientras que, en el caso del dolo, importa poco lo que haya sido previsto, y el deudor responde de los daños y prejuicios, incluso imprevistos, que sean consecuencia de dolo».

(33) Especialmente en la glosa de García Goyena el artículo 1016 del Proyecto de 1851. Vid. el apartado 3 del Apéndice a este trabajo.

(34) Sobre estos criterios, PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva...», cit., pp. 1566 ss. Se podría haber añadido el criterio del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad», pero no en el sentido del «fin de protección del contrato» (previsibilidad del daño al tiempo de contratar), sino en el señalado en la nota 18: finalidad protectora del específico deber infringido, en su caso dolosamente.

Y si se tiene en cuenta que estos criterios de imputación objetiva han de jugar también, obviamente, en el ámbito de la responsabilidad contractual no dolosa, y que constituyen el más sensato contenido que cabe dar al requisito, establecido al final del artículo 1107.I, de que, para ser resarcibles, los daños y perjuicios han de ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento (35), parece lo más lógico concluir que éste requisito —que debe emparentarse con el de que los daños han de ser «consecuencia inmediata y directa» del incumplimiento, de los arts. 1151 CC francés y 1223 CC italiano— es aplicable, no sólo en el ámbito de la responsabilidad contractual no dolosa, sino también en el de la responsabilidad contractual por dolo; sosteniendo que el tenor del artículo 1107.II CC únicamente pretende dejar claro que el límite de la previsibilidad de daño al tiempo de constituirse la obligación no juega en favor del deudor doloso (36).

Nada más habrá que añadir en favor de la procedencia de aplicar analógicamente el requisito de la «consecuencia necesaria» del artículo 1107.I *in fine* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (37).

3.3 En las páginas precedentes creemos haber demostrado que nada de lo dispuesto en el artículo 1107 CC puede justificar el atribuir a las normas de responsabilidad contractual una función preventivo-punitiva: nada hay en dicho precepto que respalde la tesis de que la responsabilidad contractual se gradúa, en su cuantía, con arreglo a la gravedad de la culpa del deudor. Lo mismo cabe afirmar respecto de la proposición final de artículo 1103 CC.

Si no me equivoco, la acogida por el legislador español (desde el art. 1120 del Anteproyecto de 1882-1888) de la facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa, no tuvo otra finalidad que la de solucionar en nuestro ordenamiento, por una vía intermedia, la polémica existente entre los exégetas franceses sobre si la previsibilidad al tiempo de contratar del artículo 1150 del Code se refería únicamente a la «causa» de los daños, o también a su cuan-

(35) Así, de acuerdo con las ideas que expuse al respecto en mi tesis doctoral, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 725 ss.

(36) De acuerdo, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pp. 292 ss., que responde adecuadamente a la objeción de DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 288, a las ideas, iguales a las del texto, que expuse en mi tesis *Del concepto de daño...*, cit., pp. 438 ss.

(37) PANTALEON, *Del concepto de daño...*, pp. 573 s.; de acuerdo CARRASCO, *Comentarios...*, p. 725. El artículo 2056 del Código Civil italiano sí que se remite a su artículo 1223.

tía (38). Nuestro Código Civil se habría decidido por una solución intermedia, ya preconizada por Pothier (39): se exige únicamente la previsibilidad, en el momento de la celebración del contrato, de las «causas» de daño o, dicho con más precisión, de los *tipos* o *clases* de eventos dañosos de cuya indemnización se trate. Un daño de una clase que, al tiempo de contratar, aparezca como previsible consecuencia del incumplimiento, será indemnizable, aunque la cuantía del mismo sobrepase en mucho la suma que razonablemente pudieron prever las partes al tiempo de contratar. Ahora bien, cuando esto ocurra, el Tribunal podrá moderar *quantum respondatur* al amparo de lo dispuesto en la proposición final del artículo 1103 CC (40).

La postura que finalmente ha triunfado en Francia es la de que, en principio, no basta la previsibilidad al tiempo de contra-

(38) En favor de la primera solución, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 3.^a ed., I (s. d.), núms. 591 ss., pp. 591 ss.; LAURENT, *Principes...*, cit., XVI, núms. 289 ss., pp. 348 ss. Favorables a la segunda, AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, 6.^a ed. (por BARTIN), § 308, p. 159 nt. 41.

Esta explicación del origen de la norma no ha convencido a DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* EDERSA, XV-1 (1989), pp. 485 ss. Pero para terminar escribiendo: «Opto pues, finalmente, por la idea de que probablemente el artículo 1103 procede de una suma de influencias del Código civil francés y los Códigos civiles portugués y argentino. Esta tesis, aunque tampoco se puede probar, tiene la ventaja frente a otras de que no hay argumentos en contra y que además no condena al precepto de una práctica ineficacia».

Ahora bien, en ninguno de los citados Códigos existe nada parecido a una facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa. No existe tampoco, por cierto, en el BGB, del que se excluyó al confesado efecto de no contaminar la responsabilidad contractual de ideas punitivas extrañadas a ella: *Motive zu dem Entwurf eines BGB für das deutsche Reich* (1888), II, pp. 17 ss.

En fin, cuando Díaz Alabart achaca a mi interpretación de la proposición final del artículo 1103 CC «lo muy reducido de su campo de aplicación, pues el supuesto presumiblemente contemplado se dará en muy pocas ocasiones», y que «evidentemente, ley para un caso que no se presenta a menudo no es una ley útil», parece desconocer la existencia de jurisprudencia y doctrina como la que se cita a continuación en el texto. Por lo demás, juzgue el lector si el dar «mayor utilidad» a la norma que nos ocupa puede justificar su empleo para solucionar problemas de *compensatio lucri cum damno*, de responsabilidad de los padres o tutores por los hechos dañosos de sus hijos o pupilos, cuando éstos pertenezcan a la categoría de los «grandes menores», etc. (vid. DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pp. 575 s.).

(39) En los núms. 164 y 165 de su *Traité des Obligations*: vid. el apartado 1 del Apéndice a este trabajo.

(40) Esta idea, defendida en mi tesis *Del concepto de daño...*, cit., p. 713, ha sido aceptada, aunque sólo como una de las posibles aplicaciones de la norma en cuestión, por DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 237 y 288, y DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 576. Parece en contra, desde la idea de que la proposición primera del artículo 1107.I CC exige también la previsibilidad de la cuantía de los daños, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 731 (pero vid. p. 75, nt. 30).

tar del tipo o clase de daño, sino que la cuantía de la indemnización a cargo el contratante incumplidor no doloso no debe exceder de la cuantía de daños previsible al tiempo de contratar. Pero dejando muy claro que la regla de la irresarcibilidad del daño imprevisible en su cuantía no es de aplicación en aquellos supuestos en que el valor del perjuicio causado es mayor del que podía razonablemente esperarse, a causa de un alza anormal de precios. Y que, en caso de daños de tipo previsible, pero imprevisibles en su cuantía, el contratante incumplidor no queda exonerado, sino que ha de indemnizar en la cuantía de daños previsible (41).

En el caso *Cory v. Thames Ironworks and Shipbuilding Co. Ltd* (1868), la compañía demandada, que se comprometió a proporcionar al demandante el casco de una determinada embarcación (una grúa flotante), lo hizo con seis meses de retraso. En atención a la actividad profesional del demandante, un comerciante de carbón, la demandada esperaba que utilizase el casco para almacenar carbón. De haber sido así, la ganancia dejada de obtener por aquél a causa del retraso en la entrega habría sido de 420 libras. Pero lo cierto es que el demandante proyectaba usarlo en un método revolucionario de transferir carbón desde los barcos carboneros a las gabarras, y las ganancias que dejó de obtener a causa del retraso se elevaron a 4.000 libras. Se condenó a la demanda a pagar una indemnización de sólo 420 libras.

De casos como éste, y como *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (42), al que aquél sirvió de precedente, parece deducirse que, según la jurisprudencia inglesa, lo que ha de poder ser razonablemente contemplado por las partes el tiempo de contratar no es sólo el tipo o clase de daño, sino también su cuantía. Pero fue lo contrario lo que mantuvo Megarry J. en el caso *Wroth v. Tyler* (1974). El demandado vendió a la pareja demandante por 6.000 libras un inmueble de su exclusiva propiedad, pero que constituía su vivienda familiar. La venta tenía que consumarse en octubre de 1971, cuando el valor de mercado de la casa había ascendido a 7.500 libras; pero ya en julio, el demandado comunicó ya a los demandantes que no podía cumplir, a causa del derecho de su cónyuge a permanecer en la vivienda familiar según la *Matrimonial Homes Act* de 1967. La pareja reclamó el cumplimiento en forma específica;

(41) Vid. H., L. y J. MAZEAUD, *Traité...*, cit., núms. 2379, 2389 s. y 2420-25, pp. 734 ss., 742 ss. y 807 s.; CHARTIER, *La réparation...*, cit., núm. 63, pp. 87 ss.; WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*, 4.^o ed. (1986), núm. 393, pp. 396 s.

En Italia, doctrina y jurisprudencia mantienen posiciones discrepantes: vid. por todos, BIANCA, *Inadempimento...*, cit., pp. 384 ss., pero también pp. 383 s.; DE CUPIS, *Il danno...*, cit., I, págs 384 ss.

(42) Narrado en el apartado 2 del Apéndice este trabajo.

pero no se estimó esta pretensión, y les fue concedida una indemnización en su lugar. La sentencia se dictó en enero de 1973, cuando la casa valía ya 11.500 libras. La indemnización fue fijada en 5.500 libras (11.500 - 6.000 del precio no pagado). Megarry J. hizo notar que los demandantes eran una pareja joven a punto de casarse, que compraban su primera casa, y que, como el vendedor sabía bien, no tenía otros recursos que las 6.000 libras del precio pactado; de manera que no pudieron actuar, al conocer que el demandado se negaba a cumplir, adquiriendo otra vivienda en un mercado en que los precios subían con gran rapidez. El demandado arguyó que no debía responder de la entera diferencia entre el precio actual de mercado y el precio pactado, porque si bien podía haber contemplado, al tiempo de contratar, algún alza en los precios de las casas, nunca una tan fuerte como la que tuvo lugar entre 1971 y 1973. Argumento que rechazó Megarry J. afirmando que el demandado únicamente podía eludir la responsabilidad respecto de un «*type or kind of loss*» que no pudiera haber contemplado al tiempo de contratar; y que «ningún precedente se me ha presentado que parezca proporcionar apoyo al alegado requisito de que el *quantum* había de ser contemplado» (43).

La doctrina inglesa acepta también el principio de que sólo es precisa la previsibilidad del tipo o clase de daño; pero para indicar de inmediato que la diferenciación entre «tipo» y «*quantum*» carece de contornos precisos —porque los tipos de daños puede definirse con mayor o menor detalle—, y que existen casos, como los antes citados, en que, tratándose de ganancias dejadas de obtener, la jurisprudencia parecen haber seguido la tesis opuesta (44). Es cierto que las sentencias inglesas citadas hasta aquí son también perfectamente compatibles con las posiciones de la doctrina francesa, aunque parte del principio opuesto a la inglesa. Pero no parece posible decir lo mismo de otro grupo de decisiones representadas por el caso *Vacwell Engineering Co. Ltd. v. B.D.H. Chemicals Ltd.* (1971), en el cual la compañía demandada, al suministrar a la entidad demandante un determinado producto químico, no le advirtió, incumpliendo su deber contractual de información, del riesgo de explosión que existía, si el compuesto entraba en contacto con agua. Así ocurrió, sufriendo la propiedad de la entidad demandante muy graves daños por efecto de una violenta explosión, pese a que lo razonablemente

(43) A efectos comparativos pueden consultarse las sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de *16 de junio de 1953*, *5 de diciembre de 1959*, *14 de febrero de 1985*, *3 de octubre de 1985*, *15 de julio de 1987* y la verdaderamente pasmosa de *3 de noviembre de 1988*.

(44) BEALE, *Remedies for Breach...*, págs 181 ss.; BURROWS *Remedies for Tort and Breach...*, cit., pp. 46 s. TREITEL, *The Law of Contract...*, cit., pp. 751 ss. MC GREGOR, *On Damages*, cit. § 254, HARRIS, *Chitty on Contracts*, cit., §§ 1794 y 1797.

previsible era una pequeña explosión con daños de escasa consideración. Rees J. mantuvo que, cuando algún daño a la propiedad es razonablemente previsible como un resultado que no es improbable que se derive del incumplimiento de un contrato, el contratante incumplidor es responsable de toda la cuantía del efectivo daño a la propiedad, aun cuando dicha cuantía no fuera razonablemente previsible (45).

Seguramente queda ahora más claro el buen sentido del sistema adoptado por el Código Civil español (46): la proposición primera del artículo 1107.I CC exige sólo la previsibilidad, al tiempo de contratar del tipo o clase de daño de cuya indemnización se trate; pero, cuando la cuantía del daño en cuestión sobrepase de modo sustancial la suma que razonablemente pudo prever el responsable no doloso en aquél momento, el Tribunal *podrá* moderar la cuantía de la indemnización *según el caso*. Debiendo añadirse aquí que sólo en supuestos muy excepcionales cabrá dicha moderación cuando la imprevisibilidad de la cuantía obedezca a una alza anormal de los precios (47).

Si mi tesis es correcta, la facultad judicial de moderación prevista en la proposición final del artículo 1103 podrá ser ejercitada por los Tribunales en aquellos casos de responsabilidad contractual no dolosa en que la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, de tipos o clases que, en el momento de contratar, aparecían como previsible consecuencia de la falta de cumplimiento, resulte significativamente superior a la cuantía de daño prevista o previsible en aquel momento. *Y sólo en tales casos:* atribuir a aquella facultad de moderación un mayor ámbito de aplicación (48) supondría dejar el arbitrio judicial la posibilidad de hacer injustificada «equidad» en contra de los legítimi-

(45) Conviene advertir, empero, que la jurisprudencia francesa, en materia de responsabilidad por vicios ocultos de la cosa vendida, equipara al vendedor profesional y al fabricante al vendedor doloso (vid. CHARTIER, *La réparation...*, cit., núm. 82, p. 109). Y que, a nuestro juicio, el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, dentro del ámbito de aplicación a la Directiva del Consejo de la CEE de 25 de julio de 1985, a la que aún no se ha adaptado el ordenamiento jurídico español.

(46) Sobre el tema estudiado, respecto del artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos compraventa internacional de mercancías, KNAPP, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), p. 541; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 74, Rn. 30.

(47) Aunque véase la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre 1986, a comparar con la más correcta, en mi opinión, de 17 de enero de 1986.

(48) Como parecen preconizar, sin llegar a los extremos de DÍAZ ALABART, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 237; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 74 s.

mos intereses de los acreedores, cuya causa no tiene por qué ser mirada con desfavor en un ordenamiento como el nuestro, en el que ni siquiera puede afirmarse la existencia de un principio general de *favor debitoris* (cfr. arts. 1127 ó 1289 CC).

Desde mis premisas, resulta indudable que la facultad judicial de moderación que nos ocupa —al igual que sucede con el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar del artículo 1107.I CC, con el que comparte identidad de razón— no es aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: sostener lo contrario con base en las palabras «en toda clase de obligaciones» del artículo 1103 CC (49), implica confundir la responsabilidad extracontractual y la obligación resarcitoria que nace de ella. Y que tampoco es aplicable en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación no nacida de contrato. De ahí, entre otras cosas, que en el artículo 1889.II CC no pueda considerarse una norma superflua (50). Ni el artículo 1726 CC, relativo a un problema, no de *quantum respondatur*, sino de *an respondatur* exclusivamente: si el mandato es gratuito, el Tribunal deberá (no se trata ahora de una facultad) requerir, para considerar responsable al mandatario, una culpa o negligencia más grave que la requerida para hacer responsable al mandatario retribuido (51).

Evidentemente, nada de lo anterior obsta a la procedencia de reducir la cuantía indemnizatoria en los casos, ya de responsabilidad contractual ya de responsabilidad extracontractual, en que concurre culpa del perjudicado en la causación de los daños. Sí, en cambio, a la utilización al efecto, por la jurisprudencia mayoritaria, del artículo 1103 *in fine* CC. Porque este precepto, como demuestran su historia y tenor literal, es por completo ajeno al problema de la concurrencia de culpas, que, por otra parte, no hay por qué reducir a los supuestos de responsabilidad culposa (52).

Fuera del ámbito de la concurrencia de culpas, es especialmente criticable la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de *20 de junio de 1989*, en la que, no sólo se ha afirmado que la facultad de moderación judicial de la responsabilidad no dolosa prevista en el artículo 1103 es también aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (en contra, STS 1.^a de *5 de diciembre de 1983*), sino que además, y contra el criterio, entre otras, de la sentencia de la misma Sala de *6 de abril de 1987*, se llega a sostener

(49) Como lo han hecho DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 510, y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de *20 de junio de 1989*.

(50) Vid. en cambio DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pp. 571 s.

(51) Vid. en cambio DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pp. 568 s.; y comp. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 641 ss.

(52) Información abundante sobre el artículo 1103 CC y la concurrencia de culpas en DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., págs. 512 ss.

que la facultad moderadora podrá entrar en juego en dicho ámbito siempre que el Juez lo considere equitativo; y más concretamente, cuando se estime «que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente lo que sería previsible para el grado de negligencia observado», o, en los casos en que se admita una responsabilidad objetiva, siempre que así lo requieran «las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto» (53).

4. ¿FUNCION REINTEGRADORA DEL DERECHO DE CREDITO LESIONADO?: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, PRETENSION DE CUMPLIMIENTO Y RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

La afirmación de que la responsabilidad contractual no tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de «reintegración de derecho de crédito lesionado» está ligada a las tesis siguientes:

4.1. Es preciso distinguir con toda claridad, entre los medios de defensa del acreedor frente al incumplimiento o lesión del derecho de crédito por parte del deudor, el remedio *responsabilidad contractual* de los remedios *pretensión de cumplimiento* (arts. 1096.I-II, 1098 y 1099 CC; y 924.I y 926 LEC) (54); y *resolución por incumplimiento* (art. 1124 CC).

Los supuestos de hecho de los tres remedios citados, aunque con el elemento común del incumplimiento o lesión del derecho de crédito, son radicalmente diferentes:

a) El de la responsabilidad contractual requiere, primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor, esto es, que el suceso generador del mismo haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de los riesgos de incumplimiento expresamente pactada o deducible de las reglas contractuales, o a la supletoriamente prevista por el legislador, ya de modo especial, ya en las normas generales de los artículos 1102 a 1105 CC (55).

(53) El ponente, señor López Vilas, ha seguido claramente la opinión de DÍAZ ALABART, *Comentarios..*, cit., p. 576.

(54) No decimos pretensión de cumplimiento «en forma específica» porque, para nosotros, no hay otra pretensión de cumplimiento que esa.

(55) Espero que no será necesario insistir en que «imputación objetiva» no tiene nada que ver con «responsabilidad objetiva», ni «imputación subjetiva» es igual a «responsabilidad subjetiva»: la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor puede fundarse en criterios diferentes de la culpa-negligencia, como lo prueba, por ejemplo, en la generalidad de los ordenamientos el régimen de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares en el cumplimiento.

Ya que, en nuestro Derecho, nada nos obliga a englobar bajo las palabras «responsabilidad contractual» todos los medios de tutela del acreedor ante una lesión del derecho de crédito por parte del deudor, no vemos ninguna razón de peso para sostener, con Jordano Fraga (56), que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento, sin más, de una obligación posible de cumplir, en cuanto no extinguida ni suspendida por imposibilidad sobrevenida de la prestación, definitiva o transitoria, no imputable al deudor.

Para fundamentar su importación de las ideas que procedentes de Osti, ha acogido el Código Civil italiano de 1942, Jordano Fraga ha repetido insistentemente que existe una conexión sistemática entre los artículos 1105 y 1182-1184 CC, que obliga a identificar plenamente el hecho liberatorio de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento con el hecho extintivo de la obligación originaria. Pero no ha llegado a demostrarlo. No hay, en mi opinión, base alguna para sostener que los artículos 1182 y 1184 CC agotan los supuestos en que el deudor no responde del daño derivado de la falta de cumplimiento: se limitan a indicar, *contrario sensu*, los casos en que el deudor (no queda liberado porque) ha de responder del daño provocado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Y con el artículo 1105 CC en la mano —cuyo tenor, a diferencia del de art. 1218 CC italiano, en modo alguno condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación—, creo obvio que, en nuestro Derecho, el deudor no responderá del daño causado por un incumplimiento que no le sea imputable, aunque, en el momento de tal incumplimiento, la prestación siga siendo objetivamente posible (57). Quien condicione la irresponsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se verá abocado, para evitar soluciones absurdas, a «ampliar el concepto de imposibilidad según la buena fe», o más sinceramente, a deformar el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible (58); que es lo que sistemática-

(56) A lo largo y ancho de su ya citada obra *La responsabilidad contractual*.

(57) Teniendo en cuenta que es el BGB el modelo de Código que ha construido el sistema de responsabilidad contractual sobre la base de la imposibilidad de la prestación, es de enorme interés hacer notar que la afirmación del texto es hoy moneda corriente en la más atenta doctrina alemana: vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 2.IV.3 p. 15 § 6.II.2, p. 65 y § 28.II.2, pp. 299 s.

(58) Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 145 ss., 181 ss.

Tan indudable me parece que no tiene que responder del daño causado a su acreedor el obligado a prestar un determinado servicio que incumple por tener que atender a su hijo moribundo, como que, en tal caso, la prestación del servicio sigue siendo objetivamente posible. Podríamos considerar desalmado al deudor y padre que, en una hipótesis así, prefiere cumplir a atender a su hijo; pero nadie dudaría de que su conducta es verdadero cumplimiento, y no pago de lo indebido. Y de no tratarse de un servicio personalísimo, el acreedor tendrá derecho a exigir de inmediato la ejecución del mismo a costa del deudor que opta por atender a su hijo (art. 1098.I CC).

mente ha venido haciendo la jurisprudencia italiana en la aplicación del artículo 1218 del *codice civile* (59).

Además, y respecto del que el citado autor considera el terreno idóneo para comprobar lo atinado de sus tesis (60), el artículo 1183 CC demuestra cabalmente que, en nuestro Derecho, la culpa del deudor (*rectius*, que el incumplimiento resulte subjetivamente imputable al deudor) es elemento constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual. En dicho artículo se establece una inversión de la carga de la prueba para aquéllos casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación de dar, en los que, por haberse perdido la cosa «en poder del deudor», es éste quien se halla en mejor situación para aclarar las circunstancias causantes de la pérdida (61). Del artículo 1183 CC (del que son aplicaciones concretas, p. ej., los arts. 1563, 1602, 1769.II CC, y el art. 361.III CCom) no puede extraerse la regla de que, en todo caso, corresponderá al deudor que quiera no responder la prueba del caso fortuito (porque se trata —nos diría Jordano Fraga— de un hecho extintivo o suspensivo de la obligación), sino sólo que normalmente será así, porque normalmente será el deudor quien estará en mejor situación para aclarar las causas del incumplimiento (62).

En fin, ¿es razonable esforzarse por encajar en nuestro Derecho las tesis de Jordano Fraga, hoy que que autorizadas voces en la doctrina alemana han postulado la completa sustitución del régimen jurídico de la responsabilidad contractual en el BGB por uno como el acogido en las Convenciones de la Haya y de Viena sobre la compra-venta internacional de mercaderías —muy semejante, por otra parte, al del Código Civil español, en la interpretación que del mismo se defiende en estas páginas—, en buena medida, ante los graves problemas que, por haber hecho de la imposibilidad su concepto central, el régimen del BGB plantea? (63). En materia de responsabilidad contractual, como, según se verá más adelante, en materia de resolución del contrato por incumplimiento, la idea de imposibilidad, fundamental en materia de extinción de la obligación y de la pretensión

(59) Para la crítica desde estos puntos de vista de las tesis de Jordano Fraga, vid. también CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 383 s., 592, 611 s., 650 ss.

(60) Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 243 ss.

(61) Así DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 238.

(62) Pero si, por ejemplo, *A* vende a *B* la cosa que el primero tiene dada en arrendamiento al segundo, para que, al finalizar el arrendamiento, *B* adquiera la propiedad *brevi manu*, y la cosa se pierde en poder de *B* durante la vigencia del arrendamiento, no será *A* quien deba probar que la cosa se perdió por causa a él no imputable para evitar tener que responder contractualmente frente a *B*. Será *B* quien tendrá que probar, bien que la cosa se perdió por causa a él no imputable (si quiere liberarse de pagar, o recuperar el precio convenido para la venta), bien que la cosa se perdió por causa imputable a *A*, si pretende que éste le responda del daño derivado de la pérdida.

(63) Nos referimos, sobre todo, a la exhaustiva aportación de U. HUBER en los *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (1981), I, págs 647 ss.

de cumplimiento, es un concepto inútil —si, por la vía de relativizarlo añidiéndole adjetivos, su función se acaba reduciendo a demostrar algo tan obvio como que deberá responder (por dolo) el deudor que incumpla una obligación que pueda cumplir sin dificultad sobrevenida alguna—, cuando no derechamente perjudicial.

b) Es por completo irrelevante, para que proceda la pretensión de cumplimiento, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor. El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales (64). Ahora bien, como excepción, el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión cuando, conforme a buena fe (art. 7.º 1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la «excesiva onerosidad de la prestación» (de la que los arts. 1575 y 1595.III CC y 44 LAR proporcionan ejemplos legales); o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.º 2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios (65).

El famoso caso de la jurisprudencia norteamericana *Jacobs & Youngs Inc. v. Kent* (1921) constituye un buen ejemplo de esta última hipótesis: la empresa contratista demandada, por un descuido de uno de sus subcontratistas, instaló en la vivienda que construía para el demandante cañerías de una concreta marca, cuando lo convenido en el contrato era instalarlas de otra marca específica. La equivocación se descubrió cuando las paredes ya estaban terminadas, de manera que el coste de sustitución de las cañerías era muy elevado; mientras que el valor de la vivienda con una y otra marca de cañerías era el mismo, porque ambas estaban consideradas en el mercado de igual calidad. El juez Cardozo, expresando el parecer de la mayoría, afirmó que en casos de este tipo, en los que el coste de corrección del defecto es exagerada e inequitativamente mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reporta el arreglo (y no ha existido dolo por parte del contratista), lo que ha de concederse al dueño de la obra no es aquel coste, sino el menor valor de lo construido a causa del defecto.

A soluciones análogas han llegado también nuestros Tribunales, pese a no disponer de normas como, por ejemplo, las contenidas en

(64) Parece en contra, sorprendentemente, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 257 ss.

(65) Esta es una matización que yo añadiría a las afirmaciones de DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., pp. 262 s.

los §§ 633.II *in fine* y 251.II BGB. En el caso decidido por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de *27 de octubre de 1987*, una comunidad de propietarios demandó a una sociedad promotora, a un arquitecto y a unos aparejadores, solicitando que se declarase la responsabilidad solidaria de todos ellos por determinados defectos de construcción de un edificio, y que les condenase, en tal concepto, a realizar las obras pertinentes en orden a la reparación de los mismos o, alternativamente, a satisfacer el coste que importasen tales obras. En lo que aquí interesa, el Juzgado de Primera Instancia condenó a la promotora demandada a efectuar las obras precisas para reparar un defecto que afectaba a la colocación de los ladrillos «caravista» de las paredes del patio interior. La Audiencia Territorial de Zaragoza, en cambio, decidió que dicho defecto, en cuanto de imposible reparación, debía ser objeto de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble. Y la Sala Primera del Tribunal Supremo confirmó la sentencia en este punto.

Aunque el supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento sea por completo distinto al de la responsabilidad contractual, aunque la función o finalidad de una y otra sean radicalmente diferentes —la de la primera, reintegradora del derecho de crédito lesionado; la de la segunda, resarcitoria—, no cabe duda de que también la obligación de indemnizar en que ésta última consiste tiene su fuente en el contrato (art. 1089 CC). Por esta razón, las garantías de la obligación originaria aseguran también la indemnizatoria, y el plazo de prescripción de la pretensión de responsabilidad contractual es de igual duración que el de la pretensión de cumplimiento. Pero el plazo de prescripción de la pretensión de responsabilidad contractual es un plazo independiente, que no empieza a correr sino desde que, con la producción del evento dañoso (p. ej., al tiempo de devenir imposible la prestación, hallándose el deudor en mora), nace la obligación de indemnizar; no se trata del mismo plazo de prescripción de la pretensión de cumplimiento de la obligación originaria, que comenzó a correr el día en que legalmente pudo ésta ejercitarse (66).

c) Que el incumplimiento del contrato sinalagmático cause daño a la otra parte, o sea subjetivamente imputable a la parte incumplidora, no son tampoco elementos del supuesto de hecho de la resolución

(66) MEINCKE, AcP 171 (1971), p. 29; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 22.I, p. 306; EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 11.I, pág 113; PALANDT/HEINRICH, § 198, Rn. 9.

Me sorprende que el profesor Carrasco, que ha manejado cuidadosamente mi tesis doctoral, donde insistí con reiteración en la idea de que era necesario distinguir radicalmente entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria del daño contractual (como entre la pretensión reivindicatoria y la pretensión indemnizatoria del daño extracontractual), dado su diferente supuesto de hecho y función, así como en la idea de que en

por incumplimiento (v. art. 1124 CC), que requiere sólo que la entidad y circunstancias del incumplimiento sean tales que razonablemente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual, no quepa seguir exigiendo a la parte cumplidora, o dispuesta a cumplir, que continúe vinculada por el contrato (y que no haya una norma específica, como la del art. 1452 CC, que atribuya el riesgo el acreedor).

En concreto, y dejando la *emptio perfecta* al margen, me parece indiscutible que la facultad de resolución prevista en el artículo 1124 CC, aunque no el resarcimiento de daños y perjuicios de que habla su párrafo segundo, también procede en caso imposibilidad sobrevenida fortuita de cualquiera de las prestaciones (67). Desde las posiciones de Jordano Fraga, esta afirmación es imposible porque, en tal hipótesis no podría hablarse de incumplimiento. Se ve por ello en la necesidad de construir al efecto, con pretendido apoyo en los artículos 1274-1275 y 1460 CC, la figura de la «resolución *ipso iure*» de los contratos sinalagmáticos (68). Olvidando entre otras cosas que, en ocasiones, al acreedor de la prestación devenida imposible le interesaría más no resolver el contrato y, a cambio de su prestación, ejercitar, al amparo del artículo 1186 CC, su pretensión al *commodum representationis* (69).

Lo criticable de las posiciones de Jordano Fraga, por lo que a la resolución por incumplimiento respecta, queda asimismo patente al comprobarse que, desde ellas, el retraso en el cumplimiento de una de las obligaciones sinalagmáticas, no imputable a su deudor, nunca podrá servir a causa a la otra parte, mientras objetivamente conser-

modo alguno cabía calificar a la indemnización por responsabilidad contractual de «cumplimiento por equivalente», ideas una y otra que el citado profesor en principio comparte (CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 397 ss.; pero vid. luego pp. 407 ss.), reproche mi afirmación de que la responsabilidad contractual tiene su fundamento o fuente de contrato, con el argumento de que «la responsabilidad contractual ni es efecto, ni contenido de la obligación preexistente, ni se desenvuelve como una “garantía” de ésta» (idea con la que, por supuesto, estoy de acuerdo, o mejor dicho, Carrasco está de acuerdo conmigo), situándose al lado de autores, como Scognamiglio, Torralba o Badosa, que sostienen posiciones totalmente distintas de las mías (CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 403 s.).

Cuando yo he afirmado que el contrato es la fuente o el fundamento de la responsabilidad contractual, no he pretendido más que, por un lado, ofrecer la única justificación que considero razonable de la extensión de las garantías y la identidad del plazo de prescripción; y por otro, dejar claro que todo el régimen de la responsabilidad contractual, tanto del *an* como del *quantum respondatur*, refleja la distribución de riesgos operada por las partes al tiempo de contratar.

(67) Así, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 272 s.; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., p. 271.

(68) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 313 ss.

(69) Muy claro al respecto, por ejemplo, el § 323.III BGB [sobre el cual, vid. EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 8.II.2.a), pp. 93 s.]. Y en nuestro Derecho no hay razón alguna para limitar el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC a las obligaciones unilaterales.

ve interés en la prestación retrasada, para liberarse de su obligación, o recuperar prestación ya efectuada; ni *ipso iure*, ni mediante el ejercicio de la facultad de resolución (70). Pero véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983.

Tanto la pretensión de cumplimiento como la resolución por incumplimiento, remedios incompatibles entre sí entre los que, en su caso, el acreedor puede optar, son perfectamente compatibles con la responsabilidad contractual (arts. 1096.I y 1124.II CC) (71). El acreedor que tenga a su disposición la pretensión de cumplimiento, en el

(70) Vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 153, nt. 123. De que el autor citado se ha dado cuenta de la fuerza de este argumento en contra sus tesis, da fe el hecho de que sugiera *in extremis* la solución de una novedosa resolución por excesiva onerosidad de la prestación (¿también si ya realizada?), en caso de «contraprestación no retributiva del permanecer ligado por tiempo incierto a la espera de la posibilidad o imposibilidad definitiva —o a ella equiparada— de la prestación».

(71) Me permito reenviar a mi trabajo «Resolución por incumplimiento e indemnización», ADC 1989, págs 1143 ss. La tesis en él sostenida queda claramente reforzada por el hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería sea ya Derecho vigente en España.

El profesor JORDANO FRAGA ha vuelto sobre el tema en su comentario a la STS de 23 de octubre de 1990, en el núm. 24 de los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 1102 ss. Quiero únicamente precisar lo siguiente:

a) Puesto que el citado profesor define, muy personalmente, el interés contractual positivo como «la prestación, o su valor, inicialmente debida por la contraparte incumplidora», ha de advertirse que, quienes hemos sostenido que el contratante que resuelve por incumplimiento de la otra parte puede reclamar indemnización en la medida de interés contractual positivo, nunca hemos defendido que pueda seguir reclamando a la otra parte el cumplimiento de la prestación por ésta prometida, o su valor, sino, sencillamente, una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante que le haya causado el no-cumplimiento de la otra parte; daño que, obviamente, será menor que el que habría sufrido de no optar por la resolución, por cuanto retendrá o recuperará el bien objeto de la prestación que le incumbía; y daño cuya cuantía puede, sin duda, ser inferior (o superior) al valor objetivo de la prestación prometida por la parte incumplidora. Frente a la tesis de quienes, como el autor citado, opinan que el contratante que resuelve sólo puede reclamar indemnización en la medida del interés contractual negativo: por los gastos (y por la renuncia a beneficiosos contratos alternativos) provocados por la celebración del contrato resuelto.

Es evidente que el contratante que resuelve no puede pedir la misma cuantía indemnizatoria que si no hubiera resuelto; pero no porque no pueda pedir en ambos casos indemnización en la medida de su interés contractual positivo (que sí puede es lo que, a mi juicio con toda claridad, dispone el art. 1124.II CC), sino sencillamente, porque el daño en que la lesión de dicho interés consiste es menor en el primer caso que en el segundo.

b) Me parece obvio que, sosteniendo que el contratante que resuelve puede reclamar a la otra parte indemnización en la medida del interés contractual positivo, no se convierte en superflua para aquél la opción entre resolver o no. Resolverá cuando, por la razón que sea, le interese más conservar el bien objeto de su prestación que obtener el bien objeto de la prestación incumplida o su valor en dinero, y no resolverá en el caso contrario.

caso de que concurra también el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual, no podrá optar exclusivamente por ésta, liquidando como daño el valor del objeto de la obligación originaria, cuyo cumplimiento es aún posible, salvo que haya decaído su interés en la prestación (72).

En caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por ella debida imputable a una de las partes, la otra parte podrá optar por resolver o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual (73). Y optando por no resolver, podrá pretender, si existe, el *commodum representationis* (art. 1186 CC), más, en su caso, la indemnización que reste hasta alcanzar el valor de su íntegro interés en el cumplimiento.

d) Algo habrá que decir sobre las acciones de saneamiento, que no pueden despacharse con la escueta afirmación de que la entrega al comprador de cosa ajena, o de cosa con vicios, no es «incumplimiento» en sentido propio. No voy a discutir que esto sea cierto para nuestro Código Civil (74); pero, como bien nos demuestran los artículos 30, 35, 41 y 45 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, conservar un concepto de incumplimiento que no incluya aquellas hipótesis, y un régimen especial para ellas, no responde a ninguna necesidad lógica (75), ni es, en mi opinión, defendible de *lege ferenda*. Además, no hay razones para restringir *a priori* el concepto de responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento «en sentido propio».

Se ha escrito que «según el artículo 1484 el saneamiento no es una forma de responsabilidad, ya que no persigue la indemnización de daños sino únicamente pretende compensar al acreedor».

(72) Sobre este asunto existe sustancial acuerdo en la doctrina: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1 (1983), p. 193; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 224; CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 91 ss. CARRASCO, *Comentarios...*, p. 400; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., pp. 226 s.

(73) Vid. por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 274 s.

(74) Respecto de los vicios ocultos, vid. R. BERCOVITZ, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», ADC 1969, pp. 799 s.; MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», ADC 1980, pp. 662 ss. La cuestión de si entregar al comprador cosa ajena sea o no incumplimiento está ligada a la de sí, en nuestro Derecho, el contrato de compraventa hace nacer o no a cargo del vendedor la obligación de transmitir la propiedad: vid. por todos, RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, 2.^a ed. (1986), pp. 13 ss., y allí otras referencias. Este autor considera los que nos ocupan casos de cumplimiento defectuoso (*op. cit.*, p. 56).

(75) Cfr. HUBER y STOLL en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 45, Rn 5 ss., el primero y Art. 79, Rn. 12, el segundo.

dor a título oneroso de la cosa viciada por la falta de utilidad de la misma. Puede consistir en una rebaja proporcional de la contraprestación (acción *quanti minoris*) o en la resolución del contrato, con la consiguiente extinción retroactiva de ambas obligaciones (acción redhibitoria)». Y que «el saneamiento es totalmente ajeno a cualquier examen de la posición psicológica del deudor (art. 1485,1 “aunque los ignorase” tanto si debía conocerlos como si por sus características y profesión no debía conocerlos) y se funda exclusivamente en la causa onerosa de la obligación que tiene por objeto a la cosa viciada (art. 1274)» (76). La única objeción que cabe plantear a esta autoriza opinión es la que se deriva de las palabras «abonándose los gastos que pagó» que, respecto de la acción redhibitoria, contiene el 1486.1 CC, ya que hacen pensar en una verdadera responsabilidad por daños (objetiva), bien que limitada al interés contractual negativo (77).

Es difícil negar, por otra parte, que el saneamiento por evicción sea en nuestro Derecho una forma de responsabilidad contractual, objetiva, y no limitada al interés contractual negativo, cuando se constata que, siguiendo la pauta del Proyecto de 1851, que se separó en este punto del modelo francés, el número 1.º del artículo 1478 CC menciona, no la restitución del precio pagado, sino «la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta».

Pero quizás no tiene demasiado sentido tratar de racionalizar en términos dogmáticos esa mezcla de arrastres históricos adogmáticos y originalidades de García Goyena, que son los artículos 1475 a 1499 CC. Insisto en que lo único que me parece razonable de *lege ferenda* es someter los supuestos de entrega al comprador de cosa ajena o de cosa con vicios ocultos al régimen general del incumplimiento de contrato (lo que, por lo que al segundo grupo de casos respecta, no haría otra cosa que legalizar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo) (78), y conservar la acción *quanti minoris* como uno de los medios —no de carácter indemnizatorio, sino reinstrumentador de la equivalencia de las prestaciones— de tutela del acreedor frente al incumplimiento (79).

(76) BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 227. Pero véanse, en contraposición, las sugerencias reflexiones de MORALES, ADC 1980, págs 667 ss.; y «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», ADC 1983, pp. 1539 ss.

(77) Conviene releer en este punto a MORALES, ADC 1982, pp. 613 ss.

(78) Vid. MORALES, ADC 1982, pp. 672 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 386.

(79) Cfr. los artículos 50 y 51.1 de la Convención de las Naciones Unidas; y sobre la naturaleza del remedio, HUBER, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 50, Rn. 2. También, WILL, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 372 ss.

4.2. El hecho de que en algunos preceptos del Código Civil (p. ej., arts. 1136.II, 1147.II, 1150 y 1185) se mencione el «precio» de la cosa o del servicio, no es argumento suficiente para defender el ámbito de la responsabilidad contractual un concepto «articulado» de daño (80) que, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, distinga, por un lado, el daño consistente en la pérdida, en sí, del bien objeto de la prestación —que sería un daño «objetivo», un equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible, *en todo caso* igual al valor de mercado del bien, aunque el «interés subjetivo» del acreedor en el mismo fuese menor o nulo—, y por otra parte, los demás daños y perjuicios sufridos por el acreedor, valorables conforme a su interés subjetivo en la prestación devenida imposible.

Ordinariamente, el acreedor tendrá un interés subjetivo en la prestación devenida imposible no evaluable en menos que el valor de mercado del bien objeto de la misma: puede por ello sostenerse que, *salvo prueba en contrario del deudor*, dicho valor de mercado habrá de considerarse «daño mínimo» sufrido por el acreedor a causa de la imposibilidad sobrevenida. Pero puede haber excepciones (acreedor que se propone destruir la cosa debida; acreedor que, a su vez, debe la cosa a un tercero a quien ya se ha transmitido el riesgo; acreedor de restitución, no propietario de la cosa a restituir), que no es razonable ignorar en aras de una indemostrada función «reintegradora» de la responsabilidad contractual, o de una tardío homenaje a la *perpetuatio obligationis* (81).

(80) Por utilizar la plástica denominación que diera LARENZ. En su trabajo «Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs» VersR 1963 pp. 1 ss., a la concepción del daño patrimonial propuesta por NEUNER en su famoso artículo «Interesse und Vermögensschaden», AcP 133 (1931), pp. 277 ss. Una exposición detallada de las ideas de Neuner, junto a un detenido intento de demostración de lo criticable de aceptarlas en nuestro Derecho —otra cosa es el Derecho alemán o el austriaco, donde han tenido autorizados seguidores—, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como en el de la contractual, constituye buena parte de mi tesis doctoral sobre el concepto de daño, a la que me permito remitir al lector interesado. Véase también PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil M. Justicia*, art. 1902, I.4 y V.1.

(81) La opinión combatida en el texto tiene su origen entre nosotros en las sugerentes anotaciones de PUIG BRUTAU a la traducción de la obra de FULLER y PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* (1957), pp. 150 ss. La acogió PINTO RUIZ en sus artículos «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957», RJCat. 1958, p. 205, e «Incumplimiento de las obligaciones civiles», RJCat. 1964 pp. 964 ss. Y ha sido sostenida recientemente por DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 260; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 238 s., nt. 266 y BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit. p. 986.

En contra, a lo que parece (ya que la argumentación de ambos se desvía del núcleo de la cuestión), CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., 28, nt. 2; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 674.

Cuando el legislador ha querido establecer un cálculo del daño «abstracto», ajeno a las circunstancias del caso concreto, lo ha hecho claramente: p. ej. en el artículo 1108 CC.

Y no encontramos base normativa alguna que exija desmembrar la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación en dos obligaciones autónomas, con diferente supuesto de hecho, función y régimen jurídico, distinguiendo:

a) La pretensión para exigir la *aestimatio rei*, como subrogado de la prestación originaria devenida imposible, que sería una verdadera pretensión de cumplimiento —de cumplimiento por equivalente de la perpetuada obligación originaria—, cuyo régimen jurídico se hallaría en los artículos 1096.III y 1182-1186 CC, y frente a la que el deudor sólo podría defenderse con éxito, y no siempre, demostrando que la imposibilidad ocurrió por caso fortuito; expresión ésta, de significado más restrictivo y riguroso para con el deudor que la mera ausencia de culpa-negligencia por su parte. Y

b) La pretensión para exigir la indemnización de los demás daños y perjuicios objetivamente imputables al incumplimiento (del íntegro *id quod interest*), cuyo supuesto de hecho exigiría la culpa-negligencia del deudor, que debería ser probada por el acreedor, y cuyo régimen jurídico se encontraría en los artículos 1094 y 1101-1107 CC (82).

Por lo que a los argumentos normativos se refiere, no veo por qué, a la hora de construir el sistema de responsabilidad contractual, haya de darse más importancia a las referencias al «precio de la cosa de los artículos 1136.II y 1185 CC —la primera de las cuales bien puede justificarse en conexión con la proposición primera del art.

(82) La primera versión acabada de la construcción criticada aquí se debió a DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 714 ss., 726 ss., 745 ss.; quien seguramente se inspiró en las páginas de Puig Brutau y Pintó Ruiz citadas en la nota anterior (no parece casual que, al igual que éste último, y abandonando la terminología históricamente correcta, el profesor Díez-Picazo denomine *id quod interest* a lo que aquí se ha llamado *aestimatio rei*). Le siguió TORRALBA, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», ADC 1971, pp. 1155 s. Recibió luego el espaldarazo, especialmente por lo que a los antecedentes históricos se refiere, de la impresionante obra de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 661 s., 830 ss., 863 ss., 984 ss., en la que se identifica, con la categoría de la «culpa-hecho propio», el contrario del caso fortuito, que da lugar la *perpetuatio obligationis*. Y ha recibido finalmente la adhesión de CARRASCO, *Comentarios...*, pp. 407 ss., 604 ss.

En mi trabajo *Del concepto de daño...*, cit., pp. 595 ss. expuse y critiqué con detenimiento las posiciones de Puig Brutau, Pintó Ruiz y Díez-Picazo. Añadiendo las de Badosa, han sido después rechazadas también por DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros *Elementos...*, II-1 cit., págs 257 ss., 280; desde sus personales premisas, por JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 236 ss., nt. 266; y últimamente, por CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 106 s., nt. 9.

1107.I CC: correspondiendo al acreedor la facultad de elección, parece justo no considerar previsto o previsible en el momento de contratar más que el daño consistente en el precio de cada una de cosas que el acreedor puede elegir—, que a las referencias a la «indemnización de daños y perjuicios» de los artículos 1122 y 1135 CC (83).

Y el artículo 1147.II CC supone, comparado con sus antecedentes, un fuerte argumento en contra de la construcción que acabamos de esquematizar (84):

El artículo 1065.I del Proyecto de 1851 rezaba así: «Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados (85) o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses». Si éste precepto hubiera sido incorporado en sus términos al Código Civil, hubiera constituido un poderoso argumento en favor de la construcción combatida, sobre todo teniendo en cuenta que se deriva, a través del artículo 1205 del Código Civil francés, del siguiente texto del *Traité des Obligations*, núm. 273, de Pothier:

«Obsérvese que el hecho propio [*le fait*], la culpa o la mora de uno de los deudores solidarios perjudica, sin duda, a sus codeudores *ad conservandam et perpetuandam obligationem*, es decir, al efecto de que no sean liberados de su obligación por la pérdida de la cosa, y queden obligados a pagar su precio [...]. En cambio, la culpa, el hecho propio o la mora de uno de ellos no perjudica a los otros *ad augendam ipsorum obligationem*, es decir que sólo el que ha cometido la culpa o se encuentra en mora debe responder de los daños y perjuicios que puedan resultar del incumplimiento de la obligación por encima del valor de la cosa».

Pues bien, en el artículo 1147.II CC se ha abandonado de manera clara y, sin duda, consciente, la diversidad de régimen que

(83) El propio Badosa reconoce que el artículo 1185 CC, dada la peculiaridad de la fuente de la obligación, no proporciona un argumento determinante, y desde las premisas de dicho autor, los artículos 1122 y 1135 CC se convierten en una auténtica «comedia de errores» (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 891 s., 972 ss.).

Sobre el pretendido diferente ámbito de aplicación de los artículos 1096.III y 1182-1186 CC, por un lado y 1101-1107 CC, por otro, adviértase, como ha hecho notar DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 258, lo que dejamos escrito *supra*, en la nota 5.

Y en cuanto a los antecedentes históricos, el propio Badosa reconoce que las ideas de los juristas del Derecho Común en las que su construcción podría encontrar respaldo, fueron abandonadas o enturbiadas por Pothier (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 879 ss., 889).

(84) Sobre antecedentes del artículo 1147.II CC, CAFFARENA, *Solidaridad de deudores* (1980), pp. 335 ss.; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 959 s., 981 ss.

(85) Como es bien conocido, así se denominaba a los deudores solidarios en el Proyecto de 1851.

pretendía explicarse con la distinción «*ad conservandam et perpetuandam/ad augendam obligationem*». Lo que consideramos un fuerte argumento en contra de la relevancia jurídica de dicha distinción.

Llevada a sus lógicas consecuencias, la construcción «articulada» de la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación que aquí se rechaza, obligaría a sostener que las garantías de la obligación originaria asegurarían sólo la pretensión que tuviera por objeto la *aestimatio rei*, y no la que tuviera por objeto los demás daños y perjuicios de que el deudor tuviera que responder. Así como que el plazo de prescripción de la primera de tales pretensiones sería el mismo que el de la pretensión de cumplimiento en forma específica de la obligación originaria, que habría comenzando a correr desde el día en que esta pretensión pudo legalmente ejercitarse; mientras que el plazo de prescripción de la pretensión dirigida al resto del *id quod interest* no comenzaría a correr sino desde el acaecimiento del evento dañoso «imposibilidad sobrevenida de la prestación». Consecuencias ambas que, hasta ahora (86), nadie se ha atrevido a sostener.

Pero sería injusto no poner aquí de manifiesto la muy pausible intención que impulsó a algunos de nuestros mejores juristas a defender la que aquí hemos denominado «construcción articulada de la responsabilidad contractual»: frente a la opinión, hasta entonces indiscutida, que, salvo en casos excepcionales, hacía de la culpa-negligencia el único criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, trataron de proporcionar un soporte normativo-dogmático a una «objetivación» más general de la responsabilidad contractual, que se intuía necesaria en términos de justicia y de eficiencia económica (87). Sucede, sin embargo, que no hay motivo para limitar dicha «objetivación» al ámbito de la *aestimatio rei* y a los casos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación: podrá estar igualmente justificada en hipótesis de mora o de cumplimiento defectuoso, y cuando lo esté, habrá de extenderse a todos los daños y perjuicios previstos o previsibles al tiempo de contratar, y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (art. 1107.I CC); a todo daño, esto es, objetivamente imputable al incumplimiento.

(86) Porqué véase CARRASCO, *Comentarios..*, cit., p. 409.

(87) Algo semejante puede decirse de Jordano Fraga, lamentando que optara por centrar su valiosa monografía en la «objetividad en la imposibilidad» en vez de en la «objetividad en la imputación», sobre la que, con todo, de la mano de la doctrina italiana más atenta, aporta suficiente información: *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 40 ss., 57 ss., 203 ss., 240 s., 298 ss.

5. LOS CRITERIOS DE IMPUTACION DE INCUMPLIMIENTO AL DEUDOR

No puede darse fin a este trabajo sin profundizar algo más en el problema de la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor; en el problema, si quiere decirse así, del «subjetivismo» u «objetivismo» del sistema español de responsabilidad contractual.

5.1. Es indudable, y plenamente congruente con nuestro rechazo de una función preventivo-punitiva de la responsabilidad contractual, que no es requisito de ésta la «culpabilidad» del deudor, en el sentido (penalista) de que el incumplimiento sea subjetivamente reprochable al mismo. Hay general acuerdo, apoyado en el tenor del artículo 1104 CC, sobre que la culpa-negligencia, como criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ha de apreciarse conforme a patrones objetivos (modelo del buen padre de familia; v. también art. 1094 CC), bien que concretados en atención a la naturaleza del contrato, y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (88). Aquí podría añadirse que la expresión «culpa objetiva», salvo que se admita que la palabra «culpa» se emplea sólo como homenaje a la tradición histórica, tiene mucho de contradicción en los términos.

Pero además:

a) Cabe sostener que el «hecho propio» —entendiendo por tal la conducta del deudor que provoca el incumplimiento, y que habría de calificarse de «dolo», si no fuera porque, en el momento de realizarla, era incapaz de entender y querer (no tratándose de una incapacidad transitoria autoprovocada), o desconocía (excusablemente) su condición de deudor— es, en nuestro Derecho, un criterio general de imputación de responsabilidad contractual, si bien sólo aplicable en el ámbito de los contratos onerosos, o de los contratos lucrativos para el deudor de cuya responsabilidad se trate (no jugará, esto es, contra los deudores a título gratuito; arg. art. 1778 CC).

Ya en mi tesis doctoral sostuve esta opinión (89), habida cuenta de los precedentes del Derecho romano y común y de las opiniones

(88) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 721 ss., DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 234-237; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 42, 118 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 594, 607 ss. Como la lectura de las páginas reseñadas revela, para un estudio profundo de la materia, es imprescindible la consulta detenida de la monografía de BÁDOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, tantas veces citada.

(89) PANTALEÓN, *Del concepto del daño...*, cit. pp. 710 ss., 722. Entonces en contra, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1 (1977), p. 107.

de los exégetas franceses (90), de la glosa de García Goyena al artículo 1013 del Proyecto de 1851 [«Puede haber negligencia, y de consiguiente culpa en hacer lo que no hace un buen padre de familia, o en no hacer lo que aquél haría; de todos modos *Factum cuique suum, non adversario nocere debet*»], y del argumento *a contrario* que puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 1778 CC sobre el heredero del depositario que de buena fe ha vendido la cosa que ignoraba ser depositada: pese a haber incumplido por hecho propio, no tiene que responder del daño causado, sino que «sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en caso de que el precio no se le haya pagado». En fin, me pareció que el hecho propio del deudor no podía considerarse «suceso», en el sentido del artículo 1105 CC.

En el mismo lugar explicaba, a la luz los precedentes del citado artículo 1778, que la justificación histórica de tal excepción a la regla general de la responsabilidad por hecho propio se encontraba en el carácter esencialmente gratuito del contrato de depósito. Y por ello, y dado que, apartándose de todos sus precedentes (v. todavía el art. 3.^º del Título «Del Depósito» del Anteproyecto de 1882-1888), nuestro Código Civil configuró el depósito como contrato sólo naturalmente gratuito (art. 1760 CC), defendió una reducción teleológica del tenor del artículo 1778 CC, negando su aplicabilidad a los casos de depósito oneroso.

La aplicación analógica de este precepto nos conduce a negar el juego del riguroso criterio de imputación del hecho propio contra los deudores a título gratuito (91).

El deudor responsable por hecho propio es, obviamente, «deudor de fuera fe» a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1107.I CC (92).

(90) Un excelente resumen de los mismos, ahora, en BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 877 ss.

(91) Quien quiera sostener que el hecho propio es también criterio general de imputación de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones no contractuales, deberá explicar la *ratio* de la excepción que entonces supondría lo dispuesto en la proposición final del artículo 1897 CC. La gran complejidad del tema, que exigiría plantear una vez más la cuestión de si el pago de lo indebido de cosa cierta y determinada transmite o (como yo pienso) no la propiedad de la misma al *acciépens*, y el alcance que me he propuesto dar a estas reflexiones, aconsejan detenerme aquí.

(92) PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., p. 710. En lo esencial, coincide plenamente con mis opiniones CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 463, 629 s.

Radicalmente distintas son las opiniones de Badosa. Para él, la culpa-hecho propio únicamente obliga al deudor a pagar el precio de la cosa debida, objeto de la perpetuada obligación originaria, y no indemnización de ninguna clase. Y a su juicio, de los artículos 1778 y 1897 CC cabe extraer una excepción general en el sentido de que no produce la *perpetua obligationis* la culpa-hecho propio del deudor que ignora con justa causa su condición de tal (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 863 ss., 949 ss.).

b) El deudor que encomienda a otras personas el cumplimiento total o parcial de sus obligaciones responderá de todo incumplimiento provocado por ellas, que le hubiera sido subjetivamente imputable de haber actuado como sus auxiliares en el cumplimiento lo han hecho, aunque el deudor no haya incurrido en culpa-negligencia alguna en la elección, la dirección e instrucciones, o la vigilancia de los mismos. Y lo mismo cabe decir del deudor que legitima el acceso de otras personas a una situación respecto del bien objeto del programa de prestación, que incrementa sensiblemente el riesgo de que tales personas puedan frustrar o alterar en daño del acreedor dicho programa (arg. arts. 498, 1550, 1564, 1596, 1721, 1601, 1784, 1890 CC; arts. 587, 618.2.º CCom; arts. 16, 111 LAU; art. 79.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías) (93).

c) Independiente de la culpa-negligencia del deudor es también la responsabilidad del deudor moroso de una cosa determinada por la pérdida de la misma hasta que se realice la entrega (v. arts. 1096.III, 1182, 1744 CC), ya que sólo podrá exonerarse probando que, de haber sido entregada tempestivamente, la cosa se hubiese perdido también el poder de acreedor por efecto del mismo caso fortuito: de la misma forma, y en iguales circunstancias de tiempo y lugar (arg. art. 1896.II *in fine* CC) (94).

(93) Los tratamientos más completos del tema entre nosotros, coincidentes y compatibles en lo fundamental, son hoy los de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 769 ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., 561 ss.; y CARRASCO, *Comentarios...*, cit., págs 435 ss. Los defectos del pionero y sólido trabajo de TORRALBA, ADC, 1971, pp. 1143 ss., provienen de haber acogido la construcción de la responsabilidad contractual esquematizada más arriba, en el texto correlativo a la nota 82 (pp. 1163 s.); crítica ésta, que procede extender a DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 726. Puede consultarse, en fin, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs 135 ss.

(94) La generalidad de la doctrina defiende la aplicación analógica al deudor moroso de lo dispuesto en la proposición final del art. 1896.II CC: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, cit., pp. 188 s.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* EDERSA, XV-1 (1989) pp. 372 s.; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, cit., II-1, p. 244; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 219, nt. 240; CARRASCO, *Comentarios...*, pp. 665 s.; CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pp. 194 ss.; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 207. En contra, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 925 ss. si bien limitando el efecto contra el deudor moroso a la *perpetuatio obligationis*, en congruencia con sus planteamientos generales.

Que la excepción prevista al final del artículo 1896. II CC exige que el caso fortuito que habría destruido la cosa en poder de quien pago por error sea el *mismo caso fortuito* que la destruyó en poder del *accipiens* mala fe, resulta del tenor literal de la norma —«No se presentará el caso fortuito cuando hubiese [éste, el caso fortuito] podido afectar *del mismo modo* a las cosas [...]»—, en conexión con los antecedentes legislativos reseñados en PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit. p. 638 ss., en el seno de análisis

No puede objetarse que, en tales supuestos, la responsabilidad sí depende de la culpa-negligencia del deudor, ya que, sin ella, no existe mora (95). Dejando aparte la precisión, meramente conceptual, de que la culpa-negligencia del deudor no es un requisito de la mora (v. art. 1100 CC), sino, en todo caso, de la responsabilidad por mora (art. 1105 CC), es obvio, porque de otro modo los artículos 1096.III, 1182 y 1744 CC serían superfluos, que el deudor moroso responderá del hecho dañoso «pérdida fortuita de la cosa» siempre que la mora haya incrementado el riesgo de que ese evento, en su configuración totalmente concreta, se produzca: responderá, por tanto, de la pérdida fortuita de la cosa debida, aunque este evento dañoso no sea objetivamente imputable a la mora de acuerdo con los criterios del riesgo general de la vida, la prohibición de regreso o la adecuación; aunque dicho evento no sea «consecuencia necesaria» de la mora, en el sentido del art. 1107 CC (96).

Lo mismo cabe afirmar del deudor de cosa determinada que se halla comprometido a entregarla a dos o más personas diversas (art. 1096.III CC); y del comodatario que destina la cosa a un uso distinto de aquél para que se prestó (art. 1744 CC), quien podrá exonerarse demostrando que, aun respetando el uso convenido, la cosa prestada se habría perdido también por efecto del mismo caso fortuito (97).

Sobre si este elenco de responsabilidades contractuales objetivas podría ampliarse con el régimen del saneamiento por evicción o por vicios ocultos, recuérdese lo dicho al final del apartado 4.2 de este trabajo.

5.2. En la versión oficial aparecida en el B.O.E. de 30 de enero de 1991, el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los

global sobre la eficacia exoneradora o no, en nuestro Derecho, de las causas hipotéticas de daño (p. 626 ss.; sobre el tema, después, LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 545 s; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 731 ss.). Respecto del § 287 BGB, en cambio, la opinión unánime de los juristas alemanes es que resulta indiferente que se trate del mismo caso fortuito o de otro diferente: que estamos ante un supuesto legalmente previsto de relevancia exoneradora de las causas hipotéticas; vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 17.V.2.b), p. 166, donde explica, empero, que fue la contraria la primera intención de los redactores del BGB; PALANDT/HEINRICH, § 287, Rn. 3..

(95) Esta parece ser la opinión de CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 664, que sigue seguramente un apunte de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 840 ss.

(96) En el mismo sentido sobre § 287 BGB, por todos, PALANDT/HEINRICH, § 287, Rn. 2.

(97) A favor de la aplicación analógica de la proposición final el artículo 1896.II CC en esta sede, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit. pp. 860 s.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 589 s.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 665.

contratos de compraventa internacional de mercaderías, hoy Derecho vigente en España, dispone: «*Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias*». Más correcto hubiera sido escribir «ajeno a su ámbito de control», en lugar de «ajeno a su voluntad» [«*beyond his control*», se lee en la versión inglesa] (98). Y debería existir una conjunción «o» antes de las palabras «que lo evitase o superase» [la versión inglesa reza «*or to have avoided or overcame it or its consequences*»].

Cuando el apartado 5 del mismo artículo 79 dice que «nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una y otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención», deja muy claro que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual es diferente tanto al de la pretensión de cumplimiento, como al de la resolución por incumplimiento (99).

Conforme a dicha norma, pues, para que la parte incumplidora no tenga que responder de los daños objetivamente imputables a la falta de cumplimiento, es necesario que demuestre tres extremos: *i*) que el incumplimiento se ha debido a un *impedimento ajeno a su ámbito de control*; *ii*) que *no cabía razonablemente esperar que ella tuviera en cuenta tal impedimento en el momento de la celebración del contrato*; y *iii*) que *no cabía razonablemente esperar que ella evitase o superase el impedimento, o que evitase o superase sus consecuencias* (100).

(98) Como se indica al final de la Convención que nos ocupa, hay seis textos de la misma, en árabe, chino, inglés, español, francés y ruso, igualmente auténticos. Según el artículo 33.4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Tratados, cuando la comparación entre distintos textos auténticos descubre una diferencia de significado que la aplicación de las reglas de interpretación no elimina, habrá de adoptarse el significado que mejor reconcilia los textos, habida cuenta del objeto y finalidad del tratado. Y parece claro que, por lo que al transscrito artículo 79.1 se refiere, la expresión «*beyond his control*» de la versión inglesa es más fiel a la finalidad perseguida por los redactores de la Convención que las expresiones «*indépendant de sa volonté*» y «ajeno a su voluntad» de las versiones francesa y española (TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 579 s.). En versión no oficial acordada por los Gobiernos de Austria, Alemania y Suiza se lee «*außerhalb ihres Einflußbereichs*».

(99) Vid. por todos, STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 9, 57 ss.

(100) HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under de 1980 United Nations Convention (1982)*, § 423; TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, p. 578; y comp. GUEST, en *Chitty on Contracts*, cit, §§ 1035 ss.. 1042.

El precedente fundamental del artículo 79.1 de la Convención de Naciones Unidas es el artículo 74.1 de la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (101), de la que España nunca fue parte; artículo que dice así: «Cuando una de las partes no haya cumplido una de sus obligaciones, no será responsable de tal incumplimiento si prueba que fue debido a circunstancias que, conforme a las intenciones de las partes al tiempo de contratar, no estaba obligado a tener en cuenta, o a evitar o superar; a falta de intención expresa de las partes, deberán tomarse como base las intenciones que tienen normalmente personas razonables en la misma situación».

El origen de esta norma se encuentra en las opiniones de Rabel, quien, tras examinar las distintas soluciones del Derecho comparado escribió:

«Una solución de compromiso global es, sin embargo, difícil, y tanto más cuanto las opiniones sobre lo razonable de los concretos principios no sólo divergen según hábitos nacionales. Al tiempo de la promulgación del Código Civil alemán fue sostenida la llamada «teoría de las esferas» [*Sphärentheorie*]. Tenía un núcleo excelente. Según la misma [...], se podrían imputar a cada parte contractual los eventos que se originasen en su esfera —en su casa, en su empresa, por sus dependientes— culpable o inculpablemente; de los eventos, en fin, que proceden del exterior, el deudor habría de pechar con aquéllos con los que estaba obligado a contar. Porque ésta última se presenta como la regla natural, cuando examinamos la atormentada práctica alemana sobre los períodos de huelga, la secularmente evolucionada jurisprudencia inglesa, o los variados formularios con sus cláusulas de lugar de entrega y de exoneración. En la vida de los negocios, a diferencia de en la vida cotidiana, decide el cálculo, que presupone una clara distribución de los riesgos de un recurso negocial anómalo y de unos mayores costes. La distribución del riesgo entre las partes según el concreto contrato y la situación típica ha de ser también decisiva para la norma jurídica de distribución. Una buena punto de partida legal precisa, por tanto, de la idea de que el deudor sólo se libera por impedimentos con los que no tenía que contar —en la más frecuente manera de hablar extranjera: que no tenía que prever— al tiempo de contratar. Pero los ordenamientos en vigor, desafortunadamente, no acogen la «teoría de las esferas». Recientemente, tampoco en Francia ha encontrado hasta ahora ningún eco una propuesta análoga de Jossérand, según la cual, incluso de *lege lata*, el deudor debe responder de todos los sucesos que actúan en la esfera del deudor no desde el exterior. Según el estado de los actuales ordenamientos, se llega, cuando más, a la síntesis de que liberan al vendedor aquellos suce-

(101) Sobre el proceso de derivación de uno a otro precepto, véase STOLL, en VON CAEMMERER/SCLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79, Rn. 1 ss.

sos con los que, *en el momento de contratar, no tenía que contar, y no podía evitar con las medidas a él exigibles*» (102).

Ya sobre el artículo 74 de la Convención de la Haya, ha escrito su mejor comentarista (103):

«Fundamental para la comprensión del artículo 74 es el punto de partida en el contrato: en lugar de abandonarse a reglas inflexibles, el juzgador debe inferir del contenido y sentido del correspondiente contrato qué circunstancias liberan al deudor de su deber de prestación, o le exoneran de la obligación de indemnizar. El contrato puede incluir disposiciones expresas al respecto. Precisamente en los contratos internacionales es frecuente que el deudor se exponga frente a ciertos riesgos. O puede que el deudor garantice el resultado de la prestación. Mucho más importante, aunque también con más problemas, es, sin embargo, la fórmula heurística de la proposición final del apartado 1, según la cual, a falta de intenciones expresas de las partes, han de tomarse como base las intenciones que tienen personas razonables en la misma situación.

»No hay aquí una remisión a la *hipotética voluntad de las partes*. Se alude, antes bien —como en el idéntico, en esto, art. 9.II y en los parecidos arts. 10 y 13—, a un módulo objetivo. Con su ayuda, ha de determinarse la distribución de riesgos que es inmanente a cada contrato. Toda promesa contractual de prestación encierra en sí una asunción de riesgo. Pero, en la duda, no es el sentido de la promesa que el deudor asuma todos los riesgos imaginables y, así, garantice absolutamente el resultado. Antes bien, el deudor sólo asume, salvo pacto en contrario, aquellos riesgos con los que personas razonables al tiempo de contratar podían y debían contar, o que, conforme a un criterio razonable, pueden ser controlados por el deudor. Esos riesgos son expresión del normal riesgo contractual que debe determinarse atendiendo a los usos en el sentido del artículo 9, y a la naturaleza general del contrato (104).

»[...] En la duda, el deudor asume no sólo los riesgos por él concretamente previstos, sino todos los por él controlables. De ello se sigue, ante todo, que, como regla, el deudor ha de responder de su culpa, porque los incumplimientos provocados culposamente son siempre previsibles y evitables. Más allá, la responsabilidad típica del deudor ha de extenderse a los eventos que tienen su origen en la esfera del deudor —en su casa, en su empresa, por sus dependientes— y que, por tanto, pueden normalmente ser mantenidos bajo control mediante las medidas exigibles (la llamada «teoría de las

(102) RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., pp. 342 s.

(103) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 18 s., 54.

(104) Al lector informado le habrá acudido a la mente la idea del «contrato perfecto» y su reconstrucción, utilizada por los juristas-economistas: SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., pp. 261 ss.

esferas»). La controlabilidad de un evento, en el sentido en que aquí hablamos, se manifiesta en que, normalmente, de la producción del evento puede inducirse una culpa del deudor. Que excepcionalmente no exista una culpa en el caso concreto, es indiferente para la valoración típica y la correlativa distribución de riesgos en el sentido del artículo 74 EKG. La regla de interpretación aquí sostenida determina que el ámbito de las circunstancias de las que normalmente responde el deudor se alce ligera, pero preceptiblemente, sobre el umbral de la necesidad de culpa (105)».

Y sobre el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, ha escrito también Hans Stoll:

«El deudor ya no se exonerá con la prueba de que no ha tenido culpa alguna en el incumplimiento. Sólo le permite exonerarse la prueba de que el incumplimiento es imputable a la actuación de un impedimento no controlable, sustraído a la influencia del deudor. El artículo 79 eleva la falta de controlabilidad de un riesgo a principio general de exoneración. Esta idea clave, que ya era fundamental para la comprensión de la correspondiente cláusula de exoneración del artículo 74 EKG, se manifiesta ahora claramente en la redacción del artículo 79 (*Hinderungsgrund «außerhalb ihres Einflußbereichs»; impediment «beyond his control»; empêchement «independant de sa volonté»*).

»La controlabilidad de un riesgo por el deudor no debe, empero, ser juzgada en abstracto e independizada del contrato. Antes bien, la cláusula de exoneración del artículo 79 descansa en una razonable interpretación de la ordinaria voluntad de las partes: en la duda, corresponde al sentido y finalidad del contrato obligacional que el deudor sólo haya de responder de una promesa de prestación hasta el límite de los riesgos controlables. La controlabilidad de un riesgo es, por tanto, sólo un —refutable— indicio de que el deudor, al celebrar del contrato, ha asumido el responder del riesgo y de su superación. [...] Como en el del art. 74 EKG,] también en el ámbito del artículo 79 predominan el sentido y finalidad del contrato, y su interpretación tiene preferencia frente a una aplicación rígida y literalista del precepto. Este ha de entenderse de modo que proporcione al juez un instrumento flexible de distribución del riesgo inmanente al contrato.

»[...] El impedimento debe originarse en el ámbito que no esté bajo control del deudor: la expresión inglesa *«beyond control»* es más clara al respecto que la más genérica expresión alemana *«außerhalb ihres Einflußbereich»*. El tenor del artículo 79 parte atinadamente de la base de que existe un ámbito de responsabilidad con el que el deudor, en principio, debe pechar. Quiere decirse con

(105) Vid. asimismo VON CAEMMERER, «Probleme des Haager Einheitlichen Kaufrechts», AcP 178 (1978), pp. 143 ss; y comp. EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 6.IV.2, pp. 72 ss.

ello un ámbito en que es objetivamente posible para el deudor, y donde cabe también esperar de él, que, con medidas organizativas y apropiados controles, asegure el curso sin perturbaciones de los procesos necesarios para la preparación y ejecución del contrato [...].

»[...] Incluso de un impedimento ajeno a su ámbito de influencia debe el deudor responder, cuando razonablemente cabía esperar de él que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de contratar. Pero la previsibilidad —tal vez lejana— del impedimento no excluye necesariamente la exoneración. Se trata, antes bien, de si, según las circunstancias, la más o menos cercana posibilidad del impedimento, por ejemplo, el cierre de un canal a causa de complicaciones bélicas, había razonablemente de tenerse en cuenta al tiempo de contratar. Quien, ello no obstante, contrata sin reserva, asume de modo implícito el riesgo de que la prestación debida se frustre o se retrase a causa del impedimento.

»Finalmente, un impedimento, aunque tampoco haya de tenerse en cuenta al tiempo de contratar, sólo exonerá cuando no puede ser superado por el deudor de una manera a él exigible. Ha de aplicarse al respecto un módulo riguroso. Como regla, al deudor le es exigible la superación de un obstáculo al cumplimiento del contrato, incluso cuando ello le obligue a importantes gastos suplementarios y a sufrir una pérdida de negocio [...]» (106).

Según el tenor literal del artículo 1105 CC, para que el deudor no tenga que responder del daño objetivamente imputable a su falta de cumplimiento, es preciso que el incumplimiento haya sido provocado por un *suceso* que *no hubiera podido preverse*, o que, previsto, *fuerá inevitable*.

Resulta obvio que el muy deseable resultado de que lo dispuesto en el artículo 1105 CC coincida con lo dispuesto en el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, verdadero *ius commune* en la materia que nos ocupa, puede lograrse con sólo: interpretar la palabra «suceso» de aquél artículo como «impedimento ajeno al ámbito control del deudor», sostener que la imprevisibilidad del suceso causante del incumplimiento es un requisito autónomo del caso fortuito (no el mero presupuesto lógico de su inevitabilidad), y referir la previsibilidad o imprevisibilidad al momento de celebración del contrario. Bastará leer así el artículo 1105 CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse *al tiempo de contratar* [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables».

(106) STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 6.s, 22, 26 s.

Pues bien:

Interpretar que la palabra «sucedido» del artículo 1105 CC significa «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor», como ya lo ha hecho un autorizado sector doctrinal (107), es lo único valorativamente congruente con lo antes sostenido en las letras *a*) y *b*) del apartado 5.1 de este trabajo. A las hipótesis contempladas en la letra *c*) del mismo apartado se refiere el artículo 1105 cuando comienza diciendo «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley».

Aunque no de modo explícito, también se ha mantenido ya entre nosotros, acertadamente, que la imprevisibilidad es un requisito autónomo del caso fortuito (108), y no un mero presupuesto lógico de su inevitabilidad, lo que, obviamente, haría superfluas las palabras «que no hubieran podido preverse» del artículo 1105 CC (109).

Y parece perfectamente lógico que, si la previsibilidad relevante para la determinación del *quantum respondatur* es la previsibilidad al tiempo de contratar (art. 1107.I CC), lo mismo suceda con la relevante en el ámbito del *an respondatur*: para la determinación de los sucesos causantes de incumplimiento, de los que el deudor debe responder.

Comentando el artículo 74 de la Convención de la Haya, antes transscrito, escribió Hans Stoll:

«La idea fundamental de la asunción contractual del riesgo, en la que el artículo 74 se basa, ilumina también la limitación de la indemnización al daño previsible al tiempo de contratar, establecida en los artículos 82-2.^o, 86 y 87. La responsabilidad del deudor, no sólo en cuanto a la materia, sino también en cuanto al contenido, ha de permanecer dentro de los límites de lo que las personas razonables pueden y deben prever al tiempo de contratar. Existe, a la vez, una conexión de valoración entre la estricta, hasta el límite del artículo 74, responsabilidad por el resultado del deudor, y la significativa limitación de la responsabilidad al daño previsible; porque aquella responsabilidad únicamente es soportable cuando el contenido de la indemnización se limita razonablemente, y no se ponen a cargo del deudor todos los

(107) TORRALBA, ADC 1971, pp. 1154 ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos..*, I, cit., p. 725; Vid. también BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor..*, cit., p. 415.

(108) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos..*, II-1 cit., p. 241; CARRASCO, *Comentarios..*, cit. pp. 662 s.

(109) Esta parece ser la conclusión de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit. pp. 217 s.

daños que sean consecuencia adecuada de la falta de cumplimiento» (110).

Y el mismo autor ha escrito, sobre la Convención de las Naciones Unidas, que «la responsabilidad objetiva del deudor hasta el límite de los impedimentos no controlables según el artículo 79, y la regla de la previsibilidad en el sentido de la proposición segunda del artículo 74 son facetas correlativas de un principio unitario, dominante en el Derecho uniforme de compraventa, de limitación de responsabilidad en la medida del riesgo inmanente al contrato, asumido por las partes al contratar» (111). Parafraseando al autor citado, podríamos escribir aquí que la responsabilidad objetiva del deudor hasta el límite del artículo 1105 CC, y la regla de la previsibilidad en el sentido de la proposición primera del artículo 1107.I CC son facetas correlativas de un principio unitario, dominante en el Derecho español de contratos, de demarcación de la responsabilidad por los daños derivados de la falta de cumplimiento en la medida del riesgo inmanente al contrato, asumido por las partes al contratar.

¿No es, acaso, el momento de celebración de contrato, y según los datos y perspectivas que entonces tuvieran, aquél en que las partes, de haber querido regular expresamente el tema, habrían distribuido entre ellas los riesgos de incumplimiento, fijando los sucesos de que habría, o no, de responderse y, correspondientemente, la cuantía de la contraprestación? ¿Por qué entonces la ley, a la hora de establecer la regla dispositiva de distribución de los riesgos de incumplimiento, va a hacer referencia a un momento distinto? ¿Es lógico que el acreedor, manteniéndose invariada la contraprestación que él se comprometió pagar, haya de pechar con el hecho de que un suceso razonablemente previsible (con el que razonablemente habría de contarse) al tiempo de contratar —y que, por ende, personas razonables en la situación de las partes habrían entendido, salvo inmediata protesta del deudor, que el riesgo de acaecimiento del suceso en cuestión quedaba a cargo de éste— se haya presentado luego como inevitable para el deudor? (112).

(110) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrechtes*, Art. 74 EKG, Rdnr. 20. Vid. también TILING «Haftungsbefreiung, Haftungsbegrenzung und Freizeichnung im Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen», RabelsZ 32 (1968), p. 271.

(111) STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 74, Rn. 4.

Ya el genial RABEL (*Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 495) había escrito: «Partimos de que el sentido y la finalidad del contrato dominan la total regulación del incumplimiento, de forma que no sólo repercuten en la cuestión de cuáles son las faltas de cumplimiento de que responde el deudor, sino también en la cuestión de en qué medida responde el deudor del incumplimiento».

(112) Así, PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., pp. 578 ss.; explícitamente de acuerdo, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 597, 660. Pero vid. también, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1, cit., p. 241.

En el caso decidido por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1989, los litigantes suscribieron un contrato en virtud del cual el actor cedió un negocio de hostelería al demandado, asumiendo éste la obligación de reparar el tejado del complejo y realizar las obras necesarias para completar la reparación de todas las habitaciones, terrazas, pasillos y comedores en un cierto plazo, y estipulándose que, de no finalizarse las obras a tiempo, el arrendador habría de pagar el valor del precio de las habitaciones del hotel, según la categoría de éstas. El demandado, que incurrió en un retraso de varios meses en la realización de las obras y reparaciones, alegó que debía quedar exonerado de responsabilidad, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1105 CC, atribuyendo la causa del retraso a intensos temporales de lluvia y nieve que impidieron el desarrollo normal de los trabajos. Pero fue condenado en las distintas instancias, con el exacto argumento de que la posibilidad de los temporales «*pudo ser fácilmente prevista por el arrendador, al celebrar el contrato*, teniendo en cuenta el lugar en que se encontraba el establecimiento y la fecha en que se concluyó» (113).

En suma, cabe afirmar que, para que el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar los daños objetivamente imputables a una falta de cumplimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1105 CC, han de concurrir estos tres requisitos, definitorios de caso fortuito:

i) La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un *impedimento ajeno al ámbito de control del deudor*.

Lo que parece plenamente congruente con las enseñanzas del análisis económico del Derecho de que procede asignar a cada parte los riesgos que puede administrar a un menor coste, previniéndolos, asegurándolos o soportándolos (autoasegurándolos) (114): cada

(113) En la sentencia de 10 de marzo de 1949, la Sala Primera del Tribunal Supremo casó la de instancia, que había considerado que el fallo del vendedor al compromiso contrafido de comparecer en la notaría para otorgar en la fecha convenida la escritura de venta estaba justificado por dificultades de preparación de los títulos a causa de la desaparición de un archivo durante la guerra civil, argumentando que «tales causas de pretendida justificación no son jurídicamente constitutivas de fuerza mayor en su modalidad extintiva de la obligación contrafida, por la sencilla razón de que los sucesos de guerra civil y desaparición del archivo ya habían acaecido y eran conocidos por el vendedor al tiempo de la celebración del contrato, carentes, por tanto, de la nota de imprevisibles que exige el artículo 1105 del Código Civil para eximir de las responsabilidades de otorgar las escrituras de venta».

(114) TRIMARCHI, «Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale», *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1970, pp. 512 ss.; POSNER y ROSENFIELD, «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis», *Journal of Legal Studies* 6 (1977), pp. 83 ss.; SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico*.., cit., pp. 264 ss.

parte es la que más barato puede prevenir, cuando evitables eficientemente, los impedimentos procedentes de su ámbito de control, y, en otro caso, quien mejor puede estimar la probabilidad de que tales impedimentos se produzcan y, en consecuencia, el *cheapest insurer* del riesgo de su acaecimiento, habida cuenta de que, como la proposición primera del artículo 1107.I CC excluye la resarcibilidad de los daños imprevisibles al tiempo de contratar, puede estimar la magnitud del eventual perjuicio indemnizable cuando menos igual de bien que la otra parte.

ii) Tiene que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar.

Quizá cabría matizar, análogamente a como lo hicimos respecto del *quantum respondatur* en el apartado 3.1 de este trabajo, que no siempre bastará la previsibilidad del suceso al tiempo de contratar para excluir la exoneración: no será así cuando las circunstancias del caso revelen con claridad que la otra parte, al tiempo de contratar, no pudo contar razonablemente con que la parte incumplidora asumía el riesgo de que se trata. También a este respecto las aportaciones del análisis económico del Derecho podrán mostrarse útiles: en la duda, deberá concluirse que la otra parte no pudo contar con que la parte incumplidora asumió un riesgo que era obvio; al tiempo de contratar, que la otra parte podía administrar a menor coste.

iii) Y ha de ser un suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia.

Las enseñanzas del análisis económico del Derecho sólo abogan a este respecto porque, aplicando la conocida formula *Learned Hand* (115), no se consideren exigidas por el patrón de diligencia medidas cuyo coste sea superior a su beneficio en términos de preventión de daños.

Se notará que sólo cuando falte, únicamente o también, el tercero de los requisitos citados podrá afirmarse, y aún entonces no con

(115) Vid. por todos, PAZ-ARÉS, ADC 1981, pp. 658 ss. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., pp. 109 s.

toda propiedad (dado el carácter objetivo del modelo de diligencia), que el deudor responde por culpa-negligencia. En las restantes hipótesis en que debe responder, el deudor responderá sin culpa. O si se prefiere decirlo así: en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la «esfera de control del deudor» (que engloba los subcriterios del «hecho propio» y del «hecho de los auxiliares en el cumplimiento») y del «riesgo implícitamente asumido al contratar».

5.3. Con base en estos criterios, no cabe duda alguna de que el deudor responderá, sin necesidad de culpa-negligencia por su parte, no sólo de los hechos propios o de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento, sino también, como regla, del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma (116).

A diferencia de las huelgas generales, especialmente las políticas, las huelgas de sus propios trabajadores o las de los trabajadores de sus auxiliares en el cumplimiento no exonerarán al deudor, aunque se trate de huelgas ilícitas o abusivas (117).

Los proveedores del deudor no pueden ser equiparados, a efectos de la responsabilidad de éste, a sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento: exonerará al deudor el fallo, imprevisible al tiempo de contratar, de un proveedor monopolista, aunque obedezca a un suceso insuficiente para exonerar al propio proveedor (p. ej., una huelga de sus trabajadores). Pero, como regla, los fallos, incluso fortuitos, de sus proveedores no monopolistas, aun si elegidos con el máximo cuidado, no servirán para exonerar al deudor: han de considerarse típicamente pertenecientes a su esfera de control, porque,

(116) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 68, y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 30.

(117) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 90 ss.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 41 ss. De la misma opinión entre nosotros, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 649, lo que es sorprendente en un autor que ha escrito (*op. cit.*, pp. 637 s.) que «hay caso fortuito siempre que el deudor no esté en culpa. Caso fortuito es la negación de culpa, como entiende la jurisprudencia y la doctrina». De cualquier forma, cuál sea realmente la opinión de dicho autor al respecto, no es fácil de saber (*op. cit.*, pp. 592, 602 s.).

típicamente, el deudor selecciona con total libertad a sus proveedores (118).

Como regla general, el deudor, y no sólo el deudor de dinero, ha de responder de su capacidad financiera para realizar la prestación. El embargo o la confiscación de todo o la mayor parte del patrimonio del deudor por guerra, represalia política, etc., imprevisibles al tiempo de contratar, serían excepciones a dicha regla; pero no por más que imprevisible e inevitable, la mala marcha de los negocios que proporcionaban liquidez, la quiebra de un importante cliente, etc. (119).

El deudor de cosas genéricas corre con el riesgo de obtenerlas en el mercado: no puede exonerarse probando que su proveedor le falló, los precios subieron y, por ello, suministrar las mercaderías debidas le suponía un sacrificio patrimonial imprevisto; ni que las mercaderías con que había planeado cumplir se perdieron fortuitamente, y carecía de medios financieros para obtener otras sustitutorias. Ciertamente le exonerará la desaparición del mercado de las mercaderías en cuestión por un hecho imprevisible al tiempo de contratar. Pero también, en lo que respecta a la responsabilidad por mora, cualquier otro suceso que, por cumplir los requisitos antes enumerados, pueda considerarse caso fortuito (p. ej., un temporal imprevisible provoca el hundimiento, un día antes de la fecha de cumplimiento, del barco que transportaba al comprador sueco un cargamento de fruta sólo obtenible en países tropicales) (120). No hay un régimen especial de responsabilidad para el incumplimiento de las obligaciones genéricas: «*genus nunquam perit*» no es una regla de responsabilidad por daños (121), sino sobre el alcance del deber de prestación y, quizás, una regla de riesgos (122). Se trata sólo de que, en general, no puede considerarse caso fortuito, como regla, ni la impotencia financiera del deudor, ni los fallos de sus

(118) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 69, 95; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 38, 44.

(119) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 78 ss.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 29. Coinciden en el resultado, entre nosotros, al menos parcialmente, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 712 s.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs 438 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., págs 601, 649.

(120) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 71 s.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 31.

(121) En contra de esta última afirmación —si bien, desde su premisa de que el deudor debe responder hasta el límite de la imposibilidad, ello no significa ningún especial régimen de responsabilidad—, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I cit., p. 713; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 426 ss.

(122) Me remito al riguroso trabajo de CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, ADC 1982, pp. 291 ss.

proveedores; pero sí, por poner otro ejemplo, que el deudor no pueda ocuparse de sus negocios porque, habiendo estallado una guerra en el país sede de los mismos, debe abandonarlos para huir del enemigo (123).

El arrendador de obra y el vendedor-fabricante responderán de los defectos de sus obras o productos, incluso de los que provengan de materiales suministrados o partes integrantes fabricadas por terceros (no, si procedentes del dueño de la obra o del comprador) y de los que fueran inevitables con todas las medidas de cuidado económico eficientes, a excepción de aquellos defectos cuya existencia no pudiera descubrirse, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos al tiempo de la entrega [los llamados «riesgos de desarrollo»; cfr. art. 7.e) de la Directiva CEE de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos], o de los que sean imputables al diseño impuesto o las instrucciones dadas por el dueño de la obra o el comprador, o también, probablemente, de los que sean producto de actos de sabotaje (124).

La responsabilidad del simple vendedor-intermediario no puede llegar tan lejos como la del vendedor-fabricante, porque el defecto no se origina en su ámbito de control. Pero es discutible que baste para exonerarle la demostración de que el proveedor de la cosa defectuosa, libremente elegido por él, es una firma acreditada, y él mismo, por su parte, adoptó las medidas usuales, o razonablemente exigibles en el caso concreto, para la detección de posibles defectos. Cabría sostener que la libertad del vendedor de elección de sus proveedores justifica que soporte, más allá de su culpa, el riesgo de los defectos imputables a aquéllos. No, con certeza, cuando el proveedor de la cosa defectuosa sea una monopolista, o haya sido por impuesto el comprador (125).

(123) Aludo al peculiar «*Eierfall*» (RGZ 99, 1), narrado, al final de su análisis sobre la responsabilidad por mora en las obligaciones genéricas, por LARENZ *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 23.I.b), pp. 320 s.

(124) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr.68, 102; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 22, 30, 46. Entre nosotros, MORALES ADC 1982, pp. 656 ss.

(125) Esta es, probablemente, la cuestión más duditable en la interpretación del artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos compraventa internacional de mercaderías: por un lado, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales..*, cit. § 427; por otro, TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 579 s.; en fin, STOLL, en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 38, 45, 47 (vid. también, respecto del art. 74 de la Ley Uniforme de la Haya, STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 103). Entre nosotros, comp. por un lado, MORALES, ADC 1982, pp. 654 ss.; y por otro, CARRASCO, *Comentarios..*, cit., p. 625 s.

Los tópicos precedentes precisan de una mayor concrección, que ha de ser producto de su cotejo con la praxis jurisprudencial; pero esta es tarea que debe quedar para otra ocasión.

APENDICE

EVOLUCION HISTORICA Y ANALISIS COMPARADO DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACION OBJETIVA DEL DAÑO CONTRACTUAL.

1. El criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, como límite del *quantum respondatur* en materia de responsabilidad contractual, se apunta ya en la parte final de un conocido paso del Digesto:

Paul. D. 19, 1, 43 (5. quaest.): «*[...] de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta suma (veluti si ponas agitatem postea factum vel pantomimum evictum esse meum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligare venditorem»* (1).

En las fuentes romanas, sin embargo, aquél criterio comparte su puesto con otros también de carácter aparentemente general. En primer lugar, con la distinción entre daños intrínsecos (*circa ipsam rem*) indemnizables y daños extrínsecos no indemnizables, insinuada en otro conocido paso del Digesto, también atribuido al jurista Paulo:

Paul. D. 19, 1, 21, 3 (33. ed): «*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob ea rem, quod si non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur [...]»* (2).

En segundo lugar, con la limitación de la indemnización al doble del valor o la cuantía en aquellos casos *qui certam habent quantitatem vel naturam*, que, junto a una exhortación a que, en los demás supuestos, se evalúe el *damnum quod re vera inducitur*, y se haga *cum*

(1) Sobre este texto y, en general, sobre el criterio de la previsibilidad del daño en el Derecho romano MEDICUS *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (1962), pp. 81 ss., 95, 320 s.; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-judicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht* (1969), pp. 51 ss.

(2) Análisis de éste paso y del criterio en él sugerido en MEDICUS, *Id quod interest...*, cit., pp. 35 ss., 321 s.; HONSELL, *Quod interest...*, cit., pp. 7 ss.

competenti moderatione, se encuentra en la Constitución «*De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*» del emperador Justiniano. Límite aquél del *duplum*, que aparece también en el paso del Digesto inmediatamente subsiguiente al primero de los aquí transcritos.

Imp. Iustinianus C. 7, 47, I: «Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi proxilitatem prout possibile est in angustum coartare. § 1 Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversioribus in circuitus inextrincabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. § 2 Et hoc non solum in damno, vel etiam in lucro nostra amplecitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae proxilitatis huius constitutionis recitacio».

Afric. D. 19, 1, 44 (8 quaest.): «(cum et forte idem mediocrum facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet)» (3).

En fin, de los varios pasos de Digesto de los que podría deducirse el criterio de que la extensión de la responsabilidad del deudor era más extensa en caso de haber éste actuado con dolo, es, sin duda, el más famoso el relativo a la venta de una res afectada por una enfermedad contagiosa.

Ulp. D. 19, 1, 13 pr. (32 ed.) «Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimento, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagiose morbosи pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum» (4).

(3) Sobre ambos textos, MEDICUS, *Id quod interest..*, cit., pp. 89 ss., 288 ss., 339 ss.; HONSELL, *Quod interest..*, cit., pp. 83 ss.

(4) Cfr. MEDICUS, *Id quod interest..*, cit., pp. 128 ss.; HONSELL, *Quod interest..*, cit., págs 83 ss.

No es este lugar adecuado, ni yo la persona, para desarrollar las diferentes interpretaciones e intentos de armonización de los textos romanos transcritos por parte de los juristas del Derecho Común; una tarea que, por lo demás, ya ha sido hecha con esmero (5). Bastará aquí mostrar la manera en que Pothier llevó a cabo esta tarea en su *Traité des Obligations*, pues no cabe la menor duda sobre el carácter decisivo de su opiniones en la materia que nos ocupa (6).

Tras afirmar que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (núm. 159), el jurista francés propone el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar como límite general del *quantum respondatur* del deudor no doloso.

Núm. 160: «No debe, sin embargo, obligarse al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le ha ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos aún, todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiese cumplido su obligación. Es necesario distinguir al respecto diferentes casos y diferentes tipos de daños y perjuicios; y es necesario también, según los distintos casos, emplear una cierta moderación en la tasación y estimación de aquéllos de los que se le hace responder.

»Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, sea por que se ha comprometido temerariamente a algo que no podía cumplir, sea porque se ha puesto luego, por su culpa, en situación de no poder cumplir su compromiso, el deudor no responde más que de los daños y perjuicios que se ha podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa del incumplimiento de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos».

La tarea inmediata era la de armonizar el criterio de la previsibilidad con el de la distinción entre daños intrínsecos y daños extrínsecos.

(5) Por H. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* (1955), pp. 17 ss., 56 ss. y *passim*; y DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* (1960), pp. 120 ss. Entre nosotros aporta algunos datos CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* EDERSA, XV-I (1989), págs 712 s.

(6) Como veremos de inmediato, Pothier confiesa paladinamente su deuda con el *Tractatus de eo quod interest* de Dumoulin. Pero sin querer negar a éste la paternidad del criterio la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, lo cierto es que sus textos son mucho menos claros que los de Pothier en el sentido de consagrarlo como criterio general de imputación objetiva del daño contractual. Sobre el pensamiento de Dumoulin y sus diferencias con el de Pothier, LEONE, «Nesso causale tra colpa e danno», *Riv. dir. civ.* 1913, pp. 595 ss.

cos, en la forma en que Pothier la entendió: traduciendo «*rem*» por «cosa», en el sentido de daños relativos, o no, a la cosa objeto de la obligación (7).

Núm. 161: «Normalmente, se considera que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación, podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquélla, y no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino sólamente de los sufridos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*».

A continuación, el jurista francés ilustra sus anteriores ideas con los ejemplos siguientes. Quien vende un caballo y no lo entrega, deberá indemnizar al comprador el mayor precio que le haya costado adquirir un caballo semejante: se trata de un daño relacionado sólo con la cosa objeto del contrato, y que pudo prever, al estar el precio de los caballos, como el del resto de los bienes, sujeto a variaciones; pero si el comprador fue un canónigo, al que la no entrega del caballo hizo imposible llegar a tiempo a obtener los grandes rendimientos de su canonía, no responderá al vendedor, en principio, de tales perjuicios. Quien alquila una casa que creía suya por 18 años, si a los 10 ó 12 años el arrendatario es vencido en evicción por el verdadero propietario, deberá indemnizar al arrendatario los gastos de mudanza y el mayor precio que haya que pagar por alquilar otra casa durante el periodo de tiempo restante; pero no, en principio, los que le haya reportado el cierre del negocio que hubiera instalado en la casa tras el arrendamiento, ni mucho menos los derivados de la rotura de algunos muebles preciosos durante la mudanza.

Pero teniendo perfectamente claro cuál de los criterios ha de prevalecer en caso de contradicción.

(7) Diferente a la forma en que la entendieron los redactores del Código prusiano, traduciendo «*rem*» por «hecho» generador del daño, al establecer la distinción entre daño inmediato y daño mediato:

I, 6 § 2 A.L.R.: «*Wird ein solcher Nachteil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar gennant*».

I, 6 § 3 A.L.R.: «*Entsteht der Nachteil zwar aus der Handlung oder Unterlassung jedoch nur in Verbindung derselben mit einen anderen von ihr verschiedenen Ereignisse oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder der Sache, so ist eine mittelbarer Schaden vorhanden*».

Véanse también I, 6, §§ 15, 18 y 19; I, 15 §§ 362 y 363; y I, 16, § 17, donde se concreta la relevancia normativa de la distinción.

Núm. 162: «A veces, el deudor es responsable de daños y perjuicios sufridos por el acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece que han sido contemplados en el contrato, y que el deudor los ha asumido, expresa o tácitamente, para el caso de incumplimiento de su obligación».

Añade Pothier que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si en el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llegar a tiempo a la canonjía. Y que habría que indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados del cierre del negocio, si la casa le hubiese sido alquilada en su condición de comerciante, o para hacer una posada.

En el núm. 163, se proponen nuevos ejemplos, siempre tras las huellas de Dumoulin. Quien vende de buena fe unas vigas de madera defectuosas, provocando así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquéllas, no responde de los daños consistentes en la destrucción del edificio, salvo que (se trate de persona a quien, por su profesión de carpintero, no quepa excusar el desconocimiento de los vicios de las vigas, y que) la finalidad de las vigas compradas hubiese quedado clara al contratar. Aún en tal caso, si el comprador las utiliza para apuntalar un edificio diferente y mayor que el contemplado al tiempo de la celebración del contrato, el vendedor responderá, como máximo, hasta una suma igual al valor del edificio más pequeño, que fuera el contemplado. Salvo que otra cosa se pacte expresamente, la responsabilidad del vendedor de las vigas se extenderá sólo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquél, porque lo normal es desamueblar las casas que se apuntalan. Por el contrario, cuando una vivienda se derrumba por vicio de construcción, el constructor no sólo habrá de indemnizar al propietario el valor de la casa, sino también el de los muebles que hubiera en su interior y no se hubiesen podido salvar.

El objetivo siguiente del jurista francés es armonizar lo dispuesto en C. 7. 47. 1, modificándolo en lo necesario, con el criterio general de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

Núm. 164: «Por lo que respecta a los daños y perjuicios de los que tiene que responder el deudor que no ha cumplido su obligación, caso de no podérsele reprochar dolo alguno, nos resta advertir que, cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben ser evaluados y liquidados con rigor, sino con una cierta moderación».

«Con base en este principio, ordena Justiniano en la ley única, *Cod. de sentent. quae pro eo quod interest*, que los daños y perjuicios, *in casibus certibus*, es decir, como explica Dumoulin [...], cuando no se relacionan sino con la cosa objeto de la obligación, no puedan ser evaluados en más del doble del valor de esta cosa, comprendido dicho valor».

Aquí propone Pothier el ejemplo de la evicción de un viñedo, comprado en 4.000 libras, pero que valía 16.000 en el momento de la evicción, por haber abierto el Rey, con posterioridad a la venta, un canal que hacía posible la exportación del vino. Conforme a la ley de Justiniano, la indemnización no podría superar las 8.000 libras.

«El principio sobre el que reposa tal decisión —añadía el jurista francés— es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que con el consentimiento y la voluntad de las partes. Luego se estima que el deudor, al obligarse a la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento de la obligación, no ha pretendido ni querido obligarse más que hasta la suma a que ha podido razonablemente prever que podría ascender, como máximo, dicha indemnización, y no más allá; por tanto, cuando resulta que esta indemnización asciende a una suma excesiva, en la que el deudor jamás ha podido pensar, debe ser reducida y moderada hasta la suma a la que se podía razonablemente pensar que, como máximo, ascendería, considerando que el deudor no ha consentido en obligarse a más. *Molin. tract. eo quod interest*, núm. 60.

»Esta ley de Justiniano, en tanto en cuanto limita la moderación de las indemnizaciones excesivas *precisamente* al doble del valor de la cosa, es una ley arbitraria, que carece de autoridad de ley en nuestras Provincias. Pero el principio en el que está fundada, que no permite que un deudor al que no pueda reprochársele dolo alguno responda más allá de la suma hasta la que ha podido pensar que podrían como máximo elevarse, al ser un principio fundado en la razón y la equidad natural, debemos seguirlo, y moderar conforme a dicho principio la indemnización de los daños y perjuicios, cuando sea excesiva, dejando esta moderación al arbitrio del juez».

Y en el núm. 165, tras afirmar que el uso de tal moderación de la indemnización será también aplicable a los daños extrínsecos, a los que no cabía aplicar, en cambio, la citada ley de Justiniano, Pothier nos ilustra con los ejemplos siguientes. El tonelero que vende un tonel defectuoso, provocando con ello que se estropee el vino extranjero u otro licor de extraordinario valor introducido en dicho tonel por el comprador, no debe ser condenado a indemnizar todo el daño causado, sino sólo hasta el valor de un tonel del mejor vino del país (aunque valga mucho más del doble que el tonel vendido), porque, al vender el tonel, no ha creído cargar con otro riesgo, al no haber podido prever que se introduciría en él un licor de mayor precio. De igual manera, el constructor que antes veíamos que había de responder también de la pérdida de los muebles que se encontraban en la vivienda derruida por el vicio de construcción, si resultaran ser joyas o manuscritos de inmenso valor, no responderá sino hasta el valor que ordinariamente alcanzan los muebles de una persona de la condición del comprador.

En lo fundamental, las ideas de Pothier fueron recogidas en el artículo 1150 del Código Civil francés: «*Le debiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée*». Ha de destacarse, sin embargo que el que era el artículo 47 del título «*Des obligations*» del Proyecto de Código Civil del año VIII de la Comisión de Gobierno: «*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine moderation lorsqu'il n'y a point dol de la part du debiteur*» (8), fue finalmente rechazado por los legisladores franceses, muy poco amigos de dejar terrenos de juego al artíbrio judicial (9).

Entre nosotros, criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar fue conscientemente rechazado por los autores del Proyecto de 1851 (tampoco aparecía en el Proyecto de 1836; véase su art. 1008), aunque por razones no demasiado poderosas. En el comentario de García Goyena al artículo 1016 del Proyecto isabelino, podemos leer: «La dificultad de estimar el cuanto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó o pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera».

Aquel criterio volverá a aparecer en el artículo 1124.I del Anteproyecto de 1882-1888: «Los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación»; citándose como fuentes del mismo el artículo 1016 del Proyecto de 1851, el artículo 1128 del Código Civil italiano de 1865 (se trata de una errata; debió citarse el art. 1228, idéntico al art. 1150 CC francés) y el artículo 1154 del Anteproyecto del Código Civil belga de Laurent. Es asimismo en el Anteproyecto de 1882-1888, en concreto al final de su artículo 1120, donde va a aparecer por primera vez en nuestra codificación la facultad de moderación judicial de la responsabilidad contractual no dolosa, prevista hoy al final del artículo 1103 CC.

2. A la hora de trazar un panorama de Derecho comparado (10), cabe afirmar que el criterio de la previsibilidad de daño al tiempo de contratar, como criterio de imputación objetiva del daño contractual,

(8) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (1827, reimpr. 1968), II, p. 166.

(9) Véanse las palabras de Bigot-Préameneu en FENET, *Recueil...*, cit., XIII, p. 233, temeroso de que un artículo así condujera a una injustificada equidad contra los intereses del acreedor, cuya causa no hay por qué mirar con desfavor.

(10) Otros datos en TREITEL, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII (*Contracts in General*), cap. XVI (*Remedies for the Breach of Contract*) (1976), núms. 82 ss., pp. 59 ss.

ha sido acogido por los Códigos latinos más significativos. A los ya mencionados anteriormente, puede añadirse el artículo 1225 del Código Civil italiano de 1942: «*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui e sorta l'obbligazione*».

Impera también dicho criterio en el Derecho anglosajón desde el famoso caso *Hadley v. Baxendale*, decidido en 1854 por la *Court of Exchequer*.

La parte demandante era propietaria de un molino en Gloucester cuyas operaciones quedaron paralizadas por la rotura de un eje. Entregó el eje roto a la parte demandada, que se había comprometido a transportarlo hasta la fábrica de Greenwich que tenía que construir un eje nuevo, utilizando el roto como modelo. La parte demandada retrasó reglamente el transporte varios días, y la parte demandante le reclamó 300 libras, en concepto de beneficios dejados de obtener con el molino a causa del retraso. En primera instancia, el juez dejó la cuestión al arbitrio del jurado, que estimó en parte la pretensión; pero los demandados apelaron con éxito, en reclamación de un nuevo juicio por falta de adecuadas instrucciones al jurado. Alderson B. fijó así los principios en los que el juez tendría que instruir al jurado en el nuevo juicio.

«Pensamos que la regla apropiada en un caso como el presente es ésta: cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados, equitativa y razonablemente, consecuencia natural —i. e., con arreglo al normal discurrir de las cosas— de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo. Así pues, si las especiales circunstancias bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado fueron comunicadas por la parte demandante a la parte demandada, y conocidas de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato, que razonablemente contemplarían, sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato bajo esas especiales circunstancias, así conocidas y comunicadas. Pero, si esas especiales circunstancias fueron, en cambio, completamente desconocidas por la parte que incumplió el contrato, sólo podría suponerse que, como máximo, ha contemplado la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente, y en la gran mayoría de los casos no caracterizados por ninguna circunstancia especial, de un tal incumplimiento de contrato. Porque, si las especiales circunstancias hubieran sido conocidas, las partes podrían haber proveído específicamente para el incumplimiento del contrato, mediante una

cláusula especial relativa a la indemnización en tal caso; y sería muy injusto privarlas de esta oportunidad» (11).

No se trata de una casualidad. El proceso de derivación existente entre el artículo 1150 del Código Civil francés y las reglas establecidas en *Hadley v. Baxendale* ha sido explicado de manera convincente (12). El artículo 1150 francés fue el modelo del apartado primero del artículo 1928 del Código Civil de Luisiana, del siguiente tenor (rev. 1825): «*When the debtor has been guilty of no fraud or bad faith, he is liable only for such damages as were contemplated, or may reasonably be supposed to have entered into contemplation of the parties at the time of the contract*» [«*Lorsque le debiteur n'a été coupable d'aucune fraude ou mauvaise foi, il n'est sujet qu'aux dommages que les parties ont eu ou peuvent raisonnablement être souposées avoir*»

(11) «Si hemos de aplicar los principios sentados más arriba al presente caso —continúo diciendo Alderson B.— encontramos que las únicas circunstancias comunicadas por la parte demandante a la parte demandada en el momento de contratar fueron que el objeto a transportar era el eje roto de un molino, y que la parte demandante era el molinero de dicho molino. Pero ¿hasta qué punto mostraban razonablemente esas circunstancias que los beneficios del molino iban a resultar impeditidos por un retraso irrazonable en la entrega del eje roto por el transportista a un tercero? Supóngase que la parte demandante tuviera otro eje en su poder, instalado ya o instalándose en ese momento, y que sólo deseara reenviar el eje roto al ingeniero que lo fabricó; es claro que ello sería plenamente congruente con las mencionadas circunstancias y, sin embargo, el retraso irrazonable en la entrega no tendría efectos sobre los correspondientes beneficios del molino. O también, supóngase que, en el momento de la entrega al transportista, la maquinaria del molino hubiese fallado en otros extremos, porque, entonces, se seguirían los mismos resultados. Es cierto que, aquí, el eje fue enviado, efectivamente, para servir de modelo de uno nuevo, que la falta de uno nuevo fue la única causa del paro del molino, que la pérdida de beneficios se derivó efectivamente del no envío del nuevo eje en tiempo oportuno, y que esto se derivó del retraso en la entrega del roto para servir como modelo. Pero es obvio que, en la gran multitud de casos de molineros que envían ejes rotos a terceros en circunstancias normales, con toda probabilidad tales consecuencias no se habrían producido. Se sigue, por tanto, que la pérdida de beneficios que nos ocupa no puede ser considerada razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido contemplada equitativa y razonablemente por ambas partes, cuando celebraron su contrato. Porque esa pérdida, ni habría derivado naturalmente del incumplimiento de este contrato en la gran multitud de tales casos que ocurren en circunstancias normales, ni las especiales circunstancias que, quizás, la habrían hecho una consecuencia natural y razonable de dicho incumplimiento de contrato fueron comunicadas a la parte demandada o conocidas por ella».

(12) Por KÖNIG, «*Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung —zu Art. 82, 86, 87 EKG*», en LESER/VON MARSHALL, *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer* (1973), pp. 80 ss.; vid. también DANZING, «*Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law*», *Journal of Legal Studies* 2 (1975), pp. 249 ss.; SIMPSON, «*Innovation in Nineteenth Century Contract Law*» *Law Quarterly Review* 91 (1975), pp. 273 ss.

eu en vue, au temps du contrat]. En la página 67 de la segunda edición de la obra de Theodore Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages* (1852), de extraordinaria influencia en la doctrina y la jurisprudencia del *common law*, puede leerse: «En un reciente caso en Luisiana se dice, reconociendo la autoridad de Pothier y Toullier, que la indemnización que una parte puede obtener a consecuencia del incumplimiento del contrato es la de aquellos daños que [...] puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por las partes al tiempo de contratar; y ésta es, quizás, la línea más definida que puede trazarse en la materia». Sin olvidar que en 1806 se publicó en Londres una traducción de Evans del *Traité des Obligations* de Pothier bajo el título *A Treatise on the Law of Obligations and Contracts*; que, desde 1802, existía una traducción de dicho *Traité*, realizada por F. Martin, editada en USA bajo el título *A Treatise on Obligations Considered in a Moral and Legal View*; que, en 1822, Best J. afirmó, en *Cox v. Troy*, que la autoridad del Tratado de Pothier era «lo más elevada posible, cercana a la decisión de un tribunal de justicia en este país»; que, en 1835, fue «encarecidamente recomendado», como manual para estudiantes, en la muy exitosa obra de Samuel Warren, *A Popular and Practical Introduction to Law Studies*; y que fue reiteradamente citado por Blackburn en su clásica monografía sobre la compraventa en 1845. Todo lo cual nos da una buena imagen de los extendido de las opiniones del jurista francés en el mundo anglosajón (13).

Y tampoco fue causal el momento en que la «importación» por parte de la jurisprudencia anglosajona del criterio de imputación objetiva que nos ocupa tuvo lugar. Un momento en el que la nueva clase dominante precisaba de un Derecho cierto y previsible, que funcionase como un mecanismo de relojería. Un Derecho libre del arbitrio de los jurados, que permitiera a la ascendente clase empresarial calcular con la mayor exactitud posible las consecuencias jurídicas de sus decisiones económicas, y disponer así de una información necesaria para realizar certeramente sus análisis de costes-beneficios. Y un Derecho, también, que subsidiase indirectamente a las nacientes empresas de bienes y servicios, de finanzas todavía poco sólidas, limitando sus costes de responsabilidad contractual (14).

(13) Los últimos datos se han tomado de SIMPSON, «The Horwitz Thesis and the History of Contracts», *University of Chicago Law Review* 46 (1979), p. 590; y CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON, *Law of Contract*, 11.^a ed. (1986), p. 17.

(14) Además de los trabajos de Danzing y Simpson que acabamos de citar, vid. PATTERSON, «The Apportionment of Business Risks through Legal Devices» *Columbia Law Review* 24 (1924), p. 324, McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 138, p. 564 ss.; ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), pp. 431 s.

El criterio de imputación objetiva establecido en *Hadley v. Baxendale* ha sido confirmado, precisándolo, por la jurisprudencia posterior. Justamente se considera clásica la reformulación realizada por Asquith L.J. en el caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (1949) (15).

«1. Está bien establecido que la finalidad que gobierna a la indemnización de daños es la de poner a la parte cuyos derechos han sido violados en la misma situación, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, que si sus derechos hubiesen sido respetados [...]. Esta finalidad, si implacablemente perseguida, le proporcionaría un completo resarcimiento de todo el perjuicio derivado *de facto* de un concreto incumplimiento, por más que improbable, por más que impredecible. Esto, al menos en materia de contratos, es considerado una regla demasiado dura. Por ello:

»2. En los casos de incumplimiento de contrato, la parte dañada sólo tiene derecho al resarcimiento de aquélla parte del perjuicio efectivamente causado que era razonablemente previsible, al tiempo de contratar, como susceptible de derivarse del incumplimiento.

»3. Qué era, en ese momento, razonablemente previsible, depende de la información entonces poseída por las partes, o, en todo caso, por la parte que posteriormente incumple.

»4. A estos efectos, la información «poseída» es de dos clases: una, imputada; la otra, efectiva. Se considera que cualquiera, como persona razonable, conoce el «ordinario discurrir de las cosas» y, consecuentemente, qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la «primera regla» de *Hadley v. Baxendale* (16). Pero a esa información, que quien incumple un contrato

(15) En este caso, la compañía demandante, titular de una empresa de lavandería y tintorería, decidió extender su negocio. A este efecto, y también al de poder obtener unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración, precisaba de una caldera para hervir el agua de dimensiones mayores que las de aquélla que venía utilizando; algo nada fácil de conseguir a consecuencia de la guerra. La compañía demandada, una firma de ingenieros, se comprometió a conseguir para la demanda, y a poner a su disposición el día 5 de junio, una cierta caldera de las dimensiones requeridas, instalada en otro lugar; pero ésta caldera resultó dañada durante el traslado, y la entrega no pudo efectuarse hasta el 8 de noviembre. La demanda conocía la naturaleza de los negocios de la demandante, y que pretendía hacer uso inmediato de la caldera; pero ignoraba que ésta tenía en perspectiva los mencionados contratos con la Administración. Se reclamó una indemnización por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra por la pérdida de los extraordinarios beneficios que habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que razonablemente podrían haberse obtenido desde junio a noviembre, de haberse dispuesto de una caldera mayor, por contratos de carácter ordinario.

(16) Se habrá notado que la llamada «primera regla» de *Hadley v. Baxendale* coincide con la afirmación de Pothier (núm. 161 de su *Traité des Obligations*) de que

se entiende que posee, tanto si efectivamente es así como si no, puede tener que añadirse en un caso concreto la información que aquél realmente posea sobre circunstancias especiales fuera del «ordinario discurrir de las cosas», de tal clase, que un incumplimiento en esas especiales circunstancias sería susceptible de producir un perjuicio mayor. Esa hipótesis hace que entre en juego la «segunda regla», a fin de hacer también indemnizable el perjuicio adicional.

»5. Al efecto de que quien incumple el contrato sea responsable bajo cualquiera de las reglas, no es necesario que efectivamente se haya preguntado qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento. Como con frecuencia se ha hecho notar, en el momento de contratar las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Basta que, si hubiera considerado la cuestión, hubiese concluido, como una persona razonable, que el perjuicio en cuestión era susceptible de producirse [...].

»6. Ni, finalmente, para hacer un concreto perjuicio resarcible, necesita ser demostrado que, dado un nivel de información, la parte demandada, actuando como una persona razonable, pudiera prever que un incumplimiento conduciría necesariamente a ese perjuicio. Basta [...] con que el perjuicio (o algún factor sin el cual no habría ocurrido) sea una «seria posibilidad» o un «riesgo real». Por brevedad hemos empleado la palabra «susceptible» / «*liable*» / de producirse. Posiblemente la expresión coloquial «*on the cards*» indica el matiz de significado con alguna proximidad a la precisión».

El criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar ha triunfado también, en fin, en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. El artículo 82 de la *Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, dispone: «Si el contrato no se resuelve, la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato en que haya incurrido una de las partes comprende la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por la otra parte. Esa indemnización no excederá de la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener que la parte que haya incurrido en incumplimiento debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tenía o debiera haber tenido conocimiento, como posible consecuencia del incumplimiento de contrato» (17).

Y el artículo 74 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en

los daños intrínsecos, en cuanto ordinariamente previsibles, son, por principio, los indemnizables.

(17) Vid. también los artículos 86 y 87, y WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1976), Vor Artt. 82-89 EKG, Rdnr. 1ss., esp. 53 ss.

Viena el 11 de abril de 1980, y a la que España se ha adherido por Instrumento de 17 de julio de 1990 (B.O.E. de 30 de enero de 1991), dispone, en la versión oficial en castellano: «La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya ocurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya ocurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrario» (18).

3. En el núm. 166 de su *Traité des Obligations*, se ocupó finalmente Pothier de la responsabilidad del deudor doloso:

«Los principios que hemos establecido hasta ahora no son de aplicación cuando es el dolo de mi deudor lo que ha dado origen a mis daños y perjuicios. En esta hipótesis, el deudor es responsable, sin distinción, de todos los daños y perjuicios que he sufrido, a los que su dolo ha dado lugar, no sólo los que he sufrido en relación con la cosa objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños y perjuicios que he sufrido en relación con mis demás bienes, sin que haya lugar a distinguir y discutir en este caso si cabe considerar o no que el deudor los asumió: porque aquél que incurre en dolo se obliga, *velit, nolit*, a la reparación de todo el mal que ese dolo causará, *Molin. Ibid.* núm. 155.

»Por ejemplo, si un tratante me ha vendido una vaca que sabía estaba infectada de una enfermedad contagiosa, y me ha ocultado ese vicio, este ocultamiento constituye dolo por su parte, que le hace responsable del daño que he sufrido, no sólo en la vaca misma, sino también en todos mis otros animales a los que esta vaca ha contagiado; 1. 13 ff. *de act. empt.*: porque es el dolo de ese tratante lo que me ha causado todo ese daño».

Pero, tras dejar patente con las citadas palabras que, en los supuestos de incumplimiento doloso, no cabe aplicar la distinción entre daños previsibles al tiempo de contratar (de ordinario, sólo

(18) Vid. también los artículos 75, 76.1 y 78, y HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (1982), §§ 403 ss.; KNAPP, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Viena Sales Convention* (1987), pp. 538 ss.; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990), Art. 74, Rn. 1 ss.

los intrínsecos), y daños imprevisibles en dicho momento, no resarcibles éstos en caso de incumplimiento no doloso, escribió Pothier:

Núm. 167: «Por lo que se refiere a otros daños que he sufrido, que son una consecuencia más alejada e indirecta del dolo de mi deudor, ¿será éste responsable? Por ejemplo, si, continuando con el mismo supuesto, el contagio que se ha comunicado a mis bueyes por la vaca que me he sido vendida me ha impedido cultivar mis tierras, el daño que he sufrido por el hecho de que mis tierras han permanecido sin cultivar parece también una consecuencia del dolo del tratante que me ha vendido la vaca apestada; pero se trata de una consecuencia más alejada que la que he sufrido en mis animales por efecto del contagio: ¿responderá al tratante de este daño? ¿*Quid*, si la pérdida que he sufrido en mis animales, y el daño que me ha causado por la falta de cultivo de mis tierras, me han impedido pagar mis deudas, y mis acreedores han embargado y vendido mis bienes a bajo precio? ¿responderá también el tratante de este daño? La regla que creo que debe seguirse en esta hipótesis es que no deben comprenderse, entre los daños y perjuicios de los que el deudor es responsable por razón de dolo, los que además de consecuencia alejada, no son consecuencia necesaria de aquél, y pueden tener otras causas [...].».

No puede caber la menor duda de que fue la opinión de Pothier en el texto que acabamos de transcribir la que quiso consagrarse al disponer en el artículo 1151 del Código Civil francés que, incluso en el caso de dolo, el deudor sólo responderá de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por el acreedor, en la medida que sean «*une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*». Y no puede caber ninguna duda, por consiguiente, de que, a la luz de sus antecedentes, la distinción entre daños «inmediatos y directos» y daños «mediatos o indirectos» en modo alguno puede ponerse en relación con la distinción entre daños intrínsecos —categoría mucho más restringida que la de los daños inmediatos y directos— y daños extrínsecos.

Así lo explicaron, con toda claridad, los exégetas franceses (19), criticando con los textos de Pothier en mano el desliz en

(19) Por todos, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon. Traité des contracts ou des obligations conventionnelles en général*, 3.^a ed. (1878), XVI, núms. 295 ss., pp. 354 ss.

que incurrió Bigot-Préameneu cuando, al exponer los motivos del citado artículo 1151, dijo, confundiendo los daños directos con los daños intrínsecos: «No sería justo extenderla [la indemnización de daños y perjuicios] a pérdidas o ganancias que no fuesen una consecuencia inmediata y directa de dicho incumplimiento. Así, no se debe tener en cuenta más que el daño sufrido en relación con la cosa o hecho que era objeto de la obligación, y no aquéllos que el incumplimiento de esta obligación hubiera causado además al acreedor en sus otros negocios u otros bienes» (20).

Lo que conviene tener claro, al menos por estas razones:

a) Probablemente bajo la influencia del ALR prusiano, los pandectistas alemanes entendieron la distinción entre daño inmediato y daño mediato como un trasunto de la distinción romanista entre daños *circa rem* y *extra rem* (21); no pudiendo extrañar, entonces, que los redactores del BGB rechazasen un criterio de imputación como el de «lo inmediato o no» de los resultados dañosos (22), que, en el sentido en que ellos lo entendían (que no como lo entendió Pothier, y debe entenderse en el Código Civil francés), limitaba excesiva e injustificadamente la responsabilidad del deudor.

b) En la doctrina italiana se ha escrito, con error de bulto: «No me parece que pueda dudarse en reconocer en la distinción romanística entre daños *circa rem* y daños *extra rem* la raíz histórica y a la vez racional de la moderna distinción entre daños directos e indirectos, acogida por primera vez *expressis verbis* en el artículo 1151 del Code Napoleon» (23). Desde esta premisa, no puede sorprendernos que un importante sector de la doctrina italiana, y en general la jurisprudencia, hayan sentido la necesidad de corregir la letra del artículo 1223 del Código Civil italiano (con precedente en el art. 1229 CC de 1865, traducción literal del art. 1151 francés), a fin de evitar la exagerada limitación de la cuantía indemnizatoria a la que erróneamente se cree que conducen las palabras «*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». (24).

(20) Vid. FENET, *Recueil...*, XIII (1827, reimpr. 1968), p. 233.

(21) Véase la nota 7 de este Apéndice; WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed. (1906), II, § 258, pp. 60 s.; DERNBURG, *Pandekten*, 3.^a ed. (1892), § 45, pp. 122 s.

(22) Vid. los *Motive zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich*, II (1888), p. 18.

(23) Así, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile* (1960), p. 43. En el mismo sentido, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.^a ed. (1979), I, p. 220 y 233 s.

(24) Vid. por todos DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale UTET» (1970), pp. 419 ss.

c) Y sobre todo, porque quizá pueda servirnos de ayuda para tratar de entender la historia de una norma literalmente tan absurda como la del párrafo segundo del artículo 1107 CC, y en la búsqueda de una sensata interpretación correctora de la misma.

Si comparamos el sistema de criterios de imputación objetiva del daño contractual de los Códigos Civiles francés y español, veremos que, en aquél, el deudor no doloso únicamente responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1150), que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato (art. 1151); y el deudor doloso responde de todos los daños que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (art. 1151). Mientras que, en nuestro Código, el deudor no doloso únicamente responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1107.I.1.^a), que sean consecuencia necesaria del incumplimiento (art. 1107.I.2.^a); y el deudor doloso responde de todos los daños que «conocidamente se deriven» del incumplimiento (art. 1107.II).

Si se acepta que la expresión «consecuencia necesaria» de nuestro artículo 1107. I es equivalente a la expresión «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos frances e italiano, no existe diferencia por lo que a la responsabilidad del deudor no doloso respecta. Pero la regla que, literalmente interpretado, parece sentar el artículo 1107.II —la de que el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben conectados causalmente con la falta de cumplimiento, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones—, es un despropósito injustificable y sin parangón alguno en el Derecho comparado; porque no de otro modo cabe calificar el poner a cargo del deudor doloso daños que, conforme a los criterios de la «adecuación», el «riesgo general de la vida», la «prohibición de regreso», la «provocación», etc., no puedan ser considerados objetivamente imputables al incumplimiento doloso, por más que éste haya sido «condición contingentemente necesaria (*condicio sine qua non*)» del acaecimiento de los mismos.

El origen del artículo 1107.II CC se halla en el artículo 1016 del Proyecto de 1851, donde, tras disponerse que «en el resarcimiento de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que fueron consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato», se añadía que «en caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él».

Dos cambios fundamentales, por tanto, respecto las normas del Código Civil francés. Uno, al que ya nos hemos referido, así como al muy débil argumento ofrecido para él por García Goyena, la eliminación de la limitación del *quantum respondatur* del deudor no doloso

a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar. Y otro, la supresión, para el caso de incumplimiento doloso, del límite de las consecuencias inmediatas y directas. Sobre el que escribió García Goyena:

«En este segundo párrafo nos apartamos también del art. 1151 francés, y damos mayor extensión a la responsabilidad; la citada ley del Código [se refiere a la ley única, C. 7, 47, 1, más arriba transcrita] no ponía tasa o coto a ella en los delitos.

«Bastara, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata e inevitable».

Naturalmente, el hecho de que la citada ley de *Codex*, que fijaba para el *id quod interest* el límite máximo del doble del valor de la prestación, no fuese aplicable a los incumplimiento dolosos, en modo alguno implica que en éstos tuviera el deudor que responder de todos los daños de los que el incumplimiento fuese condición *sine qua non*. A mi juicio, el despropósito de García Goyena sólo puede comprenderse desde una de estas dos hipótesis, o desde una combinación de ambas:

i) Dicho autor interpretó erróneamente las palabras «*une suite immédiate et directe*» del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables sólo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19, 1, 21, 3. En efecto, en sus glosa al artículo 1016 del Proyecto del 1851, escribió García Goyena que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés «se hallan reemplazadas por la de “consecuencia inmediata y necesaria” que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*» (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código Civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que éste?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanas les pareció tal, incluso para el deudor no doloso.

ii) García Goyena partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado peor que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código Civil francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate*.

et directe (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso).

Como ya indicamos, en el artículo 1124.I del Anteproyecto 1882-1888 volvió a acogerse, para el deudor no doloso, el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar. Pero el artículo 1124.II rezaba así: «En caso de dolo le serán exigibles todas las (sic) (25) que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación». Se mantenía, por tanto, la absurda regla del Proyecto de 1851, remachándola, incluso, con el adjetivo «todas». ¿Por qué no se volvió también a este respecto al sensato criterio de los artículos 1151 del *Code* y 1129 del Código Civil italiano de 1865? ¿Seguiría acaso pesando el error que atribuimos a García Goyena en la primera de las hipótesis antes avanzadas?

El artículo 1107 CC sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

i) Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código Civil francés y 1223 del vigente Código Civil italiano.

ii) O mantener que, cuando el artículo 1107.II CC dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendida ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de

(25) El sujeto implícito de esta oración parecer ser «consecuencias dañosas»; pero el párrafo primero del artículo hablaba de «los daños y perjuicios».

haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es sólo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la «familia latina», también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso.

El error en la transacción

JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Profesor titular de Derecho civil

INTRODUCCION

Con el presente trabajo de investigación, pretendemos analizar la forma de funcionamiento y las especialidades —en su caso— del instituto del error, dentro del contrato de transacción. Nos situamos, pues, frente a un tema de gran tradición desde el punto de vista tanto legal como doctrinal.

Por lo que a las disposiciones legales concierne, conviene recordar que ya el Derecho romano se ocupó, aunque un tanto tangencialmente, de esta problemática. Son emblemáticas a este respecto las referencias contenidas en la Ley 42, título IV, Libro II del Código de Justiniano; o en las leyes 9, 10, 11 y 12, título XV, Libro II del Digesto. Del mismo modo, nuestro Código Civil trata la cuestión en el artículo 1817 completado por los 1818 y 1819.

Desde la óptica doctrinal, ha sido bastante grande la preocupación de la doctrina francesa, italiana y alemana, las cuales han dedicado un buen número de monografías al error en la transacción. No se puede decir lo mismo de la doctrina española, que, exceptuando el estupendo trabajo del profesor Gullón sobre la transacción en general (1), y las interesantes aportaciones de los profesores Albaladejo (2) y Luna Serrano (3), apenas ha reflexionado poco más (4) sobre el alcance exac-

(1) GULLÓN, «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo XLIII, vol. II, Madrid, 1964.

(2) ALBALADEJO, «Derecho civil», II, Derecho de obligaciones, volumen segundo (Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales), Barcelona, 1989, págs. 436-450.

(3) LUNA SERRANO, «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIII, Madrid, 1980, págs. 107 y ss.

(4) MANRESA, «Comentarios al Código Civil», tomo XII, sexta edic. revisada por J. Gómez Isabel, Madrid, 1973, págs. 125 y ss.; MOZO, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1950, págs. 673 y ss.; MUCIUS

to de los tres preceptos citados y sus conexiones y diferencias respecto de las otras legislaciones de nuestro entorno. Nuestro Tribunal Supremo, por su parte, no ha elaborado un cuerpo lo suficientemente compacto de doctrina jurisprudencial al respecto, encontrándose sentencias aisladas y soluciones casuísticas. Ello contrasta con la jurisprudencia de otros países, v. gr., la francesa, que se distingue por su coherencia, al menos en el campo en donde más ha funcionado la doctrina del error en la transacción en ese país: el de las convenciones transaccionales celebradas con posterioridad a la producción de daños extracontractuales entre el perjudicado y el causante del daño o la compañía aseguradora, generalmente por consecuencia de accidentes de circulación (5).

Refiriéndonos ya en concreto a los preceptos sobre invalidez de las transacciones vigentes en nuestro país, conviene advertir de la imprecisión terminológica utilizada por el legislador de 1889, así como de la superación de antiguas concepciones sobre el fundamento o la naturaleza de este tipo de contratos, operada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del presente siglo, y que provoca la introducción de una serie de elementos distorsionadores en la interpretación de los artículos 1809 a 1819, tremadamente difíciles de coordinar con las concepciones imperantes a finales del siglo XIX. Si a ello unimos la falta de criterios precisos y unánimemente aceptados sobre el ámbito del error como causa de invalidez de los contratos en general, la inexistencia de puntos de referencia más o menos seguros sobre cuál fue la auténtica intención del legislador, y finalmente, el poderoso poder de atracción ejercido en la materia por los códigos alemán e italiano, con su forma especial de configurar el error transaccional, conforman un panorama de complejidad pocas veces superado. Todo lo cual probablemente nos lleve a unas conclusiones, como las que más abajo defenderemos, que, aunque, razonablemente sostenibles, no podrán ser, obviamente, definitivas e irrefutables. Quede, pues, constancia de que, aun cuando estemos convencidos de la bondad de nuestras soluciones, las reconocemos desde ya como imperfectas, por cuanto nos movemos continuamente sobre terrenos pantanosos.

SCAEVOLA-VÁZQUEZ GUNDIN, «Código Civil», tomo XXVIII, Madrid, 1953, págs. 245 y ss.; OGAYAR AYLLÓN, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dirigidas por M. Albaladejo), tomo XXII, vol. II, Madrid, 1979, págs. 1 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, notas a la traducción española del «Tratado de Derecho civil», tomo II, 2, segunda parte, de ENNECCERUS-LEHMANN, Barcelona, 1966, págs. 849 y ss; SANAHUJA, «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1945, págs. 230 y ss.

Recientemente, destaca de manera especial la monografía sobre el error en general del profesor MORALES MORENO, «El error en los contratos», Ed. CEURA, Madrid, 1988, donde hace algunas interesantes referencias al error en la transacción.

(5) Cfr. al respecto, la amplia cita jurisprudencial de BOYER «Transaction», en *Encyclopédie DALLOZ*, tomo VIII.

No podemos olvidar que la estructura y forma de funcionamiento del contrato de transacción es tremadamente enrevesada y, en cierto modo, etérea. Nos hallamos ante un tipo de contrato que, a diferencia de la mayoría de los negocios jurídicos, carece de un objeto materialmente aprehensible. Por otra parte, la finalidad perseguida por los transigentes no es, primariamente, el intercambio de bienes o servicios, sino la resolución de una disputa o, cuando menos, de unas diferencias no siempre contrastables; sólo mediáticamente, se sirven de recíprocos intercambios, en tanto en cuanto se utilicen para la conclusión de la controversia. Por último, y puesto que tiene que haber recíprocas concesiones, para conocer si éstas se efectuaron o no, deben compararse, no derechos cedidos o renunciados, sino *pretensiones* desechadas o reducidas. Todo ello dificulta aún más el estudio del error en la transacción, por cuanto el análisis de los vicios del consentimiento deberá hacerse sobre bases necesariamente inseguras.

Antes de entrar en materia, conviene trazar las líneas generales en el desarrollo de la investigación. Para entrar en un asunto tan complicado, nada mejor que la exposición de varios casos de la vida real extraídos de la jurisprudencia, en donde puedan verse ya los posibles problemas y dificultades con que nos vamos a tropezar, los intereses en juego, las soluciones judiciales.

A partir de ese momento, nuestra atención se centrará en la discusión, muy claramente polarizada en nuestra doctrina por las tesis, por un lado, del profesor Gullón y, por otro, del profesor Albaladejo, sobre cómo se configura en general el error en el contrato de transacción. Para el primero, y dicho por el momento en términos en exceso genéricos, existe una específica doctrina sobre el error en la transacción, que giraría alrededor de la dicotomía *error in caput controversum* (en adelante, ECC)-*error in caput non controversum* (en adelante, ECNC). Para el segundo, y también *grosso modo*, los arts. 1817-1819 no consanaran especialidad alguna en materia de error, sino que constituyen una aplicación sin más de la disciplina general de los artículos 1265 y ss. (en concreto, del art. 1266 del Código Civil).

Analizaremos ambas posturas —con sus posibles variantes—, intentaremos colocarnos en el lugar de sus defensores, buscando con la mayor vehemencia los mejores argumentos jurídicos que las apoyarían, suponiendo al mismo tiempo una discusión imaginaria entre defensores y detractores de cada una de ellas. Ello nos conducirá a una o varias conclusiones generales. A partir de ellas se podrá ya elaborar la doctrina particularizada de cada uno de los distintos casos o supuestos de error susceptibles de presentarse en la aplicación de los preceptos legales.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Siguiendo la planificación establecida más arriba, es nuestra intención comenzar el planteamiento de la discusión con la exposi-

ción de diversos supuestos prácticos que, sin lugar a dudas, nos ilustrarán, creemos que bastante bien, de todos los problemas básicos subyacentes al error transaccional y de los distintos enfoques legales y doctrinales utilizados para solucionarlos.

I.1. Supuesto primero

Don Carlos, esposo y padre de los demandados, de profesión probador de aviones, estando realizando las revisiones pertinentes de un aparato volador, sufre un accidente, en el que fallecen tanto él como el mecánico del aparato, don Juan de Dios, hijo de los demandantes don Juan y doña María. Los demandados —esposa e hijos de don Carlos— hicieron firmar a los actores un contrato por el cual se repartían a partes iguales las indemnizaciones derivadas de las pólizas de seguro concertadas en su momento y que se suponía amparaban a los fallecidos. Con posterioridad, los actores otorgaron un poder notarial a un tercero para que en su representación cobrase las sumas estipuladas a su favor y que constituían una parte de las desembolsadas por la compañía aseguradora. Los poderdantes tuvieron después conocimiento de que la póliza de seguros alcanzaba únicamente al ocupante de la avioneta, y no al piloto. Por ese motivo acudieron ante el juez e impugnaron el contrato celebrado alegando la existencia de vicio del consentimiento (6).

I.2. Supuesto segundo

La sociedad L. Soler y Cía se comprometió en 1870 a prestar a don Ignacio González la cantidad de 90.000 pesos, para financiarse la construcción del —así llamado— «ingenio Santa Ana» (al parecer, se trataba de la estructura fabril necesaria para la explotación de la caña y su transformación en azúcar). Fallecido don Ignacio sin devolver lo prestado, su esposa doña María, heredera de aquél, contrata con la sociedad que ésta se encargaría de la continuación en la construcción y administración de la citada industria. Tras varias liquidaciones en las que iban aumentando las sumas a devolver por doña María, en la

(6) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1973 (art. 2460).

En este litigio, los actores alegaron la concurrencia de error en el consentimiento, dolo y expresión de causa falsa, aunque en ningún momento se planteó la posibilidad de que el contrato celebrado constituyese una transacción, a la que le fuese aplicable el art. 1817,1 del Código Civil.

En Primera Instancia, la demanda fue desestimada. En apelación, se dio lugar al recurso, declarando el dolo de los demandados. En casación, no prosperó el recurso interpuesto por éstos.

última de ellas, celebrada en 1877, se reconocía deudora de 358.099 pesos, y hacía extensiva a esa cantidad la hipoteca que pesaba sobre el «ingenio». Procedió la sociedad en ejecución de la industria, a lo que se opuso la citada señora aduciendo que en la última liquidación se cambió el saldo, de pesos (billetes) en oro. Estando pendiente la ejecución, llegaron las partes a un acuerdo transaccional, por el que doña María confesaba deber a la sociedad una serie de sumas de dinero en oro, obligándose a no impugnar jamás el crédito, mientras que la compañía aceptaba reducir parte de la cantidad adeudada. La transacción fue aprobada por auto del juez al día siguiente.

Tras pagar una parte de la deuda, la propietaria decide vender el «ingenio» a un tercero, don Augusto, quien, tras el incumplimiento de la venta entabló una ejecución contra aquélla. Ello provocó la interposición de una demanda de tercería de dominio y de mejor derecho por parte de la sociedad acreedora, alegando la vigencia del contrato de transacción. El comprador y la vendedora conjuntamente se oponen a la demanda alegando la exigencia de vicios del consentimiento en la citada transacción (7).

I.3. Supuesto tercero

La actora, doña Rosaura, circulando por las calles de Santander en una motocicleta conducida por don Angel, fue embestida por un automóvil propiedad de don Juan R., y conducido por su sobrino don Juan P.; dicho automóvil estaba asegurado por la compañía «Plus Ultra». Como consecuencia de la colisión, la actora sufrió unas lesiones que tardaron en curar seiscientos veintiocho días. Algun tiempo después, el conductor de la motocicleta, don Angel, renunció en presencia judicial a toda indemnización. Por su parte, doña Rosaura, tres meses después del accidente, transigió por escrito (parece, pues, que de forma separada y no ante el juez), recibiendo de la compañía de seguros 15.000 pesetas, y renunciando a toda ulterior indemnización.

Posteriormente, la actora presentó una demanda suplicando al juez la nulidad de la transacción celebrada, y reclamando de la compañía una indemnización de 200.000 pesetas, de las que habrían de deducirse las 15.000 ya recibidas. Alegó que, cuando dio su consentimiento a

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1891.

En este caso, se opuso por los demandados la nulidad del contrato, considerado como de transacción, en base al dolo de la sociedad demandante y al error de la parte demandada, entre otras alegaciones.

La Sala de lo Civil de la Audiencia de La Habana declaró la nulidad de la transacción. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, declarando la improcedencia de la anulación de la transacción, por no concurrir la hipótesis de dolo, aparte de otras diversas consideraciones.

la transacción, desconocía con exactitud la gravedad de sus lesiones, lo que descubrió posteriormente a la vista de la tardanza en la cura de las mismas (8).

I.4. Supuesto cuarto

En procedimiento judicial de declaración de herederos abintestato en la herencia de los hermanos don Antonio y don Mariano, se celebró ante el Juzgado, en noviembre de 1941, un convenio transaccional entre varias personas. En él, todos los participantes se reconocen herederos de los finados, pero se acuerda la exclusión de la herencia de los demandantes, a quienes se les entregaría una cantidad de dinero. Incumplida la obligación de dar la suma, aquéllos reclaman judicialmente el cumplimiento de lo acordado en la transacción, a lo que se oponen los demandados mediante el argumento, entre otros, de que hubo error por su parte, en cuanto que uno de los demandados creía concurrir a la herencia en condición de heredero de su hermana doña Mercedes, hermana a su vez de los causantes. Alegó también la existencia de un documento falso (el certificado del Registro de Actos de Ultima Voluntad), en donde se afirmaba falsamente que la tal doña Mercedes carecía de testamento, lo que no era cierto (9).

I.5. Supuesto quinto

Don José, asegurado de accidentes mediante tres pólizas concertadas con la «Compañía Central de Seguros, S. A.», tuvo un accidente del que se le diagnosticó por dictamen médico lesiones oculares y pérdida de visión del ojo izquierdo. En la creencia de que no iba a aumentar la gravedad de las lesiones, celebró el 7 de octubre de 1977 con la aseguradora un negocio jurídico o «finiquito» en donde se estipuló que el asegurado don José recibiría como indemnización la can-

(8) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1965.

Aquí la actora adujo error en el contrato celebrado con la aseguradora, lo que fue rechazado por el juez de Primera Instancia. La Audiencia Territorial, sin embargo, revocó la sentencia y declaró la nulidad de la transacción, condenando a los demandados al pago de 80.000 pesetas en concepto de indemnización. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1958 (art. 2479).

En este pleito, tanto en primera instancia como en Apelación, se condenó a entregar a los demandantes las cantidades derivadas de la transacción. En casación, no prosperó el recurso basado, entre otros motivos, en la falsedad del documento citado, por haber un error no esencial en los recurrentes, y por presentarse un documento nuevo que, según el artículo 1818, no afecta a la transacción, salvo mala fe (que no la había).

tidad de 1.229.000 pesetas aproximadamente. Resultó, sin embargo, que las lesiones evolucionaron en el sentido de provocar la incapacidad permanente en ambos ojos. El sujeto asegurado interpuso demanda judicial, pidiendo la nulidad absoluta del acuerdo celebrado con la aseguradora por estar viciado el consentimiento del actor, reclamando en consecuencia la suma total de 7.750.000 pesetas derivadas de la efectividad de las tres pólizas de seguro concertadas en su momento. La demandada adujo, entre otras cosas, que el «finiquito» era un contrato de transacción y que el empeoramiento de la salud del demandante fue una circunstancia previsible al celebrarse el contrato (10).

A la vista de estos supuestos de la vida real, estamos ya en condiciones de plantear, por ahora sólo esquemáticamente, los principales puntos de discusión que suelen originar las transacciones en el campo concreto de la invalidez de tales contratos:

1. ¿Qué especialidades, si las hay, se presentan en el contrato de transacción cuando alguna de las partes pretende impugnarlo en base a un vicio del consentimiento?

En todos los supuestos más arriba recogidos, uno de los transigentes pretende (o tiene la posibilidad de pretender) una resolución judicial que declare la nulidad (relativa) del contrato por causa de error, dolo, incluso intimidación. Los autores se han preguntado: ¿de qué modo juega en este campo la especialísima finalidad de las transacciones?

Hemos de tener en cuenta que los sujetos de una transacción persiguen eludir la intervención judicial, solucionando sus diferencias jurídicas a través del concreto mecanismo de las recíprocas concesiones, de las renuncias recíprocas a parte de sus correspondientes pretensiones —que no derechos, por cuanto generalmente no se sabe con certeza si los tienen o no—. Esa es su finalidad, su causa. Si esto es así, es decir, si lo que los transigentes buscan es solventar privadamente sus disputas, si lo que desean es que no se replanteen en el futuro sus dudas originarias sobre si tenían o no derecho a algo o sobre algo, ¿no resultará conveniente restringir al máximo las causas de anulación del contrato?

2. Vicios del consentimiento y defectos en la causa de la transacción:

Hemos dicho que en las transacciones no hay sujeción a derechos preexistentes, sino a simples pretensiones, coincidentes o no con la realidad jurídica. Pues bien, ello provoca no pocos problemas cuando, tras la celebración del contrato, unas de las partes descubre su inexacto conocimiento de esa realidad e intenta impugnar el acuerdo echan-

(10) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1982 (art. 2604).

El juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando la nulidad de la transacción por error esencial. Esta decisión fue confirmada tanto en apelación como en casación.

do mano a los remedios más usuales que la ley le proporciona: los vicios del consentimiento o los defectos en el componente causal. ¿Cómo se nos presentan las fronteras entre consentimiento y causa en este tipo de convenios?

Si ya de por sí son difíciles de deslindar ambos grupos de mecanismos —vicios en el consentimiento y defectos causales— en cualquier contrato de los usuales (v. gr., compraventa, arrendamiento...), con mayor justificación los límites se diluyen en un contrato tan «etéreo» como la transacción. Así se pone de manifiesto con sólo echar un vistazo a los textos de la doctrina nacional y extranjera, la cual no siempre ha sabido bien —es preciso reconocer que, por lo demás, no es nada sencillo— dónde terminaban los problemas de consentimiento y dónde empezaban los de la causa.

3. El alcance del error en la transacción, según que recaiga sobre la base del contrato o sobre el punto o puntos específicamente discutidos:

De los casos desarrollados, se deduce con claridad que cuando se utiliza el error como medio de impugnación de un convenio transaccional, el impugnante suele alegar su ignorancia total o su inexacto conocimiento de hechos que se habían tomado —dentro de la incertidumbre en cuanto a los resultados que preside siempre toda discusión— como «seguros» y que, por tanto, no fueron objeto del acuerdo. La cuestión es: ¿existen apoyos suficientes en nuestro ordenamiento jurídico para defender que la eficacia del error como modo de anular las transacciones depende directamente de que la equivocación haya recaído o no sobre el llamado *caput non controversum*, el punto o puntos no controvertidos?

Como correlato de lo anterior: ¿hasta qué punto un error referido a una de las cuestiones resueltas por la transacción, esto es, un error sobre el llamado *caput controversum*, carece de trascendencia a efectos de anulación, según nuestro ordenamiento?

4. Error y dolo en la transacción:

Suele ser habitual cuando se ataca de nulidad (relativa) un contrato, aducir más de un defecto contractual. Si no se sabe con certeza el tipo de vicio realmente utilizado por la contraparte, es muy frecuente impugnar al mismo tiempo en base a dolo y, subsidiariamente, en base a error —o viceversa—, al plantearse el litigio ante los tribunales. La pregunta ahora es: puesto que toda actuación dolosa de una parte provoca un falso conocimiento de las cosas en la otra, ¿de qué modo puede influir en ese error causado por el dolo el hecho de recaer o no sobre una cuestión controvertida, sobre el *caput controversum* o *non controversum*?

5. El error de derecho:

Suele ser éste uno de los tradicionales caballos de batalla en la discusión doctrinal sobre el ámbito del error en la transacción. Por

influjo, sin duda, de algunas legislaciones, v. gr., la francesa o la italiana, suele plantearse la doctrina española si, entre las hipótesis en que procede el error en esta suerte de contratos, tiene alguna cabida el error de derecho, esto es, el falto o inexacto conocimiento de las normas jurídicas aplicables a la relación anterior a la transacción (o a la transacción misma), cuando ese error fue el que propició las mutuas renuncias o sacrificios de las dos partes transigentes.

6. La situación de presumible equilibrio de las partes en la transacción:

En las transacciones, nos hallamos teóricamente en un campo en donde no hay partes más poderosas o prepotentes que otras. Puesto que los sujetos que intervienen en ellas ejercitan su derecho de pretensión jurídica, teniendo la posibilidad de demandar todo lo que tengan por conveniente, tengan o no un real derecho sobre lo pretendido. Puesto que son contratos que se celebran de forma más o menos esporádica, a la vista de inminentes o ya presentes litigios ante los tribunales, y sin sujeción a contratos-tipo con unas condiciones generales de contratación estereotipadas.

A pesar de ello, creemos, a la luz de los casos más frecuentes de la jurisprudencia, que en la práctica sí que se puede dar, y de hecho se da, una cierta prepotencia de una de las partes intervenientes en los acuerdos transaccionales. Casi siempre suele haber una compañía de seguros que intenta evitar un litigio en aplicación de un contrato de seguro por ella concertado, ofreciendo al particular perjudicado una reparación en cuantía inferior a la real, como modo de impedir los elevados gastos derivados de un futuro o actual litigio ante los tribunales. Aquí sí que pueden haber importantes abusos, en cuanto el particular, que quiere escapar a toda costa de un proceso judicial, se ve abocado a transigir con la aseguradora cobrando menos.

Si luego resulta, lo que es frecuente, que hubo algún planteamiento equivocado por parte del sujeto más débil, se acude a los tribunales impugnando la transacción por dolo de la aseguradora o, en última instancia, por error del perjudicado. De ahí que, al tratar el error en la transacción, no podamos perder de vista la situación real en que se hallaban las partes al ponerse de acuerdo, y los intereses a proteger, cuando nos pronunciemos por un punto de vista concreto acerca del alcance del error transaccional.

7. La presencia de la autoridad judicial en la celebración de las transacciones. Su influencia, cuando hubo error:

De las hipótesis presentadas, se sabe que en algunas de ellas, o bien se transigió directamente en presencia judicial, o bien se llegó a un acuerdo fuera del proceso y luego se solicitó la aprobación judicial, o bien, finalmente, aquél se produjo en acto de conciliación.

Cualquier investigador mínimamente perspicaz tiene que preguntarse, máxime a la vista de los artículos —entre otros— 1809, 1816,

1817 y 1819 de nuestro Código Civil, si, y en su caso, de qué manera repercute la intervención judicial en el conocimiento y/o aprobación judicial de las transacciones. Quizá —y esto es por el momento sólo una hipótesis de trabajo— la participación directa o indirecta del juez en la conclusión de un contrato de transacción provoca importantes consecuencias en el concreto campo de los vicios del consentimiento, específicamente en el del error, en el sentido de hacer más restrictiva la anulación por este motivo. La duda, caso de ratificarse esta hipótesis, radicaría en conocer si esto debe ser así siempre que intervenga el juez o sólo en casos muy concretos, y hasta qué punto se reduciría el campo de actuación del error.

II. LA VISION TRADICIONAL DEL ERROR EN LA TRANSACCION

Desde los años treinta aproximadamente, viene siendo habitual en los Tratados sobre Derecho de contratos en general, así como en las monografías sobre transacción, la defensa de un especial modo de funcionamiento del error en los acuerdos transaccionales. Se trata de utilizar, como criterio básico a la hora de decidir la eficacia anulatoria o no anulatoria del error, el dato de que dicho error haya recaído o no sobre el punto controvertido objeto de transacción. Concretamente, se defiende:

1. Cuando afecta al punto o cuestión controvertido (ECC), no es posible anular la transacción por error. Un ejemplo: A y B litigan sobre la autenticidad de un cuadro propiedad del primero, y que acababa de venderle el segundo al precio de 100; para A es falso, para B, auténtico. Al final, las partes transigen reduciendo el precio a 80. Luego, se descubre que efectivamente era falso, y A impugna la transacción por error. De acuerdo con el punto de vista expuesto, la transacción será inatacable por error por cuanto ese error afecta al punto controvertido, el de la autenticidad o falsedad del cuadro (11).

La doctrina ha discutido acerca de la posible extensión del *caput controversum*, sobre si dentro de él tiene cabida no sólo el error de derecho *in caput controversum*, sino también el error de hecho. A este tema nos referiremos más adelante.

Un ejemplo más —similar al anterior— de ECC irrelevante a efectos de anular una transacción, que nos puede servir para comprender mejor la cuestión de fondo subyacente: A y B discuten acerca de la propiedad de un cuadro y, careciendo en ese momento de documen-

(11) Ejemplo tomado de VALSECCHI, «Giuoco e scommessa. Transazione», *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, vol. XXXVII, tomo 2, Milano, 1954, p. 332, aunque un tanto modificado.

tos que la acrediten, deciden sortearlo entre ellos, comprometiéndose a entregar por quien finalmente se lo quede la mitad de su valor a la otra parte. Con posterioridad A descubre entre sus papeles el documento que demuestra su propiedad sobre el cuadro, por lo que decide impugnar la transacción. Esa impugnación será irrelevante, pues la cuestión controvertida fue la de la propiedad del cuadro, no pudiendo quedar supeditada la validez del contrato a la aparición de un documento nuevo (12).

2. En cambio, cuando concierne a cuestión no discutida ni transigida (ECNC), es perfectamente factible la impugnación por error. V. gr., como si se litiga entre un heredero testamentario y un legitimario sobre la parte de herencia correspondiente al primero, y luego se desubre que el testamento en que las partes se basaron era ineficaz por haber sido revocado por el testador. Aquí podrá atacarse el contrato por error-vicio en cuanto que el error no afectó a la cuestión discutida (la parte de herencia correspondiente al heredero testamentario), y porque, de haberse conocido al celebrarse el contrato, no se hubiera transigido o se habría hecho de otra manera. Sobre el alcance del ECNC, también hay diversas variantes entre la doctrina.

Bajo este punto de vista subyace una manera determinada de enfocar los vicios del consentimiento en la transacción, eminentemente restrictiva, muy especialmente por lo que concierne al error. Es intrínsecamente inadecuado para las transacciones —se piensa— dejar la puerta demasiado abierta para la alegación del error, porque ello supondrá, de prosperar la impugnación, la reprimiración de la disputa originaria, que fue precisamente lo que se trató de evitar con el acuerdo. Por ese motivo, es frecuente encontrar en las legislaciones algunos preceptos que impiden aducir el error si recae sobre la cuestión controvertida.

Aun cuando hay y ha habido otras posiciones doctrinales acerca del error transaccional, no hay ninguna duda de que ésta ha sido y sigue siendo la posición mayoritaria tanto en la doctrina italiana, como en la española. En Alemania, la defensa de una posición similar resulta enormemente fácil, a la vista del párrafo 779 BGB, que claramente trascibe la dicotomía ECC-ECNC —aunque sin esas expresiones latinas—, y cuya influencia en la doctrina de los demás países ha sido decisiva a la hora de apoyar una especial visión del error en la transacción (13).

(12) Ejemplo tomado de MORALES MORENO, «El error...», *cit.*, p. 249.

(13) En España, esa influencia ha sido ejercida a través de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotadores que fueron de ENNECCERUS, «Tratado de Derecho civil», tomo II, 2, segunda parte (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF), traducción de P. González y Alguer, tercera edic. española revisada por Ferranis Vilella, Barcelona, 1966, pp. 849 y ss.

En nuestro país, ha dicho recientemente Luna Serano (14), en apoyo de esta postura mayoritaria, que «el contexto en que se articulan las distintas normas (arts. 1817-1819), sus antecedentes históricos y legislativos, la realidad social sobre la que las normas han de aplicarse y, sobre todo, el espíritu y la finalidad de aquéllas, admiten perfectamente la interpretación... de que nuestro Derecho positivo acoge la doctrina tradicional de la irrelevancia del *error in caput controversum* y de que sus preceptos incluyen, aunque implícita o indirectamente, la distinción de éste y el error *in caput non controversum*».

Es por eso, por lo que resulta conveniente ir desglosando uno a uno todos los motivos que, según nuestra doctrina, justifican la asunción de la tesis defensora de la dicotomía ECC-ECNC. Empezaremos analizando en primer lugar la base histórica de la distinción, y seguiremos con los distintos criterios interpretativos que el Código civil nos proporciona en el art. 3.1 (sistemáticos, sociológicos, teológicos, etc.)

II.1. El argumento histórico

Dicen los autores (15) que ya en Derecho romano el error transaccional gozaba de un régimen especial, diferenciado del resto de los contratos.

Es paradigmática a estos efectos la constitución recogida en la Ley 42, título 4, Libro II del *Codex de Justiniano*. Se trata de una constitución de los Emperadores León y Antemio, que, traducida, viene a disponer lo siguiente: «Si fundados en falsos documentos se hubieren celebrado transacciones o pactos, aunque en ellos se hubiese interpuesto juramento, mandamos que sean anulados, aun probada civilmente su falsedad, pero de manera que, si dichos pactos o transacciones hubieren sido hechos sobre muchas cuestiones o capítulos, sea anulada tan solamente aquella disposición o parte que se probare haber sido basada sobre un instrumento falso, permaneciendo firmes los demás capítulos, *salvo si también se decide la controversia suscitada sobre aquello que se dice que es falso.*»

Parece, pues, claro, a la vista de esta disposición, concluir que ya estaba en la mente del legislador romano, aunque no de forma expresa, las ideas fundamentales de la reciente doctrina del ECC-ECNC: cabe anular la transacción por falsedad de documentos, *a menos que la falsedad misma haya sido el objeto concreto litigio* que derivó en el convenio transaccional; siendo así, el contrato será inatacable por afectar —

(14) «La ineficacia de ...», *cit.*, p. 147.

(15) VALSECCHI, *Ob. cit.*, p. 330; GULLÓN, *ob. cit.*, p. 166; LUNA SERRANO, *ob. cit.*, p. 144.

en terminología moderna— al *caput controversum*. Aun cuando, como ha señalado Peterlongo (16), la norma pudiera estar referida al dolo, y no al error, es indudable que ya estaba presente la dualidad citada.

De esta constitución, así como de alguna otra, v. gr., C. 2, 4, 19 (17) o C. 2, 4, 30 (18), se deduce, además, la escasa eficacia anulatoria que el Derecho romano atribuía al error en las transacciones: sólo las actuaciones dolosas surtían efectos en la impugnación de tales contratos. Esa tendencia restrictiva en cuanto al error cuadra perfectamente con el espíritu subyacente a la distinción ECC-ECNC, de acuerdo con la cual apenas si debe permitirse anular aquéllos por un equivocado o inexistente conocimiento de la realidad, en especial cuando afecta a las cuestiones debatidas. No hay que olvidar, por lo demás, la gran similitud existente entre estos preceptos y el art. 1817, 1 del Código Civil español, en cuanto en él se introduce la falsedad de documentos como causa específica de anulación de las transacciones, separadamente del dolo y del error.

A todo ello, hay que unir otros fragmentos romanos en donde resulta manifiesta la poca relevancia del error en las transacciones. Por ejemplo, en C. 2, 5, 1, se afirma la ineficacia anulatoria del error de cálculo.

Dentro del Digesto justiniano, hay también algunas leyes de especial interés en este tema. Así, en D. 2, 15, 7 se declara la validez de la transacción (más exactamente: su inimpugnabilidad; por causa de error, evidentemente) concertada después de una sentencia suscep-

(16) Citado por GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 166.

(Una aclaración: nos ha sido materialmente imposible consultar las dos monografías más conocidas sobre la transacción en Derecho romano: la de PETERLONGO, «La transazione nel diritto romano», Milán, 1936, y la de BERTOLINI, «Della transazione secondo il diritto romano», Torino, 1900.)

Sí hemos podido consultar, sin embargo, alguna otra bibliografía sobre la transacción en derecho romano, que recogemos seguidamente:

ABOUCAYA, «Essai sur l'histoire de la transaction en Droit romain», en *Revue Historique de Droit Français et étranger*, 1959, pp. 275 y ss.; LITEWSKI, «L'admissibilité de la transaction en cours d'appel dans la procédure civile romaine», en *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, tomo XI, 1964, Bruxelles, pp. 233 y ss.; BECK, «Überlegungen zum Klassischen Vergleichrecht», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. IV, Milano, 1956, pp. 1 y ss.

(17) C. 2, 4, 19: «El Derecho —dice— no consiente que se rescinda una transacción hecha de buena fe, so pretexto de haberse encontrado después un instrumento. Mas si se probase que, habiendo sido sustraídos los instrumentos con que se pudo probar la verdad, arrancó uno por sí, o por medio de otro, la decisión del pleito, la *exceptio pacti* es rechazada con el auxilio de la réplica de dolo malo, si verdaderamente subsiste la acción, y si ya se ha extinguido, puedes ejercitarte únicamente la acción de dolo dentro del tiempo establecido.»

(18) C. 2, 4, 30: «Como después de hecha una transacción confiesas que ha habido dolo más bien por tu parte que por la de aquéllos contra quienes suplicas, es grave y hasta criminal para tí que se renueve la cuestión.»

tible de apelación, precepto éste claramente concordante con nuestro artículo 1819, párrafo segundo. Igualmente, D. 2, 15, 9, relacionado con una transacción entre hermanos sobre el contenido de una herencia, en el que se acepta la impugnación, pero por engaño del hermano. Finalmente, y en lo concerniente a la limitación del objeto de dichos contratos, hay en el Digesto diversos fragmentos de bastante interés que inciden indirectamente sobre el *caput controversum*, en cuanto determinan qué ha de entenderse por tal en casos concretos: D. 2, 15, 5 (continúan en el mismo estado los litigios acerca de los cuales no se hizo mención); D. 2, 15, 9 (no cabe oponer la excepción de transacción cuando se transigió con el tutor sobre su parte de tutela por éste administrada, y luego demanda en representación de su hermano también sujeto a tutela), etc.

Esa irrelevancia del error transaccional en la época romana también resulta patente en las pocas alusiones al mismo que podemos encontrar en el Derecho histórico español. Concretamente, la Ley 34, título 14 de la Partida 5, cierra —o parece cerrar, pues no es muy expresiva— el paso al error, permitiendo únicamente el dolo:

«E por ende dezimos —señala—, que la auenencia, e el pleyto que assi fuesse fecho, que deue ser guardado, también por vna parte, como por la otra: e quanto quier que montasse aquella parte, que quittasse el demandador, no la podria despues demandar: e maguer se quisiese defender, diciendo, que se mouiere a facer el pleyto, o el quitamiento, por las escatimas que le paraua delante del demandado, non deue valer. Fueras ende, si el demandador pudiera prouar, *que el demandado le fizó engaño*, en fazerle perder las cartas, o embargarle los testigos con que pudiera prouar su demanda; e que por esta razon fizó el quitamiento de la debda, o de alguna Partida della: ca si lo prouasse, estonce bien podria demandar, e cobrar, aquella parte que ouiesse assi quita.»

Finalmente, en lo que concierne a los antecedentes más inmediatos de los arts. 1817-1819 del Código Civil, concretamente a los distintos proyectos de Código, no contienen éstos variaciones sustanciales en relación a la redacción actual, en materia de error. Y el propio García Goyena ya reconocía la directa influencia de los arts. 2053, 2054, 2055 y 2058 del Código francés, «copiados en los otros códigos modernos» (19), citando asimismo como precedente del art. 1727 del Proyecto de 1851 (correlativo a nuestro párrafo primero del 1817), la ley 42, título 4, Libro II del Código justiniano, ya recogida más arriba.

De todas estas citas históricas se puede obtener la conclusión de que la tesis defensora de la poca trascendencia del error transaccional,

(19) GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil», tomo IV, Madrid, 1852, p. 135.

primordialmente cuando recae sobre el punto o puntos controvertidos (ECC), entraña directamente con la tradición romana y los precedentes medievales españoles. Nuestros preceptos legales vigentes deben ser interpretados a la luz de las antiguas disposiciones, acogiendo la dicotomía ECC-ECNC en tanto no conste una forma distinta de entender aquéllos de acuerdo con otro u otros criterios interpretativos.

II.2. El dato literal y sistemático

A pesar de todo, no hay que exagerar los datos históricos, por muy claros que sean, en el sentido de basar exclusivamente en ellos una concreta postura sobre una cuestión jurídica. Por cuanto, como todos sabemos, las coordenadas sociales, económicas y culturales en que se elaboraron las antiguas normas, eran frecuentemente muy distintas de las que precedieron a la promulgación de los textos vigentes, y éstas al propio tiempo, cuando han estado vigentes durante un lapso temporal considerable, diversas, a su vez, de las que rigen en la época en que en concreto se aplican. Por eso, conviene ceñirse a las normas vigentes y buscar en ellas apoyos al punto de vista que se defiende.

En esta dirección, nuestros arts. 1817 a 1819 ofrecen argumentos de cierta entidad para apoyar la tesis de la ineficacia del ECC y la consiguiente eficacia del ECNC.

En primer lugar, el 1817, 1 nos ofrece el primero. En él aparece la «falsedad de documentos» como causa de anulación (nulidad relativa) de las transacciones. Así pues, en el caso de que alguno de los documentos considerados como relevantes en una controversia concluida después por transacción, fuere declarado o reconocido falso (v. gr., un testamento en el que se basaron las partes para transigir sobre la porción correspondiente a cada una de ellas), el acuerdo podrá impugnarse a petición de la parte que equivocadamente creyó en su veracidad. No hay aquí otra cosa que un error sobre punto no controvertido que da lugar a nulidad. La tradicional regla, pues, se cumple.

En segundo lugar, el art. 1819, 1 del Código Civil. En él, se establece la posibilidad de pedir la nulidad (literalmente, «la rescisión») del contrato «si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por *ignorar la existencia de la sentencia firme* alguna de las partes interesadas». Se trata, por tanto, en opinión de la mayoría de la doctrina (20), de un caso de error (ignorancia o inexacto conocimiento) sobre un hecho extrínseco a la cuestión debatida y transigida —que podía ser cualquiera imaginable—, al

(20) MUCIUS SCAEVOLA; MANRESA, *Ob. cit.*, p. 182; GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 37 y ss.; LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 146, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, segunda edic. revisada y ampliada, Barcelona, 1982, p. 639.

cual la Ley le otorga el efecto de servir de cauce para, si así lo desea el sujeto que incurrió en él, pedir del juez la anulación. Es un caso específico de ECNC con eficacia anulatoria que corrobora, además, la atención prestada por el legislador a las particularidades del error en los convenios transaccionales, en contraposición a las reglas generales de los arts. 1265 y ss. del Código Civil.

Ahora bien, el análisis de los preceptos legales aún no ha concluido. Porque, ¿qué sucede con el art. 1817, 1 —en lo concerniente a la «falsedad»—, el 1817, 2, el 1818 y el 1819, 2, todos ellos preceptos inevitablemente conectados con el ámbito de actuación de los vicios del consentimiento en materia transaccional? ¿Cuál es el sentido que hay que darles para hacer encajar todas las piezas y llegar al resultado de que nuestro Código asume plenamente la dicotomía ECC-ECNC? Porque, evidentemente, si no es factible una precisa coordinación entre todos ellos, ¿no sería lógico pensar que la «falsedad del 1817, 1 y el 1819, 1 son «especificaciones» (21) de la regla general (art. 1265 del Código Civil) de la trascendencia invalidante del error, al cual parece remitirse el 1817, 1?

Esto último es justamente lo que tratan de evitar los defensores de la dicotomía, porque, a su juicio, de aplicarse las reglas generales sobre error, la transacción dejaría de tener virtualidad práctica. Sin embargo, ello no es tarea fácil, por cuanto falta en nuestro ordenamiento jurídico una norma similar a los arts. 1969 italiano o 779 alemán, de acuerdo con los cuales el intérprete no tiene más remedio que apuntarse a la distinción entre el *caput controversum* y el *caput non controversum*, con más o menos matizaciones. En nuestro Código, además, se ha de salvar el importante escollo que supone la remisión global del 1817, 1 al 1266 (en materia de error), con la sola excepción del párrafo segundo del mismo precepto.

Es, sin embargo, el párrafo 2 del 1817 el que puede ser de utilidad para defender la trascendencia de la citada distinción ECC-ECNC o, cuando menos, para hacer ver la menor importancia práctica del error en las transacciones. Dice al respecto este párrafo: «Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.»

Dejemos por el momento de lado la cuestión de qué significa «apartarse de un pleito comenzado», que más adelante analizaremos. Supongamos, como simple hipótesis no verificada, que el legislador ha querido aludir a las transacciones judiciales: nos va a dar igual por ahora. Pues bien, en las transacciones celebradas en estas circunstancias, la Ley dispone la ineficacia anulatoria del «error de hecho». Pero entonces, ¿qué ocurre con el error de derecho? Teóricamente, haciendo una interpretación estrictamente literal del precepto, sería posible alegarlo, sirviéndonos de la técnica del *a sensu contrario*.

(21) Expresión utilizada por LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 146.

Esta posibilidad debe ser rápidamente desechada, por excesivamente simplista. No es sensato sostener que el legislador español de 1851 o de 1889, indudablemente influenciado por el Código francés o el italiano, tuviese intención de dar eficacia al error de derecho en las —así llamadas por el momento— «transacciones judiciales», quitándosela al error de hecho, cuando en aquellos cuerpos legales es el de derecho el que carece de trascendencia. Lo lógico debe ser lo contrario: la presuposición del legislador español acerca de la inutilidad de la alegación de error de derecho en estas situaciones, por pugnar con la misma naturaleza y función de la transacción (22). Y si es correcta esta idea, no hay más remedio que sostener la incapacidad anulatoria del error de derecho, tanto cuando «las partes se apartaron (por la transacción) de un pleito comenzado» (art. 1817, 2) (23), como cuando ni siquiera se había iniciado (art. 1817, 1).

Ese párrafo 2 del art. 1817 ha de servir de pauta del espíritu restrictivo dado por el legislador al error transaccional, sea de hecho o de derecho. Pero este error carente de efectos anuladores sólo puede ser el que recae sobre el punto controvertido, ya que el 1817, 2 establece una conexión directa entre objeto de litigio (*caput controversum*) y objeto de transacción. Sólo así cobra sentido la remisión del 1817, 1 a las reglas generales del error, lo cual, a la luz del 1817, 2, tiene que entenderse como aplicación de dichas reglas respecto del ECNC.

Así pues, el párrafo primero del 1817, eje central alrededor del cual giran todas las demás reglas sobre error transaccional, se circumscribe al ECNC. En apoyo de este punto de vista, cabe argüir el criterio sistemático, según el cual, si los arts. 1817, 1 en cuanto a la «falsedad de documentos» y el 1819, 1, acogen supuestos de ECNC con eficacia anulatoria, y el 1817, 2 y el 1818 sólo significan excepciones a la regla del 1817, 1, es porque los dos primeros son manifestaciones de un principio general contenido en el citado párrafo primero del 1817. Carecería de sentido, por lo demás, dedicar dos preceptos —en realidad, tres— a deslindar el ámbito del error en este tipo de contratos si no se pretendiese concebirlo de una manera especial y diferenciada respecto a los restantes contratos. Ese tratamiento especial sólo puede venir de la mano de la distinción, basada en textos clásicos, entre ECC y ECNC.

Hasta aquí, la coordinación entre los arts. 1817, 1 y 2, y 1819, 1. ¿Cuál es ahora el sentido de las restantes normas —1818 y 1819, 2— directa o indirectamente conexas con la materia objeto de nuestro estudio? En cuanto al art. 1818, poco hay que decir. Como ha señalado Gullón, este precepto responde fielmente —ya lo pusimos de manifiesto más arriba— a una trayectoria histórica que tiene su origen

(22) GULLÓN, *Ob. cit.*, pp. 170-171.

(23) En contra, LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 148.

en el Derecho romano (24). Por lo demás, el hecho de que sólo se sancione con la nulidad el comportamiento doloso de una parte ocultando los documentos desconocidos por la otra, es indicativo de la tendencia restrictiva del error en este campo (25).

A esta misma orientación respondería el párrafo segundo del 1819, el cual, aún recogiendo una hipótesis de ignorancia de una sentencia «que pueda revocarse» —de error, pues—, encontraría su fundamento en la voluntad del legislador de prohibir la impugnación, por razones también de tradición histórica (26) (27).

Buscando otros apoyos sistemáticos, al margen del Código Civil, a la tendencia restrictiva del error, se los ha creído encontrar (28), por un lado, en el antiguo art. 13, 2 de la Ley de Arbitrajes de 1953, hoy ya derogado, cuyo contenido, relativo a los vicios del consentimiento en el contrato de compromiso, era el siguiente: «La ignorancia o el error acerca de la falsedad de algún documento fundamental para el derecho de la parte invalidará el consentimiento, a no ser que por el compromiso alguna de ellas se haya apartado de un pleito comenzado» (29).

(24) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 181. No obstante, en otro lugar (p. 175), reconoce que esta disposición, que tenía su sentido en el Derecho romano, en donde la transacción no se anulaba por error, hoy carece de él por cuanto las legislaciones modernas establecen ya el principio contrario.

(25) Ciertamente, no podemos olvidar que la aparición de nuevos documentos desconocidos por una o por ambas partes, constituye, según la óptica más comúnmente aceptada, un caso de ECNC que debería ocasionar la nulidad, aún no habiendo mala fe por parte de uno de los transigentes. La Ley, acaso, ha querido, siguiendo la tradición, dejar constancia de esa excepción a la regla de la relevancia del ECNC.

(26) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 175.

(27) Sobre este tema, la doctrina romanista ha debatido largamente desde hace décadas sobre los diversos textos romanos atinentes a este punto y su posible interpolación.

(28) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 175.

(29) Tras la nueva Ley de Arbitraje, no está, en principio, muy claro qué ha sucedido con las causas de nulidad (por vicios del consentimiento) del contrato de compromiso o la cláusula compromisoria (hoy, prevalente, según la Ley). Todo parece indicar, sin embargo, que ha sido voluntad del legislador hacer desparecer toda relación de este contrato con la transacción, así como todo vestigio de peculiaridades en el campo de los vicios del consentimiento. Así pues, estos vicios, incluido el error, podrán ser alegados sin más, con el fin de anular el compromiso o la cláusula compromisoria.

Los autores que se han ocupado hasta el momento de la nueva Ley, no han tratado directamente este tema. Vid. al respecto los trabajos de: ALBALADEJO «El art. 8 de la nueva Ley de Arbitraje», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 1990, pp. 69 y ss. (éste es acaso el artículo de ALBALADEJO más relacionado con el tema de la nulidad del compromiso, entre los varios publicados en la citada revista, núms. 4 a 9 de 1990); O'CALLAGHAN, «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en *A.C.*, núm. 1, 1989, pp. 1 y ss.; PANTALEÓN, «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *Revista de la Ley de Legislación*, 1989, I, p. 49; SERRANO ALONSO, «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», en *A.C.*, 1989, p. 517.

Finalmente, se ha querido conectar (30) las disposiciones del error en la transacción con los supuestos en que procede el recurso de revisión de sentencias civiles firmes (art. 1796 LEC), para poner de manifiesto sus similitudes y, en consecuencia, la visión restrictiva que tiene el legislador de los vicios del consentimiento en esta clase de acuerdos. Si se analizan comparativamente los casos del 1796 LEC y los arts. 1817-1819 del Código Civil, sorprenderán sus semejanzas y nos sembrarán, cuando menos, la duda de si en la elaboración de los preceptos del Código se tuvieron en cuenta o no los supuestos en que procede el recurso de revisión.

Todos estos datos conforman un panorama reductor de las posibilidades de actuación del error transaccional y, al mismo tiempo, favorecedor de la tesis que defiende la sola relevancia anulatoria de lo que se ha dado en llamar el ECNC. Estos argumentos no son, sin embargo, los únicos. Acaso los más sustanciales son los que a continuación pasamos a examinar.

II.3. El argumento teleológico y sociológico

En el apartado anterior hemos buscado la justificación literal y sistemática de la asunción por nuestro Código, en el art. 1817, 1 del ECNC, esto es, del error sobre punto no controvertido. Hace falta ahora responder adecuadamente la otra pregunta: ¿dónde y cómo justificar la irrelevancia del ECC o error sobre la cuestión concretamente discutida?

La solución se halla, a juicio de los partidarios de esta tesis, en el análisis teleológico-sociológico del conjunto de las normas del Código sobre el contrato de transacción.

¿Cuál es la finalidad última de la celebración de un convenio transaccional y qué mecanismos se pueden utilizar, según los preceptos legales, para asegurar el logro de ese objetivo? se plantean los autores como punto de partida de su indagación.

La respuesta es obvia: la composición de la *litis*, la resolución de un conflicto jurídico pendiente entre las partes —haya dado lugar o no a un proceso judicial—, de modo que quede cerrada de cara al futuro la posibilidad de replantear la disputa.

Si éste es el fin primordial de la transacción, si se pretende que la transacción sea una forma de evitar la intervención del juez en la solución de la controversia, a través de un acuerdo privado con

(30) Es más, según algunos autores, la regulación de las causas de anulación de la transacción es más restrictiva que la referida a los casos en que procede el recurso de revisión de sentencias firmes. Vid. al respecto MUCIUS SCAEVOLA, *Ob. y vol. cit.*, p. 364.

mutuas concesiones, es sensato que las distintas regulaciones legales traten de reducir las posibilidades de replantear la disputa originaria. Una de esas posibilidades es la de obtener la anulación de la transacción en base a un vicio del consentimiento, v. gr., el error. En consecuencia, no es lógico otorgar la misma amplitud al error en la transacción que en el resto de los contratos. Lo contrario pugnaría —dicen los autores, con una unanimidad sorprendente— con la naturaleza misma y la estructura del contrato de transacción (31).

Este último es el argumento decisivo, argumento que no tiene otra base que el análisis teleológico de las normas sobre dicho contrato. Si, de acuerdo con nuestro art. 1809, «la transacción es un contrato por el cual las partes... evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado», no hay más remedio que conciliar el objetivo perseguido con los medios para alcanzarlo. Uno de esos medios tiene por fuerza que consistir en una reducción de la operatividad del error.

Sin embargo, no puede olvidarse que la transacción es un contrato, *sui generis*, pero contrato al fin y al cabo, en el cual deben funcionar con la misma o similar intensidad los vicios del consentimiento en que pudieran incurrir las partes transigentes. Por eso es por lo que, en materia de error, el error irrelevante debe ceñirse al llamado ECC, es decir, el error que recayó sobre la cuestión conflictiva sobre la cual específicamente se transigió. De muy poco o de nada servirían las transacciones si se permitiese a las partes alegar, siempre que quisiesen, su perspectiva equivocada sobre la existencia real de los derechos objeto de la discusión. Por una razón simplísima: cuando dos partes transigen, es seguro —salvo casos muy excepcionales— que *una de ellas se equivoca* (32) en cuanto a sus pretensiones. Permitir aducir el error sobre el derecho o la relación jurídica concretamente controvertidos significaría dar al traste con el sentido práctico de este tipo de contratos.

Bien es cierto que estas afirmaciones suelen hacerse por los autores en relación a la relevancia en las transacciones del *error de derecho* sobre el *caput controversum*. Es en esta suerte de error donde más

(31) Cfr. GROPALLO, «Sui casi di nullità della transazione», en *Rivista di Diritto Civile*, 1932, pp. 328-329; VISALI, «La transazione», dentro del vol. «Contratti di garanzia, transazione, cessione dei beni», *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, UTET, Torino, 1980, pp. 375 y ss, y MICCIO, «Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni», *Comm. Codice Civile*, Libro IV, tomo quarto, Torino, 1966, pp. 592 y ss. En España, vid. GULLÓN, *Ob. cit.*, pp. 170 y ss.; LUNA, *Ob. cit.*, pp. 145 y ss.; MORALES, *Ob. cit.*, pp. 167 y ss., y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Ob. cit.*, pp. 863 y ss., etc.

(32) Cfr. BACCIGALUPI, «Note sull errore nella transazione», en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949, pp. 587 y ss.

claramente se observa la razón de ser de su exclusión como causa anulatoria: cuando dos sujetos litigan sobre la nulidad o no de un contrato por ellos celebrado, y llegan a un arreglo a través de recíprocas renuncias, es lógico que no pueda alegarse después la ignorancia o el inexacto conocimiento de una norma jurídica (error de derecho) para impugnar la transacción y reprimir el conflicto. Como ha dicho Ogayar, refiriéndose a este ejemplo, la naturaleza y esencia de la transacción, así como el valor de cosa juzgada (art. 1816 del Código Civil) que se le atribuye, impiden que pueda plantearse de nuevo la cuestión (33).

Ahora bien, lo mismo sucede con los supuestos de error de hecho *in caput controversum*, v. gr., cuando las discrepancias surgen sobre si se ha producido o no una usucapión, es decir, si ha transcurrido ya o no el plazo legal para usucapir, se transige, y luego se descubre la equivocación en que incurrió una de las partes. También en estos casos la transacción tiene que conservar su eficacia frente a la alegación del error, pues las partes asumieron en el acuerdo su posible equivocación, ya que, de otro modo, su virtualidad práctica quedaría muy mermada.

Complementando esta perspectiva, ha dicho recientemente el profesor Morales Moreno que «la transacción supone *un riesgo*, que voluntariamente se acepta, por la ventaja que supone el dar por terminada la cuestión: el riesgo de que la solución pactada se distancie de los respectivos derechos». La razón de la especialidad de los artículos 1817 a 1819 se encuentra —a su juicio— en el carácter aleatorio de este contrato. Ahora bien, en la transacción hay un *ámbito de aleatoriedad* y, junto a él, otro al que la aleatoriedad no se extiende. En conclusión —destaca este autor—, en ese ámbito de aleatoriedad, que coincide con lo que la doctrina ha venido denominando el *caput controversum*, no es posible invocar el error; fuera de él, sí es posible (ECNC) (34).

III. LOS PRINCIPALES PUNTOS DISCUSIBLES DE LA DOCTRINA TRADICIONAL

A pesar de su teórica perfección y sesantez, los planteamientos tradicionales acerca del error transaccional, influidos indudablemente por otros ordenamientos jurídicos, son, a nuestro juicio, susceptibles de un análisis más profundo y no exento de críticas. Ya hemos tenido conocimiento de las situaciones reales en donde puede presentarse una alegación de error, así como una —la más aceptada— de las solu-

(33) OGAYAR, *Ob. cit.*, p. 70.

(34) MORALES, «El error en los contratos», *cit.*, pp. 167-168.

ciones teóricas ideadas, tomando por base los textos legales, para darles conveniente y justa respuesta: de acuerdo con la mayoría de los autores, la proximidad de la transacción a las resoluciones judiciales hace necesario tomar en consideración los puntos controvertidos, impidiendo la eficacia anulatoria del error que recaiga sobre los mismos (ECC), y dejando la puerta abierta al error no afectante a aquéllos. Sólo los datos fácticos o jurídicos no discutidos (ECNC), pero de suficiente entidad (en el sentido de que las partes no habrían transigido o lo habrían hecho con otro alcance de haber conocido su exacta realidad), harán posible la anulación por error de una transacción.

Las críticas contra esta concepción del error transaccional, aun cuando se han producido en todos los países, cualesquiera que fuesen sus respectivos ordenamientos jurídicos, merecen una especial atención en nuestro país. La discusión se presenta en el Derecho español con unos planteamientos mucho más amplios y abiertos que otros países, v. gr., en Alemania, y, en menor medida, en Italia, en donde la doctrina está decisivamente condicionada por los respectivos textos legales. En España, nuestro Código Civil es lo suficientemente ambiguo o, si se quiere, defectuoso, como para propiciar interesantes y profundos debates, los cuales, por desgracia, apenas, si han llegado hasta el momento. Tan sólo el profesor Albaladejo, y sin el suficiente detenimiento —pues su aportación se produce dentro de una obra general sobre Derecho de obligaciones—, ha hecho posible la apertura de la discusión, al intentar rebatir los argumentos tradicionales, defendiendo una visión del error transaccional pretendidamente alejada de tópicos y prejuicios de más de veinte siglos, aunque tampoco carente de imperfecciones. Puesto que la tesis de Albaladejo no está desarrollada hasta sus últimas consecuencias, y puesto que sí lo está la postura contrapuesta, conviene centrar el análisis detenido de cada punto en la argumentación de la perspectiva mayoritaria y la crítica a la misma. Más adelante, cuando el debate haya alcanzado la profundidad suficiente, nos hallaremos en condiciones de defender un punto de vista concreto sobre la materia.

Examinemos uno a uno los aspectos más discutibles de la tesis tradicional, sus posibles puntos flacos.

III.1. Los antecedentes históricos del error transaccional

El tratamiento histórico del error en los contratos de transacción no constituye aquí uno de esos apartados que suelen añadirse convencionalmente a cualquier investigación sobre temas civiles. A nuestro juicio, es uno de los temas decisivos para la resolución de toda esta problemática.

Ya vimos más arriba cómo los partidarios de la disyuntiva ECC-ECNC se apoyaban en textos romanos y medievales para fundamentar

en ellos una pretendida visión unitaria de los legisladores de todas las épocas sobre el error transaccional. Textos como C. 2, 4, 42 o D. 2, 15, 7 o D. 2, 15, 9 o la Ley 34, título 14 de la Partida 5, entre otros, eran utilizados en apoyo de su postura.

La primera pregunta que conviene hacerse es: ¿qué hay de cierto en la afirmación de algunos autores de que el Derecho romano o bien no conoció el error como causa anulatoria de las transacciones, o bien ese error era un error con tintes especiales, diferenciado del de los demás contratos? Y la segunda pregunta: ¿acogió realmente el Derecho romano la dicotomía ECC-ECNC con los efectos que hoy se le atribuyen?

A nuestro juicio, resulta artificioso pretender encontrar en los textos romanos una base para el rechazo del error como causa de anulación de la transacción o para la defensa de la disyuntiva ECC-ECNC. Las normas del *Corpus Iuris* de Justiniano recogen en materia de error transaccional un conjunto de disposiciones de toda índole, muy heterogéneas, sin una verdadera coordinación, y, lo que es más importante, sin un espíritu definido, ni siquiera en cuanto a si el error en estos contratos debe o no tener un ámbito de actuación más reducido.

Es cierto que hay algunas normas con un cierto talante restrictivo. Por ejemplo, C. 2, 4, 10 («[...] No tendrían término alguno los pleitos, si fácilmente pudiera separarse cualquiera de las transacciones hechas con buena fe»), aunque aquí parece acogerse un caso de dolo estrictamente, sin alusión al ámbito del error u otros vicios del consentimiento. O en C. 2, 4, 19 («El derecho no consiente que se rescinda una transacción hecha de buena fe, so pretexto de haberse encontrado después un instrumento...», salvo dolo de una de las partes.). Pero no parecen suficientemente esclarecedoras en cuanto a la exclusión del error: simplemente, aluden al dolo como única vía de impugnación en casos muy concretos (y ni siquiera está claro que así sucediese en estos casos, como ahora se comprobará).

Hay, por otro lado, disposiciones del Derecho romano que no está claro si defienden un punto de vista favorable o contrario a la aplicabilidad del error en la transacción. V. gr., C. 2, 4, 29, de nuevo sobre el tema de la aparición de nuevos instrumentos: «Las leyes —dice— prohíben, que, bajo pretexto de haber sido hallados después *ciertos particulares*, se rescinda lo terminado por transacción general. *Mas (autem)* sobre la propiedad de una cosa, constituida al tiempo de la transacción en poder de otra persona, que no sea de las que transigen, *en nada puede perjudicar (nihil potest noscere)*.» No se puede asegurar que esta última expresión se hubiera establecido para impedir alegar el error (en este caso, seguramente un error *in persona* o en las cualidades esenciales de la cosa), o justamente para lo contrario, esto es, para permitir su alegación, por contraposición a la prohibición contenida en la primera parte. Nos inclinamos por la segunda posibilidad.

Esta misma norma prohíbe abiertamente el error por aparición de nuevos documentos. Ahora bien, téngase en cuenta que la prohibición sólo alcanza a las transacciones generales.

Profundicemos un poco más en la prohibición de anular la transacción en base al descubrimiento de nuevos documentos. En este punto, el *Corpus justinianeo* incurre en su más flagrante contradicción, puesta de manifiesto muy acertadamente por Kaser (35). Si bien el *Codex* recoge dicha prohibición en las dos disposiciones más arriba citadas, el *Digesto*, sin embargo, asume la posibilidad de anulación en otros tantos fragmentos.

Así se deduce con meridiana claridad de D. 2, 15, 3, 1, que dice: «Habiendo sido hecha una transacción a causa de un fideicomiso, *como se desubrieran después unos codicilos*, pregunto si acaso la madre del difunto debe conseguir en virtud del fideicomiso cuanto hubiera cobrado de menos a causa de la transacción respecto de lo que le corresponde como su parte, deba conseguirlo por razón del fideicomiso. Respondió que sí» (36).

Bien es cierto que, en este fragmento, no se habla de error, ni siquiera de nulidad de la transacción celebrada. Sin embargo, pocas dudas podemos albergar sobre lo que se nos quiere decir en el texto: que si se descubren nuevos documentos (codicilos) en los cuales se atribuya a la heredera fiduciaria una mayor cantidad de bienes en fideicomiso, puede obtenerlos íntegramente *anulando la transacción*

(35) KASER, «*Transactio*», en *Paulus Realencycladie der classischen Altertumswissenschaft*, VI-2, Stuttgart, 1937, p. 2.143.

(36) Contrariamente a lo sostenido en este fragmento, se pueden citar dos textos que parecen contradecirlo.

En primer lugar, D. 36, 1, 80, 16: «El heredero del fiduciario que debía restituir toda la herencia después de su muerte, la estituyó a los fideicomisarios en una cuantía mínima que decía ser todo lo que quedaba en el patrimonio; luego, *al descubrirse los documentos*, resultó que la herencia ascendía a más de cuatro veces aquella cuantía. Se preguntaba si se puede demandar por el resto del fideicomiso. Respondió que, según los términos del caso propuesto, sí se podía, *a no ser que se hubiese convenido una transacción*.»

En segundo, cabe citar D. 12, 2, 31: «Hemos de advertir que a veces, incluso después de prestado el juramento, permiten las constituciones imperiales entablar de nuevo la causa: cuando alguien dice que ha encontrado *nuevas pruebas documentales* de las que se va a servir exclusivamente. Pero parece que estas constituciones tienen lugar cuando alguien resultó absuelto por el juez...; en cambio, *si el asunto fue objeto de transacción entre los mismos que acordaron el juramento, no se concede ya retractación de esta causa*.»

Sin embargo, hay que tener en cuenta que estos dos textos, encuadrados en capítulos diferentes al de la transacción, lo único que hacen es remitir a la doctrina general sobre nuevos documentos en la transacción, sin dejar claro si la restricción afecta a todas las transacciones o sólo a las generales. Dada su ambigüedad, no creemos puedan constituir un argumento poderoso en contra del error transaccional en estas situaciones. Es más, hasta el propio jurisconsulto (en el segundo texto) tiene dudas de su certeza.

por error. Téngase en cuenta, finalmente, que los bienes que podrá obtener adicionalmente a los recibidos por transacción, los conseguirá «por razón del fideicomiso». Es, pues, el fideicomiso (la disposición testamentaria constituyéndolo) lo que origina las atribuciones patrimoniales, *todas las atribuciones patrimoniales*, incluido lo que anteriormente se recibió «por transacción».

Mucho más explícito resulta, según nuestra opinión, un segundo fragmento del Digesto, también aludido por Kaser (37), del que se desprende la relevancia del error en las transacciones romanas. Se trata de D. 2, 15, 12: «No ha de ser atendido el que hubiese transigido genéricamente respecto a lo que le fue dejado en un testamento, si después alegase que había pensado solamente en relación con lo legado en la primera parte del testamento, pero no en la segunda. Pero —añade— *si aparecieran después unos codicilos*, me parece que no sin razón se habrá de decir que *había pensado solamente en lo contenido en la escritura de aquellas tablillas* que podía conocer por entonces.»

O sea: que no se puede alegar el error en una transacción, cuando la transacción era *general* (sobre todo lo legado en el testamento, en esta hipótesis) y la equivocación se fundamentaba escuetamente en creer que versaba sólo sobre una parte de lo recibido por testamento. Por contra, sí tiene cabida el error, en las transacciones *particulares* (ya es más dudoso respecto de las generales, aunque no descartable según esta regla), por la aparición de nuevos documentos (codicilos), pues el transigente sólo pensó al transigir en una parte del testamento, y no en otra desconocida por él al momento de consentir.

Lo anterior demuestra, no sólo que el error tenía relevancia en el Derecho romano, incluso en hipótesis tradicionalmente consideradas como excluidas de su posible influencia, sino también que nuestro art. 1818 del Código Civil no recogió fielmente los textos romanos en la materia, contrariamente a lo que se ha sostenido por los autores partidarios de la tesis de la dicotomía, quienes justifican el 1818 en base a la tradición histórica, romana por supuesto. En este sentido, los Códigos francés (art. 2057) e italiano (art. 1975) responden con más exactitud a los precedentes romanos, al distinguir entre transacciones generales y particulares, aunque introduciéndose algunos matices novedosos (por ejemplo, el de la necesidad de probar que, según los nuevos documentos, una parte carecía por completo de derecho).

Visto, pues, cómo el Derecho romano conoció el error y le otorgó eficacia anulatoria de las transacciones, hay que examinar si ese error invalidante era el hoy denominado ECNC únicamente, quedando fuera el ECC, o si no había entonces otra cosa que una aplicación, con algunas excepciones tasadas (por ejemplo, la conocida de la inimpugnabilidad de la transacción celebrada después de una sentencia sus-

(37) KASER, *Ob. cit.*, p. 2.143.

ceptible de apelación), de las reglas generales del error en los contratos.

Sobre esta cuestión, sólo podemos decir lo mismo que ya se dijo respecto de la vigencia del error transaccional. Creemos sumamente forzado extraer de los textos romanos la convicción inquebrantable de que ya entonces se acogía la disyuntiva ECC-ECNC. Parece en principio cierto que en C. 2, 4, 42, se introducen, a juicio de la doctrina mayoritaria, dos reglas sobre la falsedad de documentos atinentes a la cuestión transigida, la de la anulabilidad del acuerdo si se desconocían y la de la inatacabilidad si se transigió expresamente sobre la falsedad misma. No obstante, una lectura más profunda del texto, nos lleva a hacer dos consideraciones en contra de la argumentación tradicional:

1. Nos hallamos ante un supuesto muy específico y —al parecer— poco habitual de error en la transacción, que en modo alguno puede llevarnos a concluir una regla general, máxime si tenemos en cuenta que, en los casos más frecuentes, el error funciona según los cánones normales, sin distinguir entre el *caput controversum* y el *caput non controversum*.

2. (Y mucho más importante.) Si interpretamos la regla C. 2, 4, 42, en su sentido más literal y sistemático, la salvedad que se contiene en su inciso final («[...] salvo si también se decide la controversia sobre aquello que se dice es falso») no es una excepción a la regla de la anulabilidad de la transacción por desconocimiento de la falsedad (es decir, por error), sino una excepción a la *consecuencia concreta derivada de esa posible anulación*, consecuencia que no es otra que la de la *nulidad parcial del convenio transaccional*. Dicho más claramente: que no es un caso de inimpugnabilidad por error (ECNC), sino un caso de *nulidad total* de la transacción, por contraposición a la regla general de la *nulidad parcial* de la primera parte de la norma. La razón de este enfoque concreto del fragmento del Codex podría ser el siguiente: si se transigió, como dice el texto, «sobre muchas cuestiones o capítulos» y, además, *sobre la posible falsedad* de los documentos en que las partes se basaron, es lógico impedir a las partes impugnar la transacción por error. Probablemente porque la transacción así celebrada tendría una finalidad novativa (voluntad de evitar el recurso a la relación originaria objeto de discusión), de modo que su anulación conllevaría la *nulidad total* del contrato. En este sentido, podría haber debajo de esta regla una cierta aplicación del principio de auto-responsabilidad de las partes o de la doctrina de los actos propios, entendida en sentido amplio o no técnico (38).

(38) Sobre el tema de los actos propios, y su sentido más técnico, vid. la estupenda monografía del profesor DÍEZ-PICAZO, «La doctrina de los actos propios», Barcelona, 1963.

Los partidarios de la intrascendencia del llamado ECC podrían apoyarse en otros fragmentos del *Corpus Iuris*, para conectar la antigua regulación de la transacción con su actual concepción del error transaccional. Por ejemplo, en D. 2, 15, 9, 3: «El que no estaba todavía seguro —señala— de que le competía una querella para impugnar el testamento del padre, transigió mediante pacto con los adversarios respecto a otras cosas: solamente le perjudicará el pacto interpuesto respecto a lo que se pruebe que se convino entre ellos. La transacción —concluye— afecta solamente a lo que se pruebe que se ha tratado, aunque la haya interpuesto un mayor de veinticinco años, pues es injusto que todo aquéllo por lo que, *según se descubrió después*, le competía alguna acción, perezca por un pacto: *aquello que no se pruebe haberse tratado.*»

Sin embargo, aquí no nos hallamos en sede de posibles vicios del consentimiento al celebrar la transacción, de modo que no sería impugnable el contrato en cuanto a lo específicamente tratado (el *caput controversum*). Este fragmento del Digesto pone el énfasis *en el objeto* del acuerdo transaccional, de modo que no se habrá transigido —y, por tanto, podrá ser objeto de una reclamación judicial separada— sobre aquellos puntos desconocidos por una o por ambas partes al otorgar sus consentimientos. Habría en tales situaciones, y respecto de tales asuntos, una simple falta de objeto transigido, en donde no cabrá alegar la *exceptio pacti* o excepción de transacción.

Demos ahora un salto en el tiempo, y vayamos a los textos legales vigentes en nuestro país, así como la doctrina de los juristas de la época, durante la Edad Media y tiempos posteriores. ¿Hasta qué punto existió durante todo este período un cuerpo de normas coherente acerca de los vicios del consentimiento en los acuerdos transaccionales o similares? ¿Qué decir de la doctrina patria? ¿Ejerció alguna influencia en los redactores de los diversos Proyectos del Código Civil?

Desde luego, si hemos de atenernos a los textos legales, no cabe pensar de ninguna manera que los distintos legisladores de los siglos precedentes al XIX y XX tuviesen una idea clara acerca del valor a atribuir al error dentro de los contratos de transacción. La cita de la Ley 34, título 14, Partida 5 es absolutamente insuficiente para postular la intrascendencia del error durante esta época. Dicha disposición únicamente se refiere al dolo, y dentro del reducido ámbito del descubrimiento de nuevos documentos (o la aparición de nuevos testigos, ocultados por la parte contraria). Ciertamente, esta Ley 34 es con seguridad el precedente inmediato de nuestro art. 1818, como ha reconocido García Goyena (39). Pero conviene recordar que nos hallamos

(39) «Concordancias...», *cit.*, p. 137.

ante una regla tomada inexactamente del Derecho romano, en donde, como se acaba de comprobar, había otras disposiciones que admitían el error en la aparición de documentos desconocidos hasta entonces, además del dolo.

Esta situación legal se mantuvo hasta la promulgación del Código Civil de 1889. Ni los Cuerpos legales posteriores a las Partidas, ni la Nueva ni la Novísima Recopilación se preocuparon de introducir las reglas romanas o de modificarlas.

En lo que concierne a la doctrina de los autores durante los siglos previos al XIX, son muy escasas las citas referidas al error transaccional. Ello no va a implicar una minusvaloración de sus contenidos. Muy al contrario, cualquier aportación doctrinal la juzgamos de enorme trascendencia en orden a saber con precisión en qué se apoyaron realmente nuestros codificadores civiles para llegar a una redacción como la actual, un tanto atípica respecto de los demás códigos de la época, y en donde, consecuentemente, otras posibles fuentes distintas de los Códigos francés e italiano, pudieron jugar un papel muy importante en su contenido final.

Quizá la aportación más valiosa la proporciona Valerón, un autor del siglo XVII, quien, en un interesante tratado sobre la transacción, afirma lo siguiente en relación al error: «*Error aut falsa causa si transactioni causa dederit, eam vitiat*» (el error o la causa falsa, si hubiese dado origen a la transacción, la vicia) (40).

Esto significa la aceptación, sin trabas aparentes, del error como vicio susceptible de anular las transacciones. Se rompe así, doctrinalmente, al menos, la línea en cierto modo limitativa marcada por el *Corpus Iuris* justiniano, línea que no se habían atrevido a contradecir nuestras antiguas leyes medievales. Esto puede constituir un precedente importantísimo de nuestro art. 1817, 1 actual, en donde, también sin restricciones genéricas, se acoge el error como supuesto anulatorio de la transacción.

Y no es que el jurista Valerón defienda una especial postura en relación a la tradición histórica. En las páginas siguientes a aquélla en donde aparece la anterior afirmación, se sucede sin apenas alteraciones todo el armazón básico de la doctrina romana sobre los vicios o defectos de la transacción (aparición de nuevos documentos, nuevos testigos, transacción sobre cosa juzgada, falsos documentos, etc.). Está claro que ya se ha dado un paso más; ésa es la única novedad. Ese paso consiste en introducir la regla general de eficacia del error como vicio anulatorio, manteniéndose las demás reglas tradicionales, bien como excepciones, en su caso, o bien como manifestaciones concretas de aquella regla.

(40) VALERÓN, «*Tractatus de Transactionibus, in quo integra transactionum materia...*», Lugduni, MDCLXV. Véanse, en concreto las pp. 268 y ss.

Los tratadistas españoles del siglo XIX, anteriores a la promulgación del Código Civil, o no tratan la cuestión del error transaccional (41), o defienden, en su mayoría, su admisibilidad en las transacciones, como principio general (42). No obstante, en este último caso, su alineamiento a favor del error no debe ser interpretado como un triunfo de las posturas que sostienen la homologación de la transacción con los demás contratos en materia de vicios de la voluntad, porque sus opiniones se encuentran enormemente mediatisadas por los Proyectos del Código Civil elaborados en la época, en donde, como es bien sabido, ya se recogían unos preceptos prácticamente idénticos al vigente 1817, 1 (43).

Por otra parte, la doctrina inmediatamente posterior al Código Civil en absoluto se manifestó a favor de distinguir entre ECC y ECNC, como forma de determinar el tipo de error relevante jurídicamente (44). Hubo que esperar a los anotadores de Enneccerus, Pérez González y Alguer, para que se diese entrada a partir de ellos a la disyuntiva ECC-ECNC, procedente del parágrafo 779 del BGB alemán en muy buena medida.

En cuanto a los diversos proyectos de Código Civil, y su progresivo desenvolvimiento hasta llegar a la redacción final de 1889, hay que destacar que en ninguno de esos proyectos se contiene la más mínima indicación de una perspectiva como la posteriormente defendida por la doctrina mayoritaria. Justamente al contrario: remite a las reglas generales de los contratos sobre vicios del consentimiento.

Así, el Proyecto de 1836 afirma escuetamente en el art. 1646, después de haber recogido en los dos anteriores la eficacia de cosa juzgada de las transacciones (1645) y la obligación de los transigentes de conformarse con lo transigido (1644): «La nulidad de las transacciones tiene lugar por dolo, *error* o miedo grave, según la forma establecida en el Capítulo II, título II de este Libro...»

Por su parte, el Proyecto de 1851, modifica la redacción dada por el Proyecto de 1836, pero no su espíritu. Dispone al respecto el párra-

(41) V. gr., MARTÍ, «Tratado elemental de Derecho Civil, romano y español», tomo 2, Barcelona, 1838, pp. 284 y ss., y SALA, «El Derecho Civil español», tomo 2, Valladolid, 1868, pp. 455 y ss.

(42) Así, GÓMEZ DE LA SERNA- MONTALBÁN, «Elementos del Derecho Civil y Penal de España», novena edic., Madrid, 1870, p. 407; SÁNCHEZ DE MOLINA, «El Derecho Civil español», Madrid, 1871, p. 433 (aunque de forma implícita), y ELÍAS, «Derecho Civil español», tomo II, Madrid, 1880, p. 418.

(43) Cfr. art. 1646 del Proyecto de 1836; art. 1727 del Proyecto de 1851, y art. 13 del Capítulo dedicado a las transacciones, del Anteproyecto de 1882-88.

(44) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, «Estudios de Derecho Civil», tomo IV, Madrid, 1899, p. 952; FALCÓN, «El Derecho Civil español, común y foral», tomo IV, sexta edic., Barcelona, 1902, p. 359; BARRACHINA, «Derecho foral español», tomo III, Castellón, 1912, pp. 322-323 (aunque sólo admite el error de hecho), y DE BUEN, «Derecho Civil común», vol. 2, Madrid, 1936, pp. 181-182.

fo primero del art. 1727, con un contenido muy similar, salvo alguna variante, al 1817 actual: «La transacción en que intervenga *error*, *dolo*, *violencia* o *falsedad de documentos* está sujeta a lo dispuesto en el art. 988.» Se mantiene, pues, el error como específica vía anulatoria y se introduce, de acuerdo con la tradición, la falsedad de documentos. Curiosamente, ese art. 988, correlativo del 1265 hoy vigente, al que remite el 1727, estaba redactado del siguiente modo (distinto del 966 del Proyecto de 1836 y del 1265 del texto definitivo): «No es válido el consentimiento prestado a virtud de *instrumentos falsos* o por *error*, ni el arrancado por *violencia*, *intimidación* o *dolo*» (45). Los restantes preceptos (1727, 2, 1728 y 1729) tienen un contenido similar a los 1817, 2, 1818 y 1819 vigentes.

Finalmente, el Anteproyecto de 1882-88 ofrece un articulado muy parecido al del Proyecto del 51 en materia de invalidez de las transacciones. Concretamente, en cuanto al enunciado general de los vicios es absolutamente idéntico, variando sólo en las hipótesis de aparición de nuevos documentos y de transacción sobre sentencia firme. La única novedad reside en que el precepto sobre vicios del consentimiento en los contratos en general (art. 1278) suprime la «falsedad de documentos» como causa autónoma de anulación: «Será nulo —dice— el consentimiento prestado por *error*, *violencia*, *intimidación* o *dolo*.»

A la luz de los textos de los distintos proyectos de Código Civil cabe preguntarse: «Es sensato sostener que nuestro Código Civil vigente, interpretado de acuerdo con sus precedentes históricos y legislativos más inmediatos, se inclina por una concepción del error transaccional cercana a la de los partidarios de discernir entre ECC y ECNC? Parece francamente difícil, al menos de acuerdo con este criterio interpretativo.

Hasta aquí el análisis de la evolución histórica del error transaccional. Hemos visto que no hay base para sostener una especial construcción en nuestro Derecho del error transaccional, según la interpretación histórica de los preceptos legales. Pero entonces —habría que preguntarse—, ¿cuál es el sentido del 1817, 1 al remitir, en materia de

(45) Parece como si el legislador hubiese querido hacer una trasposición de la tradición romana en materia de vicios en la transacción, a los demás contratos, generalizando la «falsedad de documentos» como causa autónoma de anulación de aquéllos, distinta del dolo y del error.

Ello, a la vista del vigente art. 1817, 1 y su alusión a la «falsedad de documentos», hace que nos planteemos la duda, casi imposible ya de resolver, de si hubo o no un fallo del legislador de 1889, quien, al suprimir la falsedad del 1265 (vigente), no hizo lo propio respecto de los vicios en la transacción (aunque es cierto que, en ésta, ese supuesto tiene un entronque directo con la tradición romana).

Parece, por lo demás, establecerse una especial correlación *error-falsedad*, como casos conexos pero separados de los demás.

error a las reglas generales del 1265 y ss.?; ¿no será un precepto inútil, que sobra por completo, por no cumplir una específica misión práctica?

A nuestro juicio, y siguiendo con la crítica a la interpretación histórica del error transaccional, dada por la tesis mayoritaria, el 1817, 1 podría tener un sentido muy claro: rechazar el espíritu restrictivo del error en la transacción, asumido por el Derecho romano y por los Derechos por entonces codificados (principalmente, el francés de 1804 y el italiano de 1865), apoyando la «normalización» de la transacción, su consideración como un contrato más al que puede afectar cualquiera de los vicios de la voluntad propios de todo contrato. Por último, el 1817, 1 serviría, además, de preámbulo para introducir la excepción desarrollada en el párrafo segundo, la cual carecería de sentido como excepción, si no va precedida de su regla; regla que, en este caso, es, en sí misma, y a estos solos efectos, superflua.

III.2. El alcance del párrafo primero del art. 1817

Pero conviene recordar una vez más que los precedentes históricos de las normas jurídicas no son el único criterio al que atender para interpretar su verdadero sentido y alcance, a pesar de la importancia que, concretamente en materia de transacción, adquiere la tradición histórica. Estos es preciso conjugarlos con los restantes derivados de la lógica, la sistemática o la *ratio* de los preceptos legales analizados.

El párrafo primero del art. 1817 del Código Civil constituye, a este respecto, el punto de partida inexcusable para el examen de las distintas normas dedicadas a vicios o defectos susceptibles de invalidar las transacciones. Su correcta interpretación puede ser decisiva para resolver todas o muchas de las dudas que aquí se nos están planteando. Téngase en cuenta que este párrafo se erige en uno de los principales escollos de la tesis partidaria de la disyuntiva ECC-ECNC, en cuanto que, aparentemente, al menos parece deseo del legislador reconducir la invalidez de las transacciones a las reglas generales sobre vicios de la voluntad, rompiendo con los Códigos previgentes al nuestro, aunque dejando a salvo algunas peculiaridades.

Recogemos de nuevo su contenido: «La transacción —dice— en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el art. 1265 de este Código.»

Ya vimos cómo los defensores de la dicotomía justificaban este precepto, diciendo que el error que allí aparecía no era sino el ECNC, relevante a efectos de impugnación del contrato; que la inclusión de la «falsedad de documentos» era buena prueba de ello, y, finalmente, que la implícita exclusión del error de derecho del 1817, 2, error de derecho que afectaría al *caput controversum*, debe implicar a *sensu*

contrario la inclusión en el párrafo primero, como vicio anulatorio, del error —de hecho y de derecho— *in caput non controversum*.

Desde nuestro punto de vista, una tal perspectiva resulta improcedente, entre otros motivos, por ser excesivamente forzada. Es difícil imaginar que tal fue la intención de nuestro legislador de 1889. Téngase en cuenta que por entonces ni la doctrina ni las legislaciones vigentes se ocupaban de ese tema, ya que aún no se había promulgado el Código alemán de 1896 —el que más fielmente reproduce la distinción—, y ni siquiera el Código italiano de 1865 hablaba (art. 1722 derogado), como habla el actual, de la ineficacia del «error de derecho *relativo a las cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes*» (art. 1969 actual), sino únicamente de «error de derecho» a secas. Todo ello nos lleva a pensar que en la mente del codificador español la disyuntiva no fue elegir entre la distinción ECC-ECNC o las reglas generales del error en los contratos, sino entre respetar la tradición romana-medieval en materia de invalidez de las transacciones o desligarse de aquélla para remitirse sin más a la normativa general sobre error. En esta última disyuntiva, optó por una posición intermedia: innovar las líneas generales (at. 1817, 1 y 1817, 2), y conservar algunas manifestaciones antiguas del error (y del dolo) en la transacción (la «falsedad» del 1817, 1, el 1818 y el 1819), con algunos retoques.

Por otra parte, es manifiestamente incorrecto afirmar, como ha hecho algún autor (46) comentando las palabras de García Goyena en sus «Concordancias...», que éste ya recogía ejemplos de ECNC relevantes en orden a la impugnación del contrato. Porque, a la vista de lo anterior, es obvio que se están tratando de sacar de su contexto unas afirmaciones hechas en una época y dentro de unas concretas coordenadas, para adaptarlas interesadamente a un punto de vista cronológicamente muy posterior.

Para nosotros, no hay motivo alguno, haciendo una interpretación literal y sistemática del 1817, 1, para mantener la asunción implícita por éste de la dicotomía ECC-ECNC. Conviene tomar en consideración algunos datos de cierto interés. En primer lugar, la separación física, en dos preceptos (arts. 1816 y 1817), de lo que en el Código francés aparecía como uno solo: el llamado «efecto de cosa juzgada» de las transacciones y la referencia a sus posibles vicios. El art. 2052 francés señala: «Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles —continúa— ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.» Se pone, pues, en estrecha relación la cosa juzgada y el error, en el sentido de erigirse la prohibición de error de derecho en una consecuencia directamente derivada de la especial firmeza de las transacciones, en

(46) LUNA SERRANO, *Ob. cit.*, p. 147, citando a LACRUZ.

suma, de su presunta asimilación a las sentencias judiciales firmes. Ello sin perjuicio de desarrollar en los artículos siguientes (2053 y ss.) la concreta aplicabilidad del error en estos contratos. No sucede así en nuestro Código, de acuerdo con el cual no sólo desaparece, al menos formalmente, cualquier posible rechazo al error de derecho, sino que se regulan en preceptos separados, en principio sin conexión mutua, los específicos efectos de la transacción (1816) y sus medios impugnatorios (1817 y ss.). Ello, aunque no de forma decisiva, debe tener algún significado, que desde luego no será el de apoyar una visión restrictiva del error transaccional, dejando al margen, claro está, las excepciones a la regla, que ya analizaremos (47).

En segundo lugar, no creemos que se pueda aducir, como estamos seguros harían los defensores de la tesis mayoritaria, que el párrafo primero del 1817 contiene un precepto inútil, cuyo único y exclusivo sentido es servir de introducción a la excepción del 1817, 2, lo auténticamente importante del artículo. Hay una razón que corta el paso a esta conclusión, tomada del *iter* histórico de elaboración del precepto. Es cierto que en el Proyecto de Código Civil de 1851 y en el Anteproyecto de 1882, estaban redactados con la misma estructura actual de regla general-excepción, lo que podría servir de apoyo a aquella tesis, pero es absolutamente decisivo el dato de que en el Proyecto de 1836 *aún no aparecía la excepción y, sin embargo, ya estaba allí la regla general*. Ello prueba que, para nuestros codificadores, no era más importante la excepción (la del 1817, 2 actual) que la regla, sino, muy al contrario, que lo prioritario era esa regla general de relevancia del error en las transacciones.

Por otra parte, desde la óptica del análisis sistemático de 1817, 1, la conclusión viene a ser la misma: nuestro legislador prescinde de cualquier distinción entre *caput controversum* y *caput non controversum* para fundamentar su regulación del error transaccional. Esto se comprueba fácilmente con sólo leer el art. 1818. Es evidente que allí se regula una hipótesis de —en terminología de sus partidarios— posible ECNC, al cual el legislador no atribuye, por las razones que sean, eficacia anulatoria (por error, aunque sí por dolo). Hay que pre-guntarse, siguiendo el razonamiento de esos autores: ¿tiene sentido restringir la aplicación del error en este caso, teniendo en cuenta que recae sobre un presunto *caput non controversum*, y no hacerlo en otros, teóricamente de características muy similares, v. gr., la falsedad

(47) Téngase en cuenta, además, que GARCÍA GOYENA («Concordancias...», *cit.*, p. 135), expresamente señala que en el 1727 del Proyecto del 51 se han pretendido refundir, «con gran sencillez y claridad», los artículos franceses 2053, 2054, 2055 y 1258 (*sic*). Curiosamente, no se alude al citado art. 2052 francés. Ello acaso puede no carecer de efectos en lo concerniente al error de derecho en las transacciones reguladas en el Código Civil español.

del 1817, 1? Según nuestra opinión, ninguno. Lo que sucede es que el codificador español, como en su momento hizo el francés y el italiano, lo único que hizo fue plantearse: ¿qué hacemos con las hipótesis tradicionales procedentes del Derecho histórico?... Y las fue resolviendo una a una, casuísticamente, sin sujeción a una pauta general. Con la sola peculiaridad, en Derecho español, de que se quiso añadir una advertencia a los jueces y tribunales: que cuando ante ellos se presente un caso de error transaccional, no pueden olvidar que la transacción es un contrato y que le afectan los vicios de la voluntad propios de cualquier contrato.

Nuestro legislador más reciente, ha dado muestras de querer someter contratos similares a la transacción —similares en cuanto su finalidad, también consistente en componer litigios privadamente, sin recurrir a la autoridad judicial— a las normas generales sobre vicios del consentimiento. Nos referimos al contrato de compromiso (o a la cláusula compromisoria). La reciente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 ha derogado el ya citado art. 13, 2 de la antigua Ley de 1953, del que los autores deducían una visión restrictiva del error en los compromisos. Hoy, los contratos de compromiso o las cláusulas compromisorias contenidas en cualquier contrato, pueden anularse con sólo demostrar que ha habido error, con las condiciones normales del 1266 (de esencialidad, excusabilidad, etc.). Han sido dejados sin contenido, por lo demás, los arts. 1820 y 1821, que con anterioridad remitían a las normas de transacción: ya no se puede, pues, pensar que subsista algún vínculo entre transacción y compromiso, mucho menos en cuanto a motivos de nulidad, si no es en el sentido de que ambos remiten al intérprete a la normativa general (arts. 1265 y ss. del Código Civil).

Siguiendo con el examen sistemático de la regulación de otras figuras próximas a la transacción, conviene ahora hacer especial hincapié en la confesión (judicial o extrajudicial) y en el juramento decisorio. Sobre estas instituciones, nuestro Código Civil deja muy claro qué tipo de vicios pueden afectar a esta suerte de actos jurídicos. Respecto de la confesión, el art. 1234 señala: «La confesión sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en *error de hecho*.» Con independencia de la opinión de la doctrina de que esta restricción en las causas de impugnación sólo afecta a la llamada confesión judicial, y no a la extrajudicial —la cual podrá ser anulada por cualquier vicio de la voluntad (48)—, esta regulación demuestra muy claramente que el legislador del Código tenía las ideas muy claras: los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación) pueden anu-

(48) Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dirigidos por M. Albaladejo), tomo XVI, vol. 2 (arts. 1214 a 1253 del Código Civil), Madrid, 1981, p. 296.

lar, cuando concurren, cualquier negocio o acto jurídico, salvo concretas excepciones. En el caso de la confesión (judicial), la razón de la limitación radica en que la confesión versa sobre hechos, no sobre el derecho. Por lo demás, ese error de hecho, que ha de ser «esencial», ha de entenderse como inexactitud subjetiva (creencia de que el hecho era cierto), no bastando la sola demostración de la falsedad real del hecho confesado, haya habido o no creencia errónea (49). Respecto del juramento decisorio, el art. 1238 del Código Civil establece, en su segundo párrafo: «No se admitirá prueba sobre la falsedad de dicho documento.» Esta redacción, comparada con la del 1234, así como la naturaleza propia de la figura, ha llevado a los autores a negarle la aplicabilidad del error de hecho y del dolo (50).

Las mismas ideas claras que tenía el legislador respecto de las anteriores figuras, las demuestra en los demás preceptos con regulación especial del error como vicio anulatorio de los negocios jurídicos. Buena prueba de ello son las especialidades del error introducidas por el legislador en materia de testamentos y de particiones hereditarias (51).

Todo ello demuestra que el legislador no obró inconscientemente al regular los vicios de las transacciones, sino muy al contrario, y que, por tanto, desde un punto de vista sistemático, no se puede pensar que la remisión del 1817, 1 a la disciplina general del error sea fruto de un descuido del legislador, o signifique una (implícita) concepción especial del error transaccional. Porque del mismo modo que en otros campos fue explícito en materia de error, debía haberlo sido respecto de las transacciones, si lo que quería era recoger una visión especial del error en ellas.

III.3. El problema de la determinación de qué sea en cada caso el *caput controversum* y el *caput non controversum*

El eje alrededor del cual gira toda la concepción tradicional sobre el error en la transacción es, como sabemos, el de averiguar, como

(49) SERRA, *Ob. cit.*, pp. 299-301.

(50) SERRA, *Ob. cit.*, p. 345.

(51) Respecto de los testamentos, y la improcedencia en ellos del error como causa anulatoria, así como las razones que justifican su exclusión del art. 673 del Código Civil, véase el excelente trabajo del profesor GORDILLO, «El error en el testamento», en A.D.C., 1983, pp. 747 y ss.

Respecto de las particiones hereditarias, es especialmente significativo el art. 1081 del Código Civil. A favor del error general del 1266 en las particiones, se ha mostrado el Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1975, lo cual es significativo, dada la proximidad que existe entre las particiones hereditarias y las transacciones sobre materia sucesoria.

dato previo a la admisibilidad o rechazo del error, si la ignorancia o inexacto conocimiento recaen sobre el asunto concretamente discutido, o sobre algún hecho o dato no discutido, pero presupuesto por ambas partes como cierto y, por tanto, indiscutido. Cuando dos sujetos, pretendiendo evitar un pleito o concluir el ya iniciado, transigen haciendo mutuas concesiones, es indudable que transigen sobre algo, sobre uno o varios puntos respecto de los cuales habían previamente surgido discrepancias. El error, según la perspectiva de la doctrina mayoritaria, no puede afectar jamás a estas cuestiones que fueron resueltas mediante la transacción. Así, si se transigió sobre si hubo o no usucapión, o sobre si un contrato celebrado por los transigentes era nulo o no, luego no cabe retornar sobre ese asunto aduciendo un error, por ejemplo, de derecho (un inexacto conocimiento de las normas del Código sobre transacción), o incluso de hecho (v. gr., si se discutía sobre la autenticidad de un cuadro, y se transigió sobre ello, luego no cabe alegar que era realmente falso el cuadro, presentando pruebas que lo corroborasen). Por contra, sí tendría cabida el error cuando afecta al *caput non controversum*: v. gr., si se transige sobre el contenido de una serie de disposiciones testamentarias y posteriormente se descubre que el testamento había sido revocado.

Esta especial concepción del error aplicable en las transacciones no está exenta de una serie de importantes críticas, que ponen en entredicho la lógica de sus planteamientos, así como los resultados prácticos a que con ella se llega.

Para demostrarlo, nada mejor que remitirse a los ejemplos más usualmente esbozados por la doctrina para diferenciar qué sea, en cada caso, el *caput controversum* y el *caput non controversum*. Vayamos, en primer lugar, a las hipótesis presentadas por los autores italianos.

En primer lugar, Gropallo (52), uno de los primeros defensores de la dicotomía, en un interesante trabajo de 1932, planteaba las siguientes tres situaciones:

1. De error (de derecho) *in caput controversum*: Ticio ha sido lesionado *ultra dimidium* en la venta a Cayo de un trozo de tierra. Cayo pretende no deber nada más allá del precio convenido. Ticio, desconociendo la norma legal que permite la rescisión por lesión *ultra dimidium*, transige con Cayo, recibiendo un suplemento inferior al que hubiera conseguido en aplicación de la ley. Descubierto el dato, pide la nulidad por error. Este error sería un ECC, intrascendente a efectos impugnatorios.

2. De error *in caput non controversum*: el ya conocido de la transacción sobre si se había producido o no la usucapión, descubriendose ulteriormente un título válido de adquisición a favor de uno de los

(52) «Sui casi di nullitá...», *cit.*, pp. 326 y ss.

transigentes. En este caso, había un ECNC, por cuanto no se transigió sobre dicho título, y, por tanto, el contrato era perfectamente anulable (prescindimos por el momento de normas legales).

3. De error de derecho asimilable al ECC: Ticio, legitimario en la herencia de su padre, creyendo equivocadamente que su legítima consiste en una cuarta parte de la herencia, en lugar de la mitad, transige con el legatario Cayo, con quien había disputado acerca de si lesionaba o no su legítima su legado. Aquí no hay un ECC, pues la cuestión controvertida no fue la del alcance de la legítima de Ticio, sino si el legado lesionaba o no aquélla. En definitiva, se trata de un caso especial de error, asimilable en sus consecuencias al ECC.

Con esta primera exposición, se pueden comprobar ya los primeros inconvenientes de la disyunción entre ECC y ECNC: hay supuestos que no encajan exactamente en uno u otro grupo de situaciones. Son casos de error que, no refiriéndose en sentido estricto al *caput controversum*, se considera «razonable» que no produzcan consecuencias anulatorias del contrato. La justificación que nos da Gropallo, según la cual debe considerarse equivalente al error de derecho (ineficaz) «aquel error de derecho que se refleja en la solución transactiva de una cuestión de hecho, en cuanto esta solución implica la aplicación de un principio jurídico» (53), nos parece poco convincente. El principal defecto de la postura de este autor radica en que, para él, sólo el error de derecho (inexacto conocimiento de normas jurídicas) sobre el punto controvertido, o error similar (caso tercero), resulta irrelevante en el campo de la nulidad.

Por su parte, Valsecchi, otro de los partidarios de la dicotomía, ofrece como ejemplo significativo de ECNC, el caso en que se transija sobre la propiedad de un objeto que se creía precioso o de gran valor por ambas partes, y que luego resulta ser falso. Para Valsecchi, la transacción será en este caso anulable por error, mientras que opuesta será la solución si del contrato se deduce que la duda de las partes había recaído propiamente sobre la autenticidad del objeto (54). En esta última hipótesis, se tratará de un ECC, que, aunque recae sobre una cuestión de hecho (la autenticidad o no de la cosa, o su gran valor), debe impedir, al igual que el error de derecho *in caput controversum*, la impugnación del contrato por error.

También en este planteamiento se puede encontrar un grave defecto, procedente del equivocado planteamiento de Valsecchi acerca del presupuesto de toda transacción, que para él tanto puede ser una *res dubia* (simple incertidumbre o duda fáctica o jurídica) como una *res litigiosa* (litigio). Hoy día, sin embargo, se sostiene unánimemente que es sólo el litigio —ya existente o inminente— lo que fundamenta

(53) GROPALLO, *Ob. cit.*, pp. 328-29.

(54) VALSECCHI, «Giuoco e scommessa. Transazione», *cit.*, p. 332.

la celebración de una transacción, postura que en España ha sido magistralmente argumentada por Gullón (55). De este modo, por tanto, creemos no se puede decir, como hace Valsecchi, que sea ECC —ineficaz, pues— el descubrimiento de la autenticidad de una cosa cuando se transigió en base a la *duda* de si era realmente auténtico..., porque esto en sí mismo no puede ser transacción. Si la transacción exige con carácter previo un litigio, bien actual, bien futuro, es indudable que aquello sobre lo que se transija tiene que ser una cuestión *susceptible de plantearse ante los tribunales* (56), y es evidente que la cuestión de la autenticidad o no de una cosa *no puede en sí misma ser materia disputable judicialmente*, a menos que vaya acompañada de un problema jurídico de incierto resultado (por ejemplo, la posible rescisión por lesión de una compraventa cuyo objeto fuese justamente esa cosa cuyo valor o cualidades se desconocen con precisión) (57).

Pasemos ahora a Visalli. Este autor, después de mantener la importancia capital de la distinción entre ECC y ECNC entre los estudiosos italianos, recoge algunos casos jurisprudenciales que, a su juicio, desarrollan estos conceptos. Entre ellos, recoge el supuesto siguiente, de error *in caput non controversum* que provoca la nulidad de la transacción: dos sujetos entablan un pleito sobre la necesidad de uno de ellos de construir un camino sobre la finca propiedad de la contraparte. En el curso del juicio, las partes contendientes transigen, estableciéndose a favor del primero la adquisición de la propiedad de una franja de tierra del segundo para construir el camino según el trazado que fijará un técnico. Con posterioridad, se tiene conocimiento de que la obra va a requerir unos gastos notablemente superiores a los supuestos por las partes. La transacción, a juicio de Visalli, debe considerarse impugnable, por haber faltado uno de los presupuestos con-

(55) «La transacción», *cit.*, pp. 8 a 34.

(56) Cfr. al respecto CARNELUTTI, «Sulla causa della transazione», en *Riv. diritto commerciale*, 1914, II, pp. 579-580.

(57) Es interesante, por otra parte, la explicación de VALSECCHI (*Ob. cit.*, p. 333) acerca del origen del art. 1969 del Código Civil italiano de 1942, en donde se habla de la ineficacia anulatoria del «error de derecho relativo a las cuestiones objeto de controversia», expresión que ha servido de base primordial a la distinción de la doctrina italiana entre ECC-ECNC.

Criticó este autor la introducción del error de derecho, pues no se conocía en el Derecho romano, y seguramente fue fruto de una deformación del Derecho intermedio. «Las tentativas de nuestra doctrina —dice— de proporcionar una explicación convincente de esta excepcional disposición han resultado siempre vanas.»

Estas interesantes afirmaciones pueden tener gran valor para el Derecho español. Si una tal expresión, básica para apoyar una distinción entre ECC y ECNC, no aparece en nuestro Código, es sensato sostener, dada su falta de justificación, la improcedencia de la referida dicotomía en nuestro Ordenamiento jurídico.

siderados pacíficos por las partes y que había inducido a las partes a transigir (58).

El ejemplo puesto por Visalli merece un análisis detenido. ¿Cuál fue el objeto de la transacción? La respuesta es en apariencia sencilla: la cesión o no de la propiedad de un trozo de terreno para construir un camino. De acuerdo con esta lógica, el mayor valor de la obra sería un *caput non controversum*, esto es, algo externo a lo realmente transigido. A nuestro juicio, sin embargo, en este ejemplo concreto se ve ya bastante bien una de las dificultades con las que va a tropezar la tesis de la dicotomía. Porque, ¿es realmente cierto que el precio del terreno y de las obras no fue uno de los puntos controvertidos y transigidos? Nos permitimos dudar de ello. Pensamos que muy probablemente formó parte del objeto de la transacción, por cuanto toda transacción versa sobre una relación o situación jurídica controvertida, casi siempre una relación en su conjunto, lo que aplicando a este caso, significará la relación entre los dos propietarios sobre la franja de terreno y *el precio a abonar por él o por las obras*. En definitiva, nos podemos encontrar aquí con una hipótesis de error *relevante jurídicamente* que recae sobre el *caput controversum*, lo cual choca frontalmente con la tesis tradicional.

Con ello queremos poner de manifiesto, a partir de este momento, uno de los inconvenientes principales de la disyuntiva ECC-ECNC, el de las enormes dificultades de decidir, en cada caso, qué es y qué no *caput controversum*. Estas dificultades se vislumbran no sólo en los textos de autores italianos, sino también de la doctrina española, francesa y, lo que es mucho más importante, de la alemana.

Finalizamos este breve repaso de la doctrina italiana más significativa partidaria de la disyuntiva ECC-ECNC, con Carresi. Este autor, partidario de que el ECC siempre —y sólo— ha de ser error de derecho, pone —para rechazarlo— el siguiente ejemplo de error de hecho *in caput controversum*; el caso en que un sujeto sea inducido a transigir sobre el presupuesto de la autenticidad de un documento que reputa proveniente de su causante, después de haberlo comparado con otro escrito que creía, por error, procedía de la misma persona; ello le induce a transigir con otro de los sujetos también llamados a la herencia. A juicio de Carresi, nos hallamos indiscutiblemente ante un ECC (59).

Desde nuestro punto de vista, una vez más es bastante «discutible» que esto sea una hipótesis de ECC, y no de ECNC. Aparte del

(58) VISALLI, «La transazione», dentro del volumen «Contratti di garanzia. Transazione. Cessione dei beni», Giurisprudenza sistematica civile e commerciale (fondata da Walter Bigiavì), Torino, 1980, p. 503.

(59) CARRESI, voz «Transazione (Diritto vigente)», en *Novissimo Digesto italiano*, tomo XIX, Torino, 1973 (Ristampa 1981), p. 500.

argumento ya desarrollado más arriba para criticar la postura de Valsecchi, y reconociendo la poca claridad del ejemplo, somos de la opinión de que se trata de un error recayente sobre una cuestión no controvertida, pues la transacción no tuvo por objeto la autenticidad o no del documento, sino las consecuencias jurídicas o económicas que podrían emanar de dicho documento. De nuevo, los partidarios de separar ECC y ECNC tropiezan como el grave inconveniente de que ni siquiera ellos saben distinguir —entre otros motivos, porque con frecuencia es enormemente difícil— qué es, en cada situación, el *caput controversum*, y qué no.

Estos mismos defectos, y exactamente las mismas críticas, pueden dirigirse contra la doctrina española defensora de las tesis tradicionales.

Así, Gullón retoma el ejemplo de Gropallo de la transacción entre dos personas, A y B, que discutían acerca de si había o no transcurrido el plazo de usucapión. Si se descubre posteriormente que A, heredero de su padre, había recibido por herencia un título válido de propiedad, habrá ECNC. Pero si el error procedía de la simple equivocación de A acerca del cómputo concreto del plazo, habrá un ECC irrelevante jurídicamente, en cuanto la discusión surgió precisamente sobre si había transcurrido ese plazo temporal (60).

La crítica tiene que ser la misma que más arriba se hizo: el transcurso o no del plazo no puede ser el *caput controversum*, pues ésa no es una cuestión en sí misma planteable ante los tribunales. Sí será —siguiendo los criterios de la tesis tradicional— *caput controversum* la disputa sobre la propiedad del fundo, del que se duda si pertenece a A o a B por usucapión. Con esto no estamos defendiendo, en esta hipótesis, una solución final del caso distinta a la mantenida por Gropallo o Gullón, sino únicamente que el sistema utilizado para llegar a la conclusión de la inimpugnabilidad de esta transacción, sea el correcto.

Dejemos la doctrina española, que, con la citada salvedad de Gullón, ha venido siendo muy parca en la exposición gráfica de su posición, y pasemos a la doctrina alemana.

Respecto de ésta, que por fuerza tiene que ser la que más fielmente reproduzca la distinción entre ECC y ECNC a la vista de su parágrafo 779 (61), curiosamente los autores alemanes parecen haber asumido la imperfección de planteamientos del BGB en la materia y han matizado bastante los términos de la distinción.

(60) GULLÓN, *Ob. cit.*, p. 168.

(61) Que dispone: «Un contrato por el cual es suprimido el litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica por vía de recíprocas concesiones, es ineficaz, si la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación.»

Así, Enneccerus acoge tres posibles casos de error transaccional, en lugar de los dos a que en teoría estaría obligado por el parágrafo 779:

1. Error sobre una circunstancia que, según la transacción, se consideraba *litigiosa* o *incierta* (este error carece de influencia para anular el contrato; es identificable a ECC).
2. Error sobre una circunstancia que afecta a la *situación de hecho no litigiosa* y que ambas partes tomaron como *base firme* (es la hipótesis regulada por el 779, que determina la ineficacia de la transacción: es el ECNC).
3. Error sobre el contenido de las mismas declaraciones que integran la transacción (a este tipo de error se le aplican las reglas generales de los parágrafos 119 y ss.: vicios del consentimiento en general, y demás defectos negociales) (62).

Esta última hipótesis es la auténticamente novedosa, pues no aparece por ningún lado en el 779 BGB. Su introducción pone de manifiesto la insuficiencia de la dicotomía ECC-ECNC, y la necesidad de un replanteamiento de la cuestión en el Ordenamiento jurídico que más claramente apoya a este tipo de soluciones.

Planteamientos discordantes con el texto legal alemán pueden encontrarse también en Hedemann, quien distingue igualmente tres posibles supuestos de error: error sobre cuestiones litigiosas (asimilable al ECC, irrelevante), error sobre la «base» de la transacción (el del 779, identificable con el ECNC, eficaz) y error *sobre la parte restante del negocio* (sujeta a impugnación ordinaria por error, a tenor del parágrafo 119 BGB). Este último caso incluiría todo aquello que, no siendo el punto concretamente discutido, tampoco haya constituido la «base» de la transacción. Y pone el autor el siguiente ejemplo: acerca de la disposición testamentaria que atribuía al heredero A un «cofrecillo», discutían A y B (otro heredero) sobre si ese objeto sería uno de gran valor existente en la herencia del causante, u otro también hereditario, de escaso valor; las partes transigen, comprometiéndose A a entregar una suma elevada de dinero a los otros herederos a cambio de recibir el cofre valioso; luego se descubre que ese «cofrecillo» no era tan valioso, pues algunos de sus herrajes no eran de oro. Esta hipótesis, a juicio de Hedemann, no era de ECC, pues la discusión no versó sobre este punto, ni tampoco un caso de ECNC, pues el valor del objeto no podía erigirse en base de la transacción, de modo que el litigio hubiera subsistido aunque se hubiese conocido el menor valor de uno de los «cofrecillos» (63).

(62) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II-2, segunda parte, tercera edic. española revisada por Ferrandis Vilella, Barcelona, 1966, p. 860.

(63) HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de obligaciones, traducc. de Santos Briz, Madrid, 1958, pp. 482-83.

Es cierto que este tipo de planteamientos de un sector de la doctrina alemana, como con toda lógica pensarán los partidarios de la dicotomía, no está libre de críticas. No parece acertado —podría argüirse— hacer una triple clasificación de hipótesis posibles de error transaccional, no sólo porque no hay base legal para ello en Alemania, lo cual es obvio, sino porque resulta improcedente permitir la impugnación de la transacción mediante la alegación de errores que en realidad son intrascendentes, o, en terminología clásica, «inesenciales» (estamos pensando en la tercera categoría introducida por Hedemann), y, por tanto, no deben ocasionar la nulidad del contrato. Unas razones muy similares pueden utilizarse para desechar el tercer tipo de error recogido por Enneccerus («error sobre el contenido de las declaraciones que integran la transacción»), ya que nos hallaríamos ante un supuesto excesivamente abstracto, de perfiles poco precisos en su determinación práctica y porque sería un caso de error en los motivos de una sola de las partes, irrelevante jurídicamente. En última instancia, esa tercera categoría de error, tan poco precisada por el autor germano, bien pudiera reconducirse a la del ECNC o error sobre la base negocial.

La propia doctrina alemana más reciente parece haberse dado cuenta de las equivocaciones de la antigua doctrina, y así no encontramos ya en los planteamientos actuales aquella triple clasificación del error transaccional. El análisis ha quedado reducido a la fijación de cuándo hay un defectuoso conocimiento de la base negocial (*Vergleichgrundlage*), lo que provocaría la nulidad, siempre y cuando, además, se pruebe que el litigio no habría nacido de conocerse la realidad, o cuándo el error afecta al objeto mismo de la transacción (*Vergleichgegenstand*), lo cual no dará lugar a la impugnación por error (64).

Ello, sin embargo, no nos impide llegar a una importante conclusión, respecto a la doctrina de países, como Alemania, cuyos ordenamientos recogen, más o menos abiertamente, la distinción ECC-ECNC: *la insatisfacción de aquélla* por los criterios de distinción usados por su legislador. Esa insatisfacción no sólo se manifiesta en la búsqueda —infructuosa, casi siempre—, por parte de los autores, de un acercamiento a las reglas generales del error, con el correlativo abandono de los planteamientos estrictamente legales. También se ha manifestado, y lo sigue haciendo, en la indagación de las soluciones

(64) Cfr. al respecto MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 3.^a edic., München, 1986, p. 131; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1987, pp. 205-206; BROX, *Besonderes Schuldrecht*, 14, edic., München, 1988, p. 247, y PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II Band, Berlín, 1900, p. 526.

Parece mantener un criterio diferente de distinción, más acorde con los planteamientos de los autores alemanes más antiguos FIKENTSCHER, *Schuldrecht* (De Gruyter Lehrbuch), 7.^a edic., Berlín-New York, 1985, p. 216.

prácticas más razonables y justas para cada caso, y que no siempre se adecen a la literalidad de la norma. En este sentido, la moderna doctrina alemana, y junto a ella la jurisprudencia, han criticado duramente la rigidez del 779 BGB para dar solución a una de las situaciones que más frecuentemente se presentan ante los tribunales y en donde se alega el error transaccional: nos referimos a las transacciones sobre indemnización de daños, casi siempre extracontractuales, cuando ulteriormente se descubren nuevos perjuicios corporales (o de otro tipo) no conocidos al transigir (65). A esta cuestión nos referiremos un poco más abajo.

No queremos tampoco pasar por alto, finalmente, la defectuosa e incorrecta exemplificación de casos utilizada por algunos autores alemanes, quienes, al igual que la doctrina italiana y española, recurren a casos de escuela inadecuados. Así, por ejemplo, Brox (66) nos presenta, como caso de error irrelevante, el ya reiterado caso de la transacción sobre los bienes de una herencia entre los cuales se halla un cuadro del que las partes dudan si es original o falso. De nuevo, hemos de rechazar que esto sea estrictamente una transacción, de acuerdo con nuestro Código Civil. No lo sería por falta de presupuesto: no hay litis, pues no se puede litigar —ni, en consecuencia, transigir— sobre la autenticidad o falsedad de un cuadro a secas, a menos que ello se entremezcle con alguna cuestión jurídica de fondo.

Hay que advertir, no obstante, que, según el Código alemán, este ejemplo cuadra perfectamente dentro de la concepción que el legislador germano tiene de los acuerdos transaccionales, pues no podemos olvidar que el 779 BGB habla de «un contrato por el cual es suprimido el litigio («Streit») o la incertidumbre (*Ungewissheit*) de las partes sobre una relación jurídica por vía de recíprocas concesiones». Así pues, en Derecho alemán, el fundamento de la transacción tanto puede ser la *res litigiosa* (el litigio) como la *res dubia* (la incertidumbre), lo que no sucede, como vimos, en Derecho español.

Ya hemos podido comprobar en las páginas precedentes algunos de los inconvenientes con que tropieza la disyuntiva ECC-ECNC en materia de transacción: no es nada sencillo distinguir, caso por caso, qué sea el *caput controversum* y qué el *caput non controversum*, e incluso a veces se confunden con el primero puntos o cuestiones que no tienen nada que ver con él, en cuanto que no son aspectos susceptibles de una disputa jurídica auténtica. No quedan ahí los posibles defectos de la citada construcción doctrinal sobre el error transaccio-

(65) Véanse, en esta dirección, las opiniones de SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 206, o de EBEL, «Berichtung, transactio und Vergleich», Tübingen, 1978, pp. 154-155.

(66) *Besonderes..., cit.*, p. 244.

nal. Veamos esquemáticamente algunos más, dentro de la temática específica de la distinción entre lo que es ECC y ECNC.

1. A nuestro juicio, la dicotomía ECC-ECNC no alcanza —o puede no alcanzar— el objetivo final deseado. La idea que subyace a esta concepción no es otra que el deseo de los autores y de la jurisprudencia, arropados o no por su respectivo legislador, de cerrar las vías posibles de anulación de las transacciones, como forma de reforzar su eficacia práctica en cuanto medio privado de resolución de conflictos. Puesto que es en cierta medida «lógico» no limitar la alegación de otros vicios del consentimiento más graves y socialmente más reprobables, tales como el dolo, la violencia o la intimidación, se hace necesario para conseguir aquel objetivo limitar el campo de actuación del error, el vicio que podemos considerar más débil y menos justificable desde el punto de vista del dogma de la autorresponsabilidad de las partes contratantes.

Pero si resulta que el criterio de que nos servimos para delimitar los errores eficaces de los ineficaces a efectos anulatorios, es el de establecer previamente cuál ha sido el *caput controversum* de la transacción impidiendo el error recayente sobre el mismo, y permitiendo la anulación del que recae sobre el *caput non controversum*, acaso lleguemos a la conclusión de que con este sistema *se consigue facilitar la anulación de las transacciones más que con las fórmulas generales* (art. 1266 del Código Civil español).

Ciertamente, en ordenamientos como el alemán, esto no sucederá, por cuanto allí el 779 BGB añade la referencia final de su primer párrafo de que «el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación», en definitiva, que ha de tratarse de un error en cierto modo *esencial* (67), de modo que sólo será anulable por error una transacción cuando afecte a un punto no discutido y, además, haya sido determinante del surgimiento del litigio, no habiéndose originado de haberse sabido la realidad.

Sin embargo, si admitimos que nuestros arts. 1817 a 1819 acogen la citada distinción, tendríamos que replantearnos las características y

(67) Este planteamiento del Código alemán resulta un tanto curioso, por cuanto se sale de la forma normal de entender lo que es un error *esencial*. La «esencialidad» del error debería de venir dada en materia transaccional no por el no nacimiento *del litigio o la incertidumbre*, bases de la transacción, de haberse conocido la realidad, sino *por la no emisión del consentimiento transaccional*.

Este enfoque no puede ser trasladado al Derecho español, en donde no hay una norma que se aproxime mínimamente al 779 BGB. Muy al contrario, el planteamiento debe ser el tradicional. Hay que tener en cuenta, no obstante, que a veces puede haber una coincidencia, en el sentido de que, de haber sabido los datos reales, ni se habría transigido, ni tan siquiera se habría originado una *litis* entre las partes, origen de la ulterior transacción. Ahora bien, ello no es óbice para que, en otras ocasiones, no se produzca esa coincidencia.

requisitos del término «error» usado por el 1817, y tomar la siguiente determinación: si el «error» del 1817 no es el error general del 1266, ese nuevo «error» tiene que reunir unas características *diferentes* de las generales (las de la excusabilidad, esencialidad, etc.). Por una sencilla razón —y con esto nos adelantamos a la rápida crítica que nos harían los partidarios de la concepción tradicional. El 1817 no puede de ninguna manera acoger un error *in caput non controversum* relevante y *con las características del error general*, como pudieran contrarargumentarnos aquellos autores. Porque, si esta concepción especial del error ha sido deducida haciendo abstracción de los casos de «falsedad» del 1817 y del art. 1819, 1, y si estas concretas hipótesis son casos, como con acierto señala Santoro Pasarelli (68), de *error en los motivos* en los que no tienen por qué concurrir los requisitos habituales del error, bastará, pues, simplemente con que se dé el supuesto de hecho de las referidas normas para que haya nulidad por error. En consecuencia, siguiendo el hilo argumental de la teoría tradicional, *otro tanto debe suceder*, en nuestro Ordenamiento, *con los demás supuestos* de ECNC no desarrollados legalmente, pero *incluidos dentro del 1817*, 1. Será suficiente con que se demuestre el hecho de la ignorancia y, además, que no afecten a alguno de los puntos debatidos, para que produzcan la nulidad del contrato. Porque de lo contrario, habría que sostener que el error del 1817, 1 alude, no al error *in caput non controversum* con las condiciones usuales del 1266, tesis que implicaría forzar extraordinariamente el texto legal, sino *al mismo error general del 1266*.

Si nuestro razonamiento es correcto, resultaría finalmente que una postura doctrinal que nació para detener las impugnaciones por error (error esencial y excusable), estaría dejando entrar por la ventana, lo que impidió por la puerta; estaría facilitando hasta límites completamente indeseados la anulación por error, bastando para ello con que el nuevo dato alegado y desconocido al contratar no hubiese sido un punto discutido, lo que es bien sencillo. Bastaría, por tanto, un simple error —unilateral, inesencial o incluso inexcusable de acuerdo con los criterios generales— afectante a una cuestión pacífica no controvertida, para lograr la ineficacia de la transacción. Cualquier error sobre una cuestión puramente accesoria, como ha dicho algún autor español, interpretando del modo más radical los postulados tradicionales sobre el ECNC (69) ocasionaría este resultado (70).

(68) «La transazione», seconda edizione, Napoli, 1975, p. 142 y ss.

(69) MOXO, «Notas sobre la naturaleza...», *cit.*, p. 683.

(70) No se pierda de vista que, según la doctrina y la jurisprudencia, el error como vicio anulatorio de los contratos en general sólo puede ser admitido *excepcionalmente*, con lo que se abriría un abismo incomprensible entre la doctrina del error general y la del error transaccional.

Téngase en cuenta, además, que este panorama se agrava si recordamos lo que dice nuestro art. 1815: «La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma...» Si nuestro legislador impone al juez o al jurista en general interpretar de forma restrictiva el objeto de la transacción, esto es, el *caput controversum*, serán muchas las cosas que queden fuera de él y que, por tanto, puedan determinar un mínimo desconocimiento o conocimiento inexacto, es decir, un error *in caput non controversum*, con trascendencia anulatoria según la tesis que criticamos (71).

Cabría rechazar estas conclusiones interpretando el párrafo primero del 1817 en el sentido de remisión, no a la concepción general del error recogida en el 1266, sino a los requisitos que de este precepto (y de su interpretación jurisprudencial) se desprenden. Ahora bien, con independencia de la dificultad de acoger esta perspectiva tal como está redactado el 1817, 1, bien podría pensarse que entonces la disyuntiva ECC-ECNC deviene ineficaz de hecho. Si los casos de ECNC, que serán los más a la vista del espíritu del 1815, hay que reconducirlos hacia los criterios generales de la excusabilidad y esencialidad del 1266, ¿de qué nos servirá entonces la distinción? ¿No será mejor, siguiendo la interpretación más sencilla y literal del 1817, 1, defender que cualquier desconocimiento o inexacto conocimiento de la realidad por una de las partes, producirá la nulidad si concurren las condiciones generales del 1266, ya afecte al *caput non controversum* o al *caput controversum*?

Ese carácter excepcional del error se deduce claramente de las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1943, 30 de septiembre de 1963, 15 de febrero de 1977, 28 de febrero de 1974, entre otras.

En doctrina, véase MORALES, *Ob. cit.*, p. 218; GHESTIN, «La notion d'erreur dans le Droit positif actuel», París, 1963, p. 96, y CASTRO Y BRAVO, «De nuevo sobre el error en el consentimiento», A.D.C., 1988, p. 425.

(71) Los inconvenientes de la tesis de la dicotomía en este punto se comprueban también en las opiniones de algún autor alemán, como PECHER, *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht*, Besonderer Teil, 2. Halbband, segunda edición, Múnchen, 1986, p. 1086, quien llevado por la amplia expresión del 779 BGB, incluye como supuestos anulatorios todos los cambios sobrevenidos de circunstancias (tales como alteraciones en la Economía, futuras legislaciones, modificaciones de la Jurisprudencia...).

Esto ha sido criticado muy acertadamente por MARBURGER, *Staudinger Kommentar zum BGB*, && 741-822, 12 edic. revisada, Berlín, 1986, pp. 495-496. En esta misma dirección se expresa SCHACK, *ob. cit.*, p. 600.

Véase, en España, GAVIDIA, «Presuposición y riesgo contractual», A.D.C., 1987, pp. 567 y ss., sobre las amplias posibilidades de anulación de los contratos que proporciona la tesis de la «presuposición», elaborada por WINDSCHEID, y en la que sin duda se apoyó el 779 BGB (y, por tanto, la tesis de la dicotomía) para mantener la especial configuración del error transaccional.

2. Por otro lado, la tesis defensora a la dicotomía ECC-ECNC no es capaz de dar respuesta adecuada a algunas situaciones susceptibles de presentarse en la práctica.

Por ejemplo, imaginemos que dos sujetos divergen sobre el contenido de los derechos atribuidos a ambos por un testamento, del que ambas partes tienen *dudas* de si es falso o verdadero. A pesar de ello, transigen sólo sobre los derechos derivados del testamento mediante concesiones recíprocas, no siendo punto discutido entre ellos el de la posible falsedad del título. Según la opinión de parte de la doctrina italiana (72), si posteriormente se establece con certeza la falsedad del testamento, en estas circunstancias la transacción sería inatacable por error, precisamente por el conocimiento de los transigentes acerca de la *probable* falsedad del título. Desde el punto de vista de la dicotomía, puesto que todo hay que reconducirlo a alguna de las dos categorías, es evidente que la cuestión de la nulidad no sería un *caput controversum*, pues las partes no transigieron sobre este punto. Y, sin embargo, aún siendo un *caput non controversum*, el efecto sería el mismo que el del ECC, a saber, la ineficacia anulatoria del error alegado (inexacto conocimiento de la invalidez del título testamentario) (73).

En esta hipótesis concreta, perfectamente posible en la práctica, no cabe servirse de los criterios al uso, pues si así fuese, habría que concluir la nulidad de la transacción por error *in caput non controversum*. La decisión se ha tomado siguiendo las pautas previstas para el error contractual general, esto es, atendiendo a si afecta a la sustancia misma de la materia transigida, así como al grado de diligencia usado por las partes en el conocimiento de los datos reales. En este caso, una de las partes —la que luego adujo error— no obró diligentemente, pues se pudo cerciorar el estado real, jurídicamente hablando, del testamento. Si no lo hizo, ese sujeto será autorresponsable de su falta de diligencia, y deberá pechar con la consecuencia de la irrelevancia del error alegado, error que, por tanto, será inexcusable.

A la conclusión a la que queremos llegar es la de la *incoherencia* de los partidarios de la dicotomía. No se puede sostener, por un lado, que, para decidir si el error transaccional produce consecuencias anuladoras hay que atender *exclusivamente* a si el punto objeto de equivocación fue o no un *caput controversum*, y luego utilizar, por otro, los remedios generales para solventar las posibles desviaciones de la regla. Por lo demás, de ser correcta la modalización del ECNC con

(72) D'ONOFRIO, *Ob. cit.*, p. 273, y SANTORO-PASARELLI, *Ob. cit.*, pp. 172-173.

(73) Véase, para un caso de «dudas» de las partes en contrato distinto de transacción, seguido de ulterior impugnación, GHESTIN, *Ob. cit.*, p. 197, quien se inclina también por rechazar la nulidad.

los criterios del error contractual general, habría que hacer otro tanto de lo mismo con el error *in caput controversum*, si se quiere ser plenamente coherente. Ello llevaría a desechar también aquellos casos de ECC que no cumpliesen las condiciones de esencialidad y excusabilidad. En este sentido, se manifiesta Carresi (74). (Téngase en cuenta que la esencialidad de un error bien puede alcanzar tanto al *objeto* estricto de cualquier contrato, como a todo lo que le rodea, siempre que una de las partes —o las dos— tuvieran en las interioridades de su mente una percepción incorrecta de la realidad de tal magnitud, que no habrían deseado contratar de haber tenido un conocimiento preciso. El hecho de que en un contrato cualquiera de las dos (o más) partes contratantes converjan en una cosa o cosas, en un objeto u objetos determinados, no significa que la alegación del error quede vedada a esas materias.)

Conclusión —y pregunta— final: Si nuestro razonamiento es correcto, ¿para qué sirve entonces la distinción entre ECC y ECNC, si en ambas situaciones hay que echar mano del sistema general del error contractual? ¿No será mejor recurrir a las técnicas habituales, al menos como punto de partida, para luego hacer, en su caso, algunas matizaciones, dependiendo de los casos concretos y de las circunstancias? Y pensando ahora en la hipótesis anterior de transacción con *dudas* sobre la validez del testamento, ¿no será más lógico pensar que las partes al transigir han querido expresa o tácitamente asumir, siguiendo los criterios generales en materia de error, la inexcusabilidad del error susceptible de alegarse cuando se descubriese la falsedad de aquél?

3. Otra hipótesis en la que no encaja bien la distinción entre ECC y ECNC es aquélla en que concurre el error en las llamadas «transacciones mixtas», esto es, transacciones en donde la concesión de una de las partes afecta a un objeto extraño a la discusión.

A nuestro juicio, en estas transacciones, y a pesar de la opinión de Moscarini, quien ha defendido en Italia la aplicación a ellas del principio de irrelevancia del ECC (75), la conocida dicotomía no es fácilmente trasladable a las transacciones mixtas. Al menos cuando el error de una de las partes afecta a la cosa extraña a la discusión, no parece factible utilizar alguno de los dos tipos de error tradicional. Ni es, obviamente, un error que recae sobre el *caput controversum*, pues no se litigó sobre ese objeto, ni tampoco, creemos, un ECNC, por cuanto por éste generalmente se entiende la ignorancia o inexacto conocimiento de la *base transaccional*, es decir, de los datos, hechos o factores tomados por las partes de consumo para plantear la discu-

(74) *Ob. cit.*, p. 500.

(75) «La transazione mista», en *Studi in onore de F. Santoro-Pasarello*, tomo III, Napoli, 1972, pp. 474-476.

sión; es evidente, pues, que el error afectante a la cosa no discutida pero recibida como concesión por uno de los transigentes, no puede configurarse como un ECNC.

En conclusión, lo más sensato sería sostener la aplicación de la disciplina general del error (art. 1266). No sólo respecto de las transacciones mixtas, en donde resulta inevitable, sino respecto de todo tipo de transacción (76).

4. Veamos una última hipótesis en donde tampoco casan bien los esquemas clásicos de la dicotomía con el caso concreto, o al menos en donde su uso es un tanto problemático. Se trata de aquel supuesto en donde dos sujetos discuten acerca de si un contrato por ellos celebrado es nulo, por ejemplo, por causa ilícita, llegan a un acuerdo transaccional, y luego una de las partes descubre que, en el contrato primitivo, no sólo había una posible causa ilícita (eso no llegó a saberse con certeza, pues no hubo resolución judicial), sino, además, *dolo* de la contraparte. Por este motivo, el otro contratante impugna la transacción *por error*, es decir, por inexacto conocimiento de los hechos que dieron origen al primer contrato (el comportamiento doloso), y que, de haberse sabido, le habrían inducido a *no transigir*.

Aquí el problema radica en saber cuál fue el *caput controversum* de esta concreta transacción. Parece claro, por lo pronto, que el objeto de la transacción fue la disputa sobre la *nulidad del primitivo contrato*. De ser esto cierto, habría que concluir la irrelevancia del error, pues, aunque éste consistía en la ignorancia de una concreta causa de anulación del primer contrato —el *dolo*—, y no de otra causa distinta probablemente concurrente —la causa ilícita—, el *caput controversum* sería la *nulidad misma* de aquél, *cualquiera que fuesen sus posibles vicios o defectos*. Esta sería probablemente la solución más acorde con los planteamientos de la doctrina seguidora de la disyuntiva.

Sin embargo, cabría otra posibilidad: aceptar un concepto más estricto de lo que sea el *caput controversum*, entendiendo por tal no ya los puntos específicamente discutidos y transigidos sin más (lo que podríamos llamar el *petitum*), sino éstos junto con la causa concreta en base a la cual se pide (o sea, lo que en terminología procesal sería la *causa petendi*). De esta manera, el caso que planteamos se resolvería así: el *caput controversum* será, ciertamente, la nulidad del contrato originario, pero la *nulidad por causa ilícita*, no entrando dentro de la cuestión controvertida y transigida la *nulidad por dolo*; a menos, claro está, que se hubiese llegado a un acuerdo sobre cualquier causa de nulidad susceptible de concurrir. Por tanto —y exceptuando esta última posibilidad—, la transacción celebrada sería anulable por error,

(76) En la misma dirección, SANTORO, *Ob. cit.*, pp. 154-155 (aunque sólo respecto de las relaciones extrañas a la *litis*).

error que sería *in caput non controversum*, pues el posible dolo del primer convenio no fue materia transigida y, en consecuencia, pasaría automáticamente a ser motivo de error relevante.

Pero esta manera de enfocar la cuestión de qué sea *caput controversum* y qué *caput non controversum* la juzgamos inapropiada. En primer lugar, porque se olvida que, en abstracto (y siguiendo la manera de actuar del error-vicio), acaso no sea correcto desde un punto de vista ético o de buenas costumbres, permitir la anulación por error a quien probablemente, por su comportamiento negligente (v. gr., no se planteó adecuadamente los posibles vicios o defectos de la relación originaria, y no descubrió el dolo de la contraparte, siendo sencillo hacerlo), no lo merecía.

En segundo lugar, porque se crea un peligroso puente de unión entre transacción y sentencia judicial firme, ya que se acaban trasladando al campo de los contratos —la transacción es uno de ellos— términos y consecuencias propias del Derecho procesal, con la consiguiente falta de rigor técnico, incluso en un contrato, como la transacción, tan próximo en cierto modo a dicha disciplina. Lo que se consigue con esta asimilación de la transacción a la sentencia en el campo de la nulidad por error, no es otra cosa que apoyar la concepción *declarativa* acerca de la naturaleza del contrato de transacción: si el *caput controversum* se identifica con las pretensiones concretas de las partes, y si sobre éste no es posible volver por causa de error de alguno de los transigentes, lo que se hace es asumir que una transacción es algo idéntico a una sentencia, a través de la cual se termina declarando el derecho preexistente de uno de los litigantes sobre una determinada pretensión.

Frente a ello, conviene tener en cuenta que la doctrina más reciente tiende a abandonar los postulados clásicos de la «declaratividad» de las transacciones, bien para matizar aquella postura originaria según las circunstancias (77), bien para rechazarla postulando el carácter dispositivo o modificativo (78) de esta clase de contratos.

En las transacciones hay, sí, sustitución de la actividad de los órganos judiciales, pero *en absoluto podemos pensar que haya un juicio que supla a las sentencias*. Tan sólo se trata de dar por concluido un conflicto entre dos o más sujetos a través de un acuerdo en el que las dos partes se hacen recíprocas concesiones en relación a las pretensiones originariamente sostenidas. No podemos, por tanto, utilizar el dato de la señalación de las cuestiones discutidas como pauta para conocer qué puede ser y qué no anulado por error. Entre otras razones, porque, cuando menos en las transacciones celebradas antes de la

(77) Cfr. GULLÓN, *Ob. cit.*, pp. 53 y ss.

(78) Recientemente, en España, LUNA SERRANO, «La invalidez...», *cit.*, p. 112, y PELÁEZ, «La transacción. Su eficacia procesal», Barcelona, 1987, pp. 83-129.

iniciación de un proceso judicial, las pretensiones ni siquiera se conocen con certeza en muchas ocasiones, o aún sabiéndose, nada impide que se modifiquen posteriormente antes de la presentación de la demanda (la demanda que hipotéticamente se hubiese presentado de no haberse transigido). Por lo demás, si se quiere ser coherente con la postura sostenida por los partidarios de la dicotomía, lo lógico sería, teniendo en cuenta el efecto de «cosa juzgada» de las transacciones, llevar a sus últimas consecuencias la teoría defendida e impedir la alegación de cualquier otro vicio de la voluntad diferente del error (dolo, intimidación...), por cuanto se trataría de mantener a ultranza la vigencia de lo transigido.

5. Un repaso por la doctrina francesa, de cuyo Código procede en buena medida, como ya pusiera de manifiesto García Goyena (79), nuestra regulación del error transaccional, nos proporciona un nuevo apoyo en esta verdaderamente larga exposición de los inconvenientes de la distinción entre ECC y ECNC.

Curiosamente, la doctrina francesa —por supuesto, tampoco su legislación— es la única de nuestro entorno cultural que no hace el más mínimo hincapié en la disyuntiva ECC-ECNC. Ni entre los autores clásicos, ni entre los modernos, se utiliza esa terminología, ni de hecho, se distingue entre error sobre el punto controvertido y sobre punto no controvertido (80). Hay más bien una remisión a las categorías clásicas de error (error en el objeto, en la persona, obstativo, etc.), aunque, eso sí, reconociendo que el error transaccional se encuentra algo más limitado que el error contractual general. (No se olvide, sin embargo, que el 2052 del Código Civil francés prohíbe, contrariamente a lo que literalmente expresa nuestro Código, el error de derecho, lo cual es un motivo de restricción insalvable.)

Esto es demostrativo de que las categorías usuales de ECC y ECNC no son esenciales en la construcción del error transaccional. Se pueden solventar todos los problemas relacionados con esta materia acudiendo a los criterios generales, con las específicas matizaciones de los arts. 2052 y ss. del *Code* francés. Y si esto es así, lo puede —y lo debe— ser *a fortiori* en Derecho español, en donde se introdujo la importantísima novedad, inexistente en los demás Códigos europeos, del art. 1817, con su remisión a los arts. 1265 y ss. del Código Civil.

(79) «Concordancias...», *cit.*, p. 135.

(80) Cfr. TROPLONG «Del mandato, della fideiussione e delle transazioni», prima versione italiana, Napoli, 1846, pp. 233 y ss.; DALLOZ-VERGÉ, «Les Codes annotés. Code civil», tomo 2, París, 1874, pp. 913 y ss.; MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit Civil», tomo 3, vol. 2, 5.^a edic., París, 1980, pp. 1.083 y ss; LAURENT, *Principes de Droit Civil français*, tomo 28 (3.^a edic.), Bruxelles-París, 1878, pp. 394 y ss; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, tomo XI, París, 1932, p. 959, y BOYER, «Transaction», *cit.*, pp. 20 y ss.

Esta conclusión viene corroborada por nuestra jurisprudencia, la cual no ha adoptado prácticamente en ningún caso la tradicional distinción entre ECC y ECNC, a la hora de resolver recursos de casación sobre error del consentimiento en contratos de transacción. En esta dirección, pueden citarse, además de las sentencias de 25 de mayo de 1956 (se rechaza el error alegado por el padre, en una transacción celebrada con sus hijos, producido por su senilidad y su casi ceguera), 19 de diciembre de 1960 (no hubo error jurídicamente tal, según el Supremo, en una transacción concluida acerca de las dudas derivadas de la venta de una panadería, al aducirse que no se conocía la suspensión de apertura del local, decretada por la Comisaría de Abastecimientos, ignorancia que no fue plenamente probada). Más interesante, si cabe, es la sentencia de 23 de junio de 1962, en donde se planteaba la nulidad por error de una transacción celebrada entre los distintos sujetos llamados a una herencia tomando por base una partición anterior; la demandante pretendía la anulación por haber sido inducida, según ella, a transigir en la creencia de que en la transacción se establecía una condición (tácita, pues no aparecía en el texto del acuerdo) de que se otorgaría nueva partición más ajustada a la voluntad del causante; se denegó esa pretensión de nulidad por falta de prueba del error o del dolo de los otros transigentes. En ninguna de estas sentencias hay la más mínima alusión a un enfoque específico del error en las transacciones; hay simple remisión a los criterios generales (81).

Por último, y en esta dirección, la situación más extrema, de entre los países que regulan el contrato de transacción, la representa el Código Civil portugués, en cuyos arts. 1248 a 1250 no se hace la más mínima referencia a posibles peculiaridades del error transaccional. Ello tiene que significar por fuerza que, para el legislador portugués, la transacción puede ser anulada por cualquiera de los vicios generales, entre ellos el error, ya recaiga sobre el *caput controversum*, ya sobre el *caput non controversum* (82).

6. Una última aportación que corrobora la innecesariedad, además de la escasa utilidad práctica de la distinción entre ECC y ECNC.

(81) Véanse, en ese mismo sentido, las sentencias de 7 de octubre de 1986 de la Audiencia territorial de Barcelona, o de 30 de septiembre de 1988, de la Audiencia territorial de Valencia.

Igualmente, aunque referido a un caso de dolo incidental, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1911.

(82) Ni siquiera la doctrina y jurisprudencia portuguesas han mostrado interés por la dicotomía ECC-ECNC, ni por examinar posibles peculiaridades del error en el contrato de transacción. Véanse al respecto los comentarios a estos artículos (1248 a 1250 del Código portugués) de PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, «Código Civil anotado», vol. II, 3.^a edic. revisada y actualizada, Coimbra, 1986, pp. 855-859, y de NETO-MARTINS, «Código Civil anotado», sexta edic. actualizada, Lisboa, 1987, pp. 730-731.

La pregunta previa es: ¿qué diferentes repercusiones jurídicas provoca la anulación (o no anulación) de una transacción siguiendo la fórmula del ECC-ECNC, en relación con el sistema general de error previsto en el art. 1266 del Código Civil, al que parece remitir el 1817, 1? Es indudable que, entre una y otra fórmula, las desviaciones en la solución de los casos podrían ser muy importantes, con lo que, desde un punto de vista práctico o social, acaso se impondría la aceptación de la primera de las tesis. Para sacar alguna conclusión a este respecto, hay por fuerza que acudir a los ejemplos que más arriba vimos recogía la doctrina de los diversos países.

Recordemos, en primer lugar, los casos presentados por Gropallo: el de la transacción sobre el valor de inmueble vendido en la cual una parte desconocía al transigir las normas sobre rescisión por lesión, y el de la transacción sobre si se había producido o no usucapión, descubriendose después la posesión por uno de los transigentes de un título de propiedad heredado. Según la técnica del *caput controversum-caput non controversum*, la primera hipótesis sería de ECC, que sería inimpugnable, por ser, además, un error de derecho sobre ese *caput controversum*; la segunda, daría lugar a nulidad por ECNC, al no haberse transigido sobre dicho título nuevo.

Pero, ¿cuál sería la solución de estas dos situaciones hipotéticas, siguiendo las pautas generales del 1266? ¿La misma o diferente? Hay que decir que la técnica general del error contractual no está sujeta a esquemas rígidos, por lo que la solución dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Sin embargo, nos atreveríamos a afirmar que, con esta matización, *la solución sería exactamente la misma*. En el primer caso, habría un error de derecho muy difícilmente estimable por los tribunales, por ser claramente *inxcusable* (83). Es incuestionable aquí la aplicación del principio de autorresponsabilidad del transigente que incurrió en ese tipo de error. Por lo que concierne a la segunda hipótesis, la nulidad por error sería procedente, por desconocerse un dato fundamental que, de haberse sabido, habría impedido la conclusión del contrato; sería, pues, un supuesto de error esencial y excusable. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esto son soluciones teóricas, sin atender a textos legales. No obstante, de acuerdo con nuestro art. 1818, la aparición de un documento nuevo —como aquí sucede— no determina, en principio, la nulidad por error. Según nuestro Código, esta hipótesis, incluso siendo de error esencial, no produ-

(83) Ello no significa que, para nosotros, todos los errores de derecho sean inexcusables, ya sea en los contratos de transacción, ya en cualquier otro contrato. Creemos que el error de derecho puede provocar la nulidad de un contrato, incluida la transacción, aunque hay que reconocer que, con muy poca frecuencia, este tipo de error resulta excusable, como se puede comprobar acudiendo a la jurisprudencia. Sobre este tema, volveremos más adelante.

ce la nulidad por disposición legal, al contrario de lo que sucede en el Derecho italiano, en donde sí procede la nulidad por error, aun cuando sólo respecto de las llamadas transacciones particulares (vid. art. 1975 del Código Civil italiano vigente; antiguo art. 1777 del Código de 1865).

Lo mismo habría que decir de los ejemplos expuestos por Valsecchi acerca de la transacción sobre un objeto precioso y que luego resultó ser falso. La solución sería la de su anulabilidad por error, se adopte la fórmula que se adopte. Si se siguen los criterios del 1266, habría que tener en cuenta que sería un error sobre las cualidades esenciales del objeto determinante de la nulidad de la transacción... A menos que se probase no haber utilizado por el que impugnó la suficiente diligencia en la indagación de la realidad de la cosa, o a menos que ese impugnante fuese un perito en la materia (marchante o similar) que, sin embargo, no hubiese tomado las precauciones oportunas, y a salvo el posible dolo de la contraparte.

Ahora bien, si se transigió en base a la expresa duda de la autenticidad, seguramente un juez resolvería la demanda de nulidad presentada denegándola por no ser excusable el error aducido (error de hecho); e incluso por no ser tampoco esencial, ya que al dudarse sobre su autenticidad, este dato dejó de considerarse por las partes como *determinante* de la celebración del contrato.

Otro tanto de lo mismo habría que decir de los supuestos hipotéticos expuestos por Visalli, Carresi, Gullón, Hedemann o Brox. En todos ellos, la solución, favorable o contraria a la procedencia del error como medio de anulación de la transacción, se puede obtener del mismo modo o de un modo similar acudiendo a la tesis de la disyuntiva ECC-ECNC que a los criterios generales del error contractual, aunque, con esta última fórmula, la decisión podría variar según cuáles fueran las circunstancias concretas del caso.

En conclusión, con este panorama, no queda otro remedio que dudar de la eficacia práctica de una distinción (distinción entre ECC y ECNC) que ni es acorde con nuestro texto legal, ni produce unos resultados prácticos tan diferenciados y peculiares de los normales del 1266, que justifiquen suficientemente su mantenimiento por parte de la doctrina patria. Es más, si algo ha quedado patente de lo anteriormente expuesto, es el mayor grado de flexibilidad, de adaptación a las circunstancias del caso, de posibilidad de soluciones más equitativas, de la fórmula general del error. Por todo ello, habría que inclinarse por desechar la tesis de la dicotomía ECC-ECNC, postulando la interpretación del 1817, 1 como remisión en bloque al art. 1266 del Código Civil, con las matizaciones que más adelante se harán en relación al 1817, 2.

El único punto de discordancia real entre los dos enfoques sobre el error transaccional reside en la solución que debe darse a determi-

nados supuestos —no todos— en que concurre lo que la tesis tradicional denomina un error *in caput controversum*. Según la tesis de la dicotomía, salvo alguna opinión discordante (84), aquí no hay que plantearse nada más allá de si el error aducido recae o no sobre el punto controvertido, de modo que *será automáticamente inimpugnable el que afecte al mismo*.

La otra perspectiva, la que postula la simple aplicación del 1266, no da una solución tajante y rápida de estas hipótesis, sino que pro-pugna tomar la decisión correspondiente analizando con mesura todos los datos, el comportamiento de las partes, su situación contractual y los intereses en juego. A partir de todos estos factores, se dará una respuesta adecuada, respuesta que no estará necesariamente conectada con el hecho de que el error recaiga o no sobre el punto controvertido. Puede darse, por tanto, la circunstancia de que se resuelva un caso de auténtico error *in caput controversum* según la primera de las tesis, declarándose la nulidad por error de la transacción celebrada, cuando ese error reúna las condiciones de ser esencial y excusable. El ejemplo más significativo de esto que decimos se puede encontrar en las transacciones sobre indemnización de daños, cuando ulteriormente se descubre que el perjuicio era de mayor entidad que el tenido en cuenta en el momento de transigir. Ejemplo que pasamos a dedicarle a continuación unas líneas, dada su trascendencia práctica.

III.4. Un caso concreto: la transacción sobre indemnización de daños celebrada entre el perjudicado y el causante del daño o la aseguradora, y la doctrina de la irrelevancia del error *in caput controversum*

Nuestra atención se centra ahora en la aplicación de la doctrina defensora de la irrelevancia del ECC a un supuesto concreto, probablemente el más habitual en la jurisprudencia de los países de nuestro área cultural: el de las transacciones celebradas entre un particular perjudicado por un daño extracontractual y el causante del mismo o (sobre todo) la compañía aseguradora, cuando se transige sobre una determinada base, sobre un específico daño corporal o de otro tipo, y después de la celebración del contrato se descubre la mayor gravedad de los perjuicios ocasionados, lo que lleva al sujeto dañado a impugnar la transacción por error.

Ya se pudo comprobar en el Capítulo primero, cuando se expusieron diversos casos de la jurisprudencia española sobre el error transaccional, cómo esta hipótesis era la que más frecuentemente se presentaba ante los tribunales. Hay que reconocer, no obstante, que esa

(84) Como la ya citada de CARRESI, *Ob. cit.*, p. 500.

«frecuencia» no es muy elevada, siendo sólo tres o cuatro los casos resueltos por el Tribunal Supremo en esta materia, pero no hay que olvidar que las sentencias de nuestro máximo tribunal sobre error en la transacción no pasan de siete u ocho (al menos, que tengan alguna relevancia teórica o práctica), lo cual es indicativo de que nos hallamos ante la situación más usual de error transaccional.

No es esto lo que ha sucedido en otros países, v. gr., en Francia, donde existe un cuerpo de doctrina jurisprudencia muy consolidado sobre esta concreta hipótesis de error transaccional. De ella, de sus vicisitudes, de los intereses que yacen debajo y de los problemas que se plantean, nos da buena cuenta un autor de país vecino, Boyer.

Así, y refiriéndose al objeto de las transacciones, señala Boyer que, en el grupo de casos analizados, el descubrimiento de nuevos daños o de un daño mayor del primitivamente previsto, no debe ostaculizar la reclamación ulterior, de por ejemplo, daños morales, junto a los daños materiales objeto de la transacción; o de una demanda suplementaria, reclamando del juez una reparación adicional por tratarse de un elemento nuevo (una nueva lesión no conocida más que en fecha posterior al contrato). Por otra parte, considera este autor como excesivamente severa la postura de algunos autores y cierta jurisprudencia, de negar una nueva reclamación de daños en estos casos si con las recíprocas concesiones de la transacción se estipuló la renuncia a cualquier reparación futura que pudiera surgir entre las partes. Y es muy severa, a juicio de Boyer, porque casi siempre la víctima, queriendo obtener rápidamente la correspondiente indemnización para evitarse, además, los costosos gastos derivados del juicio, llega a aceptar el acuerdo transaccional en unas condiciones de considerable inferioridad respecto, por ejemplo, de una compañía aseguradora, que no suele tener grandes inconvenientes en iniciar un proceso. Es por ello, y por la frecuente concurrencia de un error —relevante jurídicamente— por parte de la persona lesionada, por lo que la Corte de Casación francesa suele entender de forma restrictiva aquella tendencia de impedir reclamaciones ulteriores (85).

Más adelante, tratando ya el tema del error en la transacción, el propio Boyer se refiere al gran «liberalismo» de la Corte de Casación de Francia en la anulación por error de los acuerdos transaccionales atinentes a las consecuencias de accidentes corporales, a pesar de que, en teoría, ni la (rescisión por) lesión, ni el error sobre el valor tienen trascendencia jurídica en el Ordenamiento vecino. La jurisprudencia ha interpretado, sin embargo, que, en estas situaciones, lo que hay es un error sobre la naturaleza de las lesiones, rele-

(85) BOYER, «Transaction», *cit.*, p. 15.

vante (así, si se transigió pensando en la fractura de una extremidad, siendo luego precisa la amputación, etc...), y no un error *sobre la gravedad* de las mismas, irrelevante. Por otro lado, y respecto de las transacciones en que hay una renuncia general a cualquier reparación sobre las consecuencias presentes o futuras de la lesión, la jurisprudencia, después de negar la anulación del contrato por error durante algún tiempo, ha terminado por permitir esa anulación en bastantes resoluciones, por su idea de que es en ese momento, en el del descubrimiento del daño mayor del previsto, cuando más ayuda necesita la víctima (86).

Esta larga transcripción del texto de Boyer acerca del estado de la cuestión en Francia, nos sirve estupendamente para ilustrar todos los problemas que subyacen a las transacciones sobre indemnización de daños.

Enfocando esta materia desde la óptica de la disyuntiva ECC-ECNC, habría que preguntarse: ¿cuál es el *caput controversum* en esta clase de transacciones? Por lo pronto, no hay ninguna duda de que lo será la cuestión, perfectamente planteable ante los tribunales, *de la procedencia y, sobre todo, de la cuantía de la indemnización a pagar por los perjuicios irrogados*. Este es el *caput controversum* del que no se puede dudar. Pero sí es más dudoso que haya que restringir aún más el punto controvertido: ¿podría serlo la disputa sobre la cuantía de los daños conocidos o previsibles en el momento de transigir, lo que permitiría una ulterior reclamación de los nuevos perjuicios descubiertos, manteniendo la eficacia de la transacción celebrada?

Antes de responder a esta pregunta, conviene hacerse otra y solventarla convenientemente: ¿qué intereses en abstracto, prescindiendo de las normas legales, nos parecerían más defendibles? ¿Los de la víctima ignorante de la realidad de los daños corporales sufridos, o los de la compañía aseguradora que se quiere cubrir las espaldas de esos nuevos daños contratando rápidamente una reparación con el perjudicado a través de una transacción?

Aunque la respuesta está ya condicionada por la pregunta, en sí misma tendenciosa, creemos se puede convenir que la inmensa mayoría de los autores, se opongan o no a la concepción del ECC-ECNC, se inclinarían por proteger los intereses de la persona o personas lesionadas. Dada su situación de inferioridad respecto de la compañía. Dada la ignorancia real de la víctima acerca de sus lesiones. Dada la probablemente no infrecuente actuación dolosa de la compañía de seguros, actuación muy difícilmente demostrable (87).

(86) BOYER, *Ob. cit.*, p. 21.

(87) Y eso sin contar con que el contrato pudiera —acaso— estar sujeto a la Ley de Consumidores, de acuerdo con la cual no son posibles las cláusulas limitativas de responsabilidad (contractual y extracontractual), incluso a través de un contrato de transacción, en donde se reduciría esa responsabilidad a cambio de no oponerse en el pleito correspondiente afirmando su irresponsabilidad total.

Aclarado este tema, entremos en la cuestión de fondo: ¿forman o no parte del *caput controversum* los daños adicionales producidos e ignorados por uno o ambos transigentes (junto a los ya conocidos)? Para dar una respuesta, se nos podría decir, hay que hacer una distinción, entre aquellas transacciones en donde sólo se acuerda una indemnización intermedia entre lo pedido por el perjudicado y lo ofrecido por la compañía aseguradora, sin más, y aquellas otras en que, junto a ello, se estipula la renuncia del lesionado a toda demanda de indemnizaciones posteriores.

En el primer caso, nos dirán seguramente los seguidores de la dicotomía, el *caput controversum* será simplemente la cuantía de los daños tal como se presentaban (actuales o previsibles) al transigir; de modo que, descubriendose con posterioridad su más elevado volumen, ese mayor grado de lesión será un *caput non controversum* que daría lugar a la anulación de la transacción por error, pero por ECNC, no ECC. En el segundo caso, la estipulación de la renuncia a indemnizaciones futuras implicará que los daños realmente producidos, tanto actuales como futuros, pasen a formar parte del *caput controversum*. De esa manera, no prosperaría la alegación de error, porque, siguiendo las pautas tradicionales, sería un ECC intrascendente a efectos anulatorios.

Desde nuestro punto de vista, estos planteamientos son completamente incorrectos. Para nosotros, el *caput controversum* —siguiendo la terminología de la tesis que rechazamos— es el mismo en ambos casos. Tanto en la primera hipótesis como en la segunda el punto controvertido es siempre la cuantía de los daños a resarcir, que es precisamente lo que se discute. *Porque, de acuerdo con el efecto de cosa juzgada propio de las resoluciones judiciales (al que debe de atenerse el juez a la hora de analizar si un punto, habiendo sido posible objeto de transacción, puede plantearse ante el juez por haber sido tratado o no en el contrato), no sería posible presentar una posterior reclamación judicial sobre aquella parte del daño no tenida en cuenta por la transacción.* Dicho de otra manera: supongamos que un sujeto reclama judicialmente una indemnización por una lesión corporal sufrida, y acto seguido transige con la parte demandante, es decir, suple la actuación judicial en ese punto. Si luego pretendiese una indemnización adicional por el descubrimiento de la mayor gravedad de la lesión (sin más, es decir, sin pedir al mismo tiempo la nulidad de la transacción por error), la otra parte podría perfectamente, aplicando en este asunto los mismos efectos de la excepción de cosa juzgada (propia de las sentencias judiciales firmes), oponer al lesionado la *exceptio pacti* o excepción de transacción, viéndose obligado el juez a rechazar aquella demanda. Así pues, no se podría ya volver sobre el mismo punto, por la sencilla razón de que

ya habría sobre él cosa juzgada (ahora, la cosa juzgada propia de la transacción) (88) (89).

(88) Por supuesto estamos partiendo de una determinada configuración del efecto de «cosa juzgada» señalando en el art. 1816 para las transacciones, y que es el que creamos utilizan habitualmente los partidarios de la dicotomía para, a partir de él, deducir la irrelevancia del error transaccional que recaiga sobre el *caput controversum*.

Sobre el sentido del art. 1816 del Código Civil, véase el apartado siguiente del texto.

(89) A esta conclusión no se opone una cierta jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, manifestada —entre otras— en las sentencias de 19 de febrero de 1973 y 25 de marzo de 1976, de acuerdo con las cuales es posible —al menos teóricamente— una reclamación ulterior sobre daños «nuevos» no conocidos en el momento en que se dictó sentencia, a pesar de existir ya «cosa juzgada». La argumentación utilizada por el Supremo en estas situaciones es la siguiente: «[...] Porque si bien es cierto, como sostiene el recurrente, que la eficacia de la cosa juzgada *civil*, manante de una sentencia condenatoria de la jurisdicción criminal, puede tener un *límite temporal*, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las lesiones muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, es menester para ello que este daño o su agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal...» En suma, se trata simplemente de aplicar ese principio general, en materia de responsabilidad extracontractual, de la «reparación integral del daño», en aplicación del cual cabría una nueva reclamación por daños ignorados y no previstos por la primera sentencia ya firme. Véanse también sobre este tema las sentencias de 26 de enero de 1965 y 11 de diciembre de 1979.

Un primer argumento en contra de esta posición jurisprudencial: debe tenerse en cuenta que en ninguna de las dos primeras sentencias citadas (tampoco en las otras restantes) se hace aplicación de la doctrina que se postula, ya que en ambas se deniega la nueva reclamación sobre reparación de perjuicios; cabría pensar, pues, que las palabras utilizadas constituyen realmente un *obiter dictum*, no dando lugar a jurisprudencia en sentido estricto.

Es cierto, sin embargo, que en tiempos más recientes la doctrina del Supremo ha cambiado en este punto, y así la sentencia de 27 de enero de 1981 ha admitido por primera vez la corrección de una demanda adicional de daños, planteada ante juez civil, después de haber resuelto sobre el tema el juez penal en resolución condenatoria acompañada de responsabilidad civil «ex delicto», rechazando la alegación de la excepción de cosa juzgada opuesta por el recurrente. Pero en esta hipótesis la demanda de nuevos daños fue admitida por el Tribunal civil en base a que en la sentencia penal únicamente se estableció una obligación genérica de abono de los gastos de curación y los jornales perdidos (a fijar en fase de ejecución), sin referencia alguna a las lesiones corporales sufridas por el demandante. La indeterminación de la sentencia penal fue la causa del rechazo de la excepción de cosa juzgada.

Más recientemente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha orientado hacia la flexibilización en el cómputo del plazo prescriptivo de un año del art. 1968 del Código Civil, postulando —en la hipótesis de lesiones físicas— que ese plazo no empieza a correr sino desde que se manifiestan al exterior la totalidad de los perjuicios sufridos, aunque aparezcan al cabo de un período importante de tiempo (STS de 16 de diciembre de 1987 y 8 de octubre de 1988, entre otras). Por efecto de esta doctrina, sería perfectamente factible una segunda demanda de indemnización daños, cuando éstos no hubiesen sido tenidos en cuenta en la primera sentencia (sea civil o penal) o no hubiesen sido en absoluto previstos. Esto es justamente lo que ha sucedido con las sentencias de 9 de febrero y 20 de abril de 1988, las cuales han admitido abiertamente una segunda demanda de reparación adicional a la primera, solicitada en proceso penal o civil. Los

Si esto es cierto, nos encontraríamos ante una alegación de un error que recaería sobre un auténtico *caput controversum* (90), y en

argumentos utilizados han sido, sin embargo, muy ambiguos: admitir la excepción de cosa juzgada alegada por la contraparte sería —se ha dicho— una solución «contraria a la naturaleza de las cosas», supondría «un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24, 1 de la Constitución Española, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas»; finalmente, esta solución vendría dada «por un elemental principio de justicia».

A nuestro juicio, la solución adoptada por esta última doctrina jurisprudencial es, a pesar de la deficiente argumentación, aceptable en términos generales, en tanto en cuanto no cabe en esas hipótesis utilizar la vía del recurso de revisión (arts. 1796 y ss. LEC), y sin perder de vista la necesidad establecida legalmente de reparar íntegramente el daño. Presenta, pues, una importante ventaja; pero, al mismo tiempo, provoca grandes inconvenientes, el más grave de ellos es, cómo no, el de la inseguridad jurídica que produce la posibilidad, al parecer no siempre cerrada —en tanto en cuanto se prueben ulteriores perjuicios desconocidos—, de pedir nuevas indemnizaciones de daños. Piénsese igualmente, llevando al extremo la doctrina jurisprudencial, en la difícil posición en que se puede acabar colocando al instituto de la prescripción extintiva, y no sólo en cuanto a las deudas de responsabilidad. Por lo demás, en el fondo de la cuestión parece latir el tema de la insatisfacción doctrinal por el demasiado breve plazo prescriptivo asignado legalmente a las deudas de responsabilidad extracontractual.

Junto a ello, hay que decir que la citada doctrina jurisprudencial no significa la posibilidad de su traslado automático al campo de las transacciones sobre indemnización de daños, en el sentido de suponer un argumento a favor de que los «nuevos daños» constituyen un *caput non controversum* susceptible de provocar la anulación de la transacción por error (ECNC).

Por lo pronto, parece oportuno destacar que la jurisprudencia citada no dice en ningún momento que nos hallemos ante dos deudas distintas, lo que provocaría inexorablemente la inaplicación de la excepción de cosa juzgada. Se trata de una sola deuda, de un solo asunto a resolver, sólo que, por razones de justicia y en base a los principios generales en materia de responsabilidad extracontractual, considera apropiado el T.S. permitir una nueva reclamación. Sería una matización, una modalización, del principio de cosa juzgada, pero no estrictamente dos procesos sobre asuntos diferentes. Así pues, la temática sería la misma, lo que, trasladado al campo de la transacción, significaría hallarnos ante un *caput controversum*.

En segundo lugar, esta jurisprudencia, caso de ser trasladable a las transacciones analizadas, lo único que produciría sería la consecuencia de la licitud —en su caso— de una reparación adicional a la pactada en la transacción, pero no su impugnabilidad en base a un ECNC, como postularían los partidarios de la tesis tradicional.

En último lugar, no hay más remedio que postular la inaplicación de la jurisprudencia citada a las transacciones sobre indemnización de daños, por la sencilla razón de que no existe identidad, ni tan siquiera similitud, entre las dos hipótesis (daños después de sentencia firme condenatoria y daños después de transacción sobre indemnización por las lesiones producidas), justificativas de una traslación de aquella doctrina jurisprudencial. En este sentido, por tanto, la doctrina legal sobre los primeros no se opone a que consideremos como auténtico error —en terminología de los partidarios de la dicotomía— *in caput controversum* (ECC) la excusable ignorancia de los daños mayores realmente producidos y desconocidos al momento de transigir.

(90) En contra parece manifestarse el profesor MORALES MORENO, «Voluntad y causa en la renuncia a la indemnización por lesiones en caso de accidente», en *Rev.*

donde, sin embargo, la transacción estaría abocada a su invalidación, porque ha habido una ignorancia por ambas partes de un hecho tan esencial para ellas que, de haberse conocido a tiempo, hubiera determinado bien la no conclusión de la transacción, bien su celebración, pero con un contenido diferente.

Esto que aquí decimos, o sea, esa profunda insatisfacción provocada por la disyuntiva ECC-ECNC y esa opinión favorable a considerar como nulas por error las transacciones concluidas en tales circunstancias —haya o no renuncia a reparaciones futuras—, no lo mantenemos sólo los que propugnamos la utilización de las reglas generales del error contractual. También es posible encontrarlo entre autores que poseen la profunda convicción de que el error transaccional ha de tener un ámbito de actuación más reducido que en los demás contratos. Por ejemplo, en el propio Boyer, quien por lo demás es un fiel partidario de la teoría declarativa y de la mayor asimilación posible de la transacción a la sentencia firme, con el efecto que ello conlleva de restricción del error transaccional.

Pero mucho más significativo resulta el que la doctrina y la jurisprudencia alemanas recientes hayan criticado la inaceptable aplicación de la regla del 779 BGB (precepto que, como sabemos, dispone la ineficacia del error sobre el punto controvertido) a las situaciones —frecuentes— de transacciones sobre indemnización de daños, cuando ulteriormente se descubre su mayor gravedad (91). Ello es indicativo del grave defecto de la construcción del ECC-ECNC, ya que hallándonos ante un caso —seguramente el más típico— de ECC, los

Poder Judicial, segunda época, núm. 3 (septiembre de 1986), pp. 126-127, para quien se trataría de un *caput non controversum*. Discrepamos de las tesis mantenidas por este autor, quien critica la utilización abusiva que se hace del error en estas situaciones, optando por la vía de la nulidad absoluta por falta de consentimiento o de causa, según las circunstancias. Sigue, pues, un enfoque parecido al de la jurisprudencia alemana —que ahora se verá—. A nuestro juicio, la vía del error presenta la ventaja de limitar el número de legitimados, y de favorecer a la parte más débil (el lesionado), al darle la posibilidad de elegir entre demandar por error (y anular) o mantener la transacción, si le era más ventajosa.

(91) Cfr. en tal sentido EBEL, «Berichtung, transactio und Vergleich», *cit.*, páginas 154-155, quien considera discutible la aplicabilidad a las transacciones sobre indemnización de daños la doctrina de la irrelevancia del ECC. Cita el cambio de orientación jurisprudencial en la materia, en el sentido de desviar la atacabilidad de estos supuestos fuera de los preceptos de la transacción, aplicándose los principios generales contractuales, en concreto el parágrafo 242 (buena fe en la actuación contractual). Para el citado autor, las injustas consecuencias a que conducen estas transacciones, se resuelven pensando que el poder de disposición de las partes en una transacción no es ilimitado, de modo que sólo formalmente puede pensarse que el perjudicado otorga validez, contra sī mismo, a las consecuencias (injustas) derivadas de este tipo de transacciones, cuando después se descubren daños desproporcionadamente superiores a los previstos o previsibles.

tribunales y los autores se inclinan mayoritariamente por la anulación de la transacción.

Es cierto que les cabe aún una vía de escape a los defensores de la dicotomía: considerar que la transacción conserva su vigencia, que no es anulable por error, pero que, si lo que se pretende es proteger los intereses de la parte más débil, ello se puede solucionar permitiendo a ésta una demanda adicional por *el plus*. El argumento: el carácter restrictivo en la interpretación del objeto de las transacciones que nuestro legislador impone al intérprete a través del art. 1815, lo que acaso conduciría a dejar fuera del objeto del acuerdo esos «nuevos daños», los cuales podrían ser, no obstante, reclamados de forma separada.

Pero tampoco resulta convincente esta nueva salida. Aparte de por los argumentos más arriba expuestos, que en absoluto pierden aquí su vigencia, no convence por otros diversos motivos. El primero, un argumento de tipo práctico: si de lo que se trata es de apoyar a la parte *a priori* más débil, es indudable que la protección que recibía el transigente lesionado sería —o podría ser, según los casos— *inferior* a la que obtendría con la anulación de la transacción y el replanteamiento de la cuestión —en su integridad— ante los tribunales (o, en su caso, un nuevo acuerdo transaccional en un plano de mayor igualdad y con concesiones más sustanciosas). Téngase en cuenta que, si se permite al lesionado reclamar judicialmente una reparación adicional, subsistiendo la transacción, seguramente *recibiría menos* que de la otra manera. Hemos de recordar en este sentido, que la transacción no es sino un acuerdo en donde se adopta una posición *intermedia* (salvo en las hipótesis de transacciones mixtas) entre lo pedido y lo opuesto.

Pero hay más razones. Por ejemplo, habría un problema muy grave que se le plantearía al juez: ¿cómo determinar la lesión que se ha de valorar para fijar la indemnización, cuando lo que presenta *no es propiamente una lesión*, sino *una parte de la misma, casi siempre difícilmente determinable*? No se olvide que la indemnización procedente en casos de lesiones corporales responde a la necesidad de cubrir, entre otros factores, *el daño moral*; imagínese, pues, si ya es de por sí difícil cuantificar este daño, lo enormemente complicado que será determinar *una parte del mismo*. Por tanto, una de dos, o se reclama por el todo, anulándose la transacción, o se deja subsistente el acuerdo impidiendo la reclamación ulterior por daños nuevos, pero no una cosa intermedia y completamente abstracta.

Además, hay que recordar que no nos hallamos ante dos lesiones y, en consecuencia, ante dos deudas nacidas de responsabilidad extracontractual sino ante un único acto lesivo y, por derivación, ante *una sola deuda*, sobre cuya cuantía se ha transigido con el objetivo de evitar la maquinaria judicial. En consecuencia, es artificioso, no medianando un consentimiento expreso ni tácito del acreedor, separar la deuda en dos partes, permitiendo el acuerdo transaccional sobre una de ellas, y reclamando judicialmente la otra. La cuantía de lo que reciba el

sujeto perjudicado dependerá de la suerte que corra la anulación (por error) de la transacción: si prospera la demanda de nulidad, se podrá reclamar la reparación de la totalidad de los daños, tanto los originaarios como los sobrevenidos con posterioridad (previa la correspondiente demostración de su existencia); si no prospera, el lesionado conseguirá sólo lo que recibió mediante la transacción.

Finalmente, y en relación con lo anterior, aun asumiendo la posibilidad de que el juez determine una indemnización adicional por el *plus* de daño no transigido, perviviendo la transacción sobre parte de la lesión, sería lógico pensar que la parte de reparación recibida a través de la «transacción» carece de causa, pues el fin por el que las partes transigieron fue el de evitar el litigio, lo que no consiguieron, pues éste se replanteó ante los tribunales *por el mismo asunto* y fue resuelto favorablemente para el demandante lesionado. Careciendo, pues, de causa la atribución patrimonial, no habría más remedio que concluir que la parte obtenida «por transacción», se habría recibido real y efectivamente *en concepto de parte* —cabría hablar de una suerte de «anticipo»— *de la total obligación de responsabilidad nacida en aplicación del art. 1902* (o del que corresponda). Esa sería la causa de la atribución patrimonial. Y ello conllevaría la completa ineficacia práctica de la transacción.

Para demostrar esta afirmación, basta con imaginar qué sucedería si la transacción fuese anulada, por ejemplo, por dolo, o por atentar contra alguna norma imperativa (art. 6, 3 del Código Civil), después de la firmeza de la sentencia sobre la indemnización adicional. A nuestro juicio, el sujeto lesionado no tendría que devolver la suma recibida mediante la «transacción», porque sería una cantidad *debida*, pero *debida en otro concepto distinto*. Es más, no sólo tendría derecho a quedarse con esa parte de la indemnización (recuérdese que ya se obtuvo otra parte a través de la demanda correspondiente), sino que incluso podría, una vez derribado el obstáculo (la transacción) que imposibilitaba la reparación total de la lesión, podría, decimos, presentar una nueva demanda reclamando aquello que recibió *de menos*, a partir del conocido principio de la reparación integral del daño, que rige en materia de daños extracontractuales. La contraparte, por lo demás, no podría pedir la devolución de lo entregado a través del acuerdo transaccional, pues se lo debía verdaderamente al lesionado, pero *por un concepto distinto*, nacido de una causa distinta a la transaccional.

Por todo ello, es preferible técnicamente dejar la puerta abierta a la anulación de estas transacciones por error como solución primera y principal (en tanto en cuanto concurren las condiciones generales del mismo), antes que acudir a otros expedientes más complicados e inapropiados. Máxime si la vía del error aprovecha a la parte teóricamente (y prácticamente, siempre) más débil, el particular lesionado.

Esta postura que sostenemos tanto nosotros como buena parte de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, de permitir la anulación de una transacción sobre daños extracontractuales en las circunstancias señaladas en base a un auténtico —en terminología de los defensores de la dicotomía— error *in caput controversum*, la ha defendido también sin titubeos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Recuérdese en este sentido cómo en el Capítulo I recogíamos tres supuestos (supuestos primero, tercero y quinto) extraídos de la jurisprudencia española de transacciones atinentes a daños extracontractuales que pretendían ser anuladas por alguna de las partes. Pues bien, esos tres casos concluyeron con el mismo resultado: su anulación por vicio del consentimiento.

En la primera de ellas, se declaró la nulidad, no por error, sino por dolo (la verdad es que el dolo era bastante claro), pero estamos seguros de que, incluso aunque éste no hubiera concurrido, se habría anulado por error, y ese error probablemente sería un ECC.

Mucho más importantes son las otras dos sentencias (supuestos tercero y quinto), en las que abiertamente se reconoce por el Tribunal Supremo la presencia de una transacción, en donde se alega el error y en donde, finalmente, se anula el correspondiente contrato por esa causa, no encontrándose en la doctrina jurisprudencial allí desarrollada datos decisivos sobre una visión restrictiva del error transaccional, ni a favor de la disyuntiva ECC-ECNC, de acuerdo con la cual la transacción, en estas hipótesis, sería inimpugnable por haber un ECC.

Así la primera (STS de 6 de noviembre de 1965), después de hacer algunas interesantes consideraciones que ya recogeremos, dice escuetamente: «Que sentado lo anterior y *pudiendo dicho convenio (una transacción) invalidarse cuando el consentimiento se haya otorgado con error sobre la sustancia de la cosa que le sirva de objeto...*, es evidente que... habida cuenta de que, por lo general, el error en el consentimiento está reservado a la libre apreciación de los tribunales de instancia... la conclusión a que éste llega al emitir su fallo (la nulidad por error), se acomoda estrictamente a las normas...»

La segunda (STS, 27 de mayo de 1982), referida a una transacción sobre indemnización de daños con pérdida de la visión en un ojo y ulterior pérdida de la del otro, reconoce de manera absolutamente expresa que la concepción del ECC-ECNC, propia del Derecho alemán, no tiene cabida en nuestro Ordenamiento jurídico, en donde se aplican las reglas generales de los contratos sobre error-vicio, con alguna peculiaridad.

En este conflicto entre perjudicado y aseguradora, el recurso de casación planteado por ésta recogía todos los argumentos básicos en que descansa la tesis de la dicotomía:

1. El contrato era una transacción.
2. Las transacciones no deben desvirtuarse fácilmente con la

alegación de error, dada la eficacia de cosa juzgada de estos contratos (art. 1816).

3. El error afectaba a un *caput controversum*, pues la previsión del empeoramiento era «elemento propio de la transacción».

Frente a este planteamiento de la cuestión, el Tribunal Supremo, de forma en general correcta a nuestro juicio, responde de este modo:

a) La sentencia de apelación respeta los especiales efectos de la transacción, derivados de los arts. 1809 y 1816. Dice concretamente: «[...] Es evidente que ni aquélla (la sentencia) desconoce, por subsunción errónea de los hechos, el art. 1809, mero definidor del contrato (evitar o poner término a un litigio; más generalizadamente, resolver una incertidumbre jurídica o de intereses), ni tampoco niega en su fallo la eficacia de cosa juzgada para las partes de dicho contrato (artículo 1816); lo primero porque el juzgador ni afirma ni niega tajantemente que entre las partes... existiera esa clase de contrato, y lo segundo porque, existiera o no, tampoco con su fallo, aplicaría indebidamente los efectos del convenio, ni desconocería su fuerza de obligar, *ya que, como todo contrato, tiene su eficacia subordinada al cumplimiento de los presupuestos necesarios para su existencia, tales los enumerados en el art. 1261 del Código Civil, uno de los cuales, el consentimiento, es el que la Sala de instancia considera viciado por error*, que por calificar de *sustancial* (arts. 1265 y 1266 del Código Civil) hubo de provocar, como provocó, la ineficacia contractual...»

b) La incertidumbre sobre la duración de las lesiones no formó parte integrante de la transacción celebrada, pues no se probó que esa eventualidad hubiese sido prevista por las partes (92).

Este es quizá el punto más discutible de la sentencia, por cuanto da a entender que no fue cuestión controvertida la de las lesiones presentes y futuras. Nos hallaríamos, pues, dentro de una hipótesis de ECNC. No estamos de acuerdo con esta visión, por los motivos más arriba esgrimidos. Según nuestra opinión, es inconcebible una transacción sobre una indemnización de daños en la que no se transija sobre todos los daños del mismo tipo causados a un individuo por un

(92) Concretamente, el Considerando quinto de la citada sentencia de 27 de mayo de 1982 afirma:

«Que, por otro lado, no es lícito afirmar que la imprevisión o la incertidumbre respecto a la duración de las lesiones formara parte o dato integrante de una transacción, manifestada en el recibo finiquito (*sic*), pues ello pugna manifiestamente con los hechos y circunstancias probadas, tales que el asegurado obró en la creencia, errónea, de estar sus lesiones estabilizadas y de que su visión no iba a disminuir, lo que quiere decir que la base del acuerdo era ésa y no otra, y que fue esa situación lo que se tuvo en cuenta, en la creencia de ser firme y definitiva, aun cuando luego se demostrara ser errónea, y que no correspondía a la realidad, y sin que de otro lado, y por su parte, la aseguradora demandada hubiera probado —tal como se sienta por la Sala de instancia— que esa eventualidad se hubiera previsto o ponderado.»

mismo acto, por lo que el *caput controversum* siempre versará sobre la cuantía de los daños, se hayan previsto o no.

De cualquier forma, la sentencia parece mostrar una cierta tendencia restrictiva en la prueba de la previsibilidad del daño futuro y desconocido por las partes al transigir (y que excluiría la impugnabilidad por error), ya que ello «pugnaría —en palabras del Supremo— manifiestamente con los hechos y circunstancias probadas», de acuerdo con las cuales «la base sobre la que se transigió» fue la de la pérdida de un solo ojo, y no de los dos. No obstante, ello no significa prohibir por completo la prueba contraria de la previsibilidad, en la misma línea de la jurisprudencia francesa, en donde a veces —pocas— se declaraba la inamovilidad del acuerdo transaccional cuando en él se estipuló la obligación de no reclamar daños futuros (93).

c) El art. 1817, 1, a juicio del Tribunal Supremo, sanciona con la nulidad a las transacciones celebradas con error (error que será el del 1266). No es posible —parece sostener— la traslación de las reglas del 779 BGB alemán al Derecho español.

Así lo dice el sexto Considerando de dicha sentencia: «[...]La sala de instancia hizo correcta aplicación de los artículos que se citan como infringidos, porque, supuesto o admitido que de transacción se tratara, *no hizo más que seguir la normativa del Código Civil que a dicho contrato se refiere*, aunque no citara el precepto concreto, es decir, *el art. 1817, que salvo la excepción de su párrafo segundo, sanciona con la nulidad* —por su remisión al art. 1265— *la transacción en la que intervenga error...*»

Con esto ya debería ser suficiente para dejar constancia de la visión de nuestro máximo órgano jurisdiccional favorable a la traslación sin más de las reglas generales, con la salvedad del 1817, 2. Sin embargo, añade: «[...] El Juzgador de instancia... no hizo sino un enjuiciamiento razonable del tema, acorde asimismo con el sentido del art. 1815 del Código Civil, que limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que se infieran necesariamente de sus palabras, lo que *a sensu contrario* elimina de su ámbito una previsión, una realidad o una situación distinta, *tal como algún Código extranjero (el art. 779 del alemán), por ejemplo, precisa al decir que la transacción es ineficaz cuando la situación tomada como base firme, según el contenido*

(93) Solución contraria a la adoptada por el Supremo (partidario de la anulabilidad por error), la hallamos en la sentencia de 3 de febrero de 1971, de la Audiencia Territorial de La Coruña, la cual niega la procedencia del error en una transacción en la que se renunció por el perjudicado a cualquier reparación ulterior, sean cuales fueren las consecuencias reales del accidente, previstas o imprevistas. Se trataba, por lo demás, de una transacción ratificada ante la presencia judicial.

del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación verdadera, y evidente y claro resulta aquí que el asegurado —e incluso la aseguradora— no pudieron tener en cuenta una consecuencia tan grave como la incapacidad total sobrevenida, a cuyo resarcimiento según el contrato de seguro, no podía renunciar el asegurado, ni en buena lógica tenerlo judicialmente como tal, vista la equivocación inducida por un primer certificado médico, después rectificado por la realidad.»

Probablemente sobrada esta última parte de la argumentación del Supremo, después de haber defendido tan claramente la idea de que la transacción es un contrato y, como tal, se ve afectado por las causas de nulidad, entre ellas, el error general del 1266, con alguna especialidad. El Supremo lo que hace en este párrafo final es seguirle peligrosamente la corriente a los partidarios de la dicotomía y utilizar los esquemas del 779 BGB, es decir, los del ECC-ECNC, para llegar a la conclusión —al parecer— de que aquí hay un caso de ECNC relevante a efectos de anular el contrato. Ya vimos, no obstante, más arriba nuestra postura contraria a considerar estas situaciones como afectadas por ECNC, en la terminología tradicional. La doctrina y la jurisprudencia francesas apoyan en buena medida este último enfoque, al considerar que nos hallamos aquí ante un caso típico de error *in substantia* o error sobre la sustancia del objeto de la transacción, perfectamente anulable (94).

De todos modos, no está claro que el razonamiento del Tribunal Supremo contenido en ese último inciso haya sido exactamente el de examinar si hay un ECC o un ECNC. Lo único que allí se dice es que los nuevos perjuicios *no forman parte del objeto de la transacción*, y por ese motivo el contenido del acuerdo no le afecta. Ello conduce finalmente, en el razonamiento del Supremo —y esto es muy importante— no a una posibilidad de reclamar el resarcimiento de la parte de daño no cubierta, dejando subsistente la transacción concluida, sino *a la anulación de ésta por error*. De esta manera, se cierra el paso a la otra posibilidad que vislumbrábamos de que se dejase vigente el acuerdo transaccional y se reclamase por el resto: para el Tribunal Supremo, la transacción se anula por error en cualquier caso, volviendo las partes a la situación de partida, con la facultad del perjudicado de reclamar —si no lo hizo ya al pedir la nulidad—, y obtener, la reparación integral del daño.

(94) Vid. al respecto DALLOZ-VERGE, «Les Codes annotés. Code civil», *cit.*, p. 922; PLANIOL-RIPERT, «Traité pratique de Droit Civil français», tomo XI, París, 1932, p. 961, y MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit Civil», tomo y vol. *cit.*, pp. 1.087 y ss.

III.5. Sobre la especial naturaleza y finalidad del contrato de transacción como apoyo a la dicotomía ECC-ECNC

Una de las más poderosas razones por las que una gran mayoría de los autores españoles, italianos y alemanes han venido manteniendo una especial manera de utilizar el error en las transacciones, polarizado en los llamados ECC y ECNC, ha sido la de la específica finalidad que se considera deben alcanzar dichos contratos: habida cuenta de que con la transacción se busca poner término a un litigio pendiente entre las partes a través de recíprocas concesiones mutuamente pactadas, sin participación directa del juez, y evitando el replanteamiento futuro de la cuestión, se ha pensado que ese objetivo se consigue restringiendo al máximo las causas de anulación por error, impidiendo la que recae sobre el llamado *caput controversum* y permitiendo la afectante al *caput non controversum*. Cuando dos sujetos transijen, es seguro que, en la práctica totalidad de los casos, uno de ellos —sino ambos— posee un inexacto conocimiento de la realidad de sus derechos. Así pues, dado que el error es algo inherente al contenido de las transacciones, no puede permitirse su alegación con tanta facilidad como en los demás contratos. Además —piensan los partidarios de la tesis citada—, permitir lo contrario, supondría desvirtuar con una enorme facilidad la eficacia práctica de las transacciones, pues sería muy sencillo reprimir el conflicto inicial.

Afirmaciones de este signo son utilizadas asiduamente por los autores de los diversos países para apoyar la conocida disyuntiva. Así se expresan en España, por ejemplo, Gullón (95), Luna Serrano (96) o Morales Moreno (97), quien habla de la posibilidad de frustrarse la función típica del contrato de transacción si se admite la anulabilidad del ECC. O los comentaristas Pérez González y Alguer, para los cuales no hay en nuestro Ordenamiento jurídico una norma correlativa al 779 BGB, «pero se sobreentiende, pues responde a un principio tradicional conforme con la esencia y finalidad de la transacción» (98). Por último, Cossío afirma que la mayor o menor fundamentación de las dudas de las partes no puede influir en la validez de la transacción, a no ser que haya sido creada maliciosamente por la otra parte (99).

(95) *Ob. cit.*, pp. 170 y 171.

(96) *Ob. cit.*, pp. 145 y 147.

(97) *Ob. cit.*, pp. 167-168.

(98) PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Ob. y vol. cit.*, p. 863.

(99) COSSÍO, «Instituciones de Derecho Civil», tomo I. Parte General. Obligaciones y Contratos, revisado y puesto al día por M. Cossío y Martínez, y J. León Alonso, Madrid, 1988, p. 573.

Fuera de España, los autores italianos también se apoyan en este dato para justificar la dicotomía o, cuando menos, una visión restrictiva del error transaccional, en mayor o menor medida. Así, Butera afirma que no hay que olvidar que la transacción difiere de los otros contratos en que su especial naturaleza sobre «cosa dudosa» no permite fácilmente impugnarlo por un simple error no imputable a la astucia de la otra parte (100). Flumene, por su parte, se apoya en razones de «orden público» para justificar una reducción en las vías de anulación (101). Finalmente, Visalli señala que la razón de la irrelevancia del error en la transacción, fuera de los casos previstos en la Ley, reside en la especial función de la transacción, la cual constituye un equivalente de la jurisdicción (102).

En Alemania, sucede otro tanto de lo mismo. Las afirmaciones, por ejemplo, de Schlechtriem, para quien un error sobre el objeto de la transacción (*Vergleichgegenstand*=ECC) no produce nulidad pues las aclaraciones y arreglos sobre aquél es precisamente el fin del acuerdo transaccional (103), o de Brox (104), lo corroboran. Finalmente, Hedemann (105) afirma que sería contrario a la naturaleza de la transacción admitir ilimitadamente la impugnación por error, «pues se suprimiría lo mejor de la transacción».

Incluso en Francia, en donde no se usa doctrinal ni jurisprudencialmente la terminología citada, algunos autores, como Boyer (106), consideran que, dada la equivalencia o asimilación de la transacción a la sentencia judicial, debe tener el máximo de solidez.

A la vista de lo anterior, los detractores de la tesis de la dicotomía se encuentran aquí con el que acaso sea el más importante escollo para desechar la especial configuración de la transacción creada por aquélla para volver a las reglas generales del error contractual (con las matizaciones pertinentes). En efecto, si se piensa en lo que las partes buscan al transigir, que no es sino la máxima seguridad y fijeza de lo acordado, resulta en principio difícil sostener que la nulidad de las transacciones no ofrece ninguna particularidad respecto a los otros contratos. La lógica —una cierta lógica intuitiva— nos dice que no puede ser así, que las transacciones han de tener por fuerza más inamovilidad que cualquier otro convenio.

A nuestro juicio, sin embargo, nos hallamos más ante un espejismo que ante una realidad constatable empíricamente, científicamente.

(100) *Ob. cit.*, pp. 463-464.

(101) «Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile», *Sassari*, 1928, p. 37.

(102) *Ob. cit.*, p. 375.

(103) SCHLECHTRIEM, «Schuldrecht...», *cit.*, p. 206.

(104) «Besonderes Schuldrecht», *cit.*, p. 247.

(105) *Ob. cit.*, p. 481.

(106) *Ob. cit.*, p. 20.

En primer lugar, conviene releer una vez más las citas de los autores que nos hablan de esa naturaleza y función presuntamente peculiares. Indagando en lo que dicen y, sobre todo, en por qué lo dicen, esto es, en el proceso mental que les lleva a decir aquello que afirman, llegaremos a la conclusión de que lo hacen por unas razones bastante diferentes. Por un lado, unos lo hacen porque, partiendo de que la *res dubia* (la incertidumbre, con o sin *litis*) es el fundamento de toda transacción, no cabe impugnar por error aquello que es «dudoso» y, por tanto, susceptible de equivocación. Otros, porque, siguiendo una visión «declarativista» sobre la naturaleza de las transacciones, piensan que la asimilación de éstas a las sentencias firmes, conduce inexorablemente a cerrar las puertas a la anulación del acuerdo y al replanteamiento del litigio. Otros, finalmente, porque, imaginando que el ECC afecta fundamentalmente al error de derecho, opinan que éste no puede tener cabida como causa anulatoria en la transacción, e incluso en ningún otro contrato. Desde luego, no creemos que toda esta dispersión abone la defensa de una idea en principio tan clara y tan poco propicia a enfoques diferentes.

Por otro lado, es cierto que nos encontramos ante el acaso más difícil obstáculo de superar en el rechazo de las tesis tradicionales, dada la ínsita sensatez y la general aceptación de la afirmación. Pero, precisamente por eso, creemos que, al mismo tiempo que nuestro mayor inconveniente, es acaso el argumento más sencillo de rechazar. Esa idea de la inoperancia práctica de las transacciones caso de permitirse la anulación por error sin restricciones especiales, constituye, a nuestro juicio, un —en terminología de Vieweg— *topos* común de la doctrina no suficientemente contrastado. Se trata de un axioma del que todos parten, un principio que se ha transmitido incesantemente de unos juristas a otros desde tiempo inmemorial y que conviene revisar. No porque a nosotros nos interese en este momento, sino porque estamos absolutamente convencidos de que, habiendo nacido en un momento histórico en donde imperaba una concepción determinada de la transacción, no es ya esa concepción la que rige en los momentos presentes, lo que obliga a revisar el dogma. Téngase en cuenta que no es lo mismo decir que el fundamento de la transacción es la *res dubia* y a continuación afirmar que por ello el error transaccional sólo debe funcionar excepcionalmente; no es lo mismo decir que la transacción produce unos efectos identificables a los de las sentencias firmes; que mantener, como hoy hacen todos los autores, que la transacción es un contrato normal, en donde tienen que concurrir los requisitos propios de cada contrato (entre ellos el de un consentimiento no viciado), y sin unas especiales repercusiones jurídicas (a pesar de preceptos como nuestro art. 1816 del Código Civil). Desde esta última perspectiva, que consideramos la más razonable en la actualidad, aquel principio constituye una manifestación más formal que real, una

expresión vacía de contenido... Al menos cuando de lo que se trata es de poner frente a frente el carácter contractual de la transacción y la adecuada «defensión» de los contratantes cuando uno de ellos incurrió en error, por una parte, y esa «especial» firmeza e inatacabilidad de las transacciones, por otra. En esta pugna, nos inclinamos por la prevalencia de la primera proposición.

Junto a esto, hay que preguntarse: ¿cuál fue el origen real de esa máxima según la cual las transacciones no deben anularse por error —error *in caput controversum*— dada la especial naturaleza y función de estos contratos?

Creemos poder afirmar, sin miedo a equivocarnos, que se trata de una afirmación basada en un enfoque de las transacciones concebidas como contratos cuyos efectos son identificables con el de las sentencias firmes. A ello ha contribuido decisivamente la declaración formal de muchos códigos europeos de que las transacciones «tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada». La misma dicotomía ECC-ECNC tiene un indudable sabor «procesal», consecuencia de aplicar a estos contratos las ideas generales sobre la «cosa juzgada» de las sentencias.

Todo ello concuerda bien poco con el carácter netamente contractual de la transacción (al menos de la transacción extrajudicial, que es a la que principalmente nos estamos ahora refiriendo), que tiene por fuerza que conducir a la traslación de las reglas generales sobre vicios de la voluntad contractual.

Por lo demás, no hay —ni tiene que haber— la más mínima conexión entre ese efecto de «cosa juzgada» de las transacciones y la anulabilidad de las transacciones por error. Una cosa es que, celebrada una transacción, no pueda replantearse el litigio por voluntad de alguno de los transigentes, sin que concurra ninguna circunstancia especial que lo justifique, y otra muy diferente que la transacción, siendo un contrato, no pueda anularse por error-vicio de una o de ambas partes, haciendo ineficaz el acuerdo, y permitiendo en un momento posterior (o simultáneamente, pero condicionado a que la nulidad prospere) el «replanteamiento» —que no será tal, sino un «planteamiento», ya que la transacción nunca ha existido, dada la eficacia retroactiva de la anulación— de la cuestión litigiosa. No hay una relación de causa-efecto entre «cosa juzgada» de las transacciones (partiendo, por supuesto, de que la expresión «cosa juzgada» tenga algún significado real, que muchos autores discuten) y nulidad por error. Esto que decimos lo ha dejado muy claro nuestro legislador, a diferencia del francés (art. 2052) y del italiano del 1865, quienes incluyeron en un solo precepto tanto ese efecto de «cosa juzgada» como la imposibilidad de anular la transacción por error de derecho, estableciendo un puente de unión indudable entre ambas cuestiones. Ahora, nuestro Código Civil, no sabemos si consciente o inconscientemente, ha dedicado dos pre-

ceptos distintos para uno y otro tema, el 1816, referido a esa «cosa juzgada», y el 1817, dedicado al error transaccional y demás vicios del consentimiento. Lo cierto es, pues, que ha desaparecido esa relación de causa-efecto que aparecía en los códigos antecedentes del español. Y ello no es una excepción respecto de los demás códigos actualmente vigentes: hoy, ni el Código italiano de 1942, que ha suprimido muy acertadamente la citada expresión de «cosa juzgada», ni el BGB, ni el Código portugués, entre otros, aluden a esta cuestión, ni ponen en relación una cosa con otra.

Además, la postura de los partidarios de hacer irrelevante el ECC en base a la peculiar finalidad y función de las transacciones, resulta bastante incoherente. Si de lo que se trata es de impedir la vuelta a la controversia originaria, lo lógico hubiera sido que el legislador hubiese prohibido *cualquier alegación de error*, ya recaiga o no sobre el *caput controversum*, e incluso cualquier alegación *de un vicio de la voluntad* (dolo, violencia o intimidación), o en última instancia, cualquier vía para hacer ineficaz la transacción (v. gr., la resolución por incumplimiento, la rescisión por lesión o por otra causa, etc.). Si resulta que se prohíbe el ECC y se admite el ECNC, ¿es que la relevancia de éste último no atenta contra la especial firmeza de las transacciones?, ¿no atentaría también contra esa «firmeza» la alegación, por ejemplo, de dolo, dada la proximidad entre este vicio y el error? Si nuestro legislador se ha manifestado favorablemente respecto de la alegación de cualquier vicio de la voluntad (inclusive ha introducido uno «nuevo», el de la «falsedad de documentos», ampliando así en cierto modo el ámbito de la nulidad de las transacciones), ello debe tener algún sentido, sentido que no puede ser sino el de considerar la transacción como un contrato más. El párrafo primero del 1817, cuya introducción —a juicio de la tesis tradicional— podría carecer de sentido si simplemente hay una remisión al 1265 y ss., puede responder perfectamente a ese deseo del legislador de separar lo que los Códigos francés e italiano habían juntado: el efecto de «cosa juzgada» y los vicios del consentimiento.

Por otra parte, sostener que la transacción posee una especial firmeza aún siendo un contrato, no tiene buen sentido, pues se está separando lo que es *un contrato* —el acuerdo de voluntades para poner fin a un litigio mediante recíprocas concesiones en que consiste la transacción— *de su efecto* —esa «cosa juzgada», esa especial inamovilidad—, renegando de su origen contractual. No es admisible pensar que la transacción, una vez celebrada, se independice de su origen, entre otras razones, porque, si ello fuese así, habría que sostener que no cabe su anulación por ningún vicio de la voluntad, lo que es imposible de acuerdo con nuestro Ordenamiento. Por tanto, si esto no es factible, hay que mantener la aplicabilidad del error a las transacciones.

Es más, la especial operatividad del contrato de transacción y los vicios del mismo operan en planos diferentes, no susceptibles de comparación o de relación. No se puede decir que una mayor rigidez en cuanto a las exigencias para replantear un litigio ante los tribunales, provoque automáticamente una disminución en las posibilidades de obtener una anulación por error. Ni tampoco que ello acarree de forma correlativa una restricción del error al llamado error *in caput non controversum* (107).

Esta idea se ve muy claramente con un ejemplo. Supongamos que A y B celebran un contrato de transacción sobre la propiedad de una franja de terreno, acordándose el reparto de la misma en proporción a la dimensión de sus fincas. A descubre con posterioridad un dato fundamental que, de haber conocido a tiempo, le habría llevado a no transigir: hubo, pues, error por su parte. A acude ante el juez e impugna la transacción por error. ¿Sería lógico que B le opusiese la excepción de transacción como forma de enervar la demanda? ¿Sería suficiente con esa excepción, caso de que A demostrase su error, para determinar la decisión del juez en el sentido de rechazar la demanda de nulidad? A nuestro juicio, de ningún modo. La excepción de transacción no puede contrarrestar la alegación y prueba de un error en el consentimiento, porque son dos cosas que operan en campos diferentes. Aquí lo único que le valdría a B es la prueba de *que no hubo tal error o de que, habiéndolo, no se daban todos los requisitos legales o jurisprudenciales*. La excepción de transacción tendría su campo de operatividad en supuestos, por ejemplo, de replanteamiento de la cuestión litigiosa sin alegación de vicios, o acaso en litigios sobre la resolución de la transacción por incumplimiento.

Incluso aunque esa conexión entre efecto de la transacción y vicios de la misma se produjese, lo cual desde luego rechazamos, creemos insostenible que nuestro codificador pretendiese dar a una forma puramente privada de solución de controversias como es el contrato de transacción, a pesar de la dicción literal del 1816, más efectos y más relevancia práctica que a una sentencia no firme de un

(107) Esa diversidad de planos (nulidad por error, por un lado, y eficacia de «cosa juzgada», por otro), se deduce de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 10 de julio de 1933 dice muy claramente que «[...] terminadas todas las relaciones contractuales de las partes y finiquitadas las cuentas de los negocios que hayan realizado mediante el oportuno acuerdo (una transacción)... no hay posibilidad legal de volver sobre ella, salvo que se adolezca de alguno de los vicios que invalidan los contratos».

En el mismo sentido, la sentencia de 27 de junio de 1907 afirmaba que: «[...] este contrato, por medio del cual las partes fijan derechos dudosos e inciertos, tiene la misma fuerza que la sentencia firme, y por ministerio de la ley adquiere la autoridad de la cosa juzgada, no pudiendo ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad del contrato, sin que, previamente, se entable la acción adecuada para obtenerla, cuando el consentimiento se ha prestado con error sustancial que le vicia».

juez o un Tribunal Civil (equiparándolo a las sentencias firmes), de manera que se redujesen las vías de impugnar por error. De todos modos, ello nos obliga en buena medida a analizar los posibles significados a atribuir al art. 1816 del Código Civil y a la expresión «cosa juzgada» allí contenida, lo que veremos a continuación.

Pero antes de este análisis —por fuerza breve— del alcance del 1816, consideramos preciso incidir en el tema, planteado con mucha agudeza por Morales Moreno, del carácter aleatorio del contrato de transacción y de la asunción en él de ciertos ámbitos de aleatoriedad, de riesgo, identificables con el *caput controversum*, y sobre los que no es, a su juicio, posible fundar una alegación de error transaccional.

Desde nuestro punto de vista, las opiniones de Morales sólo son parcialmente ciertas, y, aún dentro de aquello que consideramos cierto, susceptible de matizaciones.

Por lo pronto, no es correcto afirmar, como hace este autor, que la transacción sea un contrato aleatorio. No lo es, no sólo porque la Ley no lo tipifica entre los de esta naturaleza (seguro, renta vitalicia), lo cual, aunque importante, no es decisivo, sino sobre todo porque *las prestaciones* estipuladas por los transigentes carecen de un componente de azar, es decir, no se hace depender su existencia o su cuantía de un hecho incierto. Lo único que sucede es que la transacción sirve para solucionar situaciones de incertidumbre jurídica (incertidumbre provocada, como sostiene Gullón, por la existencia misma de una *litis*), pero nada más. Esta postura viene avalada por la mayoría de la doctrina que ha tratado este tema, para la cual la transacción no es un contrato aleatorio (108).

(108) Cfr. VISALLI, *Ob. cit.*, p. 491; D'ONOFRIO, *Ob. cit.*, p. 264; PALAZZO, *Ob. cit.*, p. 347, y STOLFI, «La transazione», Napoli, 1931, p. 118.

Sobre este tema, es especialmente significativa por su profundidad y argumentos, la aportación de FABRI, «Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità», *Riv. dir. commerciale*, 1957, II, pp. 169-181, comentando una sentencia de la Corte de Casación italiana, de 14 de abril de 1956, en donde se niega expresamente el carácter aleatorio de este contrato.

También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sigue este enfoque de la transacción, contrario a su identificación con los contratos aleatorios. Así, la sentencia de 6 de noviembre de 1965 rechaza la alegación del recurrente, partidaria de la aleatoriedad de las transacciones, diciendo con toda precisión: «[...] Sin tener en cuenta el carácter aleatorio representado en el mismo, porque, al razonar de este modo la Entidad recurrente, olvida que, si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio..., no menos exacto es que la inseguridad propia de dicho negocio no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado según se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala..., sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes...»

A favor de la aleatoriedad, en Francia, SERVERIN-LASCOUMES-LAMBERT, «Transactions et pratiques transactionnelles», París, 1987, pp. 29-30.

Respecto a la cuestión del ámbito de aleatoriedad asumido por las partes transigentes, ámbito que según Morales se limita al punto o puntos controvertidos, también nos parece una afirmación sólo en parte correcta y en parte muy matizable. A nuestro juicio, decir que el *caput controversum* constituye la asunción por ambas partes de un factor de riesgo, en el sentido de que aceptan el riesgo de que en realidad una de ellas tuviera derecho en el litigio planteado, con lo que perdería parte de lo que le correspondería al haber hecho concesiones a la otra e imposibilitándose la impugnación por error recayente sobre este ámbito, es generalizar en exceso. Creemos que ello puede ser cierto en algunos casos, pero no en otros. Por ejemplo, siguiendo el caso expuesto por Morales, si se litiga sobre la nulidad del contrato primitivo y después se transige *sobre la nulidad misma*, las partes se están, ciertamente, arriesgando a equivocarse, de manera que la posterior alegación de haber incurrido en error al transigir deberá ser, por lógica, irrelevante. Ahora bien, si nos trasladamos, por ejemplo, al campo de las transacciones sobre indemnización de daños (con descubrimiento ulterior de la mayor gravedad de aquéllos), no se puede decir que las partes hayan asumido lo azaroso de las lesiones infligidas: simplemente pretenden solventar sus diferencias sobre el tema del montante de la indemnización a pagar sin tener que recurrir al juez.

Pero, además, en las primeras hipótesis (transacción sobre la nulidad misma, o sobre la rescisión o resolución mismas de un contrato), la irrelevancia no viene dada, a nuestro juicio, directamente por el carácter de *caput controversum* de la materia inficionada de «error» (error en sentido atécnico, pues no ocasiona la nulidad), sino por el hecho primordial y evidentísimo de que *las partes transigentes han asumido de forma implícita la inexcusabilidad del error que en el futuro pudiera aducirse, y afectante al tema de la nulidad misma del primer contrato*. Pero ello no significa que cualquier —en terminología tradicional— *caput controversum* conlleve siempre y en todo caso una asunción implícita de inexcusabilidad del error alegable sobre ese punto: todo dependerá de la voluntad expresa o tácita de las partes. Lo que está claro es que esta manera de enfocar la situación permite superar la rigidez del sistema del ECC-ECNC, otorgándole la flexibilidad necesaria para una justa aplicación, aunque, eso sí, sin perder nunca de vista las reglas generales del error contractual (art. 1266).

Probablemente —desde la óptica que defendemos—, muchos de los casos considerados por la doctrina como de ECC no den lugar a nulidad del negocio transaccional, por determinar un acuerdo implícito de inexcusabilidad del error a él afectante. Pero no siempre será así. Además, de este modo, se da solución a aquellos casos —por ejemplo los planteados por Valsecchi acerca de la transacción sobre la autenticidad o no de una obra—, en donde no podía haber un *caput*

controversum, pero sí una asunción tácita de inexcusabilidad del error basado en esa materia. Con un último matiz: quedan a salvo las disposiciones especiales contenidas en el Código Civil sobre «falsedad de documentos», «nuevos documentos» o transacción sobre materia ya decidida por sentencia, que serán de aplicación cuando se den los requisitos marcados por la Ley. A ellas, sin embargo, no podemos referirnos en este lugar por falta de espacio, pero esperamos poder dedicarle nuestra atención en otro momento.

BREVE EXCURSUS: LA EFICACIA DE «COSA JUZGADA» DE LAS TRANSACCIONES DERIVADA DEL ART. 1816 DEL CODIGO CIVIL. INTERPRETACIONES POSIBLES

Se trata a continuación de conocer los posibles significados de ese especial afecto de cosa juzgada atribuido por la Ley a las transacciones, como forma de conocer si existe o no una conexión directa entre ese dato y la restricción en las causas de anulación de las transacciones, concretamente respecto del error (ECC). Antes de examinar todas las posibilidades, parece oportuno recordar el contenido del art. 1816: «La transacción —dice— tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.»

Son muchas las opiniones de los autores y de la jurisprudencia acerca del sentido del giro «autoridad de cosa juzgada», casi tantas como autores han profundizado en el tema. Generalizando, las opiniones se han polarizado en torno a dos extremos: el de quienes piensan que las transacciones producen el mismo efecto que las sentencias, dando origen a una excepción (la llamada *exceptio litis per transactionem finitae* o también *exceptio pacti* o excepción de transacción) oponible frente a aquél de los transigentes que pretenda reproponer las antiguas pretensiones ante un tribunal, excepción que funcionaría, pues, de forma idéntica a la excepción de cosa juzgada de las sentencias firmes. Frente a esta postura, nos encontramos con la de quienes opinan que la transacción produce el mismo efecto de todo contrato, a saber, el de «tener fuerza de ley entre las partes contratantes» (artículo 1091 del Código Civil) (109).

Por lo que concierne al primero de los puntos de vista, resulta hoy día minoritario. Cada vez menos autores lo defienden, ya que la doctrina ha destacado detalladamente en los últimos tiempos todas las diferencias entre transacción y sentencia firme, lo cual hace imposible

(109) En esta dirección se manifiesta en España ALBALADEJO, «Derecho Civil», tomo II, vol. 2, 8.^a edic., Barcelona, 1989, pp. 443 y ss.

asumir la total asimilación a esta última. Como principales diferencias, cabe destacar las siguientes:

1. La transacción no es un título ejecutivo (salvo la llamada transacción judicial, que sí puede dar lugar inmediatamente a ejecución), en el sentido de que exige una sentencia judicial declarando estar bien hecha la transacción y, en su caso, la necesidad de su cumplimiento forzoso (si es que una de las partes había incumplido).

2. El juez no está obligado a respetar a ultranza lo acordado en transacción, ya que puede valorar, por sí mismo y sin necesidad de una petición expresa de las partes, la validez del contrato, pudiendo declarar su nulidad —nulidad de pleno derecho, no anulabilidad— si a su juicio concurre una causa que lo hace ineficaz desde el principio (110). Se trata simplemente de una traslación a los acuerdos transaccionales de la doctrina general sobre la nulidad absoluta.

3. A diferencia de las sentencias firmes, la transacción no es irrevocable, o sea, que admite su revocación (111) cuando concurra alguna causa de nulidad (relativa) y así se le pida por la parte afectada. Dejando de lado el tema de la alegabilidad o no —y en qué medida— del error, es indudable que una transacción puede ser revocada por dolo, violencia o intimidación (art. 1817 del Código Civil), lo cual no es posible respecto de la sentencia firme, salvo las especialísimas hipótesis del recurso de revisión.

El otro enfoque global sobre la eficacia de los pactos transaccionales sostiene la identificación del efecto de las transacciones con el propio de cualquier otro contrato, a saber, el de ser «ley entre las partes contratantes», viniendo éstas simplemente obligadas a respetar el contenido de lo acordado, en tanto en cuanto no hay un defecto que vicie la relación en su origen. Los autores que defienden esta posición, entre los cuales destaca en nuestro país el profesor Albaladejo (112), toman como punto de partida la insatisfacción que les produce esa expresión, para muchos de ellos indescifrable, de la «autoridad de cosa juzgada» del 1816 español, expresión que procede del Derecho romano (ni siquiera allí tenía un significado concreto) y que no tiene mucho sentido trasladarla al Derecho moderno. Prueba de ello ha sido la supresión de la misma en el Código civil italiano de 1942, en relación al antiguo de 1865, que sí la recogía. Por lo demás, el artículo 1816, interpretando *a sensu contrario* su último inciso (el que permite la vía de apremio en la transacción judicial), nos está diciendo claramente que las transacciones extrajudiciales, que son la mayoría, no son equiparables a las sentencias firmes, sino *a los contratos*, a pesar de la dicción de la primera parte del precepto, en donde se hace

(110) Cfr., en un sentido similar, OGAYAR, *Ob. cit.*, pp. 58-59, citando a FENECH.

(111) GÓMEZ ORBANEJA, citado por PELÁEZ, *Ob. cit.*, p. 161.

(112) *Ob. y vol. cit.*, pp. 406 y ss.

esa declaración formal de la eficacia de «cosa juzgada». Si una transacción extrajudicial —dicen estos autores— no puede ser inmediatamente ejecutada, es porque necesita de un juicio y de una sentencia que declare su eficacia y el deber de cumplirla de acuerdo con lo pactado..., y eso es justamente lo que sucede con cualquier otro contrato que se pretende sea cumplido. Luego no hay diferencias sustanciales entre la transacción (extrajudicial) y el resto de los contratos.

Esta segunda perspectiva encuentra un único inconveniente: el de la lógica de la utilidad de los preceptos legales. Cuando se dicta un precepto legal, con una determinada redacción, aun cuando ella sea muy oscura o con expresiones imprecisas en su alcance, la lógica impone darles algún significado, alguna utilidad, pues el legislador no la habría introducido de no querer decir nada nuevo. Es cierto que, a pesar de lo anterior, hay normas jurídicas que son absolutamente inútiles, en cuanto repiten lo que otras ya han dicho, o pretenden decir mucho menos de lo que realmente afirman. No obstante, nos vemos obligados a profundizar un poco más en el significado del giro «autoridad de cosa juzgada», por si acaso posee algún sentido lógico diferente del derivado del 1091 del Código Civil, a pesar de las muy razonables críticas efectuadas por el segundo grupo de autores citado.

En esta dirección, pueden recogerse, además de las dos anteriores, otras cuatro nuevas alternativas:

a) El efecto de cosa juzgada de las transacciones significa la imposibilidad de dictar sentencia sobre el fondo del asunto transigido. El juez se debe limitar a condenar al cumplimiento a la parte incumplidora.

Esta interpretación es sólo parcialmente correcta. Ciertamente, habiendo una transacción sobre, por ejemplo, una indemnización de daños, no puede uno de los transigentes (el sujeto dañado) acudir sin más al juez y reclamar la indemnización total como si no hubiese habido acuerdo alguno, a menos que junto a ello alegue la nulidad del contrato como premisa previa. Pero este efecto no supone una especialidad respecto de los demás contratos. Lo único que sucede es que la transacción nace para poner fin a un litigio, siendo ése su objetivo primordial. Y mal se conseguiría si, estando las partes obligadas a no replantear la cuestión litigiosa, lo pudieran hacer sin ningún tipo de cortapisas.

b) El efecto de cosa juzgada implica la ilicitud de exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos de la relación originaria.

Este enfoque procede de una conocida sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1963, reproducida (parcialmente) en una más reciente de 20 de abril de 1989. La principal crítica que se puede hacer a esta interpretación radica en su parcialidad. El que una transacción impida o no sacar a colación los vicios, defectos o cláusulas de la relación originaria fuente de los conflictos, depende de la voluntad de las partes al transigir. Así, si su intención fue hacer desaparecer

la eficacia de la relación jurídica primitiva, nos hallaremos ante una transacción novativa que responderá a aquel perfil. Por contra, puede que la intención sea sólo resolver un punto muy concreto, dejando pervivir en la parte restante el contenido de la relación originaria. Aquí ya no se cumplen las líneas marcadas por aquella perspectiva, por cuanto serán perfectamente alegables las estipulaciones de la primera relación, y, por supuesto, también los vicios o defectos derivados de la misma.

c) La especial eficacia de las transacciones consiste en una manifestación concreta de la doctrina de los actos propios.

Esta parece ser la opinión de García Goyena, para quién, «cuando las partes mismas se han hecho justicia, no deben ser admitidos los pleitos o quejarse de sí mismas» (113).

Sin embargo, este punto de vista tampoco es admisible. Los actos propios, como hace ya algún tiempo demostró Díez-Picazo (114) no son manifestaciones de voluntad expresas o sobre todo tácitas que producen una serie de repercusiones jurídicas negadoras de reclamaciones judiciales ulteriores (como sucede en este caso, en donde hay dos manifestaciones de voluntad concordes en transigir sobre un punto o puntos determinados), sino simples comportamientos a los que se atribuyen de forma objetiva aquellas consecuencias.

d) La eficacia de cosa juzgada de las transacciones implica la improcedencia de la resolución del contrato por incumplimiento de alguna de las partes. Sólo cabe en las transacciones incumplidas el cumplimiento forzoso o por equivalente.

Este punto de vista resulta, en principio, bastante razonable. La «cosa juzgada» del 1816 bien pudiera tener este significado. Primero, por la propia dicción del precepto, que en su segundo inciso habla de que «no procederá la vía de apremio sino tratándose *del cumplimiento* de la transacción judicial». En segundo lugar, porque, a la vista del 1817, que admite la impugnación del contrato por cualquiera de los vicios del consentimiento, incluido el error, el sentido del 1816 —de querer darle alguno— no puede ser otro que el de prohibir otras formas de ineeficacia distintas de la invalidez susceptibles de provocar un replanteamiento de la cuestión litigiosa. Entre esas formas de ineeficacia, destaca sobremanera la de la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124). Sólo, pues, los defectos originarios del contrato de transacción son susceptibles de originar la vuelta al conflicto primitivo.

Sin embargo, esta última alternativa choca frontalmente con la opinión de la inmensa mayoría de la doctrina, favorable a la resolubilidad de las transacciones por incumplimiento, y con la neta jurispru-

(113) GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», *cit.*, p. 135.

(114) «La doctrina de los actos propios», *cit.*

dencia de nuestro Tribunal Supremo, que no duda en admitir esta vía de ineficacia contractual (115). Un argumento más apoya esta crítica: de haberse querido prohibir en las transacciones la resolución por incumplimiento del 1124, se habría dicho expresamente, y no utilizar unos términos tremadamente ambiguos que pueden conducir a interpretaciones deformadoras del verdadero sentido de los convenios transaccionales, como hemos visto ha sucedido en materia de error. Si no se ha hecho así (a diferencia de otros Códigos como el italiano, cuyo art. 1976 ha cerrado las puertas, sólo en parte, a este supuesto de ineficacia contractual), no cabe llegar a la conclusión de que el sentido del 1816 es el de impedir la resolución por incumplimiento.

De lege ferenda acaso no sería descabellado en el futuro postular una reforma del 1816, suprimiendo la citada expresión e introduciendo una disposición concreta denegatoria o restrictiva de la facultad de pedir la resolución de las transacciones por incumplimiento, al estilo del 1976 italiano. La razón de ser vendría dada por el hecho de que, con frecuencia, cuando se transige, las partes suelen abandonar o destruir los documentos escritos y cualquier otro medio probatorio de sus derechos, pensando —equivocadamente— que con la transacción se resuelvan definitivamente todas las diferencias entre las partes.

A la vista de lo anterior, cabe concluir la esterilidad de la búsqueda de algún sentido práctico y específico al giro «autoridad de cosa juzgada» contenido en el art. 1816 del Código Civil. El único sensato es el ya citado de considerar a la transacción como un contrato más en cuanto a sus efectos, esto es, el «tener fuerza de ley entre las partes contratantes» (art. 1091). Su única particularidad —si es que se la puede llamar así— resida probablemente en proporcionar a las partes, más que una «excepción» en sentido técnico, una forma de «defensa u objeción» (116), en aquellas situaciones en que uno de los transigentes replantee sus originarias pretensiones ante un tribunal *sin aducir al mismo tiempo un motivo de ineeficacia (resolución) o invalidez (vicios del consentimiento)*. Este supuesto difícilmente se presentará en la práctica, ya que es común pretender la destrucción como *condicatio sine que non* para replantear el litigio.

(115) Cfr. en tal sentido las sentencias de 12 de marzo de 1947, 15 de junio de 1957 o 26 de abril de 1963.

No obstante, hay alguna otra sentencia de la que veladamente se desprende una visión restrictiva sobre la aplicación del 1124 del Código Civil a las transacciones. En tal sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1987.

En doctrina, véase la reciente opinión favorable a la resolubilidad por incumplimiento en las transacciones, de RAGEL SÁNCHEZ, comentando la STS de 20 de abril de 1989, en *C.C.J.C.*, núm. 20 (abril-agosto 1989), pp. 515 y ss.

(116) TAPIA FERNÁNDEZ, «Transacción y cosa juzgada. Legitimación de los Colegios Profesionales», en *R.G.D.*, enero-febrero 1990, pp. 55-56.

De cualquier manera, es indudable ya, de acuerdo con todo lo anterior, que no hay ningún nexo de unión entre efecto de «cosa juzgada» de las transacciones y (restricción de las) causas de invalidación de las mismas, concretamente por error.

III.6. La irrelevancia del error de derecho como vicio anulatorio de las transacciones

Está generalmente admitido entre los autores rechazar el error de derecho como medio impugnatorio de las transacciones. Dentro de los que piensan de este modo, hay a su vez una gran mayoría que matizan esta afirmación señalando que ese error de derecho irrelevante es, cuando menos, el que recae sobre el *caput controversum*.

Tal postura doctrinal es principalmente fruto de las legislaciones de los distintos países (en especial, Francia e Italia), en las cuales aparece recogido un precepto legal que explícitamente excluye este tipo de vicio. Así, el art. 2052, párrafo segundo, del Código francés dispone que las transacciones «ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion». Y el 1969 del *Codice* italiano: «La transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti.»

En nuestro país, la discusión sobre si el error de derecho tiene o no cabida en el contrato de transacción, resulta mucho más provechosa, por cuanto no hay ninguna norma que expresamente lo prohíba. Ello no ha sido obstáculo para que la mayor parte de nuestros autores se inclinen por rechazarlo. En este sentido, son bastante expresivas las palabras de Sanahuja: «[...] Aunque el Código Civil español no establece la doctrina de una manera concreta como sus congéneres francés e italiano, ello se deriva indeclinablemente no ya de la naturaleza y esencia de la transacción, sino también del *valor de cosa juzgada* que se le atribuye, el cual impide que pueda plantearse nuevamente la cuestión, fundándose en una apreciación errónea de su incertidumbre o bajo el pretexto de un conocimiento equivocado o incompleto de la norma jurídica...» (117).

Antes de analizar la certeza o incerteza de estas u otras posibles afirmaciones sobre el error de derecho, queremos advertir que este tema es, probablemente, el que más difícil solución tiene, en uno u otro sentido, es decir, ya sea para negar su aplicabilidad, ya sea para acogerla, de todos cuantos se nos han planteado hasta ahora, al menos si lo que hacemos es tomar por base la interpretación de los distintos preceptos legales sobre error transaccional.

(117) SANAHUJA, *Ob. cit.*, p. 236.

Por lo que a éstos concierne, algún autor, concretamente Luna Serrano, ha querido ver una base firme para permitir la impugnación de la transacción por error de derecho (error de derecho *in caput non controversum*, en su personal construcción del error transaccional) en la interpretación *a sensu contrario* del párrafo segundo del art. 1817. A juicio de este autor, la prohibición en dicho párrafo del error de hecho en las transacciones celebradas con posterioridad al inicio de un pleito, debe significar *a contrario* que el error de derecho es alegable, y no sólo en estas transacciones, sino también, siguiendo esa lógica, en las concluidas antes de la presentación de la demanda correspondiente (118).

Desde nuestro punto de vista, la argumentación es defectuosa. En principio, la deducción de Luna parece bastante lógica; sin embargo, resulta finalmente incoherente, si tenemos en cuenta dos datos fundamentales:

1. Es ilógico prohibir, en las transacciones reguladas en el 1817, 2, el error de hecho, y no el error de derecho, cuando éste último es, en general, según una doctrina uniforme que llega a nuestros días, mucho más fácilmente excusable.

2. Más ilógico aún es autorizar la alegación del error de derecho en esas transacciones celebradas dentro ya de un proceso judicial, excluyendo el de hecho, por cuanto el sentido común impone muchas más restricciones en estas circunstancias, restricciones que no tendrían más remedio que afectar al error de hecho y *al de derecho*.

Así pues, estamos convencidos, aunque no tenemos el más mínimo apoyo ni legal ni histórico que lo avale, de que el legislador del Código sobreentendió, presumió, que no hacía falta referirse al error de derecho en los casos del 1817, 2, porque su prohibición estaba implícita en la propia configuración de las transacciones del citado párrafo segundo. Es más, queda flotando en el aire la duda sobre si el error de derecho estaba o no proscrito *de manera general*, esto es, para todo tipo de transacciones, en la mente del legislador de 1889.

Ahora bien, si ciertamente el 1817, 2 no constituye un firme apoyo para la admisibilidad del error de derecho, sino casi todo lo contrario, creemos, por contra, que el 1817, 1 sí proporciona una aceptable justificación, no sólo por lo que dice, sino también por los motivos en base a los cuales lo dice. Así, el 1817, 1, al incluir de forma general el error, sin ningún tipo de distinciones o matizaciones, entre las causas de invalidación de los convenios transaccionales, deja la puerta completamente abierta a la entrada del error de derecho.

Sin embargo, son mucho más trascendentales las razones que llevaron al legislador español a la redacción de este párrafo primero. En este sentido, García Goyena, al comentar el art. 1727 (en especial, su

(118) LUNA SERRANO, «La invalidez...», *cit.*, p. 148.

párrafo primero) del Proyecto de 1851, correlativo del 1817 actual, nos dice: «Están refundidos en él (en el 1727) con gran sencillez y claridad, por una simple referencia, *los artículos franceses 2053, 2054, 2055 y 1258 (sic)* copiados en los otros códigos modernos.» He aquí lo curioso: *no está incluido el 2052 francés, que es el que regula la prohibición del error de derecho*. Por tanto, si no se acoge esa referencia del 2052, es porque —cabría pensar— no hay ninguna especialidad en cuanto al error de derecho, o sea, que funciona como causa normal de invalidación de las transacciones.

Alguien podría pensar: «No se recoge la alusión al 2052 francés, no porque se ha cambiado de perspectiva en el 1727 (hoy, 1817), sino porque la prohibición del error de derecho está insita en el 1726 (hoy, 1816), regulador del efecto de “cosa juzgada” de la transacción, dado que este precepto no es sino la trasposición al Código español del 2052 francés..» Esta argumentación, acaso no incierta, carece, sin embargo, de apoyatura. Ni del 1816 vigente se desprende la inclusión de aquella prohibición del 2052 francés, sino, muy al contrario, es obvia la introducción de importantes modificaciones respecto del correlativo francés; ni en el comentario de García Goyena al 1726 del Proyecto del 51 encontramos la más mínima conexión entre «cosa juzgada» e irrelevancia del error de derecho.

En honor a la verdad, hemos de decir que a mediados del siglo XIX, cuando se redactó el Proyecto de 1851, los autores, incluido el propio García Goyena, tenían dudas de si el error de derecho podía fundamentar una impugnación de cualquier contrato. Así lo manifiesta el citado autor, al comentar el art. 989 de ese Proyecto, regulador del error como vicio del consentimiento, llegando a establecer finalmente en el texto legal la irrelevancia de aquél, contradiciendo la solución favorable del Código francés. El párrafo segundo de ese art. 989 decía tajantemente: «El error de derecho no anula el contrato.» Con toda probabilidad, fue por esto por lo que no apareció en la regulación de la transacción esa prohibición, porque entonces era una prohibición *general*. La posterior modificación introducida por el Anteproyecto de 1882-88, cuyo art. 1279 expresamente permitía el error de hecho y *de derecho* (en tanto en cuanto recayeren «sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato o sobre aquellas cualidades de la misma que principalmente hubieren impelido a celebrarlo»), y la no adaptación de las normas sobre error transaccional a este nuevo panorama, nos sitúan más bien ante una incoherencia más de nuestro codificador. No cabe, en consecuencia, llegar a una conclusión general tajante y precisa acerca de cuál fue la intención del legislador del Código civil (no el de los Proyectos de Código) sobre el error de derecho. La mayor parte de los indicios parecen, no obstante, conducirnos a la idea de que el error de derecho sí iba a tener definitivamente cabida en materia de transacción. Téngase en cuenta que en

el Anteproyecto no sólo se modificó la regulación del error-vicio en general; también se alteró, en relación al Proyecto de 1851, el precepto dedicado a la «cosa juzgada» de la transacción (vid, art. 12), y algún otro, pero no el dedicado al error (art. 13), lo que nos induce a pensar que se quiso trasladar a la transacción la regulación general de los vicios de la voluntad —con las salvedades del 1817, 2 (vigente) y de los 1818 y 1819 (también vigentes)—, sin especialidades en cuanto al error de derecho.

Aparte de la interpretación del término «error» contenido en el 1817, 1 y del de «error de hecho» del 1817, 2, acaso pudieran arrojar alguna luz sobre la relevancia o irrelevancia del error de derecho las demás disposiciones contenidas en los arts. 1817 a 1819. La cuestión es: ¿se acoge en ellas, o es susceptible de acogerse, alguna hipótesis de error de derecho?

Sobre este punto, hay que concluir que en esos preceptos se asumen tácitamente algunos supuestos de error de derecho relevantes, y otros posibles de error de derecho irrelevantes. En cuanto a los primeros, es indudable que tanto la «falsedad de documentos» del 1817, 1 (falsedad derivada de la inaplicación de normas jurídicas, cuyo descubrimiento fue el determinante de la transacción: por ejemplo, creer equivocadamente que el «testamento» ológrafo puede ir redactado y firmado por el representante del testador), como, en especial, las transacciones celebradas con ignorancia de la firmeza de una sentencia, del 1819, 1 (por ejemplo, se creía erróneamente que, de acuerdo con la ley, la sentencia aún no era firme), dejan la puerta abierta a la demostración de un error de derecho relevante jurídicamente. Por contra, también es posible hallar una situación regulada legalmente de error de derecho irrelevante: es la hipótesis del 1819, 2, por cuanto la ignorancia de la revocabilidad de una sentencia puede ser perfectamente fruto de un inexacto conocimiento de las normas jurídicas, ignorancia que, de acuerdo con el citado precepto, «no es causa para atacar la transacción». En conclusión: las disposiciones reguladoras de los vicios en la transacción no arrojan una luz decisiva a la hora de averiguar si el legislador considera al error de derecho como causa general de impugnación de aquélla, o sólo en los supuestos taxativamente marcados por la Ley (119).

Fuera ya del análisis de los preceptos legales, conviene plantearse ahora si influye y de qué manera la especial naturaleza y función de las transacciones en la alegabilidad del error de derecho.

(119) Téngase en cuenta que aquí estamos utilizando el término «error» (para referirnos a las hipótesis de falsedad del 1817, 1, y los casos recogidos en el 1819) en un sentido aún no aclarado, ya que la naturaleza del posible «error» subyacente a estas hipótesis no hay espacio para tratarla en esta publicación. Nos remitimos a futuras publicaciones sobre este punto.

Este tema ya fue tratado de forma general en el apartado anterior. Pero los argumentos allí expuestos, aún resultando válidos para todo tipo de error, acaso no sean suficientes para justificar la presunta impugnabilidad de la transacción por error de derecho, dadas las especiales características de éste y habida cuenta la finalidad de la transacción, que no es otra que solucionar un conflicto jurídico sin acudir al juez *y prescindiendo de normas legales susceptibles de aplicarse*.

En esta línea, se enmarcan las opiniones, no sólo la citada de Sanahuja, sino las del resto de los autores partidarios de la irrelevancia de este tipo de error, sobre todo cuando afecta al punto controvertido y transigido. Así, en Italia, Gropallo llega a decir que el ECC sólo puede presentarse como error de derecho (120), y Flumene, que la razón de la exclusión del error de derecho es la naturaleza especial del contrato, cuyo fin es la composición de la *litis*, fin que no se alcanzará con el error de derecho, por cuanto su alegación y prueba permitirá el replanteamiento de la cuestión litigiosa (121). En esta misma dirección, se han expresado, entre otros, Ricci (122) o D'Onofrio (123). Finalmente, nos parece interesante recoger las opiniones de:

a) Carresi: «El hecho de que la transacción... sancione una solución equitativa de la controversia, implica que las partes han convenido prescindir de la solución que se habría conseguido según el Derecho estricto al objeto de realizar una solución de compromiso. Las mismas razones por las que la sentencia y el laudo, cuando se pronuncian según equidad, pueden impugnarse sólo por su revocación, esto es, por motivos de hecho, concurren respecto de la transacción y explican por qué este contrato no es impugnable por error de derecho» (124).

b) Capotosti: «El art. 1969 se justifica por la antifuncionalidad práctica de un sometimiento completo de la transacción a la disciplina general (del error) en materia de contratos, porque, de otro modo, cualquier transacción podría impugnarse cuando sucesivamente se probase el error del estado de conocimiento del contratante sobre la situación jurídica en base a la cual se transige» (125).

Vistas las argumentaciones contrarias al error de derecho, conviene indagar en el grado de veracidad de las mismas.

(120) GROPALLO, *Ob. cit.*, p. 326.

(121) FLUMENE, *Ob. cit.*, pp. 64-65.

(122) «Corso teorico-pratico di Diritto Civile», terza ediz., nuova ristampa, vol. IX, Torino, 1923, p. 218.

(123) *Ob. cit.*, pp. 260-261

(124) CARRESI, *ob. cit.*, p.

(125) CAPOTOSTI, «Riconoscimento e transazione sotto il profilo dell'annullabilità per errore di diritto», en *Foro italiano*, I, 1959, p. 836.

A nuestro juicio, estamos de nuevo ante un espejismo más que ante una realidad. Hay que tener en cuenta que estas opiniones proceden de autores de un país en cuyo ordenamiento jurídico se prohíbe expresamente el error de derecho (concretamente, el que recae sobre el *caput controversum*) en las transacciones, de modo que su misión consiste ante todo en la búsqueda de las razones que han llevado a esa norma jurídica, no en proponer si es mejor que tal error sea conveniente o no permitirlo. Esto último es justamente lo que sucede en nuestro país: no hay norma legal ni a favor ni en contra, no hay mecanismo interpretativo que nos conduzca satisfactoriamente a uno u otro resultado, y hay que plantearse qué es más sensato, qué es mejor.

En esta indagación, consideramos puede ser criticable el defecto de base de los autores antes citados. Hay en todos ellos un error de planteamiento: pensar que la alegación de error de derecho implica entrar en el fondo del asunto transigido para conocer si el impugnante tenía o no derecho real en la disputa, de modo que, teniéndolo, la transacción automáticamente se anularía. Desde nuestro punto de vista, el error de derecho como vicio anulatorio de las transacciones no funcionaría de ese modo, sino simplemente mediante la demostración de que una de las partes tenía una visión de las normas legales aplicables tan equivocada que, de haberlas conocido con exactitud, no habría transigido o lo habría hecho con un alcance diferente. Pero *ello no implica entrar en el fondo del asunto debatido* como modo de demostrar que hubo tal error. Cuando se habla de error-vicio, se piensa primordialmente en algo interno, psicológico, del individuo. El error no se demuestra, pues, con la prueba de que se tenía derecho a algo, sino con la prueba de que el sujeto desconocía las normas (excusablemente). Hasta el punto de que sería, en principio, imaginable un caso de error de derecho en la transacción sin que el impugnante tuviese, de acuerdo con las normas jurídicas, toda la razón o ni siquiera parte de ella, en la discusión de fondo (126).

Es mucho más sensato, partiendo de lo anterior, *remitirse a las reglas generales sobre error* del 1266 del Código Civil. Es un tanto absurdo hacer separaciones tajantes, y decir que el error de derecho afectante al *caput controversum* es irrelevante, y relevante el que recae sobre el *caput non controversum*; o sostener que todo error de derecho es intrascendente, por atentar contra la peculiar naturaleza de las transacciones. Porque no se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes, que, suficientemente examinadas, podrían llevarnos a una solución diferente. Y esto sólo se consigue con la flexibilidad propia de las reglas generales.

(126) Ya que cuando se impugna por nulidad, puede estar convencido de que va a ganar el pleito ulterior, una vez se replantee.

Ahora bien, es cierto que, no ya en la transacción, sino en los demás contratos, el error de derecho suele ser difícilmente excusable. Queda constancia de ello con dar un rápido repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo resolviendo casos de error de derecho: son muy pocas las sentencias en que se admite (127). Pero este factor no es contraproducente en cuanto a la alegabilidad en las transacciones de esta clase de error, sino más bien al contrario, demostrativo de que las posiciones doctrinales están, de hecho, mucho más cerca de lo que podía imaginarse, y de que no hay que acudir a complicadas y un tanto discutibles construcciones para delimitar cuándo es utilizable, y cuándo no, el error de derecho.

Hay más argumentos. Por ejemplo, es significativo que varios autores italianos hayan criticado la prohibición del error de derecho contenida en el art. 1969 del *Codice*. Así lo ha hecho Ricci (128) respecto del antiguo Código, señalando la falta de justificación de la misma, pues el legislador no tuvo en cuenta que el error de derecho es relevante en los demás contratos según el antiguo art. 1109. También, Butera, quien justificaba la exclusión del error de derecho en razones puramente de tradición histórica (129), e incluso el propio Carrerasi (130). Parece que, a juicio de estos autores, esta prohibición tendría que desaparecer, por no ser coherente con la regla general que lo autoriza.

Por otra parte, carece de sentido prescindir del error de derecho, por cuanto, como han demostrado reiteradamente los estudiosos, es tremadamente difícil en ocasiones deslindar cuándo concurre aquél y cuándo un error de hecho. Es más, casi siempre al error de derecho suele ir asociado un error de hecho previo o simultáneo, del tal modo que perdería su eficacia la prohibición del primero con la prueba —no necesariamente difícil— del segundo (131). Imaginemos la siguiente situación: un individuo ha fallecido sin descendencia, y su esposa y un sobrino de aquél litigan sobre sus respectivos derechos hereditarios; la esposa acude a un profesor de Derecho Civil de la facultad de Derecho para pedirle un Código Civil, e informarse así de si es ella o el sobrino del causante el que tiene preferencia en la sucesión intestada; el profesor le proporciona un Código antiguo en el que aparece la preferencia —ya inexistente— de los colaterales respecto del cónyuge

(127) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de error de derecho en general, véase el reciente trabajo de CARRIÓN, «El error de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1990, páginas 187-211.

(128) *Ob. cit.*, p. 218.

(129) BUTERA, *Ob. cit.*, p. 506.

(130) *Ob. cit.*, p. 500.

(131) Vid. al respecto THOMAS, en PALANDT, «Bürgerliches Gesetzbuch», 48 edic., München, 1989, p. 839, y GHESTIN, *Ob. cit.*, p. 54.

viudo. Nos hallamos aquí ante un error de derecho (inexacto conocimiento de las normas legales vigentes en materia de sucesión intestada); es además un error *in caput controversum*, pero, a nuestro juicio, sería un error *excusable* (no ha habido falta de diligencia) y debería ocasionar la nulidad de la transacción. Y en este supuesto se ve muy clara la interconexión entre error de derecho y de hecho: aunque se prohibiese el error de derecho, que parece claro que concurre aquí, podría aducirse el de hecho, consistente en la creencia equivocada de que el Código consultado contenía la legislación vigente (132). Para evitar todos estos inconvenientes, creemos defendible la impugnación de las transacciones por aquel tipo de error, siempre y cuando se demuestre su esencialidad y su excusabilidad.

No es correcto, por otro lado, afirmar de forma generalizada, como han hecho algunos (133), que en las transacciones lo normal es que quien transija, se informe bien por personas competentes de si tiene o no derecho. Este dato no puede en manera alguna constituir un argumento a favor de la exclusión del error de derecho. Muchas veces, los sujetos transigentes, o al menos uno de ellos, tratan de huir de los despachos de abogados y de cualquier persona que tenga relación con el mundo jurídico, por la desconfianza que ello les suscita y por las cantidades que se verían obligados a desembolsar. Optan, pues, por la vía rápida del acuerdo transaccional, despreocupándose de conocer en profundidad la veracidad de sus pretensiones. En tales casos, cuyo paradigma suele ser el de las transacciones sobre indemnización de daños, no creemos que la alegación y prueba de un error de derecho deba estar absolutamente vedada a estos particulares, siempre que su error haya sido esencial y excusable.

Esos sí, la participación directa o indirecta de un abogado o especialista en leyes reducirá enormemente las posibilidades de que prospere un error de derecho (134). Imaginemos una empleada de un restaurante que es despedida por el propietario y se considera con derecho a indemnización por despido; acude a un abogado que, represen-

(132) Y no podría alegarse aquí la interpretación extensiva de la prohibición (expresa) del error de derecho en casos dudosos, defendida por la doctrina francesa e italiana en relación a sus respectivos arts. 2052 francés y 1969 italiano. En España, siendo indudable la admisibilidad del error de hecho, podría alegarse en cualquier situación en que se produjese, aun cuando corriese un error de derecho paralelamente a aquél, ya que no existe una tal prohibición expresa de este último.

(133) Véase BUTERA, *Ob. cit.*, p. 507. Igualmente, PECHER, *Münchaner Komm.* *cit.*, p. 1.086.

(134) Es muy clara al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1963, con cita de las de 14 de junio de 1943 y 28 de octubre de 1946. (No recoge un caso de transacción, sino de reconocimiento equivocado por parte del arrendador, en acto de conciliación, de la posibilidad de continuar un arrendamiento, a pesar de la norma del art. 81 de LAU, que lo impedía.)

tándola, conviene con aquél una transacción en donde consigue una indemnización rápida, pero —por error de derecho del abogado— de cuantía inferior a la legalmente correspondiente. En esta hipótesis, la empleada difícilmente podrá impugnar la transacción aduciendo un error de derecho de su abogado (en definitiva, de ella misma en cuanto representada), dada la especial «cualificación» de su letrado. Cuestión distinta sería la posible indemnización a cargo de éste por negligencia en el desempeño de sus funciones, susceptible de ser reclamada por aquélla.

Tampoco resulta concluyente una argumentación basada en el artículo 6, 1 del título preliminar del Código Civil, en su redacción de 1974, el cual dispone, como sabemos: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.»

La doctrina que ha comentado este párrafo, ha sido unánime en sostener que, a pesar del adverbio «únicamente» y de la expresión «aquellos efectos *que las leyes determinen*», no se acoge aquí una visión restrictiva de los posibles casos en que el error de derecho pueda tener relevancia jurídica. Muy al contrario, tendrá eficacia no sólo en los casos de vicios del consentimiento, sino en otras muchas situaciones más previstas por la Ley, bien expresa, bien, sobre todo, tácitamente (135). En este sentido, pues, no hay inconveniente alguno para entender incluido en el 1817, 1 tanto el error de hecho como el de derecho, dada la remisión del precepto al general del 1265. No podemos pensar que, cuando dos sujetos transigen, hayan de poseer un grado de conocimiento de las normas jurídicas mucho más elevado que a la hora de celebrar cualquier otro contrato (al margen de la citada excepción de asistencia de abogado). Máxime si recordamos que hay muchos preceptos legales cuya interpretación y alcance exacto es desconocido plenamente por los propios expertos en Derecho.

El escollo más importante lo constituye, sin duda, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en varias ocasiones ya, ha negado eficacia al error de derecho como vicio anulitorio de las transacciones.

La más conocida de las sentencias contrarias al error de derecho, es la de 20 de marzo de 1951. Allí se trataba de una controversia entre la esposa del causante, quien la había nombrado heredera, y

(135) Cfr. LUCINI CASARES, «La ignorancia de las Leyes y el error de derecho», dentro de *El Título Preliminar del Código Civil*, vol. I, Parte General (Academia Matritense del Notariado), Jaén, 1977, pp. 207 y ss; LALAGUNA, en «Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975», vol. I, Madrid, 1977, p. 290, y BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo I, Madrid, 1978, pp. 102 y ss.

los hermanos de éste, que consideraban nulo el testamento porque el matrimonio entre el causante y la heredera se celebró antes de que hubiera transcurrido el plazo marcado por la ley (canónica) para contraer nuevo matrimonio tras la viudez de aquélla en un primer matrimonio. Ambas partes transigieron, pero con posterioridad la esposa impugnó el acuerdo en base a un error de derecho. El Tribunal Supremo denegó la pretensión anulatoria afirmando que: «[...] La naturaleza y finalidad de las convenciones transaccionales, definidas claramente en el art. 1809 del Código Civil, no consienten que el vicio de error en el consentimiento, productor para ellas de la invalidez, sea otro que *el (de) hecho*, al que hacen referencia el art. 1817 y la regla general que la doctrina de esta Sala funda en el 1266 en relación con el art. 2 (hoy, art. 6, 1) del propio Código.» Otras sentencias denegatorias de la relevancia de esta clase de error son las de 3 de enero de 1887, 12 de febrero de 1898 y 16 de diciembre de 1953.

Esta doctrina, sin embargo, se encuentra sesgada por la tendencia jurisprudencial general de rechazar la inclusión del error de derecho dentro del «error» contractual de los arts. 1265 y 1266. La propia sentencia citada de 1951 lo reconocen abiertamente en su último inciso. El cambio en la orientación jurisprudencial y doctrinal, favorable a ver en el 1266 ambos tipos de error, y la introducción novedosa del art. 6, 1, párrafo segundo, sobre la posible eficacia —interpretable no restrictivamente— del error de derecho, deben conducirnos, en la actualidad, a una conclusión contraria a la sostenida por la antigua jurisprudencia. Hay que tener en cuenta dos datos más derivados de la sentencia, y no suficientemente destacados por los comentaristas, que vendrían a justificar la negativa a aceptar el error de derecho en ese caso concreto:

1. En la redacción del acuerdo transaccional participó un —en palabras del T. S.— «leguleyo», cuyos conocimientos legales pudieron proporcionar a una de las partes las pautas precisas para tomar una decisión correcta acerca de sus pretensiones; no siendo así, es obvia la inexcusabilidad del error alegado.

2. La alegación error de derecho fue considerada por el Supremo como una «cuestión nueva», no planteada en anteriores instancias, de modo que acaso la *ratio decidendi* del Tribunal fue ésa, y no la de la inimpugnabilidad de las transacciones por error de derecho, que vendría a ser en cierto modo un *obiter dictum*.

A pesar de las razones anteriores, haría falta, no obstante, un supuesto real de error de derecho en una transacción, para que el Supremo se pronunciase, con la actual panorámica del error, sobre su procedencia general o no (independientemente de que en ese pleito se concediese, lo que depende de los diversos factores concurrentes, y no necesariamente de que recaiga sobre el *caput controversum* o

no) (136). De todos modos, a partir de mediados de los años cincuenta y ya durante la década de los sesenta, se ha notado un cambio de orientación en la doctrina jurisprudencial sobre el error de derecho como vicio contractual, más comprensiva hacia el mismo, que probablemente desemboque en un reconocimiento de que también procede en materia de transacción (137).

La ocasión quizás se le pudo presentar al Supremo en el caso analizado en la sentencia de 20 de diciembre de 1967, según el cual una legataria de un local comercial celebra una transacción con la heredera inducida intencionadamente por ésta, en la que se compromete a pagar una cantidad de dinero que creía erróneamente gravaba dicho local. La legataria paga y finalmente impugna el acuerdo transaccional. El Supremo le da la razón (a pesar de que la heredera alegó que se trataba de un error de derecho), por concurrencia de comportamiento doloso, sin entrar en la cuestión de si es o no procedente el error de derecho en las transacciones.

III.7. Conclusiones

Después de analizar críticamente uno por uno los argumentos en que se ha venido apoyando la tesis tradicional, según la cual las tran-

(136) Finalmente, decir que la sentencia de 16 de diciembre de 1953 insiste en los mismos planteamientos: el error de derecho es inexcusable, cualquiera que sea el contrato al que afecte, y en materia de transacción, por supuesto que también.

Las críticas que se le pueden hacer son las mismas que a la de 20 de marzo de 1951.

Respecto a las citadas sentencias del siglo pasado, de 1887 y 1898, con mayor motivo conviene postular su improcedencia en los momentos actuales, en los que abiertamente se reconoce la eficacia anulatoria del error de derecho.

(137) Pueden verse al respecto las sentencias de 27 de febrero de 1954 o 6 de abril de 1962.

Cfr. CARRIÓN, «El error de derecho...», *cit.*, pp. 200 y ss.

Excepcionalmente, una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1930 reconocía abiertamente el error de derecho, en un contrato tan próximo a la transacción como la partición hereditaria. De acuerdo con ella, «no se infringen los arts. 2 (anterior a la reforma) y 1081 del Código Civil, porque pretender que el error de derecho está excluido de sus preceptos, es ir manifiestamente contra la regla de hermenéutica, según la cual donde la ley no distingue no es lícito distinguir». En la hipótesis, se trataba de una partición celebrada por la demandante, viuda del causante, con los sobrinos de éste, en donde se le reconocía sólo el usufructo foral, cuando tenía legalmente derecho a la totalidad de la herencia. El Supremo rechazó el recurso interpuesto por los demandados alegando el error de derecho de la viuda actora.

Recientemente, el profesor MORALES MORENO, «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del Código civil* (Asociación de profesores de Derecho Civil), tomo II, Madrid, 1990, pp. 1455 y ss. ha tratado de normalizar el uso del error de derecho en la anulación de los contratos, incluido el de transacción (aunque en tanto en cuanto fuese error de derecho sobre el *caput non controversum*).

sacciones sólo son impugnables por error cuando éste recae sobre el *caput controversum* o punto controvertido, así como algunos temas colaterales a toda esta discusión doctrinal (tales como el del efecto de «cosa juzgada» de las transacciones, o la posibilidad del error de derecho en ellas según nuestro Ordenamiento jurídico), ha llegado el momento de fijar unas conclusiones que nos ilustren acerca de cómo entender y aplicar a los convenios transaccionales el error vicio de la voluntad.

De esas conclusiones, la primera parece, en principio, obvia a la luz de toda la extensa argumentación contenida en los apartados anteriores de este Capítulo II: la de la prescindibilidad del factor «punto controvertido-punto no controvertido» para resolver los supuestos de alegación de error en las transacciones. O sea, que la autoridad judicial encargada de decidir dicha alegación de error no tiene obligación, tal como están redactados los preceptos legales, de utilizar la dicotomía ECC-ECNC, anulando sin más cuando la falsa representación de la realidad afecte a una cuestión no controvertida, y negando la impugnación en caso contrario.

Lo que hemos denominado tesis de la dicotomía presenta una serie importante de inconvenientes que dificultan su aplicación *práctica*. Por lo pronto, no abarca a todas las transacciones (quedan fuera claramente las llamadas transacciones mixtas) ni a todas las hipótesis susceptibles de plantearse. Sus resultados —y salvo excepciones— apenas difieren, examinando caso por caso los supuestos de la vida real, de los que se obtendrían mediante el recurso a las reglas generales del error (art. 1266 del Código Civil), con sus características clásicas de la esencialidad y la excusabilidad; a lo que se une el inconveniente de la excesiva rigidez del criterio único del *caput controversum*.

Junto a todo ello, cabe reseñar los trastornos que ocasionan su enorme abstracción, la complejidad de la indagación sobre lo que sea en cada hipótesis el punto objeto de discusión y transacción, y, sobre todo, el dato fáctico de su muy escasa (por no decir nula) utilización por parte de jueces y tribunales. En este último aspecto, no conviene olvidar que, en los dos campos donde más frecuentemente se plantean problemas de error transaccional (los de las transacciones sobre indemnización de daños y las transacciones sobre herencias y particiones hereditarias) —que, en el fondo, no son sino los campos donde más habitualmente se transige—, los tribunales se han remitido a las reglas generales del error contractual, haciendo caso omiso casi completamente de las indicaciones de la doctrina. Y lo han hecho por la evidente razón de que, o bien allí había supuestos de verdadero error (de hecho y de derecho) sobre el *caput controversum* pero no por ello automáticamente quedaban excluidos de la impugnación, o bien, ante la dificultad de discernir cuál era exactamente la cuestión debatida, era preferible servirse de los criterios generales al uso.

La pregunta final que es preciso resolver sería la siguiente: ¿hay que desechar *por completo*, habida cuenta lo anteriormente dicho, el criterio del *caput controversum-caput non controversum* a la hora de decidir una impugnación de una transacción por error?

Pues bien, a nuestro juicio, y contrariamente a lo que pudiera parecer, en absoluto. La dicotomía ECC-ECNC creemos puede seguir jugando un papel relevante en el ámbito de las transacciones, *como un criterio no exclusivo al que puede acudir la autoridad judicial para dictar sentencia* ante una petición (o excepción) de nulidad por error. Conviene tener bien presente que el error es una figura muy escurridiza, basada generalmente en consideraciones psicológicas de quienes contratan, y carente de suficientes asideros o pautas fijas a las que acudir a la hora de emitir un juicio al respecto. Por ello, la determinación del punto o puntos controvertidos (y, por tanto, de los no controvertidos) será relativamente útil *como un parámetro relevante* (un «topos») en la toma de la decisión por el juez, dependiendo de la mayor o menor facilidad para averiguar el objeto preciso de lo transgido. Pero teniendo en cuenta que, en última instancia, este punto de referencia, siendo válido, se encontrará también condicionado por la excusabilidad o inexcusabilidad de las partes en el conocimiento de las cuestiones litigiosas, y por la esencialidad o inesencialidad del error cometido.

IV. EL SENTIDO DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ART. 1817. LAS TRANSACCIONES JUDICIALES

Ya hemos dejado marcadas en los capítulos anteriores las líneas generales en las cuales se enmarca toda la problemática del error en la transacción. A nuestro juicio, las decisiones judiciales en esta materia deben seguir las pautas generales del error como vicio de la voluntad, tal como es concebido por el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia, sin que la afectación o no del *caput controversum* constituya un dato definitivo; ello, no obstante, el recaer el error o no sobre el tema objeto de discusión y de transacción, puede funcionar como un punto de referencia, entre otros posibles, para resolver el litigio sobre si es anulable o no la transacción. Esta es nuestra posición global, nuestra solución a los problemas interpretativos derivados del párrafo primero del 1817, en relación a los demás preceptos sobre error transaccional.

Pero nuestro punto de vista tiene que superar un obstáculo final tremadamente complejo: el de la interpretación que se deba dar al párrafo segundo del art. 1817, el cual, como sabemos, dispone —en contraposición a la regla general de relevancia de los vicios de la voluntad, incluido el error—: «Sin embargo, no podrá una de las par-

tes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.»

Nos hallamos ante un precepto legal completamente novedoso en relación a los textos legales europeos de la época, tanto anteriores como posteriores, cuyo alcance no es fácil de determinar. Curiosamente, los autores españoles que han tratado de la transacción, apenas dedican unas líneas —si es que lo hacen— a la búsqueda de un sentido del precepto citado.

Así, Manresa, en lo que podemos considerar la postura menos admisible de todas, afirma respecto de todo el art. 1817: «La inteligencia (del art. 1817) es fácil y sencilla; su contexto, claro, y con solo plantear su precepto, se comprende el fundamento jurídico del mismo» (138).

Desde luego, y según nuestra opinión, el párrafo segundo del 1817 concretamente, ni es de fácil y sencilla inteligencia, pues son tremadamente confusos tanto el pronombre «ésta» como la frase final «apartarse por la transacción de un pleito comenzado»; ni su contexto es claro, si lo relacionamos con el 1817, 1, por un lado, y el 1816, 1818 y 1819, por otro; ni, finalmente, es comprensible su fundamento jurídico, pues no es fácil conocer su auténtica *ratio*.

Buscando una cierta coherencia al precepto, Mucius Scaevola ha señalado que no cabe la impugnación (en el 1817, 2) porque «quien ha planteado un litigio o se opone a él es porque cuenta con algún derecho y medios de probarlo, por lo cual, si luego aparece transigiendo con la parte demandada, es justo ponerlo a cubierto de un error de hecho que pudiera alegar la otra parte» (139). Y a continuación, pasa a incluir el error de derecho dentro de la hipótesis allí regulada, aunque literalmente no se aluda a él.

De manera muy similar, se ha expresado Luna Serrano, quien de pasada ha afirmado: «[...] La finalidad de la regla (del 1817, 2) no es sino la defensa y protección del transigente que se aparta del pleito comenzado y pierde su posición procesal» (140).

Estas explicaciones nos parecen profundamente insatisfactorias. En primer lugar, se nos está diciendo veladamente que sólo uno de los transigentes va a poder impugnar esta suerte de transacciones concluidas después de haber comenzado un pleito, lo cual, aunque literalmente pudiera deducirse de la norma, ni fue intención del legislador ni lo sostienen abiertamente estos autores. En segundo lugar, ¿qué justificación existe para proteger al transigente que no adujo el error de hecho (o de derecho)? Si las dos partes habían incurrido en el mismo error, el que una de ellas impugne la transacción por ese moti-

(138) MANRESA, *Ob. y vol. cit.*, p. 171.

(139) MUCIUS SCAEVOLA, *Ob. y vol. cit.*, pp. 399-400.

(140) LUNA, *Ob. cit.*, p. 148.

vo, es un acontecimiento puramente casual y no debería provocar una automática protección de la otra, quien también podría haber impugnado. Si sólo una había —en abstracto— incurrido en error, con menos motivo se debe proteger a la otra, que no se equivocó. Por otra parte, ¿qué «posición procesal» pierde el que no impugna? Si se ataca la transacción por error y se anula, las cosas vuelven al estado anterior al acuerdo, esto es, al litigio originario, para cuyo replanteamiento no existe el más mínimo obstáculo, ni siquiera el de una posible prescripción de la acción, pues el plazo prescriptivo queda en suspenso durante todo ese tiempo. Y finalmente: no se puede decir, como hace Mucius, que quien plantea un litigio o se opone a él es porque cuenta con medios de defensa..., porque se está olvidando que existen pleitos en los cuales una de las partes actúa —puede actuar— con temeridad, esto es, sin apoyo legal alguno y carente de medios defensivos.

También poco razonable es la fundamentación dada al precepto —y con esto se termina el repaso a la doctrina española— por Ogayar: «[...] El ser inoperante el error de hecho —dice— cuando una de las partes se ha apartado por la transacción de un pleito comenzado, al no poder alegarse dicho vicio, *es una imposición del principio de buena fe*, la que exige que, en tales casos, prevalezca el instrumento de paz y de concordia que es la transacción, para que no sea estéril el sacrificio de la parte que se apartó del litigio promovido» (141).

¿Cómo se puede decir que el principio de buena fe es el fundamento de la improcedencia del error de hecho? ¿Es coherente llegar a la conclusión, siguiendo el hilo del razonamiento de este autor, de que entonces el que impugna obra —siempre— *de mala fe*? Si ello fuese cierto en el cien por cien de los casos, no haría falta el 1817, 2, pues aquel principio, así como el de la prohibición de «abuso del derecho» (art. 7 del Código Civil), presiden nuestro Código Civil y están profundamente arraigados en la conciencia de nuestros juzgadores e intérpretes del Derecho. Por lo demás, subyace a esta opinión la visión tradicional sobre la inamovilidad de las transacciones, la cual, como ya tuvimos ocasión de demostrar, no tiene suficiente base en nuestro Ordenamiento jurídico.

La insuficiencia de las anteriores fundamentaciones nos obligan a intentar una interpretación «nueva», coincidente, en la medida de lo posible, con la real intención del legislador de 1889, pero también adaptada a las circunstancias y necesidades actuales.

Por lo pronto, si acudimos a los antecedentes legislativos de la norma en los distintos proyectos de Código Civil, pocos datos encontraremos. El 1817, 2 procede del Proyecto de 1851, cuyo art. 1727, 2 estaba redactado como sigue: «Sin embargo, no podrá una de las par-

(141) OGAYAR, *Ob. cit.*, p. 73.

tes oponer el error de hecho a la otra, siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado; o haya desistido de intentarlo si podía hacerlo con temeridad.»

García Goyena pone en relación este párrafo con dos textos romanos (D. 12, 6, 65, 1 y C. 2, 4, 23). El primero de ellos, que es literalmente recogido por el citado autor en sus «Concordancias», dice así: «Lo que se da a nombre de transacción, aunque no medie cosa alguna, no se repite, pues si había un litigio, el hecho mismo de que se desista de él vale como causa.» El segundo se expresa de forma similar respecto a la irrepetibilidad de lo dado por transacción, si ésta se celebró tras la demanda presentada por la otra parte transigente. García Goyena comenta el sentido del antiguo 1727, 2: «[...] En este caso —afirma— no tiene lugar la repetición de lo pagado indebidamente, aunque se pruebe que no hubo causa alguna para transigir, y que no se debía aquéllo sobre que se transigió» (142).

Estas referencias están hoy francamente superadas. Primordialmente, porque la posible «falta de causa» vista por Goyena en estas situaciones, no puede ser hoy considerada como tal, sino como un error de hecho, ya que la causa existe desde el mismo momento en que hay externamente un litigio judicial —sea o no coincidente en sus datos con la realidad— y éste se soluciona a través del convenio transaccional. Por otra parte, no cabe plantear en términos de «repetición de lo indebido» algo que atañe a una probable causa de nulidad de un contrato. La explicación histórica resulta, pues, insatisfactoria. No obstante, en el fondo de la misma late una vaga idea de que las causas de anulación se transforman cuando ésta se celebra en fase de discusión judicial.

Pensemos ahora en una interpretación puramente literal de la norma, imaginando un caso en el que se sigan los pasos marcados por la ley: A discute con B sobre la cuantía de la indemnización por los daños causados al primero. A decide acudir ante los tribunales demandando a B y pidiendo al juez que declare su derecho a una reparación de dos millones de pesetas (ya hay «pleito comenzado»). A continuación, B, contestando a la demanda (y aduciendo que no tiene obligación de responder) propone a A una transacción, en donde se le concede un millón y medio de pesetas. A acepta la transacción (ya se ha «apartado A del pleito comenzado»). Ulteriormente, se descubre que los daños eran bastante inferiores a los previstos. A demanda el cumplimiento de lo acordado en la transacción, y B le opone el error de hecho: según el 1817, 2, B no podrá oponerle ese «error de hecho» en cuanto que aquél se apartó mediante la transacción del pleito comenzado.

(142) GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», *cit.*, p. 137.

Este parece ser el esquema básico a que responde el párrafo segundo del 1817. Conviene ahora fijar sus límites, insistimos, desde la perspectiva puramente literal de la norma:

1. La estructura del precepto, ¿responde a una hipótesis de demanda de cumplimiento de transacción-excepción de nulidad (por error)? A nuestro juicio, no necesariamente. Cabe perfectamente imaginar una demanda de nulidad por error directamente interpuesta por uno de los transigentes, que no prospera en base a la alegación por la otra del 1817, 2. El término «oponer» no creemos que suponga una restricción en cuanto a la forma de aducir el error, lo que podrá hacerse bien por vía de acción, bien mediante excepción.

2. Las referencias a «una de las partes», la cual aduce el error de hecho frente «a la otra», y a que no prospera esa alegación porque «ésta», es decir, la que no propuso la nulidad, se apartó de un pleito ya comenzado, ¿significan una limitación de la prohibición allí contenida, en el sentido de que sólo es eficaz cuando el último sujeto citado (el que no alegó el error) fue convencido por el otro para celebrar una transacción? A nuestro juicio, tampoco necesariamente. No creemos que esté prohibida en la expresión puramente literal de la norma aquella hipótesis según la cual el convencido para transigir fue la persona que luego adujo el error de hecho. Téngase en cuenta, además, que las transacciones son contratos en donde es muy frecuente que no sea uno sólo el proponente y el otro simplemente el aceptante; lo habitual es que haya propuestas y contrapropuestas sucesivas, hasta llegar al acuerdo definitivo, de modo que resultaría injustificada una restricción tal.

3. ¿Significa esta norma, *a sensu contrario*, que puede estar alguno de los transigentes legitimado para impugnar por error de hecho? Acaso nos pudiera llevar a esa conclusión una primera y superficial lectura de la disposición. Sin embargo, estamos seguros de que no es así. El 1817, 2 introduce, según nuestra opinión, una prohibición *general* de impugnación de estas transacciones por error de hecho (seguramente también de derecho), cualquiera que sea el sujeto impugnante y las condiciones en que se concluyó la transacción o se realice la impugnación. Téngase en cuenta que, si dos sujetos transigen después de haberse iniciado un pleito entre ellos, *los dos «se apartan —de hecho— de un pleito comenzado»*, por lo que no hay razón para prohibir a unos y permitir a otros.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe obtener una primera conclusión: el 1817, 2 está defectuosamente redactado, pues dice lo que realmente no quiere ni puede decir. El pronombre «ésta», que tantas dificultades interpretativas suscita, es superfluo, no debería haberse introducido. Porque parece que quiere limitar la prohibición del error de hecho a los casos de «propuesta de transacción-aceptación plena-alegación ulterior de error por parte del proponente», cuando ya hemos comprobado que no puede ser así.

Agotada, pues, al vía de la interpretación puramente literal de la norma, hay que buscar su *ratio* verdadera en otro lugar. Ese «otro lugar» no puede venir dado sino por la aclaración del término «pleito comenzado», o más correctamente, por la búsqueda de las peculiaridades de las transacciones concluidas después de haberse iniciado un litigio ante los tribunales, y su conexión con el error-vicio de la voluntad. No hay que olvidar que uno de los rasgos distintivos de la regulación de la transacción contenida en nuestro Código Civil, en relación a los restantes códigos europeos, es justamente su polarización alrededor de una nueva disyuntiva: transacciones judiciales (o transacciones celebradas dentro o durante la tramitación de un proceso judicial) y transacciones extrajudiciales (o transacciones celebradas al margen de un proceso o sin autorización o aprobación judicial de ningún tipo).

Antes de analizar el sentido de la expresión «apartarse por la transacción de un pleito comenzado» (o transacción concluida tras el inicio de un pleito), consideramos oportuno analizar, como paso previo de gran interés, el significado del término «transacción judicial» tal como aparece en nuestro Código.

IV.1. Sentidos posibles de la expresión «transacción judicial»

La única norma que utiliza la expresión «transacción judicial», de entre los arts. 1809 a 1819, es el art. 1816, el cual, para distinguir la diferente eficacia de los convenios transaccionales, introduce el matiz de que, frente a las extrajudiciales, sólo respecto de las transacciones judiciales «procederá la vía de apremio». Es decir, se concede una especial relevancia a este tipo de transacciones, consistente en poder acudir a la fase de ejecución judicial, cual si fuese una auténtica sentencia firme, sin necesidad de tramitar un juicio declarativo. Esta trascendental repercusión práctica obliga a una delimitación de cuándo hay transacción judicial y cuándo no.

A este fin, hay que partir de la indefinición legal de cuál sea su concepto y alcance; el legislador presume que todos los sabemos. Sin embargo, se pueden dar diversas respuestas —la doctrina y la jurisprudencia se han referido a casi todas ellas—, según que la perspectiva sea la de restringir al máximo su ámbito, por razones de seguridad jurídica, o la de ampliarlo, como modo de dar mayor realce a este tipo de contratos. Veamos las distintas posibilidades:

*a) Transacción judicial como transacción sobre *res litigiosa*.* Esta forma de concebirla, se obtiene por contraposición a las transacciones que afectan a una *res dubia*, que no serían sino las transacciones extrajudiciales. Este enfoque supone admitir que el fundamento de los acuerdos transaccionales tanto puede ser una *res dubia* como

una *res litigiosa*. Ciertamente, la doctrina moderna —en España, a partir de Gullón— rechaza la *res dubia*, la incertidumbre, como posible fundamento de estos contratos. No obstante, hay que decir, que, a nuestro juicio, aún quedan vestigios en el Código de la antigua concepción, los cuales acaso servirían de apoyo a esta visión amplísima de la transacción judicial entendida como recayente sobre cualquier litigio, presente o futuro. De cualquier modo, no es la tesis que nos parece más aceptable.

b) Transacción judicial como transacción concluida durante la vigencia de un proceso judicial, con o sin intervención judicial. Este segundo punto de vista ha sido seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1911. En ella, se cuestionaba la ejecutabilidad de una transacción celebrada estando pendiente el proceso judicial pero sin conocimiento ni participación del juez, quien únicamente supo del desistimiento del demandante; tras la negativa por parte de la Audiencia de Burgos, el Supremo admitió la posibilidad de ejecución directa de lo transigido. Se trataba, pues, de una transacción concluida «para poner término a un pleito comenzado».

Esta interpretación ha sido criticada por buena parte de la doctrina española, quien ha considerado que no puede llamarse «judicial» a una transacción en la que no participa el juez de ningún modo (143).

c) Transacción judicial como transacción autorizada judicialmente. Ahora, la transacción será judicial cuando el juez la apruebe o autorice, con independencia de que el consenso de las partes se haya logrado al margen del juez (sometiéndolo luego a su aprobación) o ante el juez mismo.

Este enfoque puede ser fácil de asumir, por cuanto se cumple ese requisito lógico de que el juez sólo proceda a ejecutar aquello que ha sido examinado por él o por otro órgano judicial, y porque se adapta a las hipótesis de transacciones autorizadas judicialmente recogidas en los arts. 1810 y 1811, que bien pudieran servir de pauta.

Sin embargo, se presentan algunos problemas o inconvenientes para su plena asunción. En primer lugar, los citados arts. 1810 y 1811, que remiten a su vez a los arts. 166 y 270 respectivamente, regulan hipótesis en donde la autorización judicial constituye un requisito de validez (o de eficacia, según las opiniones) del contrato celebrado, y no un complemento para que ese contrato sea una transacción judicial y *sea susceptible de ejecución*. Bien pudiera pensarse, por tanto, que los arts. 1810 y 1811 no recogen supuestos de transacción judicial, sino de transacción extrajudicial necesitada para su validez de aprobación judicial. La transacción, para ser «judicial», seguramente necesite que la resolución del juez que la autorice provenga del órgano

(143) Cfr. MUCIUS, *Ob. cit.*, p. 371; MANRESA, *ob. cit.*, p. 165, y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 140-141.

jurisdiccional *competente para resolver el conflicto* en el caso de que no se hubiera transigido. Ello estaría en concordancia con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la eficacia del acto de conciliación (art. 476 LEC) —téngase en cuenta que cabe transigir en uno de estos actos—, de acuerdo con las cuales sólo es ejecutable lo convenido en conciliación si se trataba de asuntos de la competencia del propio juez ante quien se celebró.

Además, la «autorización» judicial suele identificarse con un simple examen de la corrección formal del contrato y, como mucho, con un análisis de la capacidad de las partes, sin entrar en el fondo del asunto (144). De ser esto cierto, nos parece, en abstracto, inadecuado que sea susceptible de ejecución directa sin más, un contrato cuyo contenido sustancial no ha sido analizado por ninguna autoridad judicial.

d) Transacción judicial como acuerdo celebrado ante el juez, incorporado al proceso, y aprobado mediante auto judicial (145). Se trata de la visión más restrictiva de las defendidas, y busca las máximas garantías de fiabilidad de que lo transigido es susceptible de ejecución por ser las estipulaciones coincidentes con la auténtica voluntad de las partes, de lo cual da fe la autoridad judicial, y habiendo la certeza de la casi absoluta imposibilidad de equivocaciones fácticas o jurídicas.

Es la postura sostenida por la mayoría de los procesalistas, y la que a nosotros nos parece más razonable.

IV.2. La conexión entre el término «transacción judicial» y la expresión «apartarse por la transacción de un pleito comenzado»

Una vez determinado el sentido que creemos más apropiado al término «transacción judicial» utilizado en el art. 1816 del Código Civil para destacar su inmediata ejecutabilidad a petición de cualquiera de los transigentes, hay que hacerse inexorablemente la siguiente pregunta: ¿existe una total identificación entre esa concepción de la transacción judicial y la expresión final del 1817, 2? Es decir, ¿sería correcto llegar a la conclusión de que la prohibición del error de hecho, contenida en el 1817, 2, únicamente afecta a las —así llamadas por el 1816— «transacciones

(144) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Ob. cit.*, pp. 253 y ss.

(145) A favor de esta postura se manifiestan, en nuestro país, la mayoría de los autores (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Ob. cit.*, p. 864; GULLÓN; MUCIUS ESCAEVOLA, etcétera), así como la gran mayoría de la doctrina procesalista.

judiciales», sólo que el legislador no quiso, por razones eufemísticas, volver a servirse del término en el artículo siguiente (el 1817)?

Antes de responder a esta cuestión, parece oportuno indagar las razones, si las hay, de una mayor restricción en las causas de impugnación de estas transacciones, en relación a las extrajudiciales. Con independencia de lo que más abajo diremos, se nos ocurren, en una primera aproximación, dos:

1. A diferencia de las transacciones extrajudiciales, en donde hay una gran inseguridad acerca de las auténticas pretensiones de las partes, ya que las mismas no están fijadas definitivamente y pueden ser modificadas, en las judiciales el conflicto aparece bien delimitado, y las partes han tenido que hacer un esfuerzo importante por determinar sus pretensiones. Ello nos conduce a la idea de que la aparición del error en una de ellas es, en general, poco excusable, y no debería de ocasionar la nulidad del contrato.

2. La presencia del juez en esta clase de transacciones constituye una garantía de que todo el proceso de exteriorización de las voluntades se ha llevado correctamente, y de que esas voluntades son reales (no simuladas) y difícilmente defectuosas o desconocedoras de los hechos (146).

Es cierto que estos argumentos no son del todo convincentes, o, al menos, no disipan todas las dudas. Pero, por el momento, son suficientes para justificar un tratamiento particularizado de los vicios del consentimiento, específicamente del error, en las transacciones judiciales (147). La dificultad, que más adelante trataremos de salvar, es la de qué transacciones judiciales en concreto gozan de este régimen peculiar en materia de error.

Pero volvamos a la pregunta inicial. Desde luego, está claro que entre el 1816 y el inciso final del 1817, 2 existe una cierta correlación. Entra dentro de la lógica pensar que nuestro legislador quiso dar una especial eficacia práctica a las transacciones judiciales, disponiendo no sólo su ejecutabilidad inmediata, a diferencia de las transacciones extrajudiciales, sino también su —acaso— inimpugnabilidad por error de hecho (y seguramente de derecho). Este tipo de transacciones son —ahora sí— «como auténticas sentencias firmes». En ellas todos están de acuerdo; incluido el propio juez, quien la aprobó

(146) Así se manifiesta, respecto de la transacción judicial, SEGOVIA SÁNCHEZ, «La certificación del acto de conciliación: ¿título ejecutivo?, ¿transacción judicial? Disquisiciones en su torno», en *Rev. General del Derecho*, 1985, p. 438.

(147) Conviene poner de manifiesto en este tema la coherencia del Derecho alemán, para el que las «transacciones judiciales», dada su especial idiosincrasia, no pueden ser anuladas por ningún vicio del consentimiento, incluido obviamente el error. Cfr. POHLE, «Sobre la terminación del proceso civil por medio de transacción», en *R. D. Privado*, enero 1954, p. 14.

después de que a él hubiese llegado la discusión en forma de proceso judicial (148).

Sin embargo, en nuestra opinión, no hay una identificación absoluta entre las transacciones que son susceptibles de acudir a la vía de apremio y aquéllas en que no procede la anulación por error.

En primer lugar, la expresión «*apartarse de un pleito comenzado*» automáticamente excluye a una serie de posibles transacciones ejecutables por vía de apremio: *las celebradas en acto de conciliación* (y sólo las celebradas ante el mismo juez competente para conocer del asunto), las cuales, aun cuando «judiciales» en el sentido de que participa en ellas una autoridad judicial, *no pueden implicar de ningún modo apartarse de un pleito comenzado, porque allí el pleito, esto es, el proceso, todavía no se ha constituido formalmente*. Téngase en cuenta que, para que haya proceso, es preciso una demanda sobre el objeto discutido (no es suficiente una demanda de conciliación), y, en su caso (aunque esto es bastante discutible), un emplazamiento o la contestación de la parte demandada.

En segundo lugar, de admitir que el proceso se constituye con la sola presentación de la demanda, creemos que el 1817, 2 no acoge en su seno a las transacciones concluidas antes de la contestación, por cuanto existiría una profunda identidad con las transacciones extrajudiciales: hasta que no hay contestación no se pueden conocer las pretensiones de las partes, ni, por tanto, en qué medida ambas partes ceden, si es que ceden, en las mismas.

Alguien podría plantear la siguiente cuestión, a la vista de la defectuosa redacción del 1817, 2 y de los inconvenientes de asumir unas veces el sentido literal del precepto y desecharlo otras: ¿por qué no pensar que la intención de nuestro codificador civil fue imponer limitaciones a la alegación del error en aquellas transacciones en que, como dice literalmente el 1817, 2, simplemente había un «pleito (judicial) comenzado», y las partes se apartaron de él mediante una

(148) Incluso en la propia jurisprudencia, de una manera un tanto subconsciente, nuestro máximo órgano jurisdiccional parece defender la inamovilidad de las transacciones en que intervenga de cualquier modo la autoridad judicial (ya sea dentro del juicio, aprobando el acuerdo, o en acto de conciliación, como mediador), y se alegue un vicio del consentimiento. Véanse en esta dirección las sentencias de 3 de mayo de 1958 (transacción concluida durante el pleito: no procede el error ni el dolo), 16 de diciembre de 1953 (transacción en acto de conciliación: no ha lugar al error), 23 de junio de 1962 (transacción con la que se puso término a pleito iniciado: no prospera el error), así como la sentencia de 3 de febrero de 1971, de la Audiencia Territorial de La Coruña (transacción sobre daños, ratificada a presencia judicial: no procede la alegación de error).

Mención especial merece la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1891 (aplicando el derecho anterior al Código Civil), según la cual «contra lo pactado en una transacción, y más si se consigna en escritura pública o *ha sido aprobada por la Autoridad judicial competente*, no puede irse», salvo engaño de la contraparte.

transacción, hubiese habido o no aprobación judicial, identificándose la «transacción judicial» del 1816 con estas situaciones? Nos encontramos aquí de nuevo con el tema de la admisibilidad de la segunda interpretación posible de la expresión «transacción judicial», que más arriba expusimos.

Frente a esta idea, no exenta de cierta lógica, cabría contraargumentar, aparte de con los motivos ya expuestos entonces, con otro más, de enorme trascendencia:

Supongamos que efectivamente fue intención del legislador prohibir el error de hecho en las transacciones concluidas dentro de un proceso, con o sin participación del juez, y que éstas eran las «transacciones judiciales» del 1816. ¿Cuál sería, según esta perspectiva, el sentido de esa prohibición? ¿A qué fin respondería? La pregunta tiene muy difícil respuesta. Ya que la prohibición de la alegación del error-vicio en esas situaciones podría implicar una *injustificada indefensión* de la parte que fue inducida a error. Téngase en cuenta que, desde esta perspectiva, la aprobación del juez no es precisa, de manera que, cuando éste no intervenga, no habrá una diferencia cualitativa con las transacciones extrajudiciales, en las que, como ya vimos, sí cabía el error.

La razón de ser de la excepcional prohibición del 1817, 2 tiene que ser otra. Tiene que venir dada por la participación de la autoridad judicial. *Y no como mediador y antes del inicio del pleito* (como sucede en las transacciones concluidas a través de los actos de conciliación previos al proceso), por cuanto entonces también tendrían que ser «judiciales» (*rectius*: producir los efectos de la «judicial») las transacciones celebradas ante notario o cualquier fedatario público, o ante un simple mediador con conocimientos jurídicos, o sin ellos. *Sino como sujeto con potestad jurisdiccional suficiente para aprobar el contenido del acuerdo*, después de examinar en profundidad los puntos discutidos, el grado de conocimiento de la situación real (y sus efectos jurídicos) por las partes, y la legalidad de las soluciones transaccionales finalmente adoptadas.

La expresión «apartarse por la transacción de un pleito comenzando» del 1817, 2 acaso tenga —aparte de el de excluir a las transacciones celebradas en acto de conciliación— un sentido coherente con la normativa procesal vigente en el momento de elaborarse el Código Civil. Como ha puesto de manifiesto recientemente Peláez (149), no había en la antigua regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil un trámite procesal adecuado para concluir ante el juez «transacciones judiciales». El proceso civil era casi exclusivamente escrito, y no había oportunidad para el intercambio de opiniones dentro del proceso ni, por tanto, para la avenencia. La transacción sólo podía venir

(149) PELÁEZ, «La transacción. Su eficacia procesal», Barcelona, 1987, pp. 240 y ss.

extrajudicialmente, con sometimiento posterior, en su caso, a la aprobación del juez. Seguramente por eso, el 1816 no definió la «transacción judicial», dejando en buena medida su delimitación a la interpretación jurisprudencial. Seguramente por eso el 1817, 2 utilizó esa ambigua expresión final.

Hoy, tras la reforma de la LEC de 1984, esta situación ha cambiado. Ya existe este trámite procesal, la llamada «comparecencia previa» de los juicios de menor cuantía, en donde es posible concluir acuerdos con mutuas concesiones, en presencia de la autoridad judicial competente para conocer de ese asunto. Las garantías formales quedan salvaguardadas. Pero no sólo eso: es indudable que las transacciones celebradas por esta vía van a ser verdaderos contratos que van a participar, al mismo tiempo, de la naturaleza de los actos procesales, lo que debe acarrear una mayor estabilidad de los mismos. Esa mayor estabilidad la va a proporcionar el 1817, 2, al impedir la anulación de esas transacciones por error.

¿Significa esto que sólo las transacciones celebradas en esa fase de «comparecencia previa», en donde el juez es quien propone la avenencia (con o sin recíprocas concesiones), van a verse afectadas por la prohibición de impugnación por error del 1817, 2?

Creemos que así debía ser, en teoría. Sin embargo, dado que en otros juicios declarativos no existe esa fase, habrá que seguir identificando la transacción judicial con el acuerdo suscrito por las partes litigantes, sometido a aprobación del juez e incorporado al proceso (al cual pone fin), y habrá que seguir manteniendo que la restricción del 1817, 2 afecta a este tipo de transacciones con las matizaciones que más arriba se hicieron. No obstante, a pesar de ello, somos partidarios de que, ya se transija judicialmente en la fase de «comparecencia previa», ya se haga de otro modo, el control de los jueces y tribunales ha de ser lo suficientemente estricto como para garantizar —en la mayoría de los casos— la inexistencia de defectuosos planteamientos de la cuestión transigida. Sólo de esa manera se justifica una limitación en la alegación del error sin provocar la indefensión de las partes transigentes. Ese fuerte control judicial sólo puede venir de la mano de *algo que sea, al mismo tiempo, contrato y resolución judicial*; una resolución judicial no simplemente homologadora, sino autorizativa de una transacción, gestada en presencia del juez y con su activa participación.

En este marco, ya sí es procedente traer a colación —y en su plenitud—, la dicotomía ECC-ECNC, de modo que sólo en las transacciones con las características ya estudiadas podría declararse la irrelevancia de un error que recae sobre el *caput controversum*. Porque ese punto o puntos controvertidos, no sólo han sido objeto de acuerdo transaccional por parte de los originarios litigantes, sino también, y sobre todo, de una análisis exhaustivo por parte del juez. La razón que

justifica la utilización en este momento de la citada disyuntiva no es «la especial naturaleza y función de la transacción», como defienden los seguidores de la tesis tradicional, sino las peculiaridades propias de *determinadas transacciones judiciales*, que son, en realidad, más actos judiciales que contratos.

A renglón seguido de lo anterior, hay por fuerza que sostener, en estas situaciones, la relevancia del error recayente sobre el *caput non controversum*, sea error de hecho o de derecho. Y por supuesto, de los demás vicios del consentimiento, que en ningún momento aparecen como prohibidos en ningún caso.

Es precisamente este último dato —el de la impugnabilidad de cualquier transacción por dolo, violencia o intimidación—, el que nos lleva a concebir las transacciones judiciales analizadas como actos *todavía distintos de las sentencias firmes*, a pesar de su mayor aproximación a las mismas. Es cierto que, en cuanto transacción judicial, son susceptibles de inmediata ejecución (art. 1816). Pero eso no las identifica con las sentencias firmes, en cuanto en éstas no cabe ningún tipo de revocación (salvo el recurso extraordinario de revisión), mientras en aquéllas cabe sin problemas la anulación por cualquier otro vicio del consentimiento distinto del error (error *in caput controversum*).

Y si las citadas transacciones judiciales son susceptibles de «revocación» (impugnación por nulidad), no puede, ni siquiera en ellas, hablarse de una «especial naturaleza o función». Eso sí, hay una prohibición legal que directamente les afecta —la del art. 1817, 2— a la cual hay que darle algún sentido: el de impedir la alegación del error, pero sólo la del ECC. El *caput non controversum*, en cuanto desconocido por el juez (además de por una o por ambas partes), sí debe poder proporcionar el apoyo preciso para la prueba de un inexacto conocimiento de la realidad determinante de un error-vicio de la voluntad. A pesar de la aprobación judicial, será posible y lícita la anulación de estas transacciones por error *in caput non controversum*.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

El reconocimiento de la filiación no matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones (*)

JUAN POZO VILCHES

Doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I .Introducción. II. Requisitos subjetivos. 1. Capacidad para reconocer. 1.1. Reconocimiento de la paternidad. 1.2. Reconocimiento de la maternidad. 1.3. Fundamento de la distinción. 2. Requisito de validez del reconocimiento realizado por menores o incapacitados. 3. Diferencias entre la ley y el Código. 4. Prohibición de manifestar la identidad del otro progenitor. 5. Quiénes pueden ser reconocidos. III. Requisitos Objetivos. IV. Requisitos formales. V. Requisitos complementarios. 1. Reconocido mayor de edad. 2. Reconocido menor de edad o incapacitado: la necesidad de la aprobación judicial. 2.1. La audiencia del Ministerio fiscal y del progenitor conocido. 2.2. La denegación de la aprobación judicial. VI. Impugnación del reconocimiento por su propio autor. VII. Efectos. VIII. Conclusión final.

I. INTRODUCCION

En el «Boletín Oficial del Estado» del pasado 3 de junio, ha sido publicada la ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones (1).

Con esta ley se pretende, según se expone en su preámbulo, una «regulación autónoma y autosuficiente» de la filiación, que hasta entonces no tenía en Cataluña, ya que la Compilación sólo dedicaba a la materia dos artículos (que deroga la propia ley), lo que la hacía dependiente en numerosos casos del Código Civil (2).

(*) Con posterioridad a la elaboración del presente trabajo, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1805/1991, planteado por el Presidente del Gobierno, contra los arts. 1; 2.1 inciso tercero; 2.2; 3.1; 4; 5'; 6; 7; 8; 9; 15; 16; 17; 18; 19; 20 y 21 de dicha ley, produciendo la suspensión de la vigencia y aplicación de los mismos («B.O.E.» n.º 199, de 20 de agosto).

(1) En adelante, LC.

(2) En adeante, CC.

Se trata de una ley muy completa, que regula no sólo la determinación de la filiación por naturaleza, sino también la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (con mayor claridad y rigor científico, a nuestro juicio, que la ley de 22 de noviembre de 1988), y que presenta una mayor preocupación por la obtención de la verdad biológica (históricamente ya la tenía el Derecho catalán) que el propio Código Civil.

La ley catalana presenta notables innovaciones con respecto al Código, siendo de destacar las siguientes:

1. Se amplía la presunción de paternidad del marido a los nacidos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges, siempre que se pueda probar cumplidamente, mediante toda clase de pruebas, que nacieron de relaciones conyugales (art. 1.1 LC).

2. Es diferente el comienzo del cómputo del plazo que tiene el marido para destruir la presunción de paternidad del nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Tal desconocimiento del marido debe tener «acceso al Registro Civil» en el plazo de los seis meses siguientes «al nacimiento» (art. 2.2 LC); en cambio, según el Código, y con carácter general, se debe «formalizar» la declaración auténtica dentro de los seis meses siguientes «al conocimiento del parto».

3. No se permite destruir la presunción de paternidad que ampara al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si el marido conoció el embarazo antes de contraer matrimonio (art. 2.2 LC); en cambio, el Código lo permite, si bien la declaración auténtica debe formalizarse con el consentimiento de ambos cónyuges.

4. Es ineficaz el desconocimiento de la paternidad que realice el marido sobre el nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período legal de la concepción (art. 2.2 LC).

5. Introduce expresamente un «período legal de concepción», entendiéndose por tal, con carácter general, los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo (art. 5.1 LC).

6. Introduce la presunción de paternidad no matrimonial: «se presumirá que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en el período legal de concepción» (art. 5.1 LC).

7. Distingue entre hombre y mujer en cuanto a la capacidad para el reconocimiento, exigiendo una edad mínima al varón (art. 6.1 LC).

8. Somete, con carácter general, la eficacia del reconocimiento del menor o incapacitado a la aprobación judicial, suprimiendo toda referencia al consentimiento del representante legal (art. 7.2 LC).

9. Permite que el progenitor no matrimonial pueda siempre reclamar la filiación si su reconocimiento no ha resultado eficaz por no cumplirse los requisitos complementarios exigidos al efecto (arts. 7.1, 7.2 y 11.3 LC).

10. Permite que la madre pueda, en nombre propio, impugnar judicialmente la paternidad del marido (si bien sólo en el caso en que se haya suspendido la vida en común, y en los casos de nulidad, separación o divorcio) (art. 12.2 LC).

11. Suprime toda referencia a la posesión de estado, como elemento determinante de la distinta legitimación en los procesos de filiación.

12. En relación con lo anterior, no contiene la excesiva y criticable legitimación activa que concede el Código para reclamar la filiación cuando existe posesión de estado («cualquier persona con interés legítimo»), sin parangón en el Derecho Comparado.

13. Regula expresamente la legitimación pasiva en los procesos de filiación (art. 15 LC).

14. Distingue, en cuanto a los efectos de la filiación, entre «establecimiento» y «mera determinación» de la misma (arts. 20 y 21 LC).

Por otra parte, omite diversas cuestiones, como toda referencia a los títulos o medios de acreditar la filiación (art. 113.I CC), los mecanismos de determinación de la filiación matrimonial (art. 115 CC), la determinación de la filiación incestuosa (art. 125 CC), el reconocimiento del hijo ya fallecido (art. 126 CC)...

En el presente trabajo analizaremos la regulación del reconocimiento de la filiación no matrimonial en la citada ley destacando sus características más importantes, con la finalidad de resaltar las diferencias que se observan con respecto al Código Civil.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS

1. Capacidad para reconocer

Distingue la ley en su art. 6.1 entre reconocimiento procedente del padre o de la madre.

1.1. Reconocimiento de la paternidad

Tienen capacidad para el reconocimiento de la paternidad *los mayores de catorce años*.

1.2. Reconocimiento de la maternidad

No se exige edad mínima en el caso de la madre. La madre puede reconocer, cualquiera que sea su edad, *siempre que se acredite el hecho del parto*.

1.3. Fundamento de la distinción

Parece ser que el fundamento de tal distinción se encuentra en la diversa aptitud para la procreación entre el hombre y la mujer. Una paternidad inferior a los catorce años es sumamente improbable. Pero la maternidad es posible, aunque poco frecuente, antes de la citada edad. Sería excesivo que la madre, acreditado el hecho del parto, no pudiese determinar la filiación a través del reconocimiento, y tuviera que acudir a otros mecanismos más lentos y complicados (expediente registral o vía judicial).

También puede encontrarse el fundamento de la distinción, no en la madurez física, sino en la madurez síquica: la mujer, cualquiera que sea su edad, puede formarse un juicio exacto sobre su maternidad (máxime después de haber pasado por un embarazo y parto); en cambio, el hombre no puede hacerlo sobre su paternidad (y nunca sería un juicio exacto) hasta que no tuviese una determinada edad que permitiese presumir cierta madurez en su actuar.

2. Requisito de validez del reconocimiento realizado por menores o incapacitados

Aunque el hombre puede reconocer a partir de los catorce años, y la madre siempre que se acredite el hecho del parto, si son menores de edad o se encuentran incapacitados, su reconocimiento sólo será válido si lo aprueba el Juez con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 6.2 LC).

Tal aprobación judicial es un acto de jurisdicción voluntaria (Instrucción de 30 de noviembre de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y resolución de 24 de marzo de 1983) y constituye un requisito de validez del reconocimiento.

¿Qué criterio ha de tener en cuenta el Juez a la hora de aprobar el reconocimiento realizado por un menor o incapacitado? Ante el silencio de la ley, dos posturas pueden mantenerse al respecto:

a) El Juez sólo debe tener en cuenta si el sujeto ha realizado el reconocimiento de forma libre y voluntaria, con plena conciencia de la dimensión y de las consecuencias de todo orden que el otorgamiento de tal acto conlleva.

b) El Juez sólo debe tener en cuenta la posible realidad biológica, es decir, ha de estimar si el reconocedor puede ser realmente el progenitor.

A nuestro entender, el Juez interviene en los supuestos establecidos en el art. 6.2 LC a fin de evitar que los menores e incapacitados otorguen reconocimientos con precipitación y con poca conciencia de las dimensiones del acto que realizan. Es decir, la intervención judi-

cial protegerá al reconocedor de realizar actos que pueden ser fruto de su escasa madurez. Pero indudablemente, también debe tener en cuenta el Juez si el reconocedor puede ser efectivamente el progenitor; esto no quiere decir, ni mucho menos, que el Juez tenga que tener un convencimiento absoluto de la paternidad o maternidad (cosa por otra parte imposible fuera de los procesos de filiación y con la práctica de las oportunas pruebas biológicas), sino que sólo debe tener el convencimiento de que esa filiación es probablemente cierta a la vista de las circunstancias concretas de cada caso.

Por consiguiente, el Juez debe tener en cuenta no sólo el discernimiento del reconocedor y la voluntariedad del acto, sino también la verosimilitud del reconocimiento.

Pero el problema radica en cómo va a poder decidir el Juez, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, sobre la posible veracidad biológica del reconocimiento.

En el caso de reconocimiento materno, la cuestión no planteará muchos problemas, pues, además de que la madre debe acreditar el hecho del parto, el hijo vivirá normalmente en compañía de la autora del reconocimiento.

En el caso de reconocimiento paterno, la cuestión se complica, debido precisamente al «misterio» que envuelve toda paternidad; el Juez deberá tener en cuenta elementos como la diferencia de edad entre el reconocedor y el reconocido, el posible desarrollo que podía tener el reconocedor en el momento de la concepción, la inexistencia aparente de causa impeditiva de la paternidad, la concurrencia de la posesión de estado como elemento que permite presumir la generación (3)...

En todo caso, parece conveniente que el Juez oiga al otro progenitor, si es que ya ha determinado la filiación (con las debidas cautelas que siempre se han de tener ante este tipo de audiencias), a fin de que pueda decidir, con mayores elementos de juicio, sobre la posible veracidad del reconocimiento.

Por otra parte, es de destacar que el reconocimiento por un menor va a suponer que el hijo reconocido sea, a su vez, también menor, por lo que la intervención judicial tendrá una doble dimensión:

- a) Por una parte, le corresponderá al Juez aprobar el reconocimiento, de acuerdo con el art. 6.2 LC, como requisito de validez del mismo.
- b) Por otra, le corresponderá también aprobar el reconocimiento, de acuerdo con el art. 7.2, como requisito de eficacia del mismo, como veremos más adelante.

(3) No cabe duda que la existencia de posesión de estado es un elemento que puede permitir presumir la filiación, aunque se haya omitido toda referencia a la misma en la ley catalana. No obstante, también es necesario resaltar que verdad biológica y posesión de estado no tienen por qué ir unidas; puede existir verdad biológica sin posesión de estado y posesión de estado sin verdad biológica.

Y puede suceder que el Juez proceda a la aprobación exigida en el art. 6.2 y deniegue la prevista en el art. 7.2 (4), en cuyo caso el reconocimiento sería válido pero ineficaz.

3. Diferencias entre la ley y el Código Civil

Podrían señalarse, en este apartado, las siguientes:

1. Mientras la ley catalana distingue, en la capacidad para reconocer, entre varón y mujer, el Código Civil no hace distinción alguna al respecto.

2. Mientras la ley catalana exige que la madre acredite el hecho del parto (parece ser que en todo caso, cualquiera que sea su edad), el Código Civil no exige nada al respecto.

3. Mientras la ley catalana exige que el varón sea mayor de catorce años, el Código no exige edad mínima alguna (ya sea para el varón o para la mujer), sino que toda persona tiene capacidad para reconocer (aunque sometiendo en el art. 121 ciertos supuestos a la aprobación judicial).

4. Mientras en la ley catalana es fácil determinar en qué supuestos se debe acudir a la aprobación judicial (menores de edad/incapacitados), mayor conflictividad ofrece tal cuestión en el Código, debido a que somete a tal aprobación, además de los reconocimientos realizados por incapacitados, a aquéllos procedentes de «quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad». Y tal cuestión ha suscitado una viva polémica sobre si el menor no emancipado que ha obtenido dispensa para contraer matrimonio puede reconocer sin necesidad de aprobación judicial (5).

(4) A la inversa no podría darse, ya que la no aprobación prevista en el art. 6.2 convertiría el reconocimiento en nulo.

(5) Postulan por una solución afirmativa, que compartimos, PEÑA (*Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, v. I, Artículos 108 a 141, Madrid, 1984, p. 908), RIVERO (LACRUZ/SANCHO/RIVERO, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Barcelona, 1989, p. 112), DE LA CAMARA (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo García, T. III, v. I, Artículos 108 a 141, Madrid, 1984, p. 416), SANCHO REBULLIDA (LACRUZ/SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, p. 653), GARCIA CANTERO (en CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, T. V, v. II, 8.^a ed., Madrid, 1985, p. 159), HERRERA CAMPOS («*La filiación no matrimonial tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981*», *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 13 y 76), RODRIGUEZ ADRADOS («*La filiación*», en *Las reformas del Código civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Madrid, 1983, p. 320.), GONZALEZ POVEDA (*La jurisdicción voluntaria*, Pamplona, 1989, p. 443), y MARTINEZ SANCHIZ («*Influencia del Derecho Público sobre el Derecho Familiar*», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 132, 1986, p. 58).

La ley catalana ha tenido el acierto, con respecto al CC, de regular la capacidad para reconocer sin necesidad de aprobación judicial omitiendo cualquier referencia a la capacidad para contraer matrimonio, ya que ello puede llevar a resultados absurdos. Por ejemplo, según el Código, una mujer de diecisiete años, no emancipada, no va a poder reconocer a su hijo si no media aprobación judicial; en cambio, un varón, de catorce años, que ha obtenido dispensa para contraer matrimonio, puede reconocer sin necesidad de dicha aprobación. ¿Es que una mujer de tal edad, y tras haber pasado por un embarazo y parto, no tiene un convencimiento más exacto de su propia maternidad y del alcance de las responsabilidades que tal acto conlleva, que el varón al que hemos hecho mención?

4. Prohibición de manifestar la identidad del otro progenitor

Según el art. 4.2 LC, «en el reconocimiento en testamento, en documento público o ante el encargado del Registro Civil, no puede manifestarse la identidad del otro progenitor si no es que ya ha sido determinada legalmente».

No supone variación alguna con respecto a lo dispuesto en el Código Civil (art. 122).

Ahora bien, es de lamentar que el legislador catalán, al igual que el Código, no haya previsto una excepción a tal precepto para el supuesto de reconocimiento unilateral paterno del *«nasciturus»*.

Es de destacar que el padre sólo puede reconocer unilateralmente al *nasciturus* si identifica a la madre, pues, en otro caso, sería totalmente imposible determinar quién es el hijo que se ha reconocido, al carecer el mismo de individualidad propia. Pero tal posibilidad de identificar a la madre le está prohibida por el art. 4.2, precepto que tiene su fundamento en el respeto a la intimidad del otro progenitor, en el derecho a permanecer en el anonimato (6).

En contra DIEZ-PICAZO/GULLON (*Sistema de Derecho Civil*, T. IV Madrid, 1990, p. 261), y DIAZ ALABART («*La edad mínima para reconocer hijos*», *Revista de Derecho Privado*, 1983, p. 537; reitera su postura aportando nuevos argumentos en «*El reconocimiento del dispensado de emancipación para casarse necesita ser aprobado judicialmente, si aún no se casó*», *Actualidad Civil*, núm. 6, 1987).

Por su parte DIEZ DEL CORRAL va más lejos y estima que se puede reconocer libremente a partir de los catorce años, se esté o no emancipado, y se haya obtenido o no dispensa para casarse («*La inscripción de la filiación en el Registro Civil*», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 123, 1984, p. 56).

(6) Por lo que respecta al Derecho Comparado, existen legislaciones que permiten al padre identificar a la madre (Francia, Suiza, Portugal), mientras que otras lo prohíben (Italia).

La prohibición del art. 4.2 va a impedir, en gran medida, que el padre pueda reconocer unilateralmente al *nasciturus*. La no identificación de la madre va a suponer un obstáculo insuperable para realizar el reconocimiento (7). Por ello, gran número de autores, al comentar el art. 122 CC, estiman que sólo puede darse el reconocimiento de un *nasciturus* conjuntamente por ambos padres o sólo por la madre, pero no el unilateral y aislado del padre (8).

No obstante, varias son las soluciones que ha propuesto algunos autores para la admisión del reconocimiento unilateral paterno del *nasciturus*.

ROYO considera que debe admitirse el reconocimiento paterno aunque para ello sea necesario identificar a la madre (9).

DE LA CAMARA estima que el reconocimiento va a ser ineficaz mientras la filiación materna no se determine, pero una vez determinada esta filiación, al desaparecer la causa a que obedece la prohibición legal, nada se opone a «rehabilitar» la mención que, en principio, no debió de hacerse, y que en rigor sólo tuvo por finalidad posibilitar el reconocimiento (10).

Y PEÑA afirma que es preferible permitir la inflexión de la prohibición (pues no hay otro modo de identificar al reconocido) que impedir al *nasciturus* el derecho a que la paternidad quede determinada, y el cumplimiento consiguiente de los deberes de asistencia (cfr. art. 39.2 y 3 de la Constitución). Y continúa el citado autor que en el Derecho vigente rige, a efectos de la determinación de la filiación, el principio «*mater semper certa est*», por lo cual está permitido que una persona pueda, sin contar con la madre, señalarla oficialmente como tal (11).

Entendemos que, en atención a la verdad biológica y interés del hijo, la prohibición del art. 4.2 LC no debe ser de aplicación al reconocimiento unilateral paterno del *nasciturus*. En estos casos no es que el

(7) Imagínese lo absurdo de un reconocimiento realizado en los siguientes términos no para vulnerar tal precepto: «Reconozco como hijo mío a un niño o niña que nacerá aproximadamente dentro de dos meses». Evidentemente, un reconocimiento en tales términos es inadmisible.

(8) DIEZ PICAZO/GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, T. IV, ob. cit., p. 263. GARCIA CANTERO en CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, ob. cit., p. 157.

(9) ROYO MARTINEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, p. 272. En la época de su obra existía un precepto similar al actual art. 122: el art. 132.

(10) DE LA CAMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 429. En igual sentido MARTINEZ SANCHIZ, «*Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia*», ob. cit., p. 61. También, al parecer, HERRERA CAMPOS, «*La filiación no matrimonial tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981*», ob. cit., p. 77.

(11) PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., p. 919.

padre identifique a la madre con el propósito de revelar su identidad, sino que tal identificación se realiza porque es la única posibilidad que tiene el padre para poder reconocer a su hijo. El derecho de la madre a permanecer en el anonimato no debe prevalecer sobre el derecho del hijo a ser reconocido por su padre (ni sobre el «derecho» de éste de reconocer a su hijo), máxime cuando la maternidad siempre es cierta, y se anuncia por el embarazo y se manifiesta por el parto (12).

Pero aunque se permita al padre, como propugnamos, mencionar a la madre, a fin de identificar al hijo, existe un problema sobreañadido: que la filiación materna nunca se determine. En tal caso el reconocimiento nunca podrá ser eficaz, precisamente porque se desconoce quién es el hijo reconocido; si el padre manifiesta que reconoce como hijo suyo al que nazca de la mujer X alrededor del tal fecha, y luego la mujer X no consta oficialmente como la madre de un niño nacido en dicha época, ¿cómo se va a poder determinar quién ha sido realmente el hijo que se ha reconocido?

La verdad es que el problema no tiene fácil solución. Por nuestra parte estimamos que si al nacer el hijo no se determina inmediatamente la maternidad, la mejor solución es que el padre otorgue un nuevo reconocimiento (o, si se quiere, ampliar el contenido del que efectuó en un día), ahora que el hijo ha nacido y goza de individualidad propia, con lo que ya no es necesario identificar a la madre ni estar pendientes de que la filiación materna se determine.

5. Quiénes pueden ser reconocidos.

Pueden ser reconocidos todos los hijos no matrimoniales.

Ahora bien, se distingue la ley catalana del Código Civil en lo siguiente:

1. En la ley catalana no se regula expresamente el reconocimiento del hijo ya fallecido. Ante tal omisión, y dado que la citada ley pretende una regulación «autónoma y autosuficiente», pueden darse dos interpretaciones:

- O el reconocimiento del ya fallecido no plantea problema alguno y es eficaz por sí mismo, sin necesidad de requisito complementario alguno.
- O tal reconocimiento es ineficaz para determinar la filiación, debiendo el progenitor acudir a cualquier otro mecanismo de los previstos en el art. 4.1 de la ley (vía judicial o expediente registral).

2. No se regula el reconocimiento de la filiación incestuosa, careciendo de un régimen especial como el previsto en el art. 125

(12) RODRIGUEZ ADRADOS citando a NERSON («*La filiación*», ob. cit., p. 125).

CC, por lo que ha de entenderse que se rige por la normativa general.

III. REQUISITOS OBJETIVOS

El reconocimiento será ineficaz mientras exista otra filiación contradictoria. Ello es lógico (nadie puede tener más de un padre o de una madre), y así se desprende del art. 17.1 LC, según el cual «la determinación de una filiación no tendrá efectos mientras haya otra contradictoria».

Ahora bien, la ley catalana no plantea los problemas interpretativos que presenta el Código en este aspecto. Según el art. 113. II CC, «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte "acreditada" otra contradictoria», obligando la expresión «acreditada» acudir al confuso y equívoco primer párrafo del citado precepto. Si el art. 113. II CC, en vez de «acreditada», hubiese dicho «determinada», la cuestión no admitiría duda.

En cambio, la ley catalana ha tenido el acierto de no incluir precepto alguno similar al primer párrafo del art. 113 CC, con lo que la interpretación de su art. 17.1 no presenta problema alguno: será ineficaz la determinación de la filiación mientras se encuentre «determinada» otra contradictoria.

IV. REQUISITOS FORMALES

La ley catalana no introduce novedad alguna con respecto al Código. Dispone su art. 4.1 que «la filiación no matrimonial puede establecerse... por reconocimiento en testamento, en documento público o ante el encargado de Registro».

Tal redacción evita toda posible interpretación equívoca, a diferencia del Código, en el cual se expresa «en testamento o en otro documento público», expresión que ha provocado que algún autor entendiese que sólo se puede reconocer hijos en testamento notarial abierto (13), opinión no compartida por la gran mayoría de la doctrina (14).

(13) GOMEZ-FERRER SAPIÑA, «Reconocimiento de hijos naturales en testamento», *Revista de Derecho Notarial*, 1968, p. 144.

(14) ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, p. 120; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, V. 2.º, Madrid, 1971, p. 104; PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, T. I, Madrid, 1962, p. 440, GARCIA CANTERO, en CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, ob. cit., p. 168; PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., p. 916; DE LA CAMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 445, CAÑIZARES LASO, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, 1990, p. 169...

Los documentos públicos aptos para el reconocimiento serán los establecidos en el art. 186 del Reglamento del Registro Civil (15).

Por otra parte, el propio art. 4.1 LC dispone que «el consentimiento del hombre para la fecundación asistida de la mujer-madre del recién nacido, formalizado en un documento público, es equivalente al reconocimiento de la filiación y es apto para la inscripción de la filiación en el Registro Civil». Obsérvese que lo importante es que el consentimiento se encuentre formalizado en documento público; en dicho caso, el consentimiento se equipara al reconocimiento, con lo que estaríamos, en realidad, ante el reconocimiento de un «conceptus», reconocimiento rechazado de plano por la doctrina y jurisprudencia.

V. REQUISITOS COMPLEMENTARIOS

1. Reconocimiento mayor de edad

Según el art. 7.1 LC, «el reconocimiento de un hijo no matrimonial mayor de edad no producirá efectos sin el consentimiento, expreso o tácito, del mismo». No supone la ley catalana, en este aspecto, novedad alguna con respecto al Código Civil (16).

La novedad, y muy importante, es lo que dice a continuación: «La denegación de dicho consentimiento por parte del hijo no impedirá el ejercicio por parte del padre o de la madre de la acción de reclamación de la paternidad o la maternidad no matrimoniales, sin perjuicio de que, una vez desmostrada, la acción no tenga otro efecto civil que la mera determinación de la filiación». Y en relación con ello dispone el art. 11.3 LC que «el padre y la madre están legitimados para cualquier acción de reclamación de paternidad o maternidad o matrimonial, en nombre e interés propios, en los casos en que su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto de consentimiento del hijo...».

Por consiguiente, si el hijo mayor de edad no consiente el reconocimiento, el progenitor puede siempre acudir a la vía judicial en reclamación de la filiación. Y ello supone una variación radical con respecto al Código, ya que en éste el progenitor sólo puede acudir a la

(15) En adelante, RRC.

(16) Por lo que respecta al Derecho Comparado, el art. 250 CC italiano establece que el reconocimiento del hijo que ha cumplido los 16 años no produce efecto sin su asentimiento. El art. 1857 CC portugués también exige, si el hijo reconocido por el padre es mayor de edad emancipado, su asentimiento. Por su parte, el par. 1600. c CC alemán también exige el consentimiento del hijo para el reconocimiento. En cambio, no se requiere consentimiento alguno ni en el CC francés ni en el CC suizo; en estas legislaciones, el reconocimiento, por sí mismo, establece la filiación.

vía judicial si existe posesión de estado (art. 131 CC); y lo curiosos es que si existe posesión de estado, va a ser poco frecuente que el hijo no consienta el reconocimiento, por lo que le será innecesario al padre acudir a la vía judicial (17).

De esta manera la ley catalana ha tratado de conseguir en mayor medida la verdad biológica.

Ahora bien, aunque el progenitor pueda acudir a la vía judicial, esto no va a suponer que la sentencia declarando la paternidad (o maternidad) vaya a provocar el «establecimiento» de la filiación, sino sólo la «mera determinación» de la misma.

¿Qué diferencia existe entre «establecimiento» y «mera determinación» de la filiación? Tal distinción se puede deducir de lo dispuesto en los arts. 20 y 21. Mientras la filiación «establecida» jurídicamente determinará los alimentos, la patria potestad, los derechos sucesorios y los apellidos, la «mera determinación» de la filiación no producirá derecho alguno a favor del progenitor, y quedará siempre asegurada su obligación de velar por los hijos y procurarles alimentos.

Por excepción, cuando quede justificada la razón de la tardanza en el reconocimiento, sí supondrá el ejercicio de la acción el «establecimiento» de la filiación (y no sólo su «mera determinación»).

En estos casos parece ser que como no existe una conducta reprochable en el progenitor por su tardío reconocimiento, pues ha justificado el motivo de tal retraso, los efectos de la determinación de la filiación se manifestarán en toda su extensión.

No obstante pudiera ser conveniente adoptar una postura restrictiva en la admisión de las causas de la tardanza. Así, debería admitirse si el progenitor justifica que, hasta entonces, desconocía la existencia de su hijo (18), ya fuera porque le habían ocultado el nacimiento, ya fuera porque lo desconocía al haber estado ausente; también en aque-

(17) No obstante es de destacar que el Tribunal Supremo, en los últimos años, ha tratado de superar «ciertas rigideces formales de carácter procesal» (en palabras de la sentencia de 30 de junio de 1988), con el fin de posibilitar al padre no matrimonial reclamar la filiación, aunque no exista posesión de estado. Numerosas son las sentencias que contienen expresiones significativas de una interpretación amplia de la legitimación para reclamar la filiación (sentencias de 5 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 19 de enero de 1990, 23 de febrero de 1990), si bien en los casos que examinaban no cabía duda sobre la legitimación, ya que o bien existía posesión de estado, o no era necesaria la concurrencia de tal situación. Pero más conflictivas han sido las sentencias de 10 de marzo de 1988, 22 de marzo de 1988 y 30 de junio de 1988, pues permitieron al padre reclamar la filiación (o ejercitar la acción mixta prevista en el art. 134 CC), sin que existiera posesión de estado, y ello está en contra de lo dispuesto expresamente en el Código, si bien denota una preocupación mayor de nuestros Tribunales por la obtención de la verdad biológica que el legislador de 1981.

(18) Sólo predictable, claro está, para el padre, no para la madre.

llos casos, ciertamente muy excepcionales, en que el progenitor justificase la imposibilidad material de realizar un reconocimiento formal de la filiación. No debería admitirse justificado el retraso cuando el padre alegase que, hasta entonces, no estaba seguro de su paternidad, aunque conocía el nacimiento del niño y que había tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

2. Reconocido menor de edad o incapacitado: la necesidad de la aprobación judicial

Según el art. 7.2 LC, «para la eficacia del reconocimiento de un menor de edad o incapacitado que no se realice en el plazo establecido para la inscripción del nacimiento o en testamento se requerirá la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y, si es conocido, del otro progenitor».

El precepto tiene un comienzo equívoco, muy similar al del artículo 124 del Código Civil, pues literalmente pudiera entenderse que está tratando del reconocimiento realizado por un menor o incapacitado. Más preciso hubiese sido comenzar diciendo «el reconocimiento de un hijo menor de edad o incapacitado...».

Se diferencia del Código en que suprime toda referencia al consentimiento del representante legal (intervención que no va servir, en la práctica, ni como garantía de la verdad biológica ni de los intereses del hijo), volviendo la ley catalana al sistema que tenía el Código antes de la reforma de 1981 (19).

En cuanto al reconocimiento testamentario y al efectuado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, regirá lo dispuesto en el art. 188 RRC. Vamos a detenernos muy brevemente en ambos supuestos.

(19) Por lo que respecta al Derecho Comparado, al art. 250. III CC italiano dispone que el reconocimiento de un hijo menor de 16 años no puede realizarse sin el consentimiento del otro progenitor que ya haya reconocido. Y tal consentimiento no puede ser negado cuando el reconocimiento responda al interés del hijo. Si no se da tal consentimiento, el reconocedor puede acudir a los Tribunales en donde, tras oír al menor y al progenitor que se opone, con intervención del Ministerio Público, se dictará sentencia, que si admite la demanda, sustituirá al consentimiento que no se había prestado, quedando establecida la filiación.

En el Derecho alemán, si el hijo es incapaz o no ha cumplido los 14 años, debe consentir el reconocimiento su representante legal; si el hijo tiene limitada su capacidad jurídica, sólo él puede consentir, pero con el asentimiento de su representante legal (par. 1600. d).

En el Derecho portugués, si el hijo es menor de edad no emancipado, el reconocimiento paterno no requiere la concurrencia de requisito complementario alguno para que sea eficaz.

Tampoco se exige la concurrencia de consentimiento alguno en el Derecho francés y suizo.

El trato privilegiado concedido al reconocimiento testamentario únicamente se justifica cuando, por haber fallecido el testador, no pueden aprovecharle los beneficios derivados del reconocimiento Resoluciones del 22 de julio de 1985, 16 de mayo de 1986, 13 de enero de 1987 y 14 de diciembre de 1989).

Por consiguiente, el reconocimiento testamentario de un menor o incapacitado será inscribible sin necesidad de que lo apruebe el Juez, si se acredita la defunción de su autor (art. 188 RRC, con las debidas adaptaciones).

Para calificar cuándo nos encontraremos ante el reconocimiento testamentario de un menor o incapacitado, se ha de tener en cuenta la situación en que se encuentre el reconocido en el momento del fallecimiento del testador, no la que tenía cuando se otorgó el testamento.

Si el reconocimiento testamentario de un menor o incapacitado pretende ser eficaz en vida del testador, será necesario que concurra la aprobación judicial, es decir, recibirá el mismo tratamiento que el reconocimiento efectuado con escritura pública.

En cuanto al reconocimiento de un menor (20) otorgado en otro documento público dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, será también inscribible sin necesidad de que lo apruebe el Juez (art. 188 RRC, con las debidas adaptaciones).

Entendemos que no regirá en el Derecho catalán el derecho de la madre de suspender la inscripción de paternidad que recoge el Código Civil en el art. 124. II. Y ello merece una crítica positiva, pues el ejercicio de ese derecho se puede convertir en un importante instrumento en manos de la madre que no va a garantizar ni la verdad biológica ni el interés del hijo, y a través del cual va a poder poner en práctica los recelos y malicias que tenga contra el padre (por no haber contraído matrimonio a pesar del embarazo y parto, porque pretenda «monopolizar» al hijo, porque desea que éste sea reconocido por otro varón con el cual convive o vaya a contraer matrimonio, por despecho, por arrogancia...) (21).

La aprobación judicial prevista en el art. 7.2 LC es un acto propio de jurisdicción voluntaria (Instrucción de 30 de noviembre de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y resoluciones de dicho Centro, entre otras muchas, de 19 de octubre de 1965, 4 de octubre de 1966, 9 de septiembre de 1969, 11 de junio de 1976, 9 de julio de 1976, 9 de mayo de 1980, 20 de febrero de 1981, 18 de octubre de 1982, 24 de marzo de 1983, 21 de septiembre de 1983, 7 de noviembre de 1984, 8 de julio de 1985, 1 de octubre de

(20) Es absurdo hablar de incapacitado a los tan pocos días del nacimiento.

(21) Tal crítica es también predicable al consentimiento del representante legal que exige el Código en el art. 124.I (y que la ley catalana ha suprimido), pues éste será normalmente la madre.

1986, 7 de enero de 1988, 13 de abril de 1988, 19 de mayo de 1988, 3 de febrero de 1990, 4 de septiembre de 1990, 17 de septiembre de 1990...).

¿Qué criterio debe tener en cuenta el Juez a la hora de aprobar el reconocimiento? ¿Debe aprobar el reconocimiento cuando, a su juicio, responda a la verdad? ¿Debe aprobar el reconocimiento cuando parezca, a su juicio, conveniente para el reconocido?

La Dirección General de los Registros y del Notariado, al tratar del Código, ha manifestado reiteradas veces que la finalidad de la aprobación judicial es sólo atender al interés y conveniencia del reconocido; así las resoluciones de 9 de septiembre de 1969 (22), 27 de enero de 1970, (23), 25 de marzo de 1985 (24), 7 de enero de 1988 (25), 13 de abril de 1988 (26), 19 de mayo de 1988 (27), 4 de septiembre de 1990 (28), 17 de septiembre de 1990 (29)... Es de destacar que aunque se citan algunas resoluciones anteriores a la reforma de 1981, la propia Dirección General ha manifestado, en su resolución del 18 de octubre de 1982, que la aprobación judicial que exigía el art. 133 CC es «prácticamente idéntica en cuanto a su finalidad y naturaleza» a la que hoy establece el art. 124. I CC.

Por consiguiente, según el Centro Directivo, el Juez debe tener en cuenta, no la posible realidad biológica, sino si el reco-

(22) «La aprobación judicial no tiene como finalidad la de atender al interés público en la legalidad de los títulos inscribibles... sino exclusivamente la de atender al interés y conveniencia del reconocido, en tanto que éste, por su edad, no puede personalmente proveer por sí».

(23) «A efectos de vincular al reconociente, es el acto de reconocer —y no el acuerdo de voluntades— el fundamental, y por eso, para su plena eficacia, tal acto es suficiente por sí, en principio, en determinados supuestos... y si en otros supuestos se exige todavía la concurrencia de otras voluntades, es sólo para atender al interés y conveniencia del reconocido».

(24) «La finalidad de esta aprobación es sólo atender al interés y conveniencia del reconocido».

(25) «En los diferentes supuestos en los que el Código Civil exige para la validez o eficacia de la determinación de la filiación no matrimonial, o de alguno de sus efectos, la autorización o aprobación judicial, el legislador se está refiriendo, no a actuaciones del Registro Civil, sino a otras típicas de la jurisdicción voluntaria y de los órganos judiciales, porque es el interés de menores o incapaces el que debe ser apreciado por el Juez».

(26) Tal resolución ordenó, si el Ministerio Público no prestaba su consentimiento al reconocimiento, como representante legal de la menor, que se elevaran de oficio las actuaciones al Juez de Primera Instancia «a los solos efectos de que éste, en interés de la menor y en acto de jurisdicción voluntaria, conceda o no la aprobación judicial al reconocimiento».

(27) «El Juez debe apreciar la conveniencia del reconocimiento para el menor o incapaz».

(28) «Es el interés de menores e incapaces el que debe ser apreciado por el Juez».

(29) En idénticos términos que la anterior.

nocimiento es conveniente para los intereses del menor o incapacitado.

Ahora bien, desde el punto de vista de la verdad biológica, principio básico de la ley catalana según su Preámbulo, ¿es acertado conceder al Juez un poder tan absoluto, de tal manera que pueda dejar a un hijo sin sus verdaderos padres sencillamente porque, a su juicio, no le convienen? ¿Es acertado que el Juez tenga en cuenta únicamente los intereses del hijo sin valorar previamente si tal paternidad es, al menos, posible? ¿Cuál puede ser «el interés o conveniencia» del hijo ante el reconocimiento? ¿Cómo un sujeto que no es el propio interesado puede decidir si el reconocimiento le conviene o no? El reconocimiento, al establecer la filiación, conlleva unas consecuencias muy complejas, no sólo desde el punto de vista patrimonial, sino, sobre todo, desde el punto de vista personal. El único que en definitiva puede decidir si el reconocimiento le conviene o no es el propio reconocido. Se trata de una valoración muy subjetiva y se corre un grave peligro si se realiza por un tercero, aunque sea el Juez.

Entendemos que el Juez, a la hora de aprobar el reconocimiento, deberá tener en cuenta principalmente si el mismo puede responder a la verdad biológica (30). Y ello no será difícil de decidir, aunque sea en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. No hay que olvidar que la madre, para reconocer, debe acreditar el hecho del parto (art. 6.1 LC); y con respecto al padre, al Juez le puede servir de gran ayuda la presunción legal de paternidad no matrimonial que se establece en el art. 5.1 LC. Por consiguiente, el Juez dispone de elementos suficientes para decidir si el reconocimiento puede responder o no a la verdad biológica.

Y sólo en aquéllos supuestos excepcionales, en donde no haya duda de que la paternidad o maternidad es altamente perjudicial para el hijo, deberá denegarse la aprobación judicial.

En todo caso, el Juez deberá tener muy presente que todo reconocimiento verdadero responde, en principio, al interés del hijo, pues ¿qué es mejor para el hijo, que tenga por padres a sus verdaderos progenitores o que carezca de filiación?

(30) De esta manera se evitarán (aunque no siempre) los llamados reconocimientos de complacencia (los que realiza un varón sobre el hijo de su compañera sentimental o futura mujer, o que tuvo su mujer antes de contraer matrimonio), que no deberían ser admitidos porque al fin y al cabo son reconocimiento falsos. Si un sujeto quiere asumir el papel de padre de otro, que acuda a la adopción, pero no al reconocimiento. Cada institución tiene su finalidad que es preciso respetar.

Además los reconocimientos de complacencia no siempre son convenientes para el reconocido, pues están supeditados al amor entre el reconocedor y la madre; en el momento que entre en crisis tal amor, el «padre» tratará por todos los medios de «librarse» de «su hijo». Y la jurisprudencia patria nos presenta una clara muestra de este tipo de actuación del «progenitor».

2.1. La audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor conocido.

El Juez deberá oír, por imperativo del art. 7.2 LC, al Ministerio Fiscal y, si es conocido, también al otro progenitor.

En el Derecho catalán, la intervención del Ministerio Fiscal en materia de reconocimiento de menor o incapacitado se limita a su simple audiencia cuando tal acto se someta a la aprobación judicial. En cambio, en el sistema del Código civil, su intervención es mayor (31), ya que si se trata de menores o incapaces que carezcan de representación legal constituida, le corresponderá al Ministerio Fiscal consentir o no el reconocimiento, pues éste asume *«ex lege»* la representación de tales sujetos, según el art. 3.7 de su Estatuto Orgánico, aprobado por la ley 30/1981, de 30 de diciembre (resoluciones de 8 de marzo de 1982, 11 de noviembre de 1987, 13 de abril de 1988, 19 de mayo de 1988, 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero de 1990, 18 de abril de 1990...).

En cuanto a la audiencia del «progenitor conocido» (que no tiene por qué ser el representante legal del hijo), parece ser que aquí no hay variación con respecto al Código, el cual exige la audiencia del «progenitor legalmente conocido». Por «progenitor conocido» habrá que entender el progenitor que ya ha determinado previamente la filiación. Incluso en la ley catalana no se plantean dudas, como pueden plantearse en el Código, sobre si «progenitor conocido» puede ser aquél que figure como tal por la posesión de estado, ya que la ley catalana ha suprimido cualquier referencia a la misma como medio de acreditar la filiación.

2.2. La denegación de la aprobación judicial

Continúa el citado art. 7.2 LC que «la denegación de aprobación judicial que no esté basada en la no paternidad o la no maternidad no impedirá la acción de reclamación de filiación a que se refiere al apartado 1 y con el mismo alcance». Y en relación con ello dispone el art. 11.3 LC que «el padre y la madre están legitimados para cualquier acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propios, en los casos en que su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto... de la aprobación judicial».

Sobre tal cuestión es necesario realizar las siguientes puntuaciones:

1. Parece en cierta medida desproporcionado que si el Juez, en acto de jurisdicción voluntaria, no ha aprobado el reconocimiento

(31) Debido a la importancia que concede en este tema al representante legal, a diferencia de la ley catalana.

por entender que el reconocedor no es el padre (32), no pueda tal sujeto acudir a los Tribunales en reclamación de la filiación, en donde podrá demostrar de forma absoluta su propia paternidad (o, en su caso, se comprobará la no paternidad) mediante la práctica, principalmente, de las pruebas biológicas oportunas (33). Es de destacar que, como hemos visto anteriormente, si bien el Juez en el ámbito de la jurisdicción voluntaria puede tener un convencimiento mayor o menor de la veracidad del reconocimiento, muy difícilmente podrá afirmar de forma absoluta que el mismo es falso. Si por cualquier circunstancia el Juez no aprueba el reconocimiento porque no parece muy probable la paternidad, ello no debería ser obstáculo para que el progenitor pudiese demostrar ante los Tribunales la realidad de la misma.

Obsérvese que mientras en el reconocimiento del mayor de edad, si el hijo no consentía el reconocimiento, cualquiera que fuese la razón, ello no era obstáculo para que el progenitor pudiese acudir a los Tribunales, en cambio, si el Juez no aprueba el reconocimiento por entender que no es cierta la filiación, esto impedirá el progenitor reclamar judicialmente la misma.

2. A diferencia del Código, se permite siempre al progenitor, cuyo reconocimiento no ha sido eficaz, acudir a la vía judicial en reclamación de la filiación (salvo lo dicho en el punto anterior). En el Código tal posibilidad sólo le esta permitida si existe posesión de estado; y lo curiosos es que si existe posesión de estado muy difícilmente el Juez no habrá aprobado el reconocimiento.

3. No obstante, el único efecto civil del ejercicio de la acción es la «mera determinación» de la filiación, pero no su «establecimiento».

4. Por lo general, en el reconocimiento de un menor de edad (no ocurrirá siempre en el caso del incapacitado), será bastante más fácil justificar la razón de la tardanza en el reconocimiento, pues siempre el tiempo transcurrido será inferior, a efectos de conseguir no una «mera determinación», sino un auténtico «establecimiento» de la filiación. Y esto va a suponer que aunque tal filiación sea altamente perjudicial para el hijo (pues el Juez no habrá aprobado el reconocimiento precisamente por dicha razón), esto no impedirá que la filiación quede «establecida» en toda su extensión.

(32) Difícilmente se dará tal supuesto en el reconocimiento materno, ya que la madre debe acreditar el hecho del parto.

(33) La prueba biológica positiva ha llegado a una certeza prácticamente absoluta, llegando en numerosos casos a índices de probabilidad superiores al 99,8 % (sentencias de 5 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 15 de noviembre de 1988, 5 de abril de 1990...)

VI. IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO POR SU PROPIO AUTOR

No existe variación alguna con respecto al Código. El reconocedor puede impugnar el reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, caducando la acción al cabo de un año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento.

El art. 14 LC prácticamente reproduce el art. 141 CC, si bien se diferencia en la legitimación para ejercitar la acción en el caso de que el reconocedor hubiese fallecido antes de transcurrir el año. Mientras según el Código la acción podrá ser ejercitada o continuada por los herederos del reconocedor, según la ley catalana la acción podrá ser ejercitada o continuada por los hijos, descendientes y herederos del reconocedor.

VII. EFECTOS

El reconocimiento en que concurran los requisitos exigidos al efecto, «establecerá» la filiación, y determinará los alimentos, la patria potestad, los derechos sucesorios y los apellidos (art. 20.1).

Pero los efectos de la declaración de la filiación quedan limitados a la «mera determinación» de dicho estado, a petición del hijo mayor de edad o de su representante legal, «si el reconocimiento se ha realizado de mala fe o con abuso de derecho notorio».

Se trata de una auténtica novedad con respecto al Código Civil. De esta manera, se intenta conjugar adecuadamente la verdad biológica y el interés del hijo. Con esta fórmula, la ley catalana pretende, sin perjudicar la verdad biológica, proteger los intereses del hijo.

El problema de tal precepto es su gran indeterminación. ¿Cuándo se puede decir que se ha producido un reconocimiento de mala fe o con abuso de derecho notorio? En algunos casos la decisión será fácil; así, por ejemplo, cuando el progenitor haya realizado el reconocimiento impulsado por móviles egoístas, poco confessables, para beneficiarse de la posición privilegiada que puede ocupar el hijo, exigiendo alimentos. Pero en otros casos la cuestión no será tan fácil de decidir (34).

(34) Podría pensarse, en un principio, que el precepto es de aplicación al reconocimiento del hijo ya fallecido, ya que en dicho caso, al no exigirse en la ley catalana la existencia de descendientes que lo consentan, aparece más claro al actuar reprochable del progenitor que reconoce con la única finalidad de suceder a dicho hijo. Pero, en realidad, al reconocimiento del hijo fallecido no se le puede aplicar tal precepto, ya que debe mediar solicitud del propio hijo o de su representante legal, y ambos casos exigen, evidentemente, que el hijo esté vivo.

Por otra parte, ¿basta la simple petición del hijo mayor de edad o del representante legal del menor o incapacitado? Mientras que en los otros dos supuestos que prevé el precepto (prácticamente idénticos a los establecidos en el art. 111 CC) no cabe duda de que basta la simple petición, mayores dudas plantea el supuesto que se comenta.

De los términos literales en que está redactado el precepto parece ser que basta la simple petición; pero parece lógica la intervención judicial, a fin de comprobar la existencia de mala fe o de abuso de derecho. En caso contrario se otorgaría al hijo mayor de edad o al representante legal del menor o incapacitado un margen de discrecionalidad inadmisible, dejando la eficacia de la filiación ya establecida en sus únicas manos, y encontrándose el progenitor en total indefensión.

También se plantean otras dudas, como son las siguientes: ¿Qué plazo existe para formular tal petición? ¿Puede el hijo mayor de edad realizar tal petición si cuando consintió el reconocimiento conocía el actuar interesado del reconocedor? ¿Quién puede ejercitar este derecho si el reconocido es menor de edad o incapacitado y su representante legal es precisamente el propio reconocedor, al ser la única filiación establecida hasta el momento?

En cualquier caso, el precepto merece una crítica favorable, pues trata de proteger los intereses del hijo sin negar la verdad biológica.

VIII. CONCLUSION FINAL

El reconocimiento en la ley catalana de filiaciones ha perdido parte de ese excesivo y criticable voluntarismo que adolece en nuestro Código, el cual contiene unos requisitos complementarios que servirán, en gran número de ocasiones, no para garantizar la verdad biológica ni para proteger los «intereses» del hijo, sino para favorecer la confabulación y enturbiar la verdad.

Y probablemente lo más significativo de la regulación del reconocimiento en la ley catalana sea la posibilidad que tiene el progenitor, cuyo reconocimiento no ha resultado eficaz por falta de tales requisitos, de acudir a la vía judicial en reclamación de la filiación (si bien limitándose en tales casos los efectos de la misma).

Con ello se ha evitado el sistema excesivamente rígido y formalista del Código, que, ante la ineficacia del reconocimiento por no cumplirse los requisitos complementarios, no permite siempre al progenitor acudir a la vía judicial, sino sólo cuando existe posesión de estado; y ello conllevará a que el progenitor no va a poder determinar la filiación ni en vía extrajudicial (al no darse los requisitos complementarios) ni en vía judicial (al carecer de legitimación activa para ello).

En definitiva, la ley catalana de filiaciones supone un nuevo avance en la materia, que ha corregido algunos de los problemas que se habían observado tras los diez años de vigencia de la nueva filiación en el Código, y que contiene soluciones que no sólo suponen una novedad con respecto al Código, sino incluso con respecto a otras legislaciones de nuestra órbita cultural.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

El Código Civil paraguayo de 1987

LUIS MOISSET DE ESPANES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Plan de materias. 2.1. El Código de Vélez. 2.2. El Anteproyecto y el viejo Código. 2.3. El Anteproyecto y el nuevo Código. 3. Fuentes del nuevo Código. 3.1. Proyectos de reformas del Código de Vélez. 3.2. Fuentes del Anteproyecto De Gásperei. 3.3. El nuevo Código y sus fuentes. 4. Novedades introducidas en el contenido: Libro Primero. 4.1. Personas físicas. Capacidad. Nombre. 4.2. Personas jurídicas. Responsabilidad. Fundaciones. 4.3. Matrimonio. Concubinato. Filiación. 5. Libro Segundo. 5.1. Hechos y actos jurídicos. Discernimiento. Modalidades. Representación. Ratificación. Nulidades. Abuso del derecho. Estado de necesidad. 5.2. Obligaciones. Mora. Cláusula penal. Transmisión. Pago y otras formas de extinción. Prescripción. 6. Libro Tercero. 6.1. Contratos. Disposiciones generales. 6.2. Los contratos en particular. 6.3. Evicción y vicios redhibitorios. 6.4. Promesas unilaterales. 6.5. Gestión de negocios. Enriquecimiento sin causa y pago indebido. 6.6. Derecho de retención. 6.7. Responsabilidad civil. 7. Libro cuarto. 7.1. Cosas y bienes. 7.2. Posesión. 7.3. Dominio. 7.4. Bien de familia. Propiedad horizontal. 7.5. Propiedad literaria, científica y artística. 7.6. Prenda con registro. 8. Libro Quinto. 8.1. Sucesión. 8.2. Beneficio de inventario. 8.3. Vocación hereditaria.

1. INTRODUCCION

Hace cinco siglos España, por obra de Cristóbal Colón, ensanchaba los horizontes del mundo.

A la proeza del marino, que dominó las bravuras del océano, se sumaría la hazaña cultural, que dio forma a un Imperio, en el que muy pronto habrían de florecer casas de estudio, los Colegios Mayores,

(*) Académico de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina); Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

simiente de futuras Universidades: San Marcos de Lima, Santo Domingo, y la Universidad de Córdoba del Tucumán, nacen cuando apenas ha transcurrido un siglo, o poco más, del descubrimiento de América.

A las leyes de Castilla se suman las Leyes de Indias, lo que originó un sistema jurídico común que se aplicó en las colonias americanas, hasta algún tiempo después de su emancipación a comienzos del siglo pasado.

Los países nacidos en esta etapa independentista, conservan fuertes lazos de comunidad cultural con España, y en algún trabajo nos hemos ocupado de las influencias recíprocas entre el Derecho Civil español, y el derecho americano (1).

Creemos indispensable fortalecer esos lazos, y para ello nada mejor que estudiar el cambio legislativo que las transformaciones sociales han ido provocando en los últimos años, traducido en América en los nuevos Códigos Civiles de Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1987), como también en proyectos como el de Valencia Zea, para Colombia (1980), y el reciente de unificación de las obligaciones civiles y comerciales, en Argentina (1987).

En esta oportunidad nos ocuparemos del nuevo Código Civil de Paraguay, que recibió aprobación en diciembre de 1985, y se encuentra en vigencia a partir del primero de enero de 1987. Como en fecha reciente preparamos una noticia sobre los antecedentes de la legislación civil paraguaya (2), nos limitaremos aquí a recordar brevemente que durante 110 años, en virtud de una ley de 1876, rigió en la tierra guaraní el Código Civil elaborado para Argentina por don Dalmacio Vélez Sársfield.

Su reemplazo por un nuevo cuerpo de leyes fue el fruto de una labor paciente, desarrollada a través de un cuarto de siglo por la Comisión Nacional de Codificación (3), que contó con el aporte inestimable de uno de sus miembros, el Prof. Luis De Gáspéri, que elaboró un Anteproyecto (4), ilustrando casi todos los artículos con sus

(1) MOISSET de ESPANES, LUIS: *Derecho Civil español y americano. Sus influencias recíprocas*, Rev. de Der. Privado, julio-agosto, 1972, p. 599.

(2) *El nuevo Código Civil paraguayo*, RGLJ.

(3) La Comisión Nacional de Codificación fue designada por Decreto-ley n.º 200, del 2 de julio de 1959, e integrada por Decreto n.º 6021, del día 31 de mismo mes y año; bajo la presidencia del Dr. J. EULOGIO ESTIGARRIBIA.

Los restantes miembros eran los profesores JUAN JOSÉ SOLER, LUIS DE GÁSPERI, LUIS MARTÍNEZ MILTOS, SIGFRIDO GROSS BROWN, J. AUGUSTO SALDIVAR, AUGUSTO FÚSTER, LUIS P. FRESCURA, VÍCTOR B. RIQUELME, ARQUÍMEDES LACONICH, y el capitán de navío Dr. MARIO LÓPEZ ESCOBAR.

(4) El 27 de septiembre de 1959 la Comisión encomendó a De Gáspéri la redacción de un Anteproyecto de Código Civil. El texto elaborado por este jurista, con abundantes comentarios, a los que denominó «apostillas», fue publicado por Ed. El Gráfico, de Asunción, a fines de 1964.

fuentes, el derecho comparado, la doctrina y comentarios personales, a los que denominó «apostillas». El Anteproyecto De Gáspere es un antecedente del que no puede prescindirse si se desea hacer un estudio profundo del nuevo Código, ya que le sirvió de modelo para la distribución de materias, y aportó la mayor parte de los nuevos textos (5).

2. PLAN DE MATERIAS

2.1. EL Código de Vélez

Creemos que el Plan de Materias de un Código es fruto del método de trabajo adoptado por el legislador. Al respecto parece conveniente recordar que el autor del viejo Código, don Dalmacio Vélez Sarsfield, puso atención preferente en el problema del método, como lo revelan algunas frases incluidas en la nota de remisión del Primer Libro de su proyecto (6), de fecha 21 de junio de 1865, dirigida al entonces Ministro de Justicia de la República Argentina, Don Eduardo Costa.

El método adoptado por Vélez Sarsfield, como toda obra humana, conjuga bondades y defectos. Agréguese que él mismo confiesa que no es absolutamente novedoso, pues ha seguido el camino trazado por «el sabio jurisconsulto brasileño Freitas» (7): pero tiene el mérito de ser la primera codificación civil que conscientemente toma como piedra angular para ordenar las estructuras del Código, la distinción tajante entre los derechos personales y los derechos reales (8), apartándose así del modelo francés, al que critica severamente por la con-

(5) La Comisión trabajó largo tiempo, tomando como base el Anteproyecto, antes de dar forma al proyecto definitivo, que fue elevado al Congreso por el Poder Ejecutivo en julio de 1984, devuelto por el Senado en diciembre de ese año, por «falta de tiempo para considerarlo», y remitido nuevamente en abril de 1985, período en el que ambas Cámaras lo trataron, hasta convertirlo en ley en el mes de diciembre.

SAPENA PASTOR, en sus «Fuentes próximas del Código Civil» (Ed. El Foro, Asunción, 1986), nos dice que de los 2.814 artículos que tiene el nuevo Código, 2.250 fueron tomados del Anteproyecto DE GÁSPERI.

(6) El «Oficio de remisión...» puede consultarse en SILVA DE LA RIESTRA, JUAN: *Edición facsimilar del Código Civil argentino*, y en el apéndice de las últimas ediciones de dicho Código publicadas por Ed. Lajouane.

(7) *Oficio de remisión...*: «El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más difícil y me ha exigido los mayores estudios...» —y más adelante— «Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño (sic.) en su extensa y doctísima Introducción a la Recopilación de las leyes del Brasil...»

(8) Ver BUTELET, JOSÉ A.: *Métodos del Código Civil*, Boletín de la facultad de Derecho de Córdoba, 1956, n.º 2, pp. 529 y ss.: «Podemos afirmar que de todo el

fusión que introduce entre estas dos categorías (9). El Código Civil alemán de 1900, y muchos otros códigos modernos, han seguido el mismo camino, y casi toda la labor legislativa de este siglo se encuentra marcada por el sello de la distinción fundamental entre derechos reales y personales.

Es cierto que esta división sólo válida para los derechos patrimoniales, y por ello en algunos sistemas se ha avanzado más por este camino, desmembrando del Derecho Civil el Derecho de Familia, que se regula en instrumentos legales separados, o en Códigos de la Familia (10).

Es cierto, también, que la clasificación de los derechos patrimoniales en personales y reales ha sido —y es— objeto de frecuentes críticas, tanto por parte de quienes sostienen que no existe una verdadera distinción entre ambas categorías, como por aquellos que piensan que junto a ellas debe ubicarse una tercera: los derechos intelectuales (11).

Es menester señalar, sin embargo, que el Código de Vélez, a pesar de haber tomado al Esboço de Freitas como modelo en cuanto al método, no lo siguió del todo, ya que no agrupó en un libro introduc-

contexto del Código Civil, ora de su plan, ora de sus propios preceptos, ora de los comentarios contenidos en varias notas, trasciende con evidencia que la distinción entre derecho personal y derecho real es el principio que rige su concepción sistemática.»

(9) *Oficio de remisión...*: «En el Código de Napoleón, y en los diversos Códigos que le toman por modelo, no hay ni podría haber método alguno. Un solo artículo de un Código puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composición, o hacer imposible guardar un orden cualquiera. El artículo del Código francés que hace del título un modo de adquirir, y da a los simples contratos el efecto de transferir el dominio de las cosas, acaba con los derechos personales... y era imposible salir del laberinto que para el método del Código creaba ese solo artículo.»

(10) Es la solución adoptada en todos los países que podemos agrupar como pertenecientes a los sistemas socialistas de derecho; verbigracia: Alemania del Este, Código de la Familia (sancionado en 1965, entró en vigencia el 10 de abril de 1966); Checoslovaquia, 1963; Polonia, Código de la Familia y Tutela, 1963; Rusia, Matrimonio, Familia y Tutela (1925, con modificaciones de 1944 y 1945); Bulgaria, Derecho de Personas y Familia (1949, con modificaciones de 1953, 1955 y 1961); Hungría, Matrimonio, Familia y Tutela, 1952, y Yugoslavia, con cuatro leyes fundamentales: Matrimonio, 1946; Tutela, 1947; Relaciones entre padres e hijos, 1947; y Adopción, 1947.

También se adoptó el mismo camino en la Alemania nacional —socialista, y en la Francia de Vichy.

En América, en países que no integran el sistema socialista, podemos mencionar el Código de Familia de Bolivia (aprobado por Decreto —ley n.º 10.426, del 23 de agosto de 1972, y en vigencia desde el 6 de agosto de 1973), y el Código de Familia de Costa Rica (ley n.º 5.476, del 21 de diciembre de 1973, en vigencia desde junio de 1974).

Paraguay, por su parte, cuenta con un Código del Menor (ley n.º 903, sancionada el 10 de diciembre de 1981, y promulgada el 18 del mismo mes y año).

(11) Ver MOLINARIO, ALBERTO D.: *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, pp. 40 y ss. Para la bibliografía al respecto, en especial la nota 78, p. 41.

torio las materias constitutivas de la denominada «Parte General». Esto no significa que faltén dichas disposiciones, o que sólo se haya legislado sobre ellas con alcance limitado. No; lo que ocurre en el Código de Vélez es que las materias propias de la Parte General se encuentran dispersas en los distintos libros, y así vemos que se ha legislado sobre las personas, sujeto de los derechos, en la sección primera del libro primero; sobre las cosas, objeto de los derechos, en el título I del libro tercero; y sobre los derechos y actos jurídicos, que son la causa generadora de las relaciones jurídicas, en la sección segunda del libro segundo..

El sabio codificador argentino justificaba su actitud, manifestando que aunque había seguido el método de Freitas, en algunas partes se había separado de él «para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas» (12).

Aunque seguimos creyendo en la conveniencia de que los Códigos contengan una Parte General que agrupe las normas relativas a los elementos esenciales de toda relación jurídica, no podemos dejar de reconocer que en el campo doctrinario se han llevado duros ataques contra la inclusión de una «Parte General» en la legislación, sosteniendo que no existe «necesidad práctica», y que no presta «utilidad real» y expresando que como método de técnica jurídica padece serios defectos, ya que divide la teoría de las cosas, considerándolas en una parte como objeto de los derechos (Parte General); y en la otra en relación con los derechos reales (13).

El pensamiento de Vélez, traducido en la distribución de materias de su Código, parece haber coincidido totalmente con lo que luego enunciaría Huber, para justificar el plan del Código civil suizo.

2.2. El Anteproyecto y el Viejo Código

A esta altura nos parece conveniente formularnos un interrogante: ¿el Anteproyecto De Gáspieri, y el nuevo Código Civil paraguayo, introducen un cambio respecto al principio clasificador? Estimamos que no; el principio se mantiene; ni en el Anteproyecto, ni en el nuevo Código, se ha introducido un libro de Parte General, y la distribución de materias en casi idéntica. Procuraremos ilustrar este aserto con unos cuadros comparativos.

El haber subdividido la primera sección del libro cuarto en tres secciones, dedicadas todas a la misma materia, no cambia absolutamente en

(12) Ver *Oficio de remisión...*, ya citado.

(13) HUBER, E.: *Exposición de motivos del Código Civil suizo*.

<i>Código Civil argentino</i>	<i>Anteproyecto De Gásperi</i>
Libro I (dos secciones): 1) Personas 2) Derecho de familia	Libro I (dos secciones) 1) Personas 2) Derecho de familia
Libro II (tres secciones): 1) Obligaciones 2) Hechos y actos jurídicos 3) Contratos	Libro II (dos secciones): 1) Hechos y actos jurídicos 2) Obligaciones Libro II: Contratos
Libro III: Derechos Reales	Libro III: Derechos Reales
Libro IV (tres secciones) 1) Sucesión 2) Privilegios y derecho de retención 3) Prescripción	Libro IV (cinco secciones): 1) Derechos hereditarios 2) Sucesión abintestato 3) Sucesión testamentaria 4) Derecho de retención y privilegios 5) Prescripción

nada el plan; tampoco tiene mayor importancia el que en la sección segunda de ese libro se haya cambiado el orden de los títulos, tratando primero el derecho de retención, y luego los privilegios, ni que en el libro segundo se haya colocado en primer lugar la sección destinada a los hechos y actos jurídicos, y luego la correspondiente a las obligaciones.

Por otra parte, puede señalarse que en el Anteproyecto queda poco claro si los contratos van a formar un nuevo libro, en lugar de una sección del segundo, o si se van a integrar en una sola sección junto con las obligaciones.

En definitiva, son todos pequeños detalles, que no alteran en absoluto la línea estructural del plan de materias del Código de Vélez.

Debe señalarse, sin embargo, que el Anteproyecto De Gásperi contiene en sí una modificación sustancial, pues tiende a unificar las obligaciones y contratos civiles y comerciales. Para cumplir este objetivo en la parte de contratos se agregan numerosos títulos, que no existían en el Código de Vélez, como ser los destinados a los contratos de suministro, redescuento de títulos, empresa, edición, agencia, corretaje, sociedades en comandita, sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, cooperativas, cuenta corriente, contratos bancarios, títulos de crédito, letra de cambio, cheque, etc., y aunque todo ello se articula dentro de un plan de distribución de materias muy similar al del viejo código, está destinado a darle una fisonomía muy distinta al derecho privado de Paraguay.

A poco de publicarse el Anteproyecto De Gásperi, el profesor de Obligaciones de la Universidad de Asunción, don. Ramón Silva Alonso, que se había incorporado a la Comisión Nacional de Codificación, escribe un interesante artículo titulado «Observaciones a la Metodología, del Anteproyecto del Código Civil para el Paraguay» (14), en el que elogia la obra de De Gásperi, pero —además de señalar la falta de una Parte General— advierte una serie de defectos formales, como la presencia de los dos «Libro II», el diferente uso dado a las secciones, que en una parte sirven para caracterizar las grandes divisiones de cada libro, y en otra son nada más que subdivisión de capítulos y algún defecto en la numeración de los títulos del Libro III.

A nuestro entender no había en esas observaciones el más mínimo propósito de agraviar al autor del Anteproyecto, sino solamente de contribuir al perfeccionamiento de la obra, para que se puliesen defectos formales, y se diese cabida en su sistemática a la llamada Parte General, pero por desgracia no lo comprendió así De Gásperi, y el 7 de marzo de 1966, en sesión de la Comisión Nacional de Codificación, respondió airadamente, haciendo una ardorosa defensa de la metodología del Anteproyecto (15).

Reconoce allí que dividió la obra «en el mismo orden de los cuatro Libros del Código argentino, por respeto a la tradición, observada estos últimos ochenta y nueve años en la enseñanza universitaria y en el foro» (16), agregando que la pretendida omisión de una Parte General «es absolutamente reñida con la verdad», porque —a su criterio— el Código Civil alemán, el brasileño y los proyectos argentinos de reforma, no incluyen una verdadera Parte General, sino simplemente un Libro Introductorio (17) y, además, los asuntos propios de la teoría general de los hechos y actos jurídicos son «cuidadosamente tratados en el Anteproyecto, sin necesidad de complicarlos bajo el título de Libro General» (18).

En definitiva, se impone la conclusión de que en lo relativo a método y distribución de materias el autor del Anteproyecto conservó las estructuras que había pergeñado Vélez un siglo antes, pero puso su propio toque al procurar reconstruir la unidad del derecho privado legislando en el Código Civil los llamados contratos comerciales.

(14) Ver *Revista del Colegio de Abogados de la Plata* (República Argentina), T. VII, n.º 14, enero-junio, 1965, p. 11.

(15) Ver *De la metodología del Anteproyecto del Código Civil paraguayo*, disertación del prof. LUIS DE GÁSPERI, reproducida en PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL: *El Código Civil paraguayo comentado*, Ed. Cromos, Asunción, 1986, T. I, pp. 54 y ss.

(16) Obra citada en nota anterior, p. 62.

(17) Ver nuestro *Notas sobre el problema de la Parte General y los libros preliminares en la legislación civil*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1970, p. 528.

(18) Obra citada en nota 15, p. 63.

2.3. El Anteproyecto y el nuevo C  odo

Después de presentado el Anteproyecto la Comisión Nacional de Codificación se dedicó a estudiarlo, planteándose dos alternativas: recomendar su aprobación a libro cerrado, sin modificaciones, o simplemente tomarlo como base, con entera libertad de introducirle las enmiendas que se considerase oportunas; triunfó esta \'ltima postura.

A partir de ese momento, según lo expresado por uno de sus miembros, Juan Carlos Mendonca, se cumplieron tres etapas: 1) preparación de bases, por la subcomisión de Derecho Civil, y discusión en sesiones plenarias; 2) elaboración de un proyecto por la subcomisión, y 3) su discusión en general y particular en la sesiones plenarias (19).

El proyecto así elaborado por la Comisión, que terminaría convirtiéndose en el C  odo vigente, presenta algunas diferencias en su estructura con relación al Anteproyecto De Gásperi, que comentaremos luego de visualizarlas en un cuadro comparativo.

<i>Anteproyecto De Gásperi</i>	<i>Nuevo C��odo Paraguayo</i>
Libro I (dos secciones): 1) Personas 2) Derecho de familia	Libro I (tres títulos) 1) Personas físicas 2) Personas jurídicas 3) Derecho de familia
Libro II (dos secciones): 1) Hechos y actos jurídicos 2) Obligaciones	Libro II (dos títulos): 1) Hechos y actos jurídicos 2) Obligaciones
Libro II: Contratos	Libro III: Contratos (ocho títulos)
Libro III: Derechos reales	Libro IV: Derechos reales
Libro IV (cinco secciones) 1) Derechos hereditarios 2) Sucesión abintestato 3) Sucesión testamentaria 4) Derecho de retención y privilegios 5) Prescripc��n	Libro V (seis títulos) 1) Derechos hereditarios 2) Derechos hereditarios (cont.) 3) Pluralidad de herederos 4) Sucesiones vacantes 5) Sucesión intestada 6) Sucesión testamentaria

(19) Ver PANGRAZIO, MIGUEL ANGEL: Obra citada en nota 15, p. 39.

Se advierte, en primer lugar, que el nuevo Código ha reemplazado la denominación de «secciones», empleada por Vélez, y por De Gáspéri, como principal división interna de los Libros, por la de «Títulos». Los títulos, a su vez, los subdivide en capítulos, y a éstos en «secciones», finalmente las secciones se dividirán en párrafos.

Además, en el primer libro, dedica títulos separados a las personas físicas y a las personas jurídicas, que antes se legislaban juntas en una misma sección. Metodológicamente el cambio merece elogio, aunque no altera sustancialmente la distribución de materias.

El Libro Segundo consta ahora de dos títulos, que corresponden exactamente a las dos secciones previstas por De Gáspéri para la primera parte de ese libro, en el mismo orden, y con la misma denominación. Pero se ha independizado los contratos, que ya no constituyen una sección del Libro Segundo, como en el Código de Vélez, ni un híbrido *bis* del Libro Segundo, como en el Anteproyecto, sino que han pasado a ser el Libro Tercero, de manera que el actual cuerpo legal cuenta con cinco, en lugar de cuatro libros. No se trata, sin embargo, de un cambio sustancial, pues en definitiva la materia continúa ubicada en el mismo lugar —relativo— que tenía en el Anteproyecto.

En este Libro Tercero se dedica un título a los contratos en general, otro a los contratos en particular, dividido en capítulos para cada contrato nominado, incorporándose —como ya hemos dicho— los contratos comerciales, unificación de materias que constituye uno de los principales logros del nuevo ordenamiento legal.

Además, aunque por razones de espacio en los cuadros que hemos presentado hablando solamente de «contratos», es nuestro deber señalar que la leyenda completa de ese libro expresa: «De los contratos y de otras fuentes de obligaciones», lo que permite al legislador justificar que en este libro se incluyan otros títulos, que van del tercero al octavo, y en los que se trata respectivamente de la evicción y dedhibición, las promesas unilaterales, la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa y pago de lo indebido, el derecho de retención, y la responsabilidad civil.

Aquí se plantean dudas respecto al acierto en la elección del lugar adecuado para legislar algunas instituciones. Es verdad que varias de las que hemos mencionado son «fuentes de obligaciones», y ello puede justificar se les destine un título dentro de este libro; pero, cabe preguntarse: ¿la garantías, que forman parte de los efectos de un contrato y, como tales, en lugar de contar con un título propio, debieron incluirse dentro del que trata de los contratos en general, formando parte del capítulo destinado a los efectos del contrato, o como un capítulo especial?

Recordemos que el Código francés no dedica un título aparte a estas garantías, sino que las trata a propósito de la compraventa, mientras que el viejo Código de Vélez muestra sobre el punto originalidad al ocuparse de ellas en sendos títulos como dispositivos genera-

les que pueden funcionar en cualquier contrato (20); lo d  f  cil, insistimos, es aceptar que se las coloque entre las fuentes de las obligaciones.

Más problemático aún es que entre dichas fuentes se dedique un título especial al derecho de retención. en más de una oportunidad hemos elogiado al Código de Vélez por haber sido el primero en sistematizar esta facultad integrativa de ciertas relaciones jurídicas (21), y no podemos olvidar las dificultades con que tropezó el propio codificador para darle una ubicación en su obra.

Al dedicarle uno de los títulos de la Sección Segunda del Libro Cuarto, lo hizo atendiendo, en primer lugar, a que había destinado todo el Libro Cuarto a disposiciones comunes a los derechos reales y personales; y en segundo lugar a que en esa Sección se ocupaba de la concurrencia de derechos reales y personales contra los bienes de un deudor común; por \'ltimo, Vélez advertía que el llamado «derecho de retención», es una facultad que a veces integra el contenido de algunos derechos reales, como la prenda o la anticresis, y que en otros casos se acuerda a determinados acreedores, que se encuentran en la tenencia de una cosa, permitiéndoles no restituirla mientras no se les pague una deuda que se ha originado en razón de esa misma cosa.

El nuevo Código ha sacado al derecho de retención de ese lugar, para colocarlo entre...; las fuentes de las obligaciones (22).

Se nos ocurre pensar que aunque la retención no confiera un privilegio —como sucede actualmente con las causas de preferencia en el pago de los créditos, y ya que el legislador paraguayo ha sacado también \'stas del viejo Libro Cuarto (actual quinto), y las ha llevado al Título que trata de las Obligaciones, como un parágrafo dentro de la sección que se ocupa de sus efectos, habría sido más correcto ubicarlo all  , como un parágrafo más de esa sección.

El actual Libro Cuarto corresponde al viejo Libro Tercero, y se ocupa de los derechos reales. Conserva la estructura del antiguo Código y también la del Anteproyecto De Gásperi. Resulta, sin embargo, interesante destacar que se han incorporado títulos que tratan del bien

(20) Al proceder de esta manera se inspiró en Freitas.

(21) Ver nuestros «Transmisibilidad del derecho de retención», Comercio y Justicia, Córdoba, 2 de octubre de 1967; «Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez», *Revista Notarial de la Plata*, 1977, n.   831, p. 315 y ss.

(22) La Comisión Nacional de Codificación procura justificar su decisión, diciendo que se dispuso «insertar el Título a continuación del enriquecimiento sin causa, atendiendo al fundamento del derecho de retener que no es otro que el propósito de asegurar que el que ha sufrido un desmedro patrimonial por gastos hechos en cosa ajena sea resarcido por el propietario, evitando el enriquecimiento injusto de \'ste» (ver «Exposición de Motivos»).

El argumento parece algo forzado, y podría conducir a colocar todas las normas que se refieran a un reclamo patrimonial a continuación del enriquecimiento sin causa.

de familia, la propiedad por pisos y departamentos, y la propiedad literaria, científica y artística; en cambio, se ha suprimido la anticresis.

Las primeras dos instituciones mencionadas no existían en el Código de Vélez y su incorporación es fruto del cambio de condiciones sociales (23). Con relación a la propiedad artística, literaria y científica, pareciera que con su inclusión en este Libro el Código está reforzando la vieja idea de la distinción dicotómica de los derechos patrimoniales en obligaciones y derechos reales (24). De lo contrario, si hubiese modernizado su método, aceptando como una nueva categoría los derechos «intelectuales», no debió darles el trato de una «propiedad independiente de derechos. Finalmente, consideramos acertada la supresión de la anticresis, por su nula aplicación práctica.

Para concluir, vemos que el Libro Quinto, aunque dividido en más títulos, solamente se ocupa de lo que era materia de la sección primera del último libro del viejo Código, es decir la sucesión por causa de muerte, y ha suprimido los restantes temas que en él se consideraban.

Los privilegios y el derecho de retención, como dijimos más arriba, se han llevado respectivamente a los libros que tratan de obligaciones y contratos.

La prescripción, en cambio, que estaba regulada en la última parte del viejo Código, ha sido desmembrada, considerando la prescripción liberatoria como último capítulo del título destinado a las obligaciones en general, mientras que la usucapión, o prescripción adquisitiva se trata en el Libro Cuarto, junto con los derechos reales, dentro del título dedicado al derecho de propiedad, como una sección del capítulo que se refiere a la propiedad privada de los inmuebles.

La idea de separar las dos formas de prescripción ha sido sostenida por numerosos autores que criticaron a Vélez por haberlas legislado de manera conjunta, en la Sección Tercera del Libro Cuarto, dedicada a la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo.

(23) Paraguay incorporó el bien de familia por ley n.º 309, del 8 de octubre de 1918, pasando luego estas disposiciones a integrar el Estatuto Agrario, y posteriormente la ley de Reforma Agraria.

La Comisión Nacional de Codificación entendió que «la institución del bien de familia, por estar vinculada íntimamente con el derecho de propiedad, debe integrar el Código Civil, en el sistema de los derechos reales o sobre las cosas» (ver *Exposición de Motivos*).

La propiedad por pisos o departamentos fue regulada a partir de 1960, por ley número 677, que tomaba como modelo la ley argentina n.º 13.512.

(24) En la «Exposición de Motivos» se sostiene que «las creaciones del ingenio gozan de iguales garantías que las que se confieren a la propiedad mobiliaria de las cosas materiales o corporales, pero con las limitaciones pertinentes a su naturaleza intelectual».

El problema es arduo y brinda argumentos valederos tanto a quienes sostienen una como otra postura (25); personalmente opinamos que no hay inconvenientes, sino más bien ventajas, en mantener unidas las dos formas de prescripción, pues ofrecen numerosos puntos de contacto, como ser los vinculados con el curso de la prescripción, el cómputo de su plazo y los factores que pueden alterarlo (suspensión e interrupción), que deben sistematizarse en un capítulo \'unico, ya que no se los puede, ni debe, repetir en distintas partes de un código.

A ello debe agregarse que la prescripción liberatoria actúa no sólo sobre derechos de crédito, sino también sobre las servidumbres y los derechos reales desmembrados. Por eso, aunque la idea de la separación pueda ser conceptualmente correcta, su concreción práctica ofrece numerosos escollos, que no siempre resulta fácil superar, como se advierte en el nuevo Código.

A demás, la ubicación dada a la usucaci  n, en el capítulo que se ocupa de la propiedad inmueble, ha impuesto un nuevo fraccionamiento, ya que la prescripción adquisitiva de muebles recibe tratamiento separado (art. 2.031), dentro de la sección destinada a la apropiación, lo que es manifiestamente incorrecto.

Quizás la reforma más trascendental en los temas tratados en el Libro Quinto sea la limitación de la vocación hereditaria al cuarto grado de parentesco (art. 2.592), siguiendo la corriente de ideas más moderna (26).

Como *resumen* de este largo análisis podemos concluir que el nuevo Código ha aprovechado lo mejor de los aportes metodológicos de Vélez, conservando la distinción entre obligaciones y derechos reales como piedra angular para la distribución de materias, al par que ha recogido muchas de las críticas que se le dirigieron, para intentar mejorar ese plan, incluyendo soluciones que lo modernizan, como el tratamiento unificado de las obligaciones civiles y comerciales.

Sin embargo, como toda obra humana, no est   exento de defectos que lo hacen pasible de críticas que, de ser escuchadas, contribuirán a su vez a continuar el eterno camino de búsqueda en que los hombres debemos estar siempre empeñados.

(25) Por ejemplo en Argentina, el proyecto de 1936 trata de la prescripción como sección quinta del Libro Primero, o libro de Parte General; y de la usucaci  n como un capítulo del título del dominio, dentro del libro destinado a los Derechos Reales.

El Anteproyecto del 1954 también le dedica un título de la Sección que se ocupa de la tutela de los derechos, dentro del libro primero de Parte General, y la usucaci  n est   regulada en el libro quinto, de los Derechos Reales.

El Proyecto de unificación de obligaciones civiles y comerciales, en cambio, respetó el tratamiento unificado de la prescripción liberatoria junto a la adquisitiva.

(26) En la *Exposición de Motivos* se manifiesta que «no es justo que parientes lejanos reciban una herencia, institución que est   fundamentada en la afección y vínculos próximos de consanguinidad».

3. FUENTES DE NUEVO CODIGO

Para conocer mejor las fuentes del nuevo Código paraguayo nos parece conveniente esbozar previamente los pasos que se habían dado en la República Argentina en pos de la reforma del Código de Vélez, plasmados en dos Anteproyectos y un Proyecto de reformas, antecedentes que serán parcialmente aprovechados por el legislador paraguayo.

3.1. Proyectos de reforma del Código de Vélez

Ya en 1926 el Presidente Alvear designó una comisión encargada de estudiar la preparación de un Código Civil que reemplazara totalmente al Código de Vélez; uno de los miembros de esa comisión, el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Juan A. Bibiloni, trabajó intensamente elaborando un anteproyecto, ilustrado con extensas e inéditas notas que justificaban las soluciones adoptadas.

El Anteproyecto de Bibiloni procura mantener las líneas estructurales del viejo Código, para aprovechar la doctrina y jurisprudencia que se habían ido elaborando en sus sesenta años de vida, pero desliza en su contenido las ideas más modernas de la pandectística alemana, difundidas a comienzos de siglo por el BGB (27), ya recogidas en América por el Código de Brasil.

La Comisión reformadora prosigue sus trabajos, y sin desdeñar los aportes de Bibiloni, confecciona un proyecto totalmente renovador, mucho más breve en su contenido que el Código Civil alemán, tanto en el plan de distribución de materias, como en las soluciones adoptadas (28). Se advierten también influencias de los Códigos suizos, y del Código brasileño. Esta obra, conocida como Proyecto de 1936, fue duramente criticada por los juristas argentinos en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1937, críticas que repercutieron en el parlamento nacional, constituyéndose en un obstáculo insalvable que impidió su sanción, pese a los méritos innegables que tenía el proyecto.

En 1950, durante el gobierno del Presidente Perón, en el Ministerio de Justicia se comienza a elaborar un nuevo Anteproyecto, tarea a la que se da cima en 1954. La redacción de los textos estuvo a cargo

(27) Ver LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN: *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1961, T. 1, n.º 264, p. 200.

(28) Ver nuestro «Balance de las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711 a los diez años de su vigencia», en *Revista Notarial de Córdoba*, n.º 49, 1985, p. 23.

de Jorge Joaquín Llambias (29), pero el Anteproyecto tuvo muy escasa difusión, ya que solamente se distribuyó en impresión mimeografiada el primer libro y recién pudo conocerse de manera completa por la difusión que quince años después le dio la Universidad Nacional de Tucumán, que lo publicó a instancias del entonces Director del Instituto de Derecho Civil de esa casa de estudios, Dr. Fernando J. López de Zavalía (30).

Entre las fuentes principales de este Anteproyecto se cuentan, además de los anteriores intentos de reforma, el Código italiano de 1942 (31), el Código suizo de 1912, y el Código Civil de Venezuela de 1942 (32).

Recordemos, por último, que en 1968, por ley 17.711, se modificaron o sustituyeron más de 200 artículos del Código Civil de Vélez, recogiendo en muchos casos los aportes que la doctrina había ido decantando a lo largo de cuatro décadas (33).

Nos hemos extendido en estas referencias porque, la Comisión Nacional de Codificación de Paraguay tomó en cuenta incluso las reformas que la ley 17.711 introdujo al Código de Vélez, como lo destacaremos en el momento oportuno.

3.2. Fuentes del Anteproyecto De Gásperi

El jurista paraguayo, al elaborar su Anteproyecto, realizó un esfuerzo prolífico y cuidadoso por ilustrar sobre los antecedentes que en cada caso había tomado en consideración para dar forma a la norma proyectada.

Improbable tarea resultaría repasar los 3597 artículos de su Anteproyecto, y las correspondientes notas, para efectuar una valoración cuantitativa matemáticamente exacta del número de artículos aportado por cada una de las fuentes a las que recurrió, pero quienes hemos analizado esa obra tenemos una visión de conjunto que permite llegar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, tomando como ejemplo la manera en que trabajó Bibiloni en Argentina, procuró respetar hasta en su forma gramatical

(29) Ver obra citada en nota 27, n.º 267, p. 201.

(30) Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina, Imp. Universidad Nacional de Tucumán, 1968.

(31) Ver trabajo y lugar citados en nota 28.

(32) Ver LLAMBIAS, obra citada en nota 27, p. 202.

(33) Ver trabajo citado en nota 28: «En el caso de la ley 17.711 asistimos a la última etapa de un proceso de reforma, etapa en la que no estuvo presente la perfección técnica; pero como, a pesar de ello, se recogió todo lo que públicamente se había elaborado durante cuarenta años, esa actitud salva en alguna medida el defecto en que se ha incurrido en ese tramo final» (p. 25).

los textos del viejo Código que, a su criterio, no necesitaban ser reformados. Vemos así que en alguna oportunidad nos dice: «[...] preferimos ceñirnos en los más que se pueda al texto literal del Código...» (34).

En segundo lugar, para cumplir el objetivo de unificar las obligaciones y contratos civiles y comerciales, se inspiró en el Código italiano, del que tomó íntegramente numerosos títulos, y sobre el particular alguien ha dicho:

«Todos saben el apego que tiene el autor del Anteproyecto a la idea de concretar la unificación del Derecho Privado dentro del Código Civil y el calor con que propicia la adopción de la solución del modelo italiano» (35).

En tercer lugar, y respecto al contenido normativo, trasegó muchos dispositivos del Anteproyecto de Bibiloni, y del Proyecto de 1936 (36), recibiendo por esta vía la influencia germánica del BGB y del código suizo, a los que en algunas oportunidades también recurrió de manera directa. Junto a esos dos proyectos argentinos, el aporte más importante, casi diríamos decisivo, ha sido el Código italiano de 1942.

En cambio, no tuvo oportunidad de conocer el Anteproyecto de 1954, que no había sido publicado, ni los trabajos preparatorios del nuevo Código portugués, que estaban muy adelantados, pero no habían recibido mucha difusión en América, excepto por las publicaciones que efectuaba Vaz Serra en el «Boletim do Ministerio da Justica».

En materia societaria, por último, como el viejo Código solamente se había ocupado de la sociedad civil, recurrió principalmente al Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; y para la letra de cambio, tuvo como antecedente la Convención internacional de Ginebra, y la ley italiana.

Nos ha parecido importante determinar las principales fuentes del Anteproyecto De Gáspieri, porque luego la mayor parte de las normas del nuevo Código transcriben dispositivos de ese Anteproyecto.

(34) Ver tercer párrafo de la apostilla al art. 497 del Anteproyecto.

(35) Ver PANGRAZIO, MIGUEL ANGEL: Obra citada en nota 15, p. 42.

(36) En más de una oportunidad DE GÁSPERI, en las apostillas de su Anteproyecto, reconoció la importancia de estos aportes. A título de ejemplo reproduciremos las palabras finales de la apostilla al art. 405 (p. 137), refiriéndose al Proyecto argentino de 1936: «No tenemos por qué desdeñar esta obra legislativa, fruto de largos estudios de la Comisión argentina de Reformas al Código, además de la ingente aportación doctrinal de Bibiloni, que nos permite respetar la tradición y dar al mismo tiempo un paso adelante en la sistematización de nuestra ley civil».

3.3. El nuevo C  odo y sus fuentes

La Comisión Nacional de Codificación procedió, como hemos visto, a introducir algunos cambios en la distribución de materias que había proyectado De Gásperi y, además, procuró sintetizar su contenido, y actualizarlo. Vemos así, por ejemplo, en materia de Sociedades, que De Gásperi, en 1964, se había inspirado, como dijimos más arriba, en el proyecto argentino de ley general de sociedades, mientras que la Comisión pudo ya tomar en consideración la ley 19.550, del año 1972, e incluso las modificaciones que se le introdujeron los años 1977 y 1983. De allí se tomaron numerosos artículos que sustituyeron a los que había en el Anteproyecto.

De manera semejante, en materia de seguros, la Comisión Nacional de Codificación aprovech   la ley argentina n.   17.418, del 30 de agosto de 1967, que no había sido conocida por De Gásperi, tomando de all   149 artículos, según refiere Sapena Pastor (37).

El mencionado jurista paraguayo nos dice también que la Comisión agregó al nuevo C  odo 138 artículos del C  odo de Vélez, que habían sido dejados de lado por el Anteproyecto.

Conviene destacar que el esfuerzo de带给 realizada por la Comisión tuvo como resultado que el nuevo cuerpo legal, en lugar de ser una obra extensa y pletórica de regulaciones detallistas, como el C  odo de Vélez que contaba con 4.051 artículos, o el Anteproyecto De Gásperi, que alcanzaba a 3.597 normas, quedase reducido sólo a 2.814 artículos; pero de esa cantidad, como indica Sapena Pastor, hay 2.250, es decir, la mayor parte del nuevo C  odo, que han tenido como fuente inmediata el Anteproyecto, por lo que es indispensable remontarnos a los antecedentes que inspiraron a De Gásperi, para saber realmente cuáles son las fuentes del C  odo vigente.

En resumen, más de las tres cuartas partes del C  odo vigente reproducen normas del Anteproyecto, y de los restantes 600 artículos, algo más de la mitad provienen del C  odo de Vélez y de las leyes argentinas de seguros y sociedades.

Por la vía del Anteproyecto ingresaron la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, y una marcada influencia del C  odo italiano de 1942, como también las soluciones de inspiración germanica que habían sido contempladas en los proyectos argentinos de Bibiloni y de 1936.

4. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL CONTENIDO: LIBRO PRIMERO

Trataremos ahora de informar sobre las principales novedades que presenta el nuevo C  odo, con relación a las soluciones que contenía

(37) SAPENA PASTOR, RAÚL: Obra citada en nota 5, p. 8.

el Código de Vélez. A tal fin hemos de seguir el orden de las materias, libro por libro, recordando —de manera previa— que se trataba de reemplazar leyes dictadas en el siglo XIX, impregnadas, por tanto, de la filosofía liberal y positivista entonces en boga.

Especialmente en el terreno contractual, Vélez Sársfield que había sido profesor de Economía Política en la Universidad de Buenos Aires, había consagrado ampliamente el postulado de la autonomía de la voluntad, llevándolo a sus últimos extremos. El nuevo Código procurará corregir ese rumbo, adhiriendo a principios solidaristas más en consonancia con las necesidades sociales de la época, lo que entraña un cambio de filosofía. Volveremos sobre estos puntos al ocuparnos de las reformas introducidas en materia de hechos y actos jurídicos, por una parte, y de contratos, por otra.

4.1 Personas físicas. Capacidad. Nombre

El Código de Vélez fijaba el límite de la mayoría de edad en veintidós años; desde hace tiempo predomina en el Derecho Comparado una corriente que tiende a rebajar ese tope, que en muchos países fue reducido primeramente a veintiún años, mientras que hoy prevalece en la mayoría de los sistemas la edad de los dieciocho años, para alcanzar la mayoría.

El Código paraguayo ha optado por una solución intermedia, fijando en su art. 36 los veinte años como el momento en que se alcanza la capacidad plena.

Además ha ampliado las posibilidades de «emancipación», reservadas en el Código de Vélez al caso de que un menor contrajese matrimonio. El nuevo art. 39, en su inciso *a*) admite la emancipación dativa, a favor de personas que hayan cumplido dieciocho años, otorgada por el juez con el consentimiento de quien ejerza la potestad sobre el menor (padres o tutores); y en el inciso *c*) la emancipación automática de quien ha obtenido un título universitario. Esta norma reconoce como antecedente inmediato, el art. 11 del Anteproyecto De Gáspéri, con pequeñas variantes en su redacción, introducidas por la Comisión Nacional de Codificación, y por el Senado durante la discusión parlamentaria.

Al enumerar las personas incapaces se ha suprimido en el art. 38 la mención de las mujeres casadas, que aparecería en el art. 55 del Código de Vélez. El mundo moderno ha reconocido la igualdad jurídica del hombre y la mujer, y es lógico que desaparezcan de las leyes esos dispositivos que no se corresponden con el progreso operado. Recordemos que ya en el siglo pasado don Dalmacio Vélez, a raíz de una polémica que sostuvo con Alberdi, al referirse a la condición jurídica que su Código otorgaba a la mujer, nos decía:

«[...] Nosotros partimos de una observación en la historia de la humanidad, que cada paso que el hombre da hacia la civilización, la mujer adelanta hacia la igualdad con el hombre» (38).

Esta frase se  niera del codificador es un verdadero ant『picio del rumbo que sobre el punto deb『a seguir la evolución del derecho, meta que se alcanza en el nuevo Código.

Se han incorporado, dentro del título dedicado a la interdicción de los enfermos mentales, normas que regulan la «inhabilitación» de personas que se encuentran en estados intermedios o fronterizos, sea por «debilidad de las facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso de bebidas alcohólicas o estupefacientes, u otros impedimentos psico-físicos» (art. 89), limitando la posibilidad de obrar de estos sujetos a los simples actos de administración, y exigiendo para los demás la conformidad del curador (art. 90). Se establece que estos sujetos padecen una incapacidad relativa de hecho (art. 38). En la Exposición de Motivos con que el Poder Ejecutivo acompa  n  o el proyecto, se hace hincapié en que esta institución llena una laguna de la anterior legislación, agregando que «se tuvo en cuenta que existe una natural y justificada resistencia de los allegados al paciente a pedir su incapacitación total por enfermedad mental, cuando ella es a veces la consecuencia de la edad avanzada y del deterioro mental del anciano», pero que tampoco se lo puede dejar abandonado a su suerte, «en defensa de sus intereses» (39).

Se introduce también un capítulo dedicado a regular el nombre de las personas físicas (art. 42 a 51), que llena una laguna existente en el Código de Vélez. Se sigue en este punto parcialmente lo proyectado por De Gásperi quien se inspiró en diversas fuentes, en especial el Código peruano de 1936; pero hay muchas enmiendas introducidas por la Comisión Nacional de Codificación, que manifiesta haber tenido «en cuenta la doctrina y la jurisprudencia formadas alrededor del instituto» y «mantener el principio de la inmutabilidad, con excepciones fundadas y con la garantía de la intervención del juez» (40).

4.2. Personas jurídicas. Responsabilidad. Fundaciones

El Título segundo del Libro primero se dedica a las personas jurídicas. Nos interesa aquí fundamentalmente señalar dos puntos.

En primer lugar es menester recordar que la redacción dada al art. 43 del Código de Vélez había provocado graves dificultades interpre-

(38) Réplica de Vélez a un folleto de Alberdi, que puede ser consultada en *Escriptos póstumos de Alberdi*, T. VII, pp. 299 y ss.

(39) *Exposición de Motivos*, Libro Primero, cap. VI del primer título.

(40) *Exposición de Motivos*, Libro Primero, cap. III del primer título.

tativas en torno a la responsabilidad de estos entes por los daños que tuviesen origen en actos ilícitos de sus representaciones o dependientes. En Argentina el problema se resolvió finalmente con las modificaciones que introdujo a esa norma la ley 17.711.

De Gáspieri se ocupó del punto, dedicándole el art. 93 del su anteproyecto y una extensa nota explicativa de las razones que lo impulsaban a apartarse del viejo texto.

El art. 98 del nuevo Código conjuga estos dos antecedentes, utilizando a De Gáspieri —con modificaciones— para los dos primeros párrafos, y a la última parte del texto sancionado en Argentina por la ley 17.711, para el tercer párrafo. Lo importante es que queda claramente sentado el principio de que la persona jurídica debe indemnizar esos daños.

En segundo lugar, encontramos todo un capítulo dedicado a las fundaciones (arts. 124 a 131), categoría que no había sido reglada en el viejo Código. Se han tomado como modelo los dispositivos proyectadas por De Gáspieri, exigiéndose para su creación la aprobación gubernativa (art. 125). Acotemos de paso que en Argentina esta laguna del Código de Vélez fue cubierta por ley 19.836, en septiembre de 1972.

4.3. Matrimonio. Concubinato. Filiación

El último título del Libro Primero trata del derecho de familia, terreno en el que se introducen numerosas modificaciones de importancia.

Se eleva la edad nupcial a dieciséis años para el varón y catorce años para la mujer (art. 139) y se incluye entre los impedimentos matrimoniales el vínculo creado por la adopción (art. 140, inciso d), que el viejo Código no mencionaba porque de manera expresa había dejado de lado la posibilidad de adoptar (41).

Como consecuencia de una distinción que traza entre la «ausencia con presunción de fallecimiento» (art. 64), y la «declaración judicial de muerte» (art. 63), otorga al cónyuge de estos últimos la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, que no concede en caso de que se trate solamente de «ausencia con presunción de fallecimiento» (art. 145).

La igualdad jurídica de los sexos repercute sobre la fijación del domicilio matrimonial, que antes era una facultad del marido, y ahora debe establecerse por un acuerdo entre ambos cónyuges (art. 155);

(41) Vélez dedicó largos párrafos a explicar el por qué no aceptaba la institución, manifestando entre otras cosas, que «[...] tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella, sino en casos muy singulares» (*Oficio de remisión...*, citado en nota 6).

subsisten, sin embargo, algunas restricciones a la capacidad de la mujer casada, a quien se le exige el acuerdo del marido para la realización de ciertos actos (art. 158), como el ejercicio de profesión, industria o comercio, que en la época actual ya no se justifican.

Se flexibiliza la norma que prohibía la contratación entre los esposos, admitiendo numerosas excepciones (art. 157), de manera que se circunscribe el campo prohibido a la compraventa (art. 739, inciso a), permuto (remisión del art. 802), locación (remisión del art. 803) y donación (art. 1.208, inciso a).

El vínculo matrimonial mantiene su indisolubilidad (arts. 163 y 166), lo que hace que Paraguay sea uno de los pocos países que en el momento actual no admite el divorcio vincular.

El nuevo Código regula las convenciones matrimoniales con más amplitud que Vélez, permitiendo incluso que los cónyuges se aparten del régimen legal de la sociedad conyugal de gananciales, optando por un régimen de separación de bienes (art. 203) y permitiendo incluso que estas convenciones se estipulen después de haberse celebrado el matrimonio (art. 204).

Dedica un capítulo (art. 217 a 224) a regular las uniones concubinarias de carácter público y estable, que el Código de Vélez no trataba, pero que había sido objeto de legislación especial. Sobre el punto el legislador paraguayo consider  o necesario limitar los efectos de esas leyes, considerando que eran:

«[...] demasiado radicales y contrarios al favor que la Constitución y las costumbres confieren al matrimonio, piedra angular de la familia y de la sociedad» (42).

De Gásperi se había ocupado del punto en su Anteproyecto, dedicándole los arts. 281 a 304, inspirados en una ley guatemalteca, sosteniendo que la ley no puede ocuparse de los hijos extramatrimoniales con omisión u olvido total de la pareja de donde proceden:

«[...] abandonada a la más absoluta libertad de constituirse, con inexplicable desdén de los eventuales derechos de los concubinos sobre la comunidad de bienes constituida en el curso de su vida en común, como si al fallecimiento de cualquiera de ambos arrimados nada pudiere corresponder al sup  rstituto que con su trabajo personal contribuyó a formarlo.

Tal situación resulta paradojal en países que, como Paraguay, cuenta por miles las parejas que hacen vida concubinaria y procrean hijos naturales en la misma o mayor proporción que los matrimonios procrean hijos legitimos» (43)

(42) *Exposición de Motivos*, Libro Primero, título III, cap. X

(43) Apostilla al art. 281 del Anteproyecto, p. 108.

El Código no ha llegado tan lejos como De Gásperi, que proponía que los concubinos se heredasen recíprocamente *ab intestato* (art. 288 del Anteproyecto), pero admite la herencia testamentaria (art. 219), y regula los efectos de la sociedad de hecho que se creó entre los miembros de la pareja (arts. 220 y 221), disponiendo que el concubino supérstite gozará de las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones debidas al difunto que, de estar casado, corresponderían al cónyuge (art. 223).

En lo relativo a filiación y parentesco, los capítulos XI y XII, recogen las innovaciones que se habían introducido por medio del Código del Menor, ley 903, a que ya hemos hecho referencia, por lo que nos limitaremos a destacar que quedan como únicas categorías de hijos los matrimoniales y los extramatrimoniales, y que en materia alimentaria, para facilitar el cumplimiento de la prestación se admite que se haga en especie, recibiendo o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a los alimentos, si el juez así lo autoriza (art. 264).

Sapena Pastor señala como fuente de este dispositivo el inciso 8 del Anteproyecto De Gásperi, que después de establecer que la prestación alimentaria consistirá en una renta en dinero, agregaba que «el obligado podrá proponer otra manera de prestarlos, cuando motivos particulares así lo justifiquen». La norma reproduce textualmente el art. 484 del Proyecto argentino de 1936, como lo indica el propio De Gásperi (44).

El Libro Primero concluye con un capítulo breve, dedicado a la curatela, que remite en todo lo aplicable a las normas que sobre tutela existen en el Código del Menor (art. 266), con las modificaciones o salvedades contenidas en la decena de artículos que integran ese título XIII (arts. 266 a 276).

5. LIBRO SEGUNDO

5.1. Hechos y actos jurídicos. Discernimiento. Modalidades. Representación. Ratificación. Nulidades. Abuso del derecho. Estado de necesidad.

Cuando nos ocupamos de los aspectos metodológicos vimos que, dentro del libro segundo, se había cambiado el orden de las materias, considerando en primer lugar los hechos y actos jurídicos, y luego las obligaciones.

Pese a ese cambio en el plan de materias, De Gásperi opinaba — como ya hemos dicho — que era preferible «ceñirse en lo más que se pueda al texto literal del Código, por encontrarlo sin los defectos que

(44) Apostilla al art. 405 del Anteproyecto, p. 137.

en él se  nalaron tanto Bibiloni, como la Comisión argentina de Reformas al Código» (45).

La Comisión Nacional de Codificación se apartó de ese camino y, en su deseo de hacer un Código más breve, tomó como modelo el Proyecto argentino de 1936 cuyos autores, para justificar su actitud, manifestaban que hab n eliminado las normas de caracter doctrinario (46).

Hemos realizado un prol jo cotejo entre el nuevo Código y el Proyecto de 1936, que nos permite afirmar que de los 140 artículos de que consta el Título dedicado a los hechos y actos jurídicos, un centenar ha sido tomado literalmente, o con pequeñas modificaciones, de esa fuente. En algunos capítulos esa influencia se extiende a todos los artículos, como sucede en los vinculados con la prueba (instrumentos públicos, escrituras e instrumentos privados), o en lo relativo a los vicios de la voluntad (error, dolo y fuerza o temor). Hay, sin embargo, algunos capítulos, o secciones, que escapan a esta t nica general, como los relativos al fraude, y a las modalidades de los actos jurídicos (condición, cargo y plazo).

El primer capítulo cuenta con cuatro secciones, la primera destinada a disposiciones generales, y las tres restantes a los vicios de la voluntad: error, dolo y violencia.

En el primer artículo se enuncian los elementos del acto voluntario: discernimiento, intención y libertad (art. 277); luego, al referirse a la ausencia de discernimiento en el art. 278, que viene a reemplazar al viejo art. 921, nos parece encontrar por igual virtudes y defectos.

El dispositivo reproduce, con ligeras variantes, el art. 140 del Proyecto argentino de 1936; en primer lugar, elimina las distinciones que efectuaba el viejo Código, mantenidas en los proyectos argentinos y el Anteproyecto De Gásperi, entre el discernimiento para los actos lícitos (catorce años), y el discernimiento para lo ilícito (diez años), fijando un tope n nico, catorce años, que debe englobar todas las hipótesis. Esta simplificación quizás sea un acierto.

En cambio nos parece un error serio colocar a los inhabilitados, como lo hace el inciso c (de este artículo), entre las personas faltas de discernimiento; hay una grave discordancia entre este dispositivo y el que considera a esas personas «incapaces relativos» de hecho, junto a los menores que tienen más de catorce años (art. 38). El débil mental, el toxicómano o el ciego, son personas dotadas de discernimiento, ja nque padecan una enfermedad que afecta su «intencionalidad»!

Las restantes secciones de este capítulo están dedicadas a vicios de la voluntad; también aquí, apartándose del Anteproyecto De Gásperi, el nuevo Código ha seguido muy de cerca las propuestas del Proyecto argentino de 1936, cuyos artículos —como hemos dicho más arriba— reproduce casi literalmente.

(45) Apostilla al art. 497 del Anteproyecto, p. 158.

(46) Ver *Reforma del Código Civil*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1936, T. I, p. 16.

El capítulo segundo de este título trata «de los actos jurídicos en general», que corresponden a lo que en doctrina europea suele denominarse «negocios jurídicos», como surge de la definición contenida en el art. 296, que reproduce al art. 944 del Código de Vélez, destacando el «fin inmediato» perseguido por el sujeto en su obrar negocial.

Se mantiene también en el art. 299, aunque con la redacción que le dio el Proyecto argentino de 1936, el principio que inspiraba al viejo art. 953, pieza clave para la jurisprudencia cuando tuvo la necesidad de corregir determinados excesos, pues la mencionada norma fulmina con la nulidad los negocios cuyo objeto fuese «imposible, ilícito, contrario a la moral y a las buenas costumbres, o perjudicase los derechos de terceros». Parece acertado mantener este «*standard*» jurídico, aunque se hayan incorporado —como veremos más adelante—, institutos específicos, como el abuso del derecho, la lesión subjetivo-objetiva, y la imprevisión.

En la sección quinta de este capítulo (arts. 318 y 342), trata de la condición, el cargo y el plazo, es decir las modalidades del acto jurídico, que en el viejo Código se encontraban reguladas junto con las obligaciones. La ubicación que se les ha dado es más correcta, pues dichas modalidades afectan a la causa generadora de cualquier relación jurídica (no solamente las obligatorias).

Advertimos, sin embargo, con relación al contenido normativo, que en estos puntos es donde menos ha seguido el legislador paraguayo al Proyecto argentino de 1936, y ha incluido normas sobre el cómputo de los plazos tomadas del Anteproyecto De Gáspieri, que había bebido en fuentes diversas, razón por la cual resultan parcialmente contradictorias, como sucede con el art. 337, por una parte, que habla de que «se contará el mes de treinta días», y los arts. 339 y 340, que los plazos de meses los hace terminar «el día... que tenga el mismo número que aquél en que comenzó a correr el plazo», y sí hubiera comenzado el «último día de un mes de más días que aquél en que terminarse el plazo, vencerá el último día de este mes». Las normas que contenía el viejo Código sobre cómputo de los plazos (arts. 23, 25 y 26) eran más correctas, en cuanto no presentaban contradicción alguna.

En el primer párrafo de la sección sexta (arts. 343 a 349), siguiendo corrientes modernas, se trata la representación, que en el viejo Código se legislaban dentro del contrato de mandato, y en el segundo (arts. 350 a 354), la autorización y ratificación de los actos jurídicos.

En material de nulidades (sección séptima, arts. 355 a 371) deseamos destacar que se ha dejado de lado la doble clasificación del viejo código, que hablaba de actos «nulos» y «anulables», por una parte, y de nulidad «absoluta» y «relativa», por la otra. Esta distinción, que

Vélez había tomado de Freitas, atiende a la innegable realidad de que a veces el vicio se presenta de manera ostensible, y otras es menester una previa indagación para determinar su existencia, cosa muy diferente de su gravedad, que hará que en unos casos el vicio sea insubsanable, y en otros se pueda confirmar el acto; pero, la verdad, es que la doble clasificación resultaba a la doctrina un verdadero rompedero de cabeza (47).

Ahora solamente se distingue entre actos nulos y anulables (artículo 356), con la consecuencia de que vicio que afecta al acto nulo no puede ser subsanado, mientras que en el acto anulable puede ser confirmado (arts. 366 y 371).

El último capítulo de este título está dedicado al ejercicio y prueba de los derechos.

Se ha querido destacar algo que subyace en todo ordenamiento jurídico, manifestando expresamente que los derechos «deben ser ejercidos de *buena fe*», para disponer a continuación, en el art. 372, que el «ejercicio abusivo» no está amparado por la ley (48). Se admite la legítima defensa (art. 373), estableciendo que quien destruye la cosa ajena para apartar de sí una amenaza (estado de necesidad), obra de conformidad al derecho y se lo exonera de responsabilidad por ese daño, si el riesgo no fue provocado por su propia culpa (art. 374).

En materia de prueba la novedad mayor son las normas relativas al valor de las cartas (arts. 410 y ss.), los telegramas (arts. 414), y las fotocopias certificadas (art. 415).

5.2. Obligaciones. Mora. Cláusula Penal. Transmisión. Pago y otras formas de extinción. Prescripción

Señalemos, en primer lugar, que se han hecho desaparecer del Código las normas dedicadas a las obligaciones naturales, inspiradas en el Derecho Romano, sistematizadas por Bello en el Código de Chile y adoptadas por Vélez para el Código argentino y por Tristán Narvaja para el uruguayo, que daban fisonomía propia a un grupo de

(47) En la *Exposición de Motivos*, se dice: «La Comisión ha recogido las observaciones formuladas a la doble clasificación de las nulidades en actos nulos y anulables y nulidades absolutas y relativas, que tanta discrepancia ha traído y sigue trayendo desde la época de los primeros comentaristas del Código hasta nuestros días y ha simplificado la clasificación dejándola en las categorías de actos nulos y anulables.»

(48) La Comisión Nacional de Codificación, en su *Exposición de Motivos*, manifiesta que «al incorporarse de manera expresa el texto aludido, el Anteproyecto muestra una fisonomía altamente acorde con el signo de los tiempos en que vivimos, caracterizados por un sentido eminentemente solidarista del derecho, en contraposición a la pos-

códigos latinoamericanos (49). Queda solamente en el título destinado al pago indebido, dentro del libro tercero, un artículo que excluye la repetición de «lo pagado espontáneamente cumpliendo deberes morales o sociales» (art. 1.820).

En materia de mora del deudor se ha dejado de lado al sistema del viejo Código, que exigía la interpelación, para establecer la mora automática en las obligaciones a plazo. El nuevo artículo 424 reproduce casi literalmente el texto que la ley 17.711 dio en Argentina al art. 509, por lo que resulta provechoso ver la interpretación que la doctrina y jurisprudencia de ese país dieron a dicha norma.

Se incluyen dos normas (arts. 428 y 429) que regulan la mora del acreedor y sus efectos, con lo que se llena un vacío del viejo Código, que no solucionaba el problema de manera expresa, por lo que debía recurrirse a la analogía y considerar que así como se constituía en mora al deudor por la interpelación o requerimiento de pago, la mora del acreedor procedería cuando el deudor lo interpelaba a recibir el pago. Abandonado el sistema de la interpelación para adoptar la mora automática, ya no es posible el recurso a la analogía (50).

En el Anteproyecto De Gásperi se siguió el camino de subsumir el pago por consignación dentro de la mora del acreedor. Pareciera más acertada la solución adoptada por el Código, punto sobre el que volveremos luego.

A continuación, y siempre dentro del primer capítulo del título de las obligaciones, se dedican cuatro normas a la «garantía común de los acreedores» (arts. 430 a 433), y se pasa a tratar de los privilegios (arts. 434 a 435) que —como dijimos al ocuparnos de los aspectos metodológicos— ya no están más en el último libro del Código, sino que se legislan dentro de las obligaciones.

Encontramos también algunas normas destinadas a la acción subrogatoria (arts. 446 a 449), que en el Código de Vélez solamente era objeto de una alusión en el art. 1.196.

El capítulo concluye con una sección destinada a los «daños e intereses», de la que deseamos destacar dos aspectos; en primer lugar

tura fuertemente individualista de los días de Vélez Sársfield, en esta parte del continente».

Y el Presidente de la Comisión, profesor LUIS MARTÍNEZ MILTOS, expresó ante la Honorable Cámara de Diputados que «una de las innovaciones importantes es la incorporación del principio del *abuso del derecho*, o uso abusivo de éste, no aceptado por los juristas tradicionales, impregnados del criterio absoluto y egoísta de los derechos individuales, olvidando el fin social de éstos».

(49) Ver nuestro «Deber moral y obligación natural. Estudio de Derecho Comparado», Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, año 1967, n.º 1-4, p. 99 y ss.

(50) Hemos escrito un trabajo especial sobre «La mora en el nuevo Código Civil paraguayo», remitido para su publicación a la RGLJ.

que se establece la obligación de indemnizar el daño moral causado por el incumplimiento contractual (art. 451); y en segundo lugar que, apartándose del sistema de inmutabilidad absoluta de la cláusula penal, se admite su morigeración por el juez, cuando sea «manifestamente excesiva» (art. 459).

El capítulo segundo está dedicado a los distintos tipos de obligaciones, con relación a los sujetos y al objeto, debiendo señalarse que en materia de obligaciones dinerarias se consagra expresamente el «nominalismo» (art. 474), lo que puede originar serios problemas de interpretación si el país llega a verse afectado —como desgraciadamente ha ocurrido con frecuencia en casi todos los países de América del Sur— por un proceso inflacionario agudo.

La cesión de créditos, que en el Código de Vélez estaba legislada como un contrato, ha sido traída al título destinado a las obligaciones, para integrar un capítulo junto con la cesión de deudas, delegación y expromisión (51).

La solución adoptada por el nuevo Código nos provoca dudas que —confesamos— no hemos podido disipar. ¿Es correcto tratar sólo de la cesión de obligaciones (sea de su faz activa, crédito, como de su faz pasiva, deuda), o como hacen algunos códigos modernos, debería hablarse de cesión de la posición contractual? En tal caso, ¿cuál sería la ubicación más adecuada para esas normas? ¿Junto a las obligaciones, o junto a los contratos, que engendran nuevas obligaciones? Finalmente, ¿sólo son transmisibles las obligaciones, o debería ocuparse el legislador de la «cesión de derechos»? Arduos problemas cuya solución es difícil, y nunca conforme a todos.

El capítulo cuarto está dedicado a la extinción de las obligaciones. En la primera sección, al tratar del pago, se dedica un parágrafo (arts. 569 a 574), a su prueba, punto sobre el cual había un vacío en el viejo Código, aunque —es menester reconocerlo— en la práctica no suscitaba problemas.

Se mantiene el pago por consignación (arts. 584 a 590) que, como dijimos más arriba, el Anteproyecto De Gásperei había suprimido, para considerarlo como un aspecto de los efectos de la mora del acreedor. Pensamos que es más correcto darle tratamiento autónomo porque el deudor goza de la facultad de «consignar» la prestación *siempre* que falta la colaboración del acreedor, aunque esa falta de colaboración no sea culposa y, por ende, no medie mora. Hay numerosos casos de «imposibilidad» del acreedor para recibir el pago (incapacidad, ausencia, pérdida de los títulos), que abren el camino para la consignación y no quedan subsumidos en la mora del acreedor, por lo que debe dárseles tratamiento separado, como lo hace el nuevo Código.

(51) A la cesión de créditos se destina la primera sección (arts. 524 a 537), y a la cesión de deudas, la segunda (arts. 538 a 546), del cap. III.

Don Dalmacio Vélez no se había ocupado de la vieja institución romana del pago por «cesión de bienes», considerando que el concurso de acreedores la suple adecuadamente. El nuevo Código paraguayo la hace renacer, destinándole los artículos 575 a 583. Nos parece vano intento discurrir anticipadamente sobre el acierto o error de esta solución, el tiempo se encargará de mostrar si conserva utilidad práctica.

El Código de Vélez trataba, entre los modos extintivos de la obligación, la «renuncia», esto motivó muchas críticas, pues se afirmaba que debía dársele un tratamiento más genérico, pues la renuncia sirve para extinguir cualquier tipo de derechos, y la única especie de renuncia que aquí interesa es la «remisión de la deuda». El legislador paraguayo, al tratar de la extinción de las obligaciones, recoge esas críticas y se ocupa exclusivamente de la «remisión de la deuda» (arts. 610 a 614). Pero, lamentablemente, no trata en ninguna parte de la renuncia de los derechos, creando de esta manera una laguna, que deberá ser llenada por la doctrina y la jurisprudencia.

Concluye el título de las obligaciones con un capítulo destinado a la prescripción liberatoria, dividido en cuatro secciones que se ocupan respectivamente de disposiciones generales (arts. 633 a 641), la suspensión (arts. 642 y 646), la interrupción (arts. 647 a 656), y los plazos de prescripción (arts. 657 a 668).

El legislador ha procurado trazar una línea de distinción entre caducidad y prescripción (art. 634), y reforzar el principio de que el curso de la prescripción recién comienza desde que «nace el derecho de exigir» (art. 635), es decir el principio de la «*actio nata*».

Mantiene dentro de la sección destinada a la suspensión una hipótesis original de Vélez, quien se inspiró en Aubry y Rau, para admitir que el juez «libere» o «disperse» al acreedor de los efectos de una prescripción cumplida, cuando hubiesen mediado impedimentos de hecho que le imposibilitaron ejercitar la acción (art. 643), aunque ha cambiado la redacción de la norma, incluyendo matices que harían necesario un análisis más detenido al que podemos efectuar en este trabajo. Insistimos solamente que no es un caso de «suspensión», pues la prescripción integró un plazo, sino de «liberación» judicial de las consecuencias, si se acreditan determinados elementos justificativos.

Entre las acciones imprescriptibles se menciona la acción de impugnación de los actos nulos (arts. 658, inciso a).

Se mantienen los diez años como plazo ordinario de prescripción (art. 659, inciso e), y —como consecuencia de la unificación de obligaciones civiles y comerciales— se regula la prescripción de las acciones derivadas de los contratos de transporte y seguro (art. 665), como también las acciones de los comerciantes para reclamar el precio de las mercaderías a quienes no lo fuesen (art. 663, inciso e); la de los papeles de comercio (art. 661, inciso c), etc.

6. LIBRO TERCERO

'6.1. Contratos. Disposiciones generales

Hemos señalado ya que para mitigar los excesos a que conducía la aplicación irrestricta del principio de la autonomía de la voluntad, el nuevo Código, siguiendo corrientes solidaristas, incorporó entre las disposiciones relativas al ejercicio del derecho, la llamada teoría del «abuso».

Esta posición se completa con la inclusión de dos dispositivos, en el libro de contratos, por los que se reprime la lesión «subjetivo-objetiva» (art. 671) —norma que analizamos por separado con mayor extensión (52)—, y se admite la revisión de los contratos cuando las prestaciones a cargo de una de las partes se han tornado excesivamente onerosas por causas sobrevenidas e imprevisibles (53), es decir la llamada «teoría de la imprevisión» (art. 672).

En la «Exposición de Motivos», la Comisión de Codificación ha manifestado, respecto a la lesión y la imprevisión, que:

«[...] ellas son objeto de debate en lo relativo a la ubicación a dárseles dentro de los cuerpos de leyes. El Anteproyecto ha optado por incorporarlas en las normas relativas al libro de los contratos, donde son objeto de la exposición correspondiente.»

Pensamos que la solución es acertada en lo que se refiere a la «teoría de la imprevisión» que funciona como un correctivo judicial de relaciones contractuales que se han desequilibrado; pero la lesión, a nuestro entender, tiene más amplitud, y es un vicio que puede afectar a cualquier acto jurídico (54), por lo que debió regul  rsela en el título dedicado a ellos, a continuación de la simulación y el fraude, que son los otros vicios propios del acto jurídico.

En lo relativo a la formación del contrato entre ausentes, mantiene el sistema de la expedición de la respuesta (art. 688). Se ocupa en este punto de la promesa pública de recompensa, pues la obligatoriedad de estas promesas (art. 686) es asimilable a la obligatoriedad de las ofertas, regulada en el art. 677.

Se reitera la exigencia de obrar de buena fe «en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato» (art. 689); luego, atendiendo a la realidad del tráfico moderno, se contempla el problema de los contratos «por adhesión» cuando ellos incluyen cláusulas

(52) Ver nuestro *La lesión y el art. 671 del nuevo Código de Paraguay*, RGLJ.

(53) *La imprevisión y el art. 672 del nuevo Código Civil de Paraguay*, a publicarse próximamente en ADC.

(54) Ver nuestro *La lesión en los actos jurídicos*, Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1964.

restrictivas de carácter leonino (art. 691), efectuando una larga enumeración de cláusulas que el Juez puede modificar o invalidar porque se las considera especialmente abusivas.

Dedica un capítulo a la interpretación de los contratos (arts. 708 a 714), que no existía en el Código de Vélez (55).

6.1.1. *Efectos reales*

El art. 716 del nuevo Código contiene una de las modificaciones más sustanciales del sistema, pues suprime el requisito de la tradición como «modo constitutivo» de los Derechos Reales, que el Derecho iberoamericano había mantenido, pese a la influencia del Código Napoleón. Dice la mencionada norma:

«Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente.»

La Comisión de Codificación procura justificar este cambio, afirmando que los mismos juristas romanos habían soslayado la exigencia de la tradición «cuando el derecho evolucionó y se espiritualizó». Creemos, sin embargo, y lo hemos sostenido en varios trabajos, que el sistema de la tradición es muy superior al del mero consentimiento, que engendra a veces problemas insolubles, de irritante injusticia.

El último capítulo de este primer título regula en detalle el problema de los contratos a favor o a cargo de terceros (arts. 735 y ss.), y al hacerlo toma en cuenta la proyección que el tema tiene en el terreno mercantil, como sucede en el contrato de seguros (56).

6.2. Los contratos en particular

El título segundo se dedica a los diferentes contratos nominados. Procuraremos pasar revista de manera rápida a algunos de los aspectos más salientes.

(55) En el sistema argentino esas normas se encontraban en el Código de Comercio, previstas por el propio Vélez que fue co-autor, con Eduardo Azevedo, del que sancionó la provincia de Buenos Aires, y luego adoptaron la República Argentina, y también Paraguay.

(56) «El capítulo puede servir de ejemplo típico de la tendencia en el derecho moderno a mercantilizar el Derecho Civil», ha dicho la Comisión Nacional de Codificación en la *Exposición de Motivos*.

En la definición de compraventa (art. 737) advertimos dos cambios fundamentales; en primer lugar ya no se habla más de los efectos «obligatorios», porque actualmente tiene como efecto directo la transmisión de la propiedad, y por ello nos dice:

«La compraventa tiene como objeto la *transferencia* de la propiedad de una cosa, *u otro derecho patrimonial*, por un precio en dinero que debe pagar el comprador.»

El segundo aspecto, que hemos subrayado al reproducir la definición, es que se aplica no solamente al dominio de las cosas corporales, sino a la transferencia de otros derechos patrimoniales, lo que trae como consecuencia que desaparezca la figura de la «cesión de derechos», subsumida dentro de la compraventa, cuando esa transferencia es a título oneroso, y por un precio en dinero, o en el de permuta (artículo 799), cuando se intercambian cosa por cosa, cosa por otro derecho patrimonial, o derecho por derecho.

Esto se va a completar con los efectos que el art. 1.202 estipula para el contrato de donación, que *transfiere* gratuitamente el dominio de una cosa, *o de un derecho patrimonial*, con lo que quedan comprendidas las cesiones de derechos a título gratuito.

Con motivo de esta ampliación del concepto de la compraventa, ha debido regularse minuciosamente cuáles son los derechos que no pueden ser transferidos por esta vía (art. 742).

Se ha suprimido la prohibición de vender cosas ajenas (art. 743), que no tenía razón de ser en el viejo Código, por tratarse de un contrato de efectos meramente obligatorios, pero que ahora podría justificarse, precisamente por el cambio de régimen. En efecto, ¿cómo es posible que el contrato surta sus efectos traslativos, si el vendedor no es propietario de la cosa? La consecuencia es que para que esta norma funcione, ha debido prever que si la cosa es ajena el contrato solamente tendrá el efecto de «obligar» al vendedor a procurar su adquisición al comprador.

Se ha regulado, como novedad, la venta en cuotas y, aquí también, ha sido indispensable quebrar el nuevo régimen, y privar al contrato de efectos traslativos; a tal fin el art. 780 prevé que el vendedor pueda reservarse la propiedad de la cosa, y que el comprador sólo la adquirir   cuando pague la \'ultima cuota.

Para completar el panorama, vemos que el nuevo Código prevé la «promesa de comprar o vender» (arts. 784 y 785), como contrato preliminar, con efectos meramente obligatorios.

Respecto a la localización se han introducido también cambios, pues la materia se ha dividido en tres capítulos. Uno de ellos se destina a la locación de cosas o «de un derecho patrimonial» (capítulo II, art. 803 a 844), y en los siguientes se legisla sobre «el contrato de ser-

vicios» (capítulo IV, arts. 845 a 851), y «el contrato de obra» (capítulo V, arts. 852 a 866).

Al hablar solamente de «servicios», el legislador ha pretendido «poner énfasis en la caducidad del concepto de trabajo— mercancía» (57), pero las normas dedicadas en el Código Civil a este tema son escasas, pues en lo esencial se remite a la legislación laboral, o a las leyes especiales sobre ejercicio de las profesiones liberales (art. 845).

Como el análisis pormenorizado de las modificaciones introducidas en cada uno de los contratos nominados extendería demasiado este trabajo, nos limitaremos a reiterar que la línea de pensamiento que domina en todo este libro es la incorporación de nuevas figuras, muchas de ellas reguladas anteriormente por el Código de comercio, y el efectuar en las restantes los retoques necesarios para armonizar en un solo cuerpo legal los dispositivos que antes se encontraban en dos, para hacer efectiva la unificación del Derecho Civil y Mercantil.

Aparecen así en distintos capítulos los contratos de edición (arts. 867 a 879), transporte de personas y cosas (arts. 922 a 943), comisión (arts. 944 a 950), corretaje (arts. 951 a 958), letra de cambio (arts. 1.298 a 1.392), cuenta corriente (arts. 1.393 a 1.403), una serie de contratos bancarios, como los depósitos apertura de crédito, anticipo, cuenta corriente y descuento (arts. 1.404 a 1.430), títulos de crédito (arts. 1.507 a 1.545), seguro (arts. 1.546 a 1.695) y cheques (arts. 1.696 a 1.758).

Además se regulan pormenorizadamente los distintos tipos de sociedades en el capítulo XI (arts. 959 a 1.201), y diferentes formas de depósito en el capítulo XIII (arts. 1.242 a 1.271), con una profusión normativa que parece en franca pugna con el rigor de síntesis aplicado en las instituciones tradicionales del Derecho Civil.

Finalmente, en lo que se refiere a la transacción, regulada ahora entre los contratos nominados (capítulos XXII, artículos 1.495 a 1.506), el cambio más destacable es que puede incluir relaciones jurídicas «diversas de las que fueron objeto del litigio o motivo de las controversias» (art. 1.405).

6.3. Evicción y vicios redhibitorios

Se ha dedicado todo un título del Libro Tercero a las garantías. al ocuparnos del plan de materias expresamos nuestra opinión, aprobando que las garantías se encuentren debidamente sistematizadas, pero considerando que el lugar más apropiado sería destinarles un capítulo, dentro de los efectos de los contratos.

(57) Ver *Exposición de Motivos*.

El nuevo C  odo ha mantenido las líneas generales consagradas por Vélez, lo que hace innecesario nos detengamos en este punto.

6.4. Promesas unilaterales

Adhiere el nuevo C  odo a doctrinas modernas que acuerdan a la voluntad unilateral fuerza generadora de relaciones obligatorias, dedicando al punto el Título IV (arts. 1.800 a 1.807). Si esto fuese cierto, el lugar en que se incluyen estos dispositivos es el adecuado, ya que el Libro Tercero está dedicado no solamente a los contratos, sino también a «otras fuentes de obligaciones».

Personalmente estamos persuadidos que la voluntad unilateral *no engendra una obligación*, sino solamente el *deber jurídico* de mantener la promesa, como sucede con la oferta. Pero no es momento adecuado para dedicarnos a esta discusión doctrinaria.

El legislador paraguayo optó por este camino, que siguen muchos códigos modernos, y justificó su posición afirmando que:

«[...] La promesa de pago o el reconocimiento de deuda valen por sí como causa, eximiendo al acreedor de la obligación de probar el origen de su crédito. Se responsabiliza al autor de una promesa de recompensa hecha al público... y se determina la duración en el tiempo de la promesa, que va hasta un año» (58).

Nos preguntamos, sin embargo, ¿por qué al legislar sobre la formación del contrato, en el capítulo segundo del Título Primero de este Libro, se trata la promesa pública de recompensa (art. 686), con un caracter similar al de la oferta, que sólo crea la relación jurídica obligatoria en el momento en que es aceptada? ¿Estará de más, acaso, aquél dispositivo?

6.5. Gestión de negocios. Enriquecimiento sin causa y pago indebido

Los títulos sexto y séptimo tratan de estas fuentes de las obligaciones, que est  n int  imamente emparentadas ya que reconocen como fundamento común el «enriquecimiento sin causa».

La novedad introducida es que se haya sistematizado la acción de enriquecimiento, que antes solamente se aceptaba en razón de una interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

(58) Ver *Exposición de Motivos*, Libro Tercero, Título IV.

Además, eliminadas del Código las obligaciones naturales, se introduce como sustitutivo el art. 1.820, con su mención a la improcedencia de repetir lo que se pagó en cumplimiento de deberes morales o sociales.

6.6. Derecho de retención

Nos hemos referido ya a la inadecuada ubicación que se ha dado a esta facultad de algunos acreedores y a los titulares del Derecho Real de prenda. Veamos ahora los cambios que se han introducido en su regulación.

Se refieren ellos al caso de retención de inmuebles; para evitar abusos del retenedor se dispone en el art. 1.827, segundo párrafo, la necesidad de determinar el monto por cual se ejercita esta facultad, y que deben darse las mismas condiciones que justifican el embargo preventivo.

En segundo lugar, la misma norma prevé la anotación en el Registro, lo que tiene especial importancia si se pretende oponer la retención a otros acreedores del dueño del inmueble.

No se ha tomado en consideración, en cambio, la posibilidad de que el dueño de la cosa retenida, que discute la legitimidad del derecho del retenedor, para no verse perjudicado gravemente por la falta de disponibilidad del objeto, reclame su restitución ofreciendo *sustituir* la retención por otras garantías que den seguridad, en caso de que perdiese el juicio, de que el retenedor podrá cobrar su acreencia.

6.7. Responsabilidad Civil

Finalmente, para cerrar el Libro Tercero, se dedica el Título Octavo a la «responsabilidad civil», tema que en el viejo Código se consideraba en la Sección destinada a los hechos y actos jurídicos, bajo el rubro de «actos ilícitos».

Ha procurado el legislador paraguayo atender de esta manera a las hipótesis en que la obligación de resarcir no tiene fundamento en el obrar ilícito del sujeto responsable, es decir no se basa en culpa o dolo, sino que la imputación se funda en factores objetivos, como el riesgo, o la obligación de garantía (59).

(59) En la *Exposición de Motivos*, al hablar de la incorporación de estos factores de imputación, se dice: «Se da así cabida a las más modernas corrientes doctrinarias y legales sobre la llamada culpa objetiva, sin hacerse abandono completo del sistema tradicional elaborado por el derecho romano y tenazmente mantenido por autorizados expositores del derecho francés.»

En consecuencia, se ha dividido el título en cinco capítulos, que tratan sucesivamente de la responsabilidad por hecho propio (artículos 1.833 a 1.841), por hecho ajeno (arts. 1.842 a 1.845), la responsabilidad sin culpa (arts. 1.846 a 1.854), la estimación de los daños (arts. 1.855 a 1.864) y la vinculación de la acción civil con la penal (arts. 1.865 y 1.871).

Destacamos especialmente la extensión que se da a la reparación del daño moral, que en el viejo Código solamente se concedía en el caso de delitos del Derecho Criminal, y ahora comprende todos los casos en que el daño genere responsabilidad (art. 1.835), como así también la regulación de los eximentes de legítima defensa y estado de necesidad (arts. 1.838 y 1.839), y de la responsabilidad sin culpa, cuando la persona «crea un peligro con su actividad o profesión», sea por la naturaleza de esa actividad, sea «por los medios empleados» (art. 1.846), o cuando el daño tiene su origen en «vicio o riesgo» inherente a la cosa (art. 1.847), dejando además la puerta abierta a leyes especiales que regulen la responsabilidad emergente de «accidentes producidos por el funcionamiento de empresas», como también «por los vehículos mecánicos de transporte» (art. 1.849).

7. LIBRO CUARTO

Señalemos, primero, que se ha suprimido la regulación legal de la anticresis, por considerar que es una figura anticuada, «sin ninguna aplicación práctica en nuestra realidad social» (60).

La Comisión de Codificación ha expresado:

«[...] durante un siglo de vigencia del Código Civil que nos rige, las reglas del mismo relativas a la anticresis no han sido aplicadas en absoluto, por no responder a las necesidades de la vida jurídica nacional. La subsistencia puramente teórica de tal figura fosilizada sólo puede atribuirse al peso de la rutina y la tradición románista. La falta de vivencia en nuestro medio social de la anticresis se comprueba también por una suerte de encuesta que hemos realizado entre notarios de larga actuación y funcionarios del Registro General de la Propiedad, sobre si alguna vez han autorizado escrituras públicas de contratos acerca de constitución del mencionado Derecho Real de garantía. Todos los profesionales y funcionarios consultados respondieron uniformemente de modo negativo» (61).

(60) Ver informe de MARTÍNEZ MILTOS, en la Cámara de Diputados.

(61) Ver *Exposición de Motivos*, Libro Cuarto, Tít. II, «Clasificación de los Derechos Reales».

7.1 Cosas y bienes

De Gásperi afirmaba haber legislado todos los elementos constitutivos de la Parte General (62), pero en realidad solamente se ocupó del sujeto del Derecho (personas), y de la causa generadora (hechos y actos jurídicos), omitiendo las normas relativas al objeto (cosas y bienes).

La Comisión Nacional de Codificación suple este defecto, incluyendo en el Libro Cuarto un título dedicado a las cosas y bienes (Título I, arts. 1.872 a 1.908), con lo que mantiene el plan del viejo Código, y también su contenido. Ya Vélez justificaba estas normas, diciendo que «al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales» (63).

El legislador paraguayo ha juzgado que esta solución era «de buena técnica legislativa» (64), y luego de dividir el Título en dos capítulos destinados a «las cosas consideradas en sí mismas», y a «los bienes en relación a las personas a quienes pertenecen», manifiesta que en ellos se reproducen las disposiciones del Código de Vélez «prescindiendo de aquéllas que sólo tiene valor didáctico o que por su fórmula conceptual resultan inaplicables a la realidad paraguaya» (65).

7.2. Posesión

El título segundo del Libro Cuarto está dedicado a la posesión y su defensa. Se advierte aquí un cambio de importancia, pues el nuevo Código abandona las teorías subjetivas y adhiere a la concepción objetiva que difundiera Von Ihering, como se advierte al leer el primero de los artículos de este título, el 1.909, que nos dice:

«Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera»

De manera concordante, el art. 1.925 dispone que «se adquiere la posesión de una cosa, cuando se obtiene el poder físico sobre ella».

Nos queda, sin embargo, una duda: ¿La teoría objetiva de Ihering puede funcionar adecuadamente en un sistema que, con el objeto de

(62) Ver conferencia y obra citadas en nota 15.

(63) Ver nota «a», al comenzar el Libro Tercero de su Código.

(64) Ver *Exposición de Motivos*, Libro Cuarto.

(65) Lugar citado en nota anterior.

espiritualizar las relaciones, dispone que los derechos reales se transmitan por el solo efecto del acuerdo de voluntades?

Cuando De Gásperi, que es la fuente próxima del Código vigente en esta materia, se inclina por la teoría de Ihering, mantiene el principio de la tradición, como modo constituto de los derechos reales. Aquí, en cambio, la tradición únicamente se regula para la transmisión de la posesión (arts. 1.927 a 1.930).

  C  mo se armoniza el hecho de que en materia de posesión se requiera «poder físico», y en materia de los derechos reales que «confieren» ese poder, sea suficiente la intención?

Y,   qu   papel desempeña en todo esto el nuevo art. 1.931? que dispone:

«La sola declaración del tradente de darse por desposeido o de dar la posesión de la cosa al adquirente, no suplir   las formas autorizadas por este Código para la tradición.

No obstante, con respecto al tradente y al adquirente, la tradición producirá efectos jurídicos.»

En Códigos como el portugués, que parece diseñar un sistema semejante, la transmisión del Derecho Real, que se opera por obra del acuerdo de voluntades, tiene como consecuencia la transmisión de la posesión, aunque la cosa quede en manos del enajenante, que pasa desde ese momento a ser un simple tenedor (art. 1.264, inciso 1, del Código de Portugal de 1967).

7.3. Dominio

El título tercero, que consta de tres capítulos subdivididos en numerosas secciones y parágrafos, est   destinado al derecho de propiedad, y comienza con una norma de caracter muy genérico, en la que se enumeran los Derechos Reales, aunque no de manera taxativa (art. 1.953).

Dentro del primer capítulo se advierte cierta evolución jurídica; por ejemplo, al hablar de las facultades que integran el derecho de dominio, se pone como límite el ejercerlas de conformidad «con la función social y económica» que le atribuye la Constitución Nacional (art. 1.954); y al hablar de su proyección en el espacio aéreo y en el subsuelo, especifica que ella se extiende «dentro de los límites que fueren útiles al ejercicio del derecho» (art. 1.956).

Al tratar de la adquisición y pérdida del dominio se ha sustituido la tradición, por el contrato (art. 1.966, inciso a), l  ogica consecuencia del cambio de sistema; y en el caso de abandono del dominio de inmuebles se exige que conste «en escritura pública, debidamente inscripta en el Registro de Inmuebles» (art. 1.967, inciso c). Estos dispositivos est  n innecesariamente reiterados en el art. 1.968.

Las disposiciones sobre inscripción de títulos relativos a inmuebles, contenidas en los arts. 1.970 y ss., constituyen una novedad, pues Vélez sólo se ocupó de la publicidad registral de la hipoteca.

La usucapión de inmuebles está legislada en los arts. 1.989 a 1.999; aparece aquí uno de los inconvenientes del fraccionamiento de la prescripción, pues al tratar de la liberatoria no se contempló, lógicamente, la llamada «interrupción natural», provocada por el hecho de que alguien prive al poseedor durante un año del goce de la cosa (art. 3.984 del Código de Vélez), y aquí tampoco se la menciona.

El último capítulo de este Título trata de la adquisición y pérdida de la propiedad de cosas muebles, pudiendo señalarse especialmente la sección sexta (arts. 2.069 a 2.071), que trata de la propiedad de ganados, máquinas y vehículos automotores, bienes muebles que por su valor, o sus posibilidades de identificación, requieren un tratamiento especial.

7.4. Bien de familia. Propiedad horizontal

El título Cuarto se ocupa del bien de familia, y el Título Sexto de la propiedad por pisos y departamentos, de cuyos antecedentes en la legislación paraguaya nos hemos ocupado en la nota 23. Remitimos a lo allí dicho.

7.5. Propiedad literaria, científica y artística

El art. 58 de la Constitución paraguaya confiere el carácter de «propiedad» a los derechos intelectuales, al establecer:

«Todo autor, inventor o investigador es *propietario* exclusivo de su obra, invento o descubrimiento científico por el plazo que le acuerda la ley»

La mayor parte de los países se ocupan de estos problemas en leyes especiales (66), pero ya De Gáspéri, incorporó a su Anteproyecto dispositivos destinados a regular la propiedad literaria, científica y artística (arts. 2.794 a 2.824), y también un capítulo destinado a las patentes industriales (arts. 2.825 a 2.832), justificando cada norma con extensas y eruditas apostillas.

El legislador se ha valido de este antecedente para dar forma al Título VIII (arts. 2.165 a 2.187), en el que se procura proteger «todas

(66) En Paraguay tenía aplicación la ley n.º 94, del 10 de julio de 1951, muchas de cuyas normas han pasado al nuevo Código.

las creaciones del pensamiento que demuestren un mínimo de originalidad en su autor, como resultado de una trabajo intelectual, cualquiera que sea su forma de materializarse, una vez publicadas» (67), pero ha considerado que la propiedad industrial tiene naturaleza diferente y debe mantenerse en legislación separada.

7.6. Prenda con registro

El viejo Código solamente se ocupaba de la prenda civil, incluyendo la prenda de créditos, mientras que la prenda con registro, o prenda sin desplazamiento, era motivo de leyes especiales en el \'ambito mercantil, entre la que tenemos que mencionar el decreto-ley 896, de 1943.

Ya De Gásperi, en su Anteproyecto, se ocupó de sistematizar el Derecho Real de prenda, dividiendo el título correspondiente en tres capítulos destinados a la prenda de cosas en general, la prenda sobre títulos de crédito y la prenda «bajo registro» (68). El modelo ha sido seguido fielmente por la Comisión Nacional de Codificación. Es un ejemplo más de la unificación de ambas ramas del derecho privado.

8. LIBRO QUINTO

8.1. Sucesión

El \'ltimo libro del Código Civil paraguayo est   destinado exclusivamente a la sucesión por causa de muerte. No solamente se ha cambiado de lugar la normativa correspondiente a los privilegios, derecho de retención y prescripción, sino que se ha suprimido el título preliminar, que se ocupaba de la transmisión de los derechos en general (69).

Si bien es cierto que el nuevo Código tiene un capítulo destinado a la transmisión de las obligaciones (arts. 524 a 537), y una sección que se ocupa de la transmisión de la propiedad de los inmuebles (artículos 1.968 a 1.973), esos dispositivos no suplen adecuadamente las normas suprimidas.

Muchos críticos han sostenido que el Libro Cuarto del Código Civil argentino, era el más flojo; unos han afirmado que al faltarle la guía de Freitas, que no se ocupó de esas materias porque dejó inconcluso su Esbozo, careció de una orientación certera; otros piensan que el cansancio de cuatro largos años de tarea, y la premura por dar cima

(67) Ver *Exposición de Motivos*, Libro Cuarto, título octavo.

(68) A esta \'ltima dedica los arts. 2.975 a 3.008 de su Anteproyecto.

(69) Artículos 3.262 a 3.273 del Código de Vélez.

a la obra, son la razón principal de esas imperfecciones que se atribuyen al último libro. Tengo para mí que esta última suposición es más acertada.

Pues bien, sin achacar imperfecciones al Libro Quinto, es evidente, sin embargo, que se trata de la parte menos novedosa de la obra. las estructuras y contenidos del derecho sucesorio sufren escasas alteraciones o renovación.

O, quizás, también nosotros nos encontremos urgidos por el deseo de concluir este análisis y ello nos prive totalmente de la necesaria agudeza de juicio, y haga que reduzcamos nuestras observaciones a un par de puntos.

8.2. Beneficio de inventario

El legislador ha invertido la regla. Ahora toda aceptación se presume beneficiaria (art. 2.468).

Esta modificación concuerda con la que el legislador argentino introdujo al Código de Vélez por ley 17.711, sustituyendo el viejo artículo 3.363 por una norma que, sin duda, ha servido de fuente al nuevo sistema adoptado por el Código de Paraguay.

La Comisión de Codificación expresa que ha superado las rémoras del formalismo legal, por lo que ahora:

«Se presume la aceptación beneficiaria, en salvaguarda de los intereses superiores del patrimonio de la familia, y evitando los efectos negativos de las cargas ocultas» (70).

8.3. Vocación hereditaria

Nos hemos referido ya a la limitación de la vocación hereditaria hasta el cuarto grado.

Queda únicamente por señalar que el Código, en cumplimiento de preceptos constitucionales, tiende a consagrar la igualdad en materia sucesoria de los hijos u otros descendientes matrimoniales, o extra matrimoniales, pero no alcanza a hacerlo totalmente, pues se mantienen algunas excepciones en que el trato no es igualitario.

Damos así por finalizada nuestra labor de análisis del más reciente de los Códigos Civiles de habla hispánica.

(70) Ver *Exposición de Motivos*, Libro Quinto.

El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina

GABRIEL A. STIGLITZ

Catedrático de Derecho Civil. Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

SUMARIO: 1. La justicia contractual como garantía de acceso a un consumo digno. 2. Las Técnicas de empresa que comprometen la justicia contractual. (I) Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. (II) Técnicas no ortodoxas de comercialización. 3. La publicidad comercial y el contenido del contrato. 4. La obligación contractual de garantía y responsabilidad por incumplimiento. 5. Los mecanismos instrumentales para la efectividad de las soluciones del Derecho contractual.

1. LA JUSTICIA CONTRACTUAL COMO GARANTIA DE ACCESO A UN CONSUMO DIGNO

El nivel de estrechez de la relación entre consumo y contrato, entre consumidor y contratación, es verdaderamente notable.

A tal punto que desde una perspectiva, el *consumo* mismo, como hecho, supone la previa adquisición u obtención del uso o disfrute de bienes o prestación de servicios; y todos esos canales de acceso al consumo tienen, habitualmente, esencia contractual.

Desde el ángulo opuesto, *consumidor* es —es según las definiciones de leyes y proyectos legislativos de nuestra región— precisamente, «quien *contrata...*» sobre bienes o servicios para fines personales, familiares o domésticos (1).

(1) En ese sentido, el proyecto de normas tipo para la defensa del consumidor, del grupo informal de trabajo jurídico de la Oficina Regional de la IOC para América Latina y el Caribe, art. 2, que se refiere a adquisición de bienes (venta, arrendamiento, distribución o depósito al consumidor) o contratación de servicio; la Ley Federal de Protección al Consumidor de México (1975), art. 3; el Derecho Supremo núms. 36/83-JUS del Perú, art. 4, inc. 1; y el proyecto de ley argentino sobre defensa de consumidor, núm. 1027-D/89, art. 1 (Cámara de Diputados de la Nación, Trámite Parlamentario núm. 61, 24-7-89, pág. 1241).

Es por estas razones que hoy comienza a plantearse universalmente el Derecho contractual, desde una perspectiva particular, que suele calificarse como derecho del consumo. Porque, insistimos, casi toda la problemática del consumo viene regulada por el Derecho contractual; y a la vez, la generalidad de las relaciones contractuales persiguen el acto de consumo como finalidad. En otras palabras, el consumo aparece como el objetivo económico y social primordial de la mayoría de los tipos de contrato. En suma, en principio, donde hay un contrato, hay un consumidor (2).

Entonces, la protección jurídica del consumidor ha de encontrar sus pilares fundamentales en las normas e instituciones del derecho contractual. Y los instrumentos jurídicos que persiguen la justicia de los contratos, serán las herramientas idóneas para garantizar al público el acceso a un consumo digno: para asegurar al consumidor que la obtención de los bienes y servicios imprescindibles para la satisfacción de sus necesidades vitales, no exija el sacrificio (a merced de técnicas comerciales irregulares) de derechos esenciales que hacen a su dignidad como ser humano.

Claro que este enfoque protector del Derecho contractual, requiere como primera medida un desprendimiento de la concepción individualista del siglo XIX y que a partir de la codificación francesa imperó universalmente como un dogma absoluto.

Tal concepción, inspirada en el principio de la autonomía de la voluntad, suponía que los hombres son libres e iguales por esencia y no pueden obligarse más que por su propia voluntad. Que es mejor dejar que ellos mismos regulen sus relaciones jurídicas, antes de tratar de regularlas por la fuerza de la ley. La voluntad —se sostenía— es creadora del contenido y de las consecuencias de los contratos, y

Cabe destacar, sin embargo, que las cuestiones de consumo pueden tener también emplazamiento en órbita extracontractual, como acaece, p. ej., en caso de responsabilidad por daños derivados de productos elaborados, cuando el consumidor no adquiere directamente al fabricante, o es un tercero damnificado distinto del adquiriente. Por eso se justifica, en cuanto al ámbito de aplicación de la protección jurídica del consumidor, una fórmula genérica: «las relaciones jurídicas establecidas» entre empresarios y consumidores (proyecto de ley argentino, art. 1), comprensiva de las de génesis contractual o extracontractual.

(2) Las excepciones son siempre excluidas del ámbito de aplicación de las leyes y proyectos legislativos de nuestra región. La ley mexicana excluye la prestación de servicios profesionales y los emergentes del contrato de trabajo (art. 3). Lo mismo, en principio, el proyecto de normas tipo de IOCÚ (art. 3). El proyecto de ley argentino, además de los servicios de profesionales liberales, excluye las adquisiciones de cosas o comercialización (art. 2). Implícitamente también las exceptúa el proyecto de ley brasileño sobre protección del consumidor (Senado Federal, núm. 97 de 1989, publicado en DCN, sec. II, del 28-6-90), al definir al consumidor como «destinatario final» (art. 2); y el proyecto de normas de tipo de IOCÚ, al restringirse adquisiciones para «fines personales, familiares o domésticos» (art. 2).

estas consecuencias no existen sino por que son voluntariamente queridas. Finalmente, como los hombres no pueden obrar contra sus intereses, sus obligaciones, por ellos contraídas, no pueden ser sino justas (3).

Las mutaciones sociales luego emergentes (industrialismo, masificación, etc.) fueron generando una resistencia de la moderna ciencia jurídica, contra la rigidez inicial de esa concepción tal como fue formulada. Se hizo ostensible la injusticia contractual basada en el *egoísmo individualista y economicista*, que atentaba —y todavía atenta—, contra intereses esenciales de la comunidad. La libertad era incompleta, irreal, y la igualdad meramente teórica, a partir de la inferioridad económica de una de las partes de la relación obligacional. La experiencia demostró que el contrato no es forzosamente justo, que con frecuencia consagra el aplastamiento del débil por el fuerte (4). Y si uno de los contratantes puede imponer al otro su voluntad, el contrato sólo expresa la ley del más fuerte; y entonces se alteran los términos: en esas condiciones, es la libertad la que esclaviza y es la ley la que libera (5).

A partir del acuñamiento de esta nueva concepción humanista y solidaria, se reconoce la necesidad de *intervención del Estado*, a través de soluciones legislativas, judiciales y administrativas, para que los contratos se conformen con el bien común, los principios esenciales de la justicia y el orden público, intentando con ello recomponer el equilibrio en el marco del interés social (6).

(3) RIPER y BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, Bs. As., 1964, t. IV, p. 71; GHESTIN, J., *Traité de droit civil*, París, 1980, p. 18; WEILL y TERRÉ, *Droit civil*, París, 1980, p. 51.

(4) PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, La Habana, 1946, t. 6 p. 29; MAZEAUD, H. y J., *Lecciones de Derecho civil*, Bs. As., 1969, vol. 1, p. 128.

(5) MASNATTA, H., *Las nuevas fronteras del contrato*, Bs. As., 1965, p. 31. rememorando esa rotunda frase de Lacordaire.

DÍEZ PICAZO, señala que en hipótesis como esta, el presupuesto ideológico de la igualdad de las partes contratantes, no pasa de ser una quimera: las partes están en situaciones claramente desiguales, puesto que una de ellas ocupa una posición de prepotencia real respecto a la otra (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, p. 93).

(6) MAZEAUD, H. y J., *ob. cit.*, vol. 1, p. 128.

Señala DÍEZ PICAZO que si la igualdad entre los contratantes ha dejado de existir y el puro juego de la libertad contractual clásica suponía dejar a uno de los contratantes, el económicamente más débil, a merced del otro, el Estado debe intervenir para restablecer el equilibrio (*ob. cit.*, p. 94). Y MORELLO, en orden a esta misma cuestión: que el cometido del Derecho no puede ser simplemente el de ordenar la convivencia partiendo de los términos en que aparezca establecida, sino que ha de ser la suya una tarea transformadora: para que quienes ocupan los planos inferiores no sucumban, es preciso que el Derecho les otorgue una protección más intensa que la dispensada para elevarse (*El abogado, el Juez y la reforma del Código Civil*, La Plata, 1979, p. 35).

Esa forma pronunciada de protección jurídica, conlleva el carácter *imperativo* de las soluciones normativas brindadas al consumidor.

La contratación para el consumo es inherente al interés general y por tanto materia de orden público (7).

Tal es la concepción de las leyes y proyectos legislativos de nuestra región:

La ley mexicana señala que sus disposiciones son de orden público e interés social; irrenunciables por los consumidores; y aplicables a cualesquiera sean las establecidas por otras leyes, costumbre, prácticas, usos y estipulaciones contractuales en contrario (art. 1). En el mismo sentido, el proyecto de normas tipo de IOCÚ (art. 1); y el proyecto brasileño, que dispone también que sus normas son de orden público e interés social (art. 1).

En última instancia, todo el complejo de soluciones legales, judiciales y administrativas, para la protección jurídica del consumidor, debe apuntalar la efectividad de los derechos esenciales de los consumidores, reconocidos por la totalidad de las normas especiales del derecho comparado, nacionales y supra-nacionales y en particular por las Directrices de 1985 para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, que en materia contractual pueden reseñarse de la siguiente manera:

- a) promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- b) acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;
- c) lealtad de las prácticas comerciales; comercialización informativa; prevención y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado;
- d) protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos, etc.;
- e) trato justo a los consumidores en las prácticas de promoción, comercialización y venta.

(7) HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976, pp. 233 y ss.

Se trata del orden público económico-social, en la especie —según MOSSET ITURRASPE—, orden público de protección, que viene inspirado para remediar los abusos que se originan en la contratación (La Ley, Bs. As., t. 1985-A, pp. 996 y ss.; idem, GHESTIN, *ob. cit.*, pp. 80-92).

Como afirma SANTOS BRIZ, el contrato no es ya solamente un asunto particular de los intervenientes en él, sino que en nuestra vida económica y social, ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes; y entonces la sociedad, representada por el Estado, asume el control del contrato en sus aspectos fundamentales (*La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, p. 32).

En suma, la adopción de sistemas de protección jurídica del consumidor, sustentados en el reconocimiento de sus derechos fundamentales y de mecanismos instrumentales adecuados para hacerlos valer, constituyen la base para la consecución de la justicia contractual y por consiguiente el respeto a la dignidad del ser humano en cuanto procura el acceso al consumo para la satisfacción de sus necesidades vitales.

El desafío de nuestros países consiste, pues, en el fortalecimiento de esos sistemas de protección jurídica, meta conjunta del Estado y de la comunidad organizada a través de formas de participación social (asociaciones de consumidores, etc.), con *especial énfasis en las respuestas a los sectores económico menos favorecidos*, y buscando un retorno al equilibrio, en aquellas relaciones donde afloran técnicas agresivas al consumidor, que comprometen la justicia contractual.

Veamos brevemente, cuáles son esas técnicas contractuales que hoy exigen una regulación protectora del consumidor.

2. LAS TECNICAS DE EMPRESA QUE COMPROMETEN A LA JUSTICIA CONTRACTUAL

I. Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión

El contrato por adhesión es aquel en que las cláusulas son predispuestas unilateralmente por uno de los futuros contratantes, de manera que el otro no puede modificarlas, sino aceptarlas o rechazarlas, sin participación en la configuración del contenido negocial (8).

Esta técnica de contratación, por adhesión, sobre la base de condiciones generales predispuestas por el empresario, es hoy inevitable, merced a la dinámica del tráfico económico moderno, que impide la conformación de contratos singulares y discutidos con cada uno de los clientes. Un elemental criterio de racionalización y organización empresarial (en sí irreprochable, pues apuntala el progreso global), conduce a la imposición de contratos uniformes, contratos tipo, instrumentados en formularios, impresos, etc. (9).

Los inconvenientes para el consumidor no derivan pues de la contratación por adhesión en sí misma, sino de la circunstancia que la facultad de predisponer el contrato, facilita al empresario favorecer su posición contractual, o desde la otra perspectiva, agravar la del consu-

(8) MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, Bs. As., 1971, t. IV, p. 483; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1974, t. III, p. 419.

Según la ley mexicana, son los redactados unilateralmente por el proveedor, sin que la otra parte pueda discutir su contenido (art. 4)

(9) DÍEZ PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 93.

midor (10). Y ello ocurre en los hechos, tal cual lo revela la experiencia negocial usual en nuestros países, a través de la incorporación de *cláusulas abusivas*, aquellas que quiebran la relación de equivalencia de los derechos y obligaciones contractuales entre empresario y consumidor.

De manera que siendo, no los contratos por adhesión, sino las cláusulas abusivas, las técnicas agresivas de los derechos del consumidor, la solución pasa por los mecanismos de control de las mismas que deben imperar en los sistemas de protección jurídica.

No existiendo, con carácter general, en los países de nuestra región, sistemas de control previo administrativo de las condiciones generales de los contratos por adhesión (11), a diferencia de regímenes tales como el francés (Ley de 1978) y el israelí (Ley de 1964), entonces los mecanismos de control operan en ámbito judicial.

La primera de las soluciones, universalmente consagrada, sea legal o jurisprudencialmente, consiste en las directivas específicas de interpretación judicial de los contratos por adhesión:

- a) Las condiciones particulares, prevalecen sobre las generales;
- b) las cláusulas oscuras o ambiguas se interpretan en contra del empresario predisponente (12).

La segunda solución judicial consiste en la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, sin perjuicio de la subsistencia del contrato.

Está expresamente consagrada en el Código Civil peruano, que establece la invalidad de pleno derecho de una serie de cláusulas abusivas enunciadas en el art. 1398 (13), además de la facultad judicial de invalidar también, previa apreciación (art. 1399) toda otra estipulación que contrarie las normas regulatorias del correspondiente tipo contractual (14).

(10) STIGLITZ, R.-STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Bs. As., 1985, p. 55.

(11) Existen sólo supuestos excepcionales, como los establecidos en la Argentina respecto a las cláusulas uniformes de los contratos de seguro (Ley 20.091) o de ahorro previo para fines determinados (Decreto 142.277/43). El Código Civil peruano de 1984 confía al poder ejecutivo, la determinación de los tipos de contratos que deben ser celebrados con arreglo a cláusulas generales aprobadas administrativamente (art. 1394), pero no existe un régimen general y obligatorio de control administrativo previo, e incluso las partes pueden convenir que determinadas cláusulas generales aprobadas administrativamente, no se incorporen al contrato particular que ellas celebren (art. 1395).

(12) En esos términos, expresamente, el Código civil peruano (arts. 1400 y 1401); el proyecto de normas tipo de ILOCU (art. 17); y el proyecto de ley argentino (art. 10).

(13) Por ejemplo, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, etc.

El mismo criterio enunciativo sigue el proyecto de ley brasileño, arts. 51 y ss.

(14) Es decir, el juez, puede invalidar, en el sistema peruano, toda cláusula que contrarie las reglas fijadas por la ley para el respectivo tipo de contrato. Tal solución muestra con elocuencia cómo modernamente el orden público protector (económico-

Nos parece atinada la consagración de pautas generales como la de este art. 1399 del Código Civil peruano, u otras establecidas en el derecho comparado (15), que definan el marco para calificar como abusiva a una cláusula, dejando con amplitud, a criterio del juez, la posibilidad de su invalidación.

Ahora bien, sin perjuicio de los regímenes específicos de nulidad de cláusulas abusivas vigentes en distintos países, entendemos que la ausencia de legislación especial no obsta a la declaración de invalidez en todos los ordenamientos jurídicos de nuestra región, en la medida que aquéllas infrinjan el orden público, la moral y buenas costumbres, la buena fe, la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos u otras normas generales consagradas positivamente por las leyes vigentes (16).

II. Técnicas no ortodoxas de comercialización

La equidad en las relaciones contractuales suele quedar comprometida también habitualmente, no ya por el abuso en las cláusulas del contrato, sino por las características agresivas al consumidor de ciertos mecanismos de comercialización, que restringen la libre espontaneidad del público en la decisión de contratar, impidiendo que la elección de los bienes y servicios para el consumo sea bien fundada conforme a los deseos y necesidades de cada cual (art. 3 inc. c, Directrices de las Naciones Unidas).

Entre otras técnicas «no ortodoxas» de comercialización y consiguiente acceso al consumo, cabe mencionar las ventas fuera de los locales comerciales (a domicilio, por correspondencia, etc.); las ventas instrumentadas mediante técnicas de crédito al consumo, incluido el ahorro previo para fines determinados; y las ventas con premios.

a) *Las ofertas fuera de los locales comerciales*, se sustentan en la técnica del acecho y el efecto sorpresa, que debilitan la posición del

social), eleva la jerarquía de las propias normas dispositivas, que si bien por regla admiten que los contratantes se aparten de ellas, ya no, en cambio, cuando esas normas dispositivas tienden a preservar el equilibrio contractual y la relación de equivalencia (STIGLITZ, R., *Contratos. Teoría General*, Bs. As., 1990, t. I, p. 373).

(15) Por ejemplo, la Ley alemana de 1977, la Ley española de 1984, etc.

En Argentina, el ya aludido proyecto de ley de defensa del consumidor, caracteriza a las cláusulas abusivas como aquellas que desnaturalizan las obligaciones (art. 12); y el proyecto de ley de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos, núm. 269-D/89 (Cámara de Diputados de la Nación, Trámite parlamentario núm. 818, 26-5-89, p. 389), en su art. 4, inc. d, como aquellas que generan un inequívoco desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor.

(16) Así lo hemos entendido antes de ahora, respecto al derecho argentino, por aplicación de los arts. 18, 21, 953, 1037, 1071, 1167 y 1198 del Código civil (STIGLITZ-STIGLITZ, *ob. cit.*, pp. 230 y ss.).

consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo, restringiendo su facultad de reflexión, y quedando habitualmente sometido incluso a una presión oral metódicamente planificada por la empresa, que lo lleva, al cabo, a menudo, a quedar atraído por la tentación del fácil pero oneroso camino de comprar (17).

La solución del derecho comparado frente a estos mecanismos, consiste en impedir que el consumidor actúe precipitadamente: acentuar la rigidez formal del contrato, exigiendo una serie de especificaciones informativas y solemnidades bajo pena de nulidad; y conceder el consumidor un plazo de reflexión dentro del cual pueda manifestar su arrepentimiento, sin necesidad de expresión de causa, dejando sin efecto el contrato sin responsabilidad alguna (18).

En nuestra región, la ley mexicana consagra expresamente recaudos formales del contrato de venta a domicilio (art. 47) y difiere su perfeccionamiento para el quinto día hábil posterior a su suscripción, facultando al consumidor para revocar su consentimiento dentro de dicho lapso, dejando sin efecto la operación sin responsabilidad alguna (art. 48). Esto es, el consentimiento es puesto en «cámara lenta» o bien, la aceptación es claudicante durante un plazo de reflexión (19).

b) *Las ventas a crédito* llegan también comúnmente a resultar agresivas al consumidor, en virtud del modo como son incorporados los mecanismos financieros en el mercado de adquisición de bienes para el consumo.

La instrumentación de las técnicas crediticias en coordinación con métodos persuasivos de venta, conducen a la seducción del consumidor ante la obtención de un producto sin una inmediata contraprestación equivalente. Pero las más de las veces viene a ingresar a

(17) FOURGOUX, MIHAÏLOV y JEANNIN, *Principes et pratique du droit de la consommation*, París, 1970, p. J-2; CAS, G., *La défense du consommateur*, París, 1980, p. 29; ORIANA, F., *La Legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, en R.T.D.P.C., Milán, 1975, núm. 4, p. 1.573.

(18) BAUMANN, D., *Droit de la consommation*, París, 1977, p. 64; CALAIS-AULOY, «*Droit de la consommation*», París, 1980, p. 193.

(19) FLOUR y AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, París, 1986, núms. 125-1 y 187-4.

El proyecto legislativo del Brasil faculta al consumidor a desistir del contrato dentro del plazo de siete días cuando contrata fuera del establecimiento comercial.

En Argentina, el proyecto de ley de defensa del consumidor reconoce el derecho a revocar la aceptación dentro del plazo de diez días, y se acentúa la solución protectora, presumiéndose la revocación de la aceptación, salvo que la empresa cuente con recibo por escrito de la prestación ofrecida, suscripto con posterioridad a ese lapso de diez días (art. 5). Y específicamente respecto a las ofertas por correo sobre cosas o servicios no requeridos por el consumidor, el proyecto dispone que no se entienden aceptadas por éste, salvo que lo haga expresamente y por escrito; y si fuera remitida al cosa, el consumidor no está obligado ni a conservarla ni a restituirla, aún cuando pudiera hacerlo libre de gastos (art. 6).

un sistema de fácil acceso pero muy complicada «salida», en razón de las imprecisiones de la información recibida respecto a la técnica y condiciones del crédito, sin perjuicio de los abusos y excesos en la aplicación de actualizaciones, intereses, recargos, sanciones por mora, etc. (20).

Por tal razón, la protección jurídica viene universalmente encamionada en sentido prioritario hacia la imposición de estrictos deberes informativos al empresario, sobre los aspectos esenciales de la relación de crédito. Así, el art. 20 de la ley mexicana obliga al proveedor informar previamente al consumidor, e incorporar luego al texto del contrato, las especificaciones sobre el precio de contado del bien o servicio, monto, tasa y total a pagar en concepto de intereses, monto y detalle de los cargos que hubiere, número y periodicidad de cuotas a pagar, cantidad total del pago, y derecho a liquidar anticipadamente el crédito con reducción de intereses (21).

c) Una especial modalidad de venta a crédito, con particulares características que lo dotan de cierta autonomía, es *el contrato de ahorro previo para fines determinados*, de uso a gran escala en nuestra región, por lo menos en Brasil, Perú y Argentina.

Las particularidades de este sistema de venta a crédito consisten en la actuación de una sociedad de ahorro, administradora del plan de ventas, que organiza previamente el sistema. Conforma un grupo de usuarios y un fondo común con los aportes periódicos de cada uno de ellos, y los representa como mandataria aplicando los fondos para la adquisición de los bienes previstos y adjudicándolos a los ahorristas en las condiciones establecidas en el sistema (por puntaje, sorteo o licitación).

El problema para el consumidor es que en los hechos, las sociedades administradoras son casi siempre empresas vinculadas con las terminales fabricantes de los bienes respectivos (o integran un mismo grupo económico), y en tal caso, el llamado ahorro previo para fines determinados no pasa de ser un mero sistema de comercialización y la sociedad administradora se descalifica como mandataria de los usuarios, en virtud que tiene con ellos un verdadero conflicto de intereses que por su esencia no es factible superar (22). De modo que la con-

(20) RIPER y BOULANGER, *ob. cit.*, t. VIII, p. 66; STIGLITZ, G., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., 1986, pp. 35 y ss.

(21) En el mismo sentido, el proyecto de normas tipo de IOCU, arts. 18 y 19.

La fuente normativa inicial radica en la directriz de la CEE, sobre el crédito al consumo (1979), que incorpora estos deberes de tipo informativo en los arts. 3 a 8; y consagra, además, un plazo de siete días de reflexión a favor del consumidor dentro del cual puede expresar su arrepentimiento y dejar sin efecto la compra sin responsabilidad alguna (ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padua, 1979, p. 78; POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1980, p. 106).

(22) STIGLITZ, R., *Contratos...*, *ob. cit.*, t. I, pp. 236 y ss.

fianza (base justificante del mandato) depositada por el consumidor en la sociedad administradora, suele ser burlada por ésta (23).

A tal punto que en la Argentina, sin perjuicio del marco normativo vigente (Leyes 22.315 y 22.370, Decreto 142.277/43 y numerosas resoluciones de la autoridad de aplicación), la doctrina ha recomendado fortalecer la protección emergente de los distintos poderes públicos, a fin de evitar las habituales desviaciones del sistema (24).

d) *Las ventas con premios*, finalmente, han sido calificadas como una técnica distorsiva del mercado de consumo, en cuanto importan formas de promoción que no apuntan a que los productos se vendan, exclusivamente, por sus características propias.

Por tal motivo, ha sido prohibido expresamente, p. ej. en Argentina, el ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón de la compra de bienes o contratación de servicios, cuando ello quede sujeto a la intervención del azar; y asimismo, la realización de concursos, sorteos, etc., que condicione la participación de la adquisición de un producto o contratación de un servicio (art. 10, Ley 22.802 de Lealtad Comercial).

3. LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Sin perjuicio de la agresión al consumidor derivada del contenido contractual y diversas técnicas de comercialización no ortodoxas, está claro que el atropello a su derecho de acceder dignamente al consumo, deriva esencialmente de las irregularidades y deficiencias en la publicidad e información sobre los bienes y servicios.

En los hechos, el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas (art. 3 inc.c, Directrices de las Naciones Unidas), viene sistemáticamente vulnerado a través de las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugerencia pero escasas de información, encaminadas hacia la persuasión, como mecanismos motivantes o incentivadores del consumo, más allá de la satisfacción de necesidades. Deformando la opinión del consumidor, le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio. Restringe

(23) Por ejemplo, a través de excesos en la fijación de las actualizaciones de las cuotas, injustificados lapsos de demora en las adjudicaciones y entregas de bienes, etc.; sin perjuicio del sistemático acompañamiento al sistema por parte de una publicidad, información y cláusulas contractuales, particularmente agresivas, todo lo cual confluye en un serio compromiso económico para el consumidor atrapado por esta seductora forma de acceso al consumo.

(24) Terceras Jornadas Bonaerenses del Derecho civil, comercial y procesal (1989), tema B, *Del contrato clásico al contrato moderno*, conclusión III-D-2.

pues la espontaneidad de su elección; relativizan su poder de decisión, su libertad de contratar (25).

Todo ello hace que el imperativo de la justicia contractual exija también, respuestas de protección jurídica del consumidor atenientes a la regularidad y corrección de la información y publicidad sobre los bienes y servicios ofrecidos para el consumo.

Por ese motivo las legislaciones especiales prohíben la publicidad que promocione productos o servicios, atribuyéndoles características, cualidades, comprobaciones, resultados y certificaciones distintos a los que realmente tiene (Ley venezolana de Protección al Consumidor de 1974, art. 7), persiguiendo impedir que mediante inexactitudes u ocultamientos se induzca a error, engaño o confusión sobre dichos componentes, o sobre el uso de los productos o servicios (Ley mexicana, art. 5; Ley argentina de Lealtad Comercial, arts. 5 y 9; proyecto de normas tipo de IOCÚ, art. 6).

Correlativamente, pesa pues sobre todo empresario, la obligación de informar clara, veraz y suficientemente al consumidor sobre todo aspecto relevante del producto o servicio ofrecido (Ley mexicana, art. 5; proyecto de normas tipo de IOCÚ, art. 6).

Este deber contractual de información, en verdad, pesa genéricamente sobre todo contratante, como «deber accesorio de conducta», destinado a facilitar a la contraparte un correcto conocimiento de la realidad relevante para la valoración de la conveniencia del contrato (26). Ahora bien, cuando se trata de la contratación para el consumo, este deber de información adquiere especial trascendencia, atento lo esencial del derecho del consumidor a ser informado. En particular se acentúa la necesidad de brindar información correcta y adecuada a través de los mecanismos de identificación de mercaderías (envases, prospectos, envoltorios, etiquetados, etc.), y especialmente por medio de la publicidad comercial por medios masivos.

De allí que con sustento en el principio de la buena fe, puede sostenerse que en los ordenamientos jurídicos vigentes de la región, las precisiones del oferente realizadas a través de la publicidad son vinculantes para él, por la generación de confianza que implican. *Forman parte integrante del contenido de cada contrato* celebrado con los consumidores, complementando las declaraciones que dan vida al negocio mismo, y por ende son determinantes como componentes de

(25) SANTAELLA LÓPEZ, M., *Protección jurídica de los consumidores y contratación*, en D. J., Madrid, 1977, núm. 16, p. 14; SÁCHEZ, J. *Los conceptos de veracidad e información en la publicidad*, en Publitecnica, Madrid, núms. 40/41, p. 53; de URZAIZ y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, J., *El consumidor como sujeto receptor de la publicidad*, en Publitecnica, Madrid, núm. 37, p. 27; GELICES, F., *La publicidad y el consumidor*, en Publitecnica, Madrid, núm. 44, p. 40.

(26) ROPO, E., *Il contratto*, Bolonia, 1977, p. 97; STIGLITZ, R., *Contratos...*, *ob. cit.*, t. I, p. 474.

la intención común de las partes. Obligan, en suma, al empresario que publicita sus productos o servicios, a brindar su prestación tal como la ha anunciado al público (27).

Si contraría el deber de información (p. ej., a través de publicidad engañosa) la empresa incurre entonces en responsabilidad civil por incumplimiento contractual, por los daños que tengan su causa adecuada en la falsa representación del consumidor, derivada de las deficiencias o irregularidades de los anuncios (28).

4. LA OBLIGACION CONTRACTUAL DE GARANTIA Y RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

Finalmente, la justicia contractual en las relaciones de consumo, está condicionada también por la necesidad de imponer al empresario, un estricto deber de asegurar la eficacia del bien o servicio para el cumplimiento de la finalidad a que están destinados, a fin de satisfacer plenamente el interés del consumidor, y evitar que del consumo resulte daño a su persona o bienes.

A esos efectos, los ordenamientos jurídicos imponen el deber de suministrar garantías expresas y por escrito contra desperfectos o mal funcionamiento de ciertos bienes (Ley venezolana, art. 11; Ley argentina de Lealtad Comercial, art. 12).

La tendencia actual propende a especificar legislativamente en forma explícita (sin perjuicio de regir igualmente, por imperio de las normas generales), que los derechos del consumidor, cuando la garantía deba hacerse efectiva, consistan en el mantenimiento, reparación

(27) Expresamente, consagran esta idea, el proyecto de normas tipo de IOCÚ, art. 13; el proyecto de ley de Brasil, art. 30; y el proyecto de ley argentino de defensa del consumidor (art. 4), que asimismo introduce la innovación de admitir el carácter vinculante de las ofertas al público (a consumidores potenciales indeterminados), salvo que se difunda su revocación por medios similares a los empleados para hacerla conocer (art. 3); solución por ahora vedada por los arts. 1148 del Cód. civ. y 454 del Cód. com.

Sobre la publicidad comercial como integrante del contenido contractual, ver SOLARI BRUMANA, J., *Publicidad y responsabilidad*, en R.D.C.O., Bs. As., 1980, p. 133; STIGLITZ, G., *Deber negocial de información e incorrección publicitaria*, en L. L., Bs. As., 1983, t. B, p. 1051; STIGLITZ, R., *Contratos...*, t. I, ob. cit., p. 481; ALTERINI, LÓPEZ CABANA y STIGLITZ, *La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley*, en L. L., Bs. As., 1989, t. B, pp. 1005 y 1014.

(28) RUFFOLO, U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milán, 1979, t. I, p. 225.

Sin perjuicio de la indemnización de los daños, cabe resaltar la importancia de la cesación de la publicidad engañosa y la rectificación publicitaria; que el empresario, a su cargo, realice la publicidad correctiva, por los mismos medios en que difundió falsedades o inexactitudes (conf., Ley mexicana, art. 9; y proyecto de ley argentino sobre tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. arts. 4 inc. c y 5 inc. B).

gratuita del bien incluyendo la reposición de piezas e incluso el reemplazo por otro nuevo; o, en su caso, la devolución de la suma pagada, más los daños superiores sufridos por el consumidor (art. 33, Ley mexicana; arts. 20 a 22, proyecto de normas tipo de IOCÚ; art. 15, proyecto de ley argentino de defensa del consumidor).

Pero sin perjuicio de la vigencia de las garantías expresamente otorgadas (y de los regímenes del derecho común sobre vicios redhibitorios), es menester destacar que los deberes de garantía que pesan sobre los empresarios, tienen una amplitud infinitamente mayor.

En efecto, también como derivación del principio de la buena fe que universalmente es sustento básico del derecho contractual, recae sobre fabricantes, vendedores y proveedores, una *obligación tácita de garantía, o deber accesorio de seguridad*, que les impone desenvolver su conducta en el contrato, de modo tal que las prestaciones a su cargo no lleguen a producir perjuicio alguno al consumidor (29).

La obligación contractual tácita de garantía es uno de los pilares básicos de la protección jurídica del consumidor, tendiente a asegurar que los bienes y servicios que adquiere sean inocuos para su persona y bienes; que no presenten peligros para su seguridad física y que satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad, y sean aptos para el fin a que se destinan (Directrices de las Naciones Unidas, arts. 3, inc. a y b, 10, 11 y 16).

Por lo demás, del deber de garantía constituye una obligación de resultado, y entonces supone una presunción de responsabilidad, que sujeta al empresario, para liberarse de la obligación de indemnizar los daños, a la carga de demostrar que se produjeron por caso fortuito, o por culpa de la víctima o de un tercero (30).

La afirmación de esta concepción sobre la vigencia de la obligación contractual tácita de garantía (31) —independiente, insistimos,

(29) MAZEAUG, H. y L. TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Bs. As., 1961, t. I, vol. 1, p. 104; ZANNONI, E., *Responsabilidad por productos elaborados*, Bs. As., 1984, pp. 289 y ss.; STIGLITZ, G., *El deber de seguridad en la responsabilidad por los productos elaborados*, en L. L., Bs. As., 1985, t. D, pp. 13 y ss.

El deber tácito de garantía comprende, pues, no sólo los daños intrínsecos (que recaen en el valor de la misma cosa adquirida), a los cuales se limitan las garantías expresas, sino también los extrínsecos, sufridos por el consumidor en sus otros bienes o en su persona.

(30) MAZEAUG y TUNC, *ob. cit.*, t. I, vol. I, pp. 213 y ss; MORELLO, A., en J. A., Bs. As., 1965, t. V, p. 124.

(31) En Argentina, es unánimemente aceptada por la doctrina y jurisprudencia, con sustento en el art. 1198 del Código civil (que consagra el principio de la buena fe), no sólo respecto al fabricante que a su vez vende el producto, sino también respecto al vendedor no fabricante, aunque se admite que éste se exima de responsabilidad, también, si demuestra que el vicio era de fabricación, que no tuvo ni debió tener conocimiento del vicio en razón de su arte o profesión y que le fue imposible controlar la cali-

de las garantías expresas asumidas—, es condición básica para la real concreción del derecho del consumidor, de acceso a una compensación efectiva de los daños (Directrices de las Naciones Unidas, art. 3, inc. e), sometiendo al empresario a un severo sistema de responsabilidad civil por incumplimiento contractual.

5. LOS MECANISMOS INSTRUMENTALES PARA LA EFECTIVIDAD DE LAS SOLUCIONES DEL DERECHO CONTRACTUAL

La efectividad del derecho del consumidor, de acceder con dignidad a los bienes y servicios, no depende exclusivamente del reconocimiento de las soluciones sustanciales hasta aquí reseñadas, que garantizan la justicia contractual.

Todavía se hace necesaria la implementación de verdaderos mecanismos instrumentales que aseguren la concreción real y efectiva de los sistemas de protección jurídica.

De allí el carácter prioritario del mandato de las Naciones Unidas a los Estados miembros, para que intervengan activamente en esta materia, formulando políticas energicas de protección al consumidor, y estableciendo infraestructuras adecuadas para aplicarlas (Directrices, arts. 2 y 4).

Este desafío de nuestros gobiernos democráticos (32) es concurrente con el rol de las asociaciones de consumidores, cuya formación y funcionamiento debe ser objeto de prioritario fomento, como así también, la participación de la comunidad en ellas.

Y los mecanismos instrumentales concretos para lograr la efectividad de la justicia contractual han de transitar por dos carreles.

En primer lugar a partir de *la educación y la información al consumidor*, generándole plena conciencia sobre sus derechos y obligaciones, que lo prevengan de perjuicios en sus relaciones con la empresa.

En segundo lugar, frente a conflictos contractuales ya acaecidos, *garantizar al consumidor el acceso a la justicia libre* de los obstáculos constituidos por la onerosidad, lentitud y complejidad de los procesos

dad del producto (VIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, 1981, comisión núm. 2 sobre *Responsabilidad civil por los productos elaborados*, conclusión núm. V, en R.C.A.L.P., La Plata, 1982, núm. 41, pp. 175/176).

(32) El restablecimiento del Estado de derecho en los distintos países de la región, abre perspectivas concretas para que, en la pujanza por sociedades libres, abiertas y pluralistas, trascienda como propósito esencial la defensa del consumidor, con especial resguardo a los sectores con menores recursos económicos.

Será necesario para ello también, que no prime la ideología individualista y económico que siempre asoma, y atenta contra los valores y virtudes más nobles de la humanidad (la justicia, la solidaridad social, el respeto a la dignidad de la persona).

judiciales. Y admitiendo la legitimación colectiva de los consumidores, su representación en juicio, p. ej., a través de las asociaciones que los nuclean o entes públicos especializados (33), a fin que las soluciones sustanciales de la protección jurídica (p. ej., la nulidad de las cláusulas uniformes abusivas) puedan beneficiar a todo el grupo de consumidores afectados por una misma práctica comercial irregular.

De esta manera, ha de superarse también el obstáculo que para el acceso a la justicia representa la *soledad* del consumidor: aisladamente, es un ser desarmado; todo concurre para quitarle coraje a fin de ingresar en los tribunales para enfrentarse al responsable del acto lesivo (34).

En suma, debemos despegarnos del sistema actual, individualista, de acceso a la justicia, porque en su marco, irremediablemente —como se ha sostenido desde la más ilustre literatura jurídica—, *el consumidor aislado, por sí sólo, no acciona; si lo hace, es un héroe sujeto al ridículo destino del Quijote...* (35).

(33) Así lo propician el proyecto de ley brasileño (art. 81); y los proyectos de ley argentino sobre tutela jurisdiccional de los intereses colectivos (art. 8) y defensa del consumidor (art. 22).

(34) PERROT, R., *Les moyens judiciaires et para-judiciaires de la protection des consommateurs*, en G. P., París, 1976-I, p. 237; BARBOSA MOREIRA, J., *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, en R. B. D. P., 1980, vol. 24, p. 17.

(35) CAPPELLITTI, M., *Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile*, en R. D. P., Padua, 1975, núm. 3, p. 374.

VIDA JURIDICA

Crónica de Derecho civil vasco: situación actual en la perspectiva de su reforma

Recientemente se han celebrado en el País Vasco varios Congresos y Jornadas tomando como referencia la reforma y actualización del Derecho Civil del País Vasco: «*Jornadas de Derecho Privado Vasco*» (San Sebastián, diciembre de 1990); «*II Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*» (San Sebastián, diciembre de 1990); «*Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*» (Bilbao, febrero de 1991) y «*II Congreso de la Abogacía Vasca*» (Vitoria, mayo de 1991). Todos ellos se enmarcan en un intento por conocer las normas forales de carácter civil y amoldarlas a la realidad actual.

Hace ya más de doce años que se aprobó la Constitución y once el Estatuto de Autonomía. Ambos textos otorgan competencia al Parlamento Vasco para legislar («conservar, modificar y desarrollar») en materia de Derecho Civil del País Vasco. En todo este tiempo han surgido algunas iniciativas, pero no han dado los frutos esperados. En estos momentos parece que los intentos van en serio y recientemente se ha presentado en el Parlamento Vasco una Proposición de Ley por parte de las Juntas Generales de Vizcaya a iniciativa de la Diputación Foral. Esta Proposición es fruto del trabajo de una Comisión de juristas que elaboró el denominado «Proyecto de Fuero Civil de Vizcaya» (en adelante P.F.C.V.).

Con esta crónica pretendemos dar a conocer las diferentes opiniones planteadas en el marco de estas reuniones científicas, así como los aspectos más importantes de cara a una próxima reforma.

JORNADAS DE DERECHO PRIVADO VASCO (En homenaje a Alvaro Navajas Laporte) San Sebastián, 3-5 de diciembre de 1990

Bajo la organización de Eusko Ikaskuntza/Sociedad de Estudios Vascos se celebraron en San Sebastián unas Jornadas sobre el Derecho Privado Vasco. En las mismas se pretendía realizar un estudio de los Derechos civiles vigentes en el ámbito de Euskal Herria y en con-

creto del Derecho Guipuzcoano para «tratar de recuperar el Derecho consuetudinario guipuzcoano y lograr una futura compilación del mismo», como decía el folleto de presentación de dichas Jornadas. Se realizaban en homenaje a Alvaro Navajas Laporte, eminente abogado guipuzcoano, miembro de Eusko Ikaskuntza y ex profesor de la Facultad de Derecho de San Sebastián, fallecido recientemente, que destacó por su labor de estudio e investigación del Derecho de Guipúzcoa. Su Tesis Doctoral *«La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa»*, publicada en 1975 es su mejor exponente.

La primera jornada se abrió con la presentación a cargo de José Luis Orella Unzué, profesor de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de San Sebastián y de Historia Medieval en los EUTG de la Universidad de Deusto.

Jacques Poumared, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Toulouse y gran especialista en la materia disertó sobre *«El Derecho Privado Vasco Nordpirenaico»*. Comenzó por mencionar el «Sistema Jurídico Pirenaico», original por la organización de la familia, el matrimonio y la sucesión; sistema en el que se integra el Derecho Vasco. Los Pirineos forman un medio particular constituido por altos valles separados entre sí por macizos y protegidos de la llanura.

Hasta la Alta Edad Media poco se conoce de su ordenamiento; pero en el s. XII ya se encuentra un modo de vida original, con dos circunstancias características. En primer lugar, el grupo doméstico, unido al patrimonio formado por la *maison* constituida por todos los medios de producción, incluidas las tierras y el ganado. Se mantenía la unidad del patrimonio familiar como necesidad de orden económico. En el campo sucesorio hay costumbres originales: la transmisión a un único heredero, con dos formas: en los Pirineos Centrales y Pirineos Vascos la costumbre designaba al primer nacido (primogenitura); en Cataluña y País Vasco Sur el heredero era elegido e instituido por el padre en un contrato con el acuerdo de la familia. En segundo lugar, la comunidad aldeana o de vecinos, con instituciones públicas similares a las Juntas Generales del País Vasco Sur, aunque niega que llegaran a formar auténticas «repúblicas» como algunos han querido ver.

Analiza Poumared el derecho de primogenitura de estos territorios, al que califica de «piedra angular» del Derecho familiar, y que en la época moderna sólo se mantiene en Andorra, Bigorre y País Vasco (en Labourd, Baja Navarra y Soule).

También se centró en la figura de los «bienes heredados» (análogos a los bienes troncales de los Fueros vascos y castellanos); de los cuales no se podía disponer *inter vivos* ni *mortis causa*, aunque con ciertas excepciones. La infracción de este deber facultaba a los parientes para recuperar los bienes pagando el precio correspondiente.

Estas normas procuraban tanto la transmisión íntegra del patrimonio como una estabilidad demográfica: se limitaba la población a los medios económicos existentes. La emigración era la salida de los menores.

A partir del s. XIV se introduce la práctica de asignar algunos bienes a los menores, por influjo del Derecho Común, pero sin llegar a constituir una cuota fija del patrimonio. Las redacciones de costumbres del s. XVI ratifican estas prácticas.

Este sistema produjo la existencia de una auténtica estrategia de alianzas con el fin de posibilitar un buen matrimonio al heredero para que continuara el tronco y lo aumentara en lo posible.

El ponente se planteó cómo pudo funcionar este sistema sin una contestación por parte de los no favorecidos. La explicación radica en que el Derecho de la época era de formación popular y consuetudinaria; las normas tenían valor «totémico» por cuanto el mantenimiento de la casa suponía el mantenimiento de la voluntad de los antepasados, y además existían fuertes medidas de represión extrajudicial.

La estabilidad existente en los siglos XV-XVII se difumina en el s. XVIII en que se bloquearon los mecanismos existentes, creándose superpoblación y miseria, lo que llevó a la ruptura del equilibrio anterior. Los menores reivindican su derecho a la tierra y su derecho al matrimonio, con lo que las tradiciones familiares se quedarían un tanto atrás.

La organización social iba a sufrir los trastornos de la época revolucionaria. La nueva legislación introdujo los principios de libertad individual y de igualdad, opuestos a los vigentes hasta ese momento. Se llega a la abolición del derecho de primogenitura por un Decreto de 1790, y más tarde del derecho de testar, configurando un sistema igualitario, con evidentes connotaciones políticas, por cuanto se favorecía la propiedad individual y las nuevas generaciones.

El Código de Napoleón supuso el fin del Derecho consuetudinario, con la introducción del reparto igualitario; pero admitiendo el testamento y una mínima libertad de testar. Para eludir estas normas se utilizaron ciertas estrategias, a veces con la complicidad de los notarios públicos, pero que exigían el consentimiento de los otros herederos.

Para terminar se planteó Poumaredé qué queda hoy de estos Derechos. La situación social es muy distinta a la existente con anterioridad a la revolución, el éxodo rural y la desaparición de la economía pastoral han invertido la escala de valores, quedando incluso en peor situación el que se queda con la casa familiar.

En otro orden de cosas mencionó cómo a veces se alegan derechos anteriores a la revolución, y por otro lado, que en el Estado francés la reciente admisión de la existencia del «Pueblò Corso» tiene un alcance meramente simbólico (hay que tener en cuenta la reciente declaración de inconstitucionalidad de tal expresión por el Consejo Constitucional).

A continuación, Francisco Salinas Quijada, abogado y miembro del Consejo de Estudios de Derecho Navarro intervino sobre «*Elementos de Derecho Civil de Navarra*». Comenzó destacando el carácter del Derecho Navarro, en el que los principios tienen un destacado valor, como el de libertad civil, que en materia testamentaria supone una libertad total, ya que la legítima es meramente formal. Como dice la ley 267 del Fuero Nuevo se atribuyen «cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles». En cuanto a la organización de la familia navarra destacó la idea de «casa» y la conservación del patrimonio familiar.

Analizó posteriormente la evolución del Derecho Navarro hasta la actualidad. Destacó su carácter pactista desde los orígenes. La codificación del s. XIX respetó el Derecho Foral de Navarra, ya desde el inicio con la Ley de 16 de agosto de 1841, que se denominó «Ley pacificada» por el carácter de pacto entre España y Navarra; y que respetaba en su integridad el Derecho Privado. De aquí que no se pueda modificar unilateralmente por el Estado sin el consentimiento de Navarra.

Realizó después una exposición somera del proceso codificador en Navarra, a partir del Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza que supuso el espaldarazo definitivo en la codificación del Derecho Foral. La comisión de reforma fue nombrada por la propia Diputación Foral de Navarra. Subrayó la forma en que fue aprobado definitivamente el texto de la Compilación de 1973 mediante la utilización de la prerrogativa legislativa del anterior Jefe del Estado y sin que el texto de esta Ley fuera sometido a las Cortes Españolas, lo que la distingue del resto de las Compilaciones. Esto le da un carácter de texto «acordado», lo que fue remarcado por Salinas, que mencionó, por último, la reforma de esta Compilación para su adecuación a la Constitución Española que se llevó a cabo en 1987.

Ya en otro orden de cosas y debido al marco donde se desarrolló la charla abordó el tema de la reimplantación de un Derecho Civil en Guipúzcoa. En cuanto al Derecho Histórico señaló como fuentes el Fuero de San Sebastián s. XII, aplicado en un territorio importante dentro de lo que es la Guipúzcoa actual, y el Derecho consuetudinario existente con posterioridad pero que nunca se llegó a recoger en un texto escrito. Citó algunos intentos que se produjeron con la intención de redactar este Derecho, pero todos ellos fracasaron por una u otra razón. Durante este Siglo la Diputación patrocinó alguno de ellos pero sin la fuerza necesaria.

La coyuntura actual es favorable a la reimplantación, fundamentalmente debido a que es el Parlamento Vasco el órgano competente para realizar esta labor, según la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

Al objeto de contribuir en la medida de sus posibilidades a la reimplantación de este Derecho señaló una metodología de trabajo

que ya había sido expuesta con ocasión del «*Congreso sobre el fuero de San Sebastián y su época*» organizado por la Sociedad de Estudios Vascos y celebrado en 1981; cuyas actas se publicaron en 1982. Salinas consideraba que esta labor es propia de juristas guipuzcoanos, pero intentó sugerir y estimular a partir de su experiencia en la Comisión Compiladora de Navarra. El procedimiento comenzaría por aplicar el método eurístico para formar un cuerpo consuetudinario a partir de los documentos archivados y una selección de los cuerpos legales forales. Después se debería aplicar el método crítico valorando los elementos jurídicos existentes y modernizando las reglas forales. Para esta modernización consideró positivo el análisis de los principios forales y de las instituciones existentes hoy en día.

El día 4 Maite Lafourcade, Maître de Conférences de la Universidad de Pau, dictó su conferencia sobre «*Algunos rasgos específicos del Derecho Privado de Lapurdi*». Como rasgo importante del mismo señaló su especificidad respecto del Derecho Romano y de otros ordenamientos vigentes en Francia. La primera nota que destacó fue la intransmisiabilidad de los bienes familiares: los bienes «heredados» eran indisponibles por actos *inter vivos* o *mortis causa*. La finalidad que se perseguía con la conservación del patrimonio familiar era la mejor explotación de los patrimonios. Señaló Lafourcade algunas excepciones a esta regla como el matrimonio del heredero o el caso de urgente necesidad. En caso de incumplimiento de la prohibición de disponer se podía ejercitar el derecho de retracto gentilicio, que en Lapurdi no tenía plazo de ejercicio. Este sistema subsistió en Lapurdi hasta finales del Antiguo Régimen.

Otra nota relativa a los bienes familiares era su indivisibilidad. En Lapurdi se estableció el derecho de primogenitura: el primogénito heredaba los bienes y los otros hermanos recibían de los padres una dote, libremente fijada por éstos normalmente con ocasión del matrimonio del primogénito, que se entregaba en el momento del matrimonio del hijo destinado a recibirla. En caso de parejas estériles se designaba heredero a un sobrino o sobrina, o incluso a un sirviente. La forma a través de la cual se designaba heredero era el contrato de matrimonio en virtud del cual los padres y la nueva pareja explotaban los bienes de familia de forma conjunta.

Pasó después a analizar el régimen matrimonial que calificó de «típicamente vasco»: era un régimen dotal nutrido por una comunidad de bienes adquiridos. La dote volvía al aportante o su familia en caso de muerte sin descendencia. Los actos de disposición sobre bienes comunes debían realizarse conjuntamente, aunque el marido era el «jefe» de la comunidad de adquisiciones. El principio de incapacidad de la mujer casada penetró sólo de forma leve, por cuanto se admitía su capacidad para contratar en determinados supuestos.

La revolución francesa y el Código de Napoleón de 1804 pusieron fin a este sistema instaurando el individualismo.

Terminó Lafourcade manifestando su esperanza de que los principios del Derecho Privado Vasco inspirados en un espíritu de libertad dentro de la admisión de la autonomía de la voluntad pudieran conservarse.

Posteriormente, Adrián Celaya Ibarra, ex magistrado y profesor de la Universidad de Deusto, disertó sobre el «*Estado actual de los trabajos de Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava*». Se refirió de forma previa a la ausencia de un representante de Guipúzcoa en el proceso de reforma del Derecho de Vizcaya que se está llevando a cabo. Pasó a un análisis evolutivo de lo que había sido la labor de reforma en las últimas décadas; en concreto señaló cómo el País Vasco es el territorio más rezagado en cuanto a los trabajos de actualización. Citó al respecto la falta de madurez jurídica en este terreno debida a la falta de una Universidad en el País Vasco hasta el reconocimiento de la Universidad de Deusto en 1963, en la que en 1982 se creó la cátedra de Derecho Foral y Autonómico Vasco. Por otro lado, y con carácter general, consideró que el Derecho Foral era «el gran desconocido» de la Universidad española.

Al albur de los trabajos constituyentes en 1977 se crearon unas comisiones de reforma de los Derechos Territoriales que no tuvieron continuidad debido a la fuerte oposición suscitada por incorporar únicamente funcionarios estatales. La Constitución en su art. 149.1.8.^a y en la Disposición Adicional 1.^a reconducía la competencia a los propios territorios.

El ponente mencionó algunas iniciativas desarrolladas en el País Vasco. En primer lugar, el «*Primer Congreso de Derecho vasco*» celebrado en San Sebastián en 1982 bajo el tema: «*La actualización del Derecho Civil*», que no fue un paso decisivo, pero en el que se puso de manifiesto la necesidad de reformar la Compilación.

Posteriormente, en el seno de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País se constituyó un Seminario bajo los auspicios del propio Celaya en el que se llegó a la conclusión de que era necesario distinguir dos etapas en la pretendida reforma: una primera, más urgente, y otra segunda, más meditada. Prácticamente de forma simultánea se presentó en el Parlamento Vasco el Proyecto elaborado por el Colegio Notarial de Bilbao. Tiempo después el Colegio Notarial y la Bascongada fueron invitados a redactar un Proyecto común para lo que se constituyó una Comisión de Juristas (de 10 a 12 personas) bajo los auspicios de la Diputación Foral de Vizcaya, que precisamente el día anterior (3 de diciembre de 1990) había dado por terminado su trabajo. La intención era que el Proyecto fuera presentado en breve a las Juntas Generales de Vizcaya y al Parlamento Vasco.

El resto de la intervención se dedicó a la exposición del contenido del mencionado Proyecto. La estructura del mismo no se restringe a los moldes de la Compilación vigente, sino que se amplía el número

de artículos (más de 130) repartidos en tres libros, uno de ellos dedicado a las instituciones aplicables en Alava y otro al Fuero de Ayala. Se justifica esta inclusión por cuanto en la Comisión hay juristas alaveses; pero lo que Celaya echó en falta fue la ausencia de juristas guipuzcoanos. Respecto a la denominación la Comisión propone dos alternativas o bien «Ley Civil de Vizcaya y Alava» o bien «Fuero Civil de Vizcaya y Alava».

En relación con las fuentes del Derecho se reconoce el valor de la costumbre y de los principios del Derecho Vizcaíno, que prevalecen sobre el Derecho supletorio. Celaya reconoció que la competencia en materia de los conflictos de leyes corresponde al Estado, según la Constitución. Un tema importante al respecto es el de la territorialidad de la troncalidad, el Proyecto se remite al Código Civil. Lo que sus autores pretenden es que para la aplicación de las normas relativas a la troncalidad se requiera únicamente un elemento de conexión y no tres como ha exigido la Jurisprudencia en algún caso. El Proyecto recoge la idea de territorialidad y la de que «toda la propiedad en Vizcaya es troncal», aunque se limita la aplicación de la misma a los vizcaínos.

Para terminar se refirió al «misterio» del Derecho Vasco, en el que existen figuras tales como la troncalidad, la transmisión íntegra del caserío y el régimen de comunicación de bienes. Para el análisis del mismo anunció la celebración en Bilbao de unas Jornadas de estudio (son las que comentamos en la tercera parte de esta crónica) con el objeto de encontrar «una pista sobre el origen».

En el coloquio posterior se puso de manifiesto el parentesco del Derecho Vizcaíno con el de Lapurdi e incluso con otros Derechos Pirenaicos. Intervino José M.^a Aycart Orbegozo en relación con el Derecho de Guipúzcoa, señalando la poca atención que ha recibido por parte de los juristas guipuzcoanos a lo largo de la Historia, y que Alvaro Navajas intentó estimular. Mencionó la celebración en Mayo de 1991 del II Congreso de la Abogacía Vasca en el que se trataría el tema del Derecho Guipuzcoano.

También intervino Jacinto Gil Rodríguez como Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, el cual organizó en 1982 el «*Primer Congreso de Derecho Vasco*», sobre el tema de «*La actualización del Derecho Civil*» y bajo la perspectiva de un Derecho Civil Vasco o Autonómico, en cuya línea estaba el pensamiento de Alvaro Navajas. En aquella época en el Departamento eran pocos y jóvenes, pero con el paso del tiempo se ha ido ganando en solidez y potencialidad investigadora, en concreto sobre temas de Derecho Vizcaíno, compaginando la «dogmática civilista con la temática foralista».

Celaya aludió a la conveniencia de una mayor comunicación entre la Universidad de Deusto y la Universidad del País Vasco. En lo rela-

tivo al Proyecto dijo que la Comisión redactora se adhiere a las conclusiones del Congreso de Zaragoza de 1982.

Las Jornadas finalizaron el día 5 de diciembre con una animada mesa redonda sobre «*El Sistema jurídico Vasco-Navarro de Derecho Privado en la actualidad*» en la que intervinieron Adrián Celaya Ibarra, Jacinto Gil Rodríguez (Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco), José Javier Hualde Sánchez (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco) y Enrique Rubio Torrano (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pública de Navarra), siendo presentada y moderada por Tomás Urzainqui Mina (Vicepresidente por Navarra de la Sociedad de Estudios Vascos).

Intervino en primer lugar Adrián Celaya recordando la culminación del Proyecto realizado por la Comisión para la reforma del Derecho de Vizcaya y Alava. Y se refirió al tema de Guipúzcoa, respecto del que no se ha hecho nada en el citado Proyecto. Destacó la labor de Alvaro Navajas sobre el Derecho Guipuzcoano. Este territorio rompe la continuidad del Derecho Foral que existe en Navarra y en Vizcaya; Derecho Foral cuyo principio inspirador es la transmisión íntegra de la propiedad. La labor en Guipúzcoa está dificultada por el hecho de que las costumbres nunca se han llegado a plasmar por escrito. En cuanto a la metodología citó la necesidad de proceder a una encuesta para conocer la vigencia efectiva de la costumbre. En cuanto a la fórmula jurídica le parece acertado el principio de libertad civil. Es mucho más problemática e impracticable la extensión a Guipúzcoa del Derecho Vizcaíno por las propias características de este Derecho y por la falta de arraigo del mismo. Es en el Fuero de Ayala donde mejor se expone el principio de libertad civil.

La intervención de Jacinto Gil Rodríguez giró en torno al Derecho Privado Vasco y a la figura de Alvaro Navajas, uno de los que más hizo por la recuperación del Derecho Civil Guipuzcoano; pero desde la perspectiva de un Derecho Civil Autonómico, no desde la de un Derecho consuetudinario, que es sólo el punto de partida y la posibilidad misma del Derecho Guipuzcoano. Las razones que legitiman al Departamento de Derecho Civil de la UPV-EHU para hablar del Derecho Guipuzcoano derivan del hecho de que la Facultad de Derecho está en San Sebastián; de que Navajas fue profesor en dicha Facultad y de que fue este Departamento el que organizó el «*Primer Congreso de Derecho Vasco*» en 1982.

Para su intervención se sirvió de un dicho según el cual «lo mejor es enemigo de lo bueno». Citó al respecto la Ley de 18 de marzo de 1988 de reforma de la Compilación de Vizcaya y Alava. Y dijo que a veces lo bueno y lo mejor se presentan como auténticas alternativas. A continuación consideró que lo bueno para los vizcaínos era la noticia de la existencia de un Proyecto de reforma de la Compilación;

pero lo mejor para todos los vascos era la legislación simultánea, no necesariamente uniforme, del Parlamento Vasco para toda la Comunidad Autónoma (orientación de Navajas y del Departamento de Derecho Civil de la UPV-EHV), haciendo una lectura políticamente efectiva del art. 10.5 del Estatuto de Autonomía.

En cuanto al momento adecuado para la actividad legislativa, no es tan importante el posible retraso (justificado por la peculiar estructura institucional de la Comunidad y por la fragmentación jurídica a nivel de Derecho Privado) como el sentido en que se ejerza la competencia normativa. A este respecto las Compilaciones nos demuestran que la rapidez con que se elaboró la de Vizcaya determinó algunos errores y por contra la más lenta elaboración de la de Navarra dio mejores frutos.

El profesor Gil señaló que su propuesta para Guipúzcoa era distinta de la de Celaya. No se trata de buscar las posibles costumbres de Guipúzcoa para luego recopilarlas. La existencia de Derecho Foral en una determinada Comunidad Autónoma (el «allí donde existan») sirve al art. 149.1.8.^a CE como título para la atribución de la competencia legislativa en la materia, según las orientaciones mayoritarias en la Doctrina. Otra cosa es la conveniencia política del ejercicio de dicha competencia, y de las diversidades que en el uso de la misma se deban introducir en el Derecho Privado Vasco.

Para Gil esta orientación coincide con el pensamiento de Navajas, es decir, la idea de un Derecho Privado Vasco, que abordó desde distintas ópticas. A tal efecto analizó una serie de publicaciones en las que se plasma su concepción del Derecho Foral y del Derecho autonómico: la «*Semana de Derecho Foral*» (Bilbao-Guernica, 1979), el «*Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil*» (San Sebastián, 1982) las «*Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*» (San Sebastián, 1985), las «*VI Jornadas de Vizcaya ante el Siglo XXI: Actualización del Derecho civil vizcaíno*» (Bilbao, 1986), y el «*II Congreso Mundial Vasco: Los Derechos Históricos Vascos*» (Vitoria, 1987). Del examen de estas intervenciones se deducen las líneas maestras de su pensamiento: 1. La cuestión tiene un alto contenido político, ya desde los orígenes del problema en el Siglo pasado. 2. La reforma del Derecho de Vizcaya también afecta a Guipúzcoa y a todos los vascos en general. 3. La Comunidad Autónoma tiene competencia legislativa en materia de Fuentes del Derecho Civil Vasco. 4. La Constitución y el Estatuto de Autonomía suponen el paso del Derecho Foral al Derecho Civil Autonómico. Las posibilidades de legislar parecen claras, aunque otra cosa es que sea conveniente la existencia de diversidad de regímenes jurídicos, sobre todo patrimoniales.

A continuación intervino José Javier Hualde Sánchez. Comenzó su participación con unas palabras de homenaje personal y del Depar-

tamento de Derecho Civil a Alvaro Navajas, profesor de la Facultad de San Sebastián y que desarrolló en ella su labor investigadora, precisamente su Tesis Doctoral sobre el Derecho Guipuzcoano.

Pasó después a repasar las actividades de la Facultad de Derecho en relación con el Derecho Foral y con el Derecho de Guipúzcoa, para poner de manifiesto que la Facultad sí había trabajado en favor del Derecho Foral a pesar de su «juventud» (fue creada en 1968).

En cuanto a la perspectiva de futuro señaló la gran importancia que a su juicio merece el análisis del Congreso de Derecho Vasco de 1982, en el que participaron gran cantidad de juristas, tanto vascos, como de otros territorios del Estado y que se convocó con la finalidad de estudiar las bases para una reforma y actualización del Derecho Vasco.

En el mismo se puso de manifiesto la necesidad de abrir un debate sobre las opciones que se presentaban, y que eran dos: a) Legislar desde la perspectiva de un auténtico Derecho Civil Vasco. b) La subsistencia en la Comunidad Autónoma de un Derecho Foral. Pero se puede decir que los políticos aún hoy en día no han dado respuesta a este interrogante.

Enrique Rubio Torrano en una primera intervención muy breve señaló que tal vez no convenga esperar mucho tiempo para afrontar el Derecho Civil Vasco mediante un acto legislativo.

Una vez que hubieron intervenido todos los miembros de la mesa se abrió un debate entre ellos. Celaya manifestó que la tesis de Gil-Hualde constituía un planteamiento nuevo para él sobre el que habría que reflexionar, pero la Constitución tiene referencias históricas en el art. 149.1.8.^a y en la Disposición adicional 1.^a. Se mostró contrario a derogar de un plumazo las instituciones básicas del Derecho Vizcaíno y a la imposición de las mismas a otros territorios. Señaló, por fin, que la cuestión no parece preocuparles a los políticos.

A este respecto matizó Rubio que el interés de los políticos de Navarra deriva de la mayor cercanía entre éstos y los juristas y en concreto de la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos recogidos en la Compilación de 1973, todo lo cual impulsó la reforma de 1987.

Según manifestó Celaya la Comisión de juristas de Vizcaya había redactado un Proyecto foralista, pero es que en ningún momento se les indicó otra cosa a sus miembros.

Aclaró Gil que la posibilidad de que el Parlamento Vasco legislara en esta materia para todo el País Vasco no significaba que tuviera que ser de manera uniforme, ni imponiendo a otros territorios instituciones de la Compilación de Vizcaya y Alava. Además recalcó el peligro de los pasados, que podían suponer una limitación de las posibilidades en el futuro.

Por su parte Hualde afirmó que se plantea un problema de método: decidir si la Comunidad Autónoma del País Vasco como comuni-

dad política quiere un Derecho Civil propio o un Derecho Civil Foral. El debate se debe discutir y decidir por el Parlamento Vasco, pero los juristas pueden participar en el nivel científico. La reforma de la Compilación ya supone una opción dentro de un abanico de posibilidades y puede limitar el futuro.

A este opinión se adhirió Rubio, quien señaló la dificultad de presentar ante el conjunto de los ordenamientos jurídicos españoles primero una reforma de la Compilación vigente para Vizcaya y Alava, y después otras normas de Derecho Civil para Guipúzcoa o para todo el territorio de la Comunidad.

Celaya recalcó el problema de la rapidez en la aprobación de la reforma, el debate estaba abierto y consideró que sería positivo introducir un libro para Guipúzcoa.

Por su parte Gil recordó que su propuesta era la de una legislación simultánea pero no uniformadora, y subrayó además que no es necesario, por otro lado, comprobar y demostrar la existencia de determinadas costumbres, sino que el pasado, la Historia, aporta legitimidad para legislar e innovar en el ámbito de la Comunidad Autónoma. La elección de la orientación legislativa corresponde a los políticos, pero la opción como tal es insoslayable.

Desde el público intervino la profesora Clara I. Asua González, señalando la opción entre un Derecho Civil Vasco como Derecho «anecdótico» o como un auténtico sistema.

Reconoció Celaya que el principal problema era el de la extensión territorial del Derecho Foral; el arraigo del Derecho Civil impide una transformación importante del mismo. Sólo a través del principio de libertad civil puede venir la extensión del Derecho Foral, en concreto la troncalidad se ha limitado en el Proyecto.

A este respecto Hualde consideró que la legislación por el Parlamento Vasco no supone una «imposición», sino únicamente el ejercicio de la actividad legislativa como en otros campos.

Señaló Gil la posibilidad de legislar en ámbitos donde está ausente el carácter imperativo, como puede ser el del régimen económico matrimonial supletorio.

Se plantearon otras cuestiones relativas a la mutabilidad del régimen conyugal en relación con la Ley del 88; el punto de conexión para la aplicación de este régimen; la posibilidad de emplear las remisiones estáticas; la unidad o no del País Vasco en materia de Derecho Privado, lo que constituye una auténtica decisión política, con el inconveniente de la existencia de los Territorios Históricos. Gil señaló que los Códigos se entendían como «ruptura con el pasado y proyectos para un futuro mejor».

Con esta mesa redonda terminó la celebración de estas Jornadas, cuya próxima publicación correrá a cargo de la Sociedad de Estudios Vascos.

II JORNADAS DE ESTADIO DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA DEL PAÍS VASCO

San Sebastián, 11-14 de diciembre de 1990

Del 11 al 14 de diciembre de 1990 se celebraron en el Palacio de Miramar de San Sebastián las II Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco con la colaboración del Instituto Vasco de la Administración Pública.

De las interesantes ponencias que se expusieron, sólo va a ser objeto de nuestra atención la presentada por la Dra. Clara I. Asúa, profesora de Derecho Civil de la UPV-EHU. Ello se debe a que está íntimamente relacionada con el objeto de nuestro estudio: reseñar los últimos trabajos realizados en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre su Derecho privativo.

Su ponencia titulada «El Derecho Foral Privado y el Estatuto de Autonomía» estudia la problemática sobre el ámbito material y territorial de la competencia en materia civil de la CAV, a la luz del art. 10.5 EAPV.

A modo de introducción, y ya que el art. 10.5 EAPV trae causa del art. 149.1.8^a CE, hizo referencia a los interrogantes interpretativos que plantea este precepto.

En primer término, indicó que de la dicción de este artículo parece deducirse la consideración de que la CE adopta una postura que se ha dado en llamar foralista, pues, parece que sólo podrán asumir competencia en materia civil aquellas Comunidades Autónomas en las que exista lo que la CE denomina Derecho Civil Foral o Especial. Aunque esta previsión no afecta de forma directa a la Comunidad Autónoma del País Vasco, sí de forma indirecta, porque el hecho de que en esta Comunidad sólo estuviera en vigor en el momento de promulgación de la CE Derecho privativo en parte del territorio, ha llevado a que se mantengan posturas restrictivas sobre el ámbito territorial de la competencia en materia civil.

En lo relativo al ámbito material, y desde la perspectiva del art. 149.1.8.^a CE, señaló que la clave está en la interpretación de los términos «conservación, modificación y desarrollo» que han dado lugar a tres posturas a nivel teórico (de mínimos, intermedia y de máximos). En el campo práctico, constató que en todos los casos en que las Comunidades Autónomas han tratado de regular materias cuya relación con instituciones que existieran en su Derecho Civil propio pudiera ser discutible, se han interpuesto recursos de inconstitucionalidad (aún sin resolver). Esto, le lleva a pensar que la postura adoptada por el Poder Central se enmarca en la tendencia restrictiva o de mínimos que entiende que la actividad autonómica debe limitarse sólo a materias objeto de regulación en el momento de entrada en vigor de la CE.

A continuación, centró su exposición en el análisis e interpretación del art. 10.5 EAPV, sin olvidar su desarrollo práctico.

Dividió el estudio del precepto en dos partes. Respecto a la primera «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial», referida al ámbito material de la competencia, resaltó que el EAPV ha utilizado los mismos polémicos términos que la CE («conservar, modificar, desarrollar») y que la práctica parlamentaria no ha colaborado en su clarificación, porque el Parlamento Vasco sólo ha dictado una ley en el ejercicio de esta competencia (Ley 6/88, de 8 de marzo), que se mantiene dentro de los límites marcados por la posición más restrictiva en la interpretación del 149.1.8.^a CE.

Respecto al empleo de las palabras «derechos civiles forales o especiales» se planteó si por su significado histórico-tradicional, podría servir como base para argumentar que la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha alineado con las posturas más restrictivas. Aunque reconoció, que a su entender, el art. 10.5 EAPV no era un apoyo para una interpretación amplia del 149.1.8.^a CE, y no consideró que su empleo pudiera suponer una restricción, y aún menos, querida.

En la segunda parte del precepto: «[...] Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia» abordó la problemática del ámbito territorial, pero como cuestión íntimamente vinculada al ámbito material de la competencia.

Partiendo del dato de la diversidad legislativa del País Vasco, que afecta tanto a Vizcaya, Alava, como parece ser a Guipúzcoa, —si se entiende que a la entrada en vigor de la CE se atenían (en determinadas zonas) prácticas consuetudinarias frente al Código Civil— se planteó las posibles interpretaciones del inciso «Derecho propio de los Territorios Históricos que integran el país Vasco». Y ofreció tres posibles explicaciones a este texto:

- mostrar el propósito de que el Derecho Civil se aborde de forma diferenciada para cada territorio;
- garantizar que cada Territorio Histórico intervenga en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho privativo en él vigente, y
- describir una realidad presente y pasada de no uniformidad normativa, sin implicar una determinada línea de actuación.

En base a estos interrogantes, teorizó a continuación sobre las posibles líneas de actuación que ofrece el art. 10.5 EAPV:

1. Una opción sería la de abordar de forma separada las normas civiles vigentes en cada territorio. Señaló que los que han defendido esta postura, abogan también porque el protagonismo en la función de

conservación, modificación... corresponda a las Juntas Generales de cada territorio.

Respecto a esta cuestión, y a su juicio, la dicción del art. 10.5 EAPV no impone la intervención de estos órganos, y además, legalmente, sólo disponen de la iniciativa legislativa (art. 6 Ley de Territorios Históricos).

Criticó la postura de los que, en defensa de esta opción, proponen para las zonas donde no rige el Derecho privativo, una suerte de opción personal o municipal. Consideró más lógico, en cuanto que la opción la ejercerían los representantes del pueblo, una actualización legislativa uniforme para todo el territorio.

2. Ello le llevó a enunciar la segunda línea de actuación, que consistiría en que el Parlamento Vasco, ex art. 10.5 EAPV, legislara de forma general y uniforme para todo el territorio vasco.

Para valorar las posibilidad de seguir esta opción, fue analizando los posibles inconvenientes:

- La cuestión de si el Parlamento Vasco puede legislar para zonas donde no existía Derecho privativo, que ya abordó en la primera parte de la exposición.
- El problema de si la opción estatutaria «derecho propio de los territorios históricos» permite pensar en un único Derecho Civil vasco.

Respecto a esto, indicó que, a su entender, el art. 10.5 EAPV no impone una diversidad normativa en cada territorio sino que se limita a constatar una realidad de no uniformidad legislativa tanto presente como pasada. Realidad que, cree, no se debe magnificar, porque la inspiración o los principios del Derecho vigente en cada territorio parecen ser los mismos:

- La posibilidad de que la fórmula «conservación, modificación y desarrollo» sea un factor de imposición de ritmos distintos que impidan la uniformidad.

Señaló que la solución a este tema está dentro de la polémica general de cómo vinculará para el futuro el actual Derecho vigente, sobre la cual, se esperan los pronunciamientos del TC que clarifiquen la cuestión.

En todo caso, indicó, que en el País Vasco los términos «conservar, modificar y desarrollar» deben leerse conjuntamente con el inciso estatutario «fijación del ámbito territorial» y el constitucional «allí

donde existan». Y volviendo a la primera cuestión, el inciso «allí donde existan», se ha esgrimido para negar competencia al País Vasco sobre territorios donde no existía el Derecho propio. A su entender cabe una interpretación distinta del art. 149.1.8, desde la perspectiva de construcción de un Estado autonómico, como un precepto donde se perfilan las competencias de las Comunidades Autónomas. Así el «allí donde existan» podría venir referido a la Comunidad, no al territorio actual de vigencia. Esta línea se podría reforzar con la mención estatutaria de fijación del ámbito territorial de vigencia e incluso se podría apelar a la Disposición Adicional 1.^a de la CE.

Como recapitulación, aludió a que esta problemática no es sólo de interpretación jurídica, sino que en este momento es una cuestión principalmente política. Por ello, subrayó la necesidad de un pronunciamiento político concreto sobre si se desea legislar o no para todo el territorio, y sobre si esta legislación se diversifica para cada territorio o no.

Reflejó, por último, su postura de temor si no se optara por legislar de forma general para toda la Comunidad, porque ello iría en detrimento del Derecho privativo, que tendría que convivir con un Derecho Estatal vigente en las zonas más vitales desde un punto de vista social, económico y cultural. Aunque reconoció que las dos líneas de actuación expuestas podrían ser sucesivas, consideró, que los propios hechos (que la única actividad sea la iniciativa legislativa mediante una proposición de ley de las Juntas Generales de Vizcaya y que en ella se mantenga la diversidad legislativa) convierten esta posibilidad en incierta. Además la ampliación posterior del ámbito territorial, podría valorarse como una imposición del Derecho Vizcaíno a los demás territorios.

D. Luis Carlos Martín Osante, profesor de la UPV-EHU presentó una comunicación a esta ponencia que lleva por título *«El tribunal Superior de Justicia y el Derecho Civil Vasco. (El recurso de casación por infracción del Derecho Civil, Foral o Especial de la Comunidad Autónoma del País Vasco).»*

En esta comunicación se aborda la problemática surgida con la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de la máxima competencia jurisdiccional en materia de Derecho Civil Foral o Especial, mediante el recurso de casación. Se estudia en primer lugar y de forma somera, el proceso de creación de los Tribunales Superiores, así como la delimitación de sus competencias. También se aborda el recurso de casación como tal, su concepto, objeto y finalidad.

Después de estos capítulos introductorios se pasa al análisis del tema central. Se delimita el concepto de «Derecho Civil, Foral o Especial Vasco» a efectos del recurso de casación, entendiéndose por tal todo aquél que haya sido dictado por un órgano de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en el que su contenido material sea Dere-

cho Civil; a lo que habría que añadir la propia Compilación de Vizcaya y Alava y el Derecho consuetudinario existente en la materia. Además para que un recurso de casación llegue al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es necesario que en dicho recurso se denuncie la infracción de este ordenamiento [art. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial].

Posteriormente se analiza la delimitación competencial operada en esta materia para los casos en que se deba aplicar en un mismo asunto el Derecho Civil Foral y el Derecho Civil Común. La solución viene dada por el art. 54.1 a) de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988, que atribuye al Tribunal Superior de Justicia los recursos en que se alegue la infracción conjunta del Derecho Civil Vasco y del Derecho Común, salvo el caso en que alegue infracción de las normas constitucionales. Más problemas presenta el tema de las normas procesales, no previstas expresamente en la Ley de Demarcación y Planta y en las que el comunicante distingue varios supuestos.

Por último se analiza el valor de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. Se dice que las sentencias de este Tribunal tienen todo el valor de Jurisprudencia en sentido propio, tanto a efectos del art. 1.6 Código Civil como del art. 1692 5.º LEC. La Jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo con anterioridad a la creación del Tribunal Vasco mantiene su valor, aunque puede ser modificada por éste. Se estudia también el tema de las sentencias dictadas en casación respecto de materias que no son propiamente competencia del Tribunal en cuestión, y, por último, con sentido de interrogación, el problema que se plantea respecto a la unificación de la Jurisprudencia y las diversas soluciones que se han apuntado en la Doctrina.

JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE INSTITUCIONES CIVILES VASCAS

Bilbao, 20-23 febrero 1991

1. INTRODUCCION

Los días 20, 21, 22 y 23 de febrero se celebraron en Bilbao «Las Jornadas Internacionales sobre instituciones civiles vascas», organizadas por la Universidad de Deusto con la colaboración de la Diputación Foral de Vizcaya.

El esquema de trabajo se configuró dedicando cada jornada al estudio de uno de los puntos básicos del Derecho Foral Vasco: «*Propiedad Troncal y Patrimonio familiar*», «*Libertad de Testar y Derecho Sucesorio*» y «*Régimen económico matrimonial y Comunicación de bienes*».

En los tres días se siguió la misma estructura; en las sesiones de mañana se expusieron tres ponencias relativas al tema propuesto y

en las sesiones de tarde se formaron mesas redondas compuestas por miembros de la «Comisión Especial sobre Derecho Civil Foral Especial» que dieron publicidad del contenido del PFCV en cada materia.

A las Jornadas comparecieron más de doscientas personas del ámbito político-profesional y universitario y se presentaron diez comunicaciones (1).

Aunque la apertura oficial de las jornadas tuvo lugar el miércoles, día 20; en la tarde del día 19 se ofreció a los congresistas una recepción en el Palacio de la Diputación Foral. Tras la presentación, a cargo de D. Ricardo de Angel Yagüez (Catedrático de la Universidad de Deusto y Presidente de la Comisión Científica de las Jornadas) y el saludo del Excmo. Sr. D. José Alberto Pradera Jaúregui, se dio paso a un animado lunch.

La sesión solemne inaugural tuvo lugar la mañana del miércoles día 20. Fue presidida por el Lehendakari Excmo. Sr. D. Antonio Ardanza. Junto a él, integraban la mesa: El Diputado General de Vizcaya, Excmo. Sr. D. José Alberto Pradera; el Diputado a la Presidencia Sr. D. Ignacio Etxeberria, el Alcalde de Bilbao Excmo. Sr. D. Jesús M.º Duñabeitia, el Excmo. y Mgco. Rector de la Universidad de Deusto Dr. Jesús Eguiluz y el Notario D. José M.º Arriola. Tras unas palabras de saludo a cargo del Excmo. Sr. D. Jesús Eguiluz, fueron presentadas las Jornadas por D. José M.º Arriola.

A continuación, el Excmo. Sr. D. José A. Aranza realizó una alocución sobre la trascendencia del objeto de estas jornadas y las inauguró oficialmente.

-
- (1) Las comunicaciones presentadas fueron las siguientes:
- «Apuntes sobre la evolución positiva del Derecho Sucesorio Vizcaíno» por D. Gonzalo Aizpurua Ondaro.
 - «La investigación en archivos en Derecho Civil Foral Vasco», por D. Alberto Alday Garay.
 - «Derecho de Saca Foral» por D. Lorenzo Goikoetxea Oleaga.
 - «La Ley 11/1990 y su incidencia discriminatoria en el régimen de vecindad civil y en los conflictos de leyes internas», por el Sr. José Luis Iriarte Angel.
 - «Algunas consideraciones sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas contenidas en las compilaciones forales», por D. Santiago Larrazábal Basáñez.
 - «Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Derecho Vizcaíno», por Dña. Covadonga Martínez de Bedoya Buxens.
 - «Algunos comentarios sobre la naturaleza de la sucesión troncal vizcaína», por D. Eusebio Pérez Mayo.
 - «La lengua vasca y el Fuero Civil de Bizkaia y Araba», por D. Andrés Urrutia.
 - «La actuación sustantiva y terminológica del ordenamiento civil foral vasco al principio de igualdad entre hombre y mujer», por Dña. Elisabete Bizkarralegorria Otazua.
 - «Sobre la libertad civil», por Dña. Virginia Arias López.

2. MIERCOLES DIA 20

La primera jornada de trabajo, celebrada el miércoles día 20 de febrero, estuvo dedicada al tema «*Propiedad Troncal y patrimonio familiar*».

Comenzó la sesión el profesor Dr. Wolfgang Winkler, de la Universidad de Göttingen, con la ponencia titulada: «*El Derecho Sucesorio Agrario en Alemania*». Sus primeras palabras fueron para señalar que, así como en el Derecho Foral Vasco perduran instituciones peculiares de Derecho familiar y sucesorio, también en otros países europeos, y en concreto en Alemania, existen Derechos sucesorios especiales contrapuestos en sus principios al Derecho Civil Común. De entre ellos, destacó como objeto central de su exposición al Derecho sucesorio agrario.

En primer término hizo referencia a las funciones que ha venido a cumplir este derecho ante al inadecuación del derecho común. A su juicio, con esta normativa se ha pretendido principalmente evitar la división de las explotaciones agrarias en unidades económicas inviables o su excesivo endeudamiento en caso de fallecimiento de su titular. Pero además este derecho también puede servir como instrumento que asegure la atribución de la explotación al heredero más adecuado, e incluso, desde un punto de vista tal vez más ambicioso, como medida de política agraria para mantener el destino agrícola de las tierras.

A continuación, y con base en las variadas fuentes del Derecho sucesorio agrario Alemán (Leyes federales, Leyes propias de cada Estado federado, normativas locales...), realizó un esquema general sobre las técnicas y temas puntuales que han tenido que regular los diversos legisladores.

1. Respecto a las medidas que se han tomado para dar cumplimiento al fin principal de conservar la integridad de las explotaciones, destacó su diversidad. Algunas normativas han creado un Derecho especial de sucesión que directamente atribuye la explotación a un heredero. En otras, primero se constituye una comunidad hereditaria atendiendo a las normas de Derecho Común, para después posibilitar la asignación de la explotación a un sólo heredero a través de la adjudicación del Tribunal Agrario o del reconocimiento de un derecho de adquisición en favor de uno de los herederos, que será determinado por criterios legales o por la voluntad del testador.
2. En lo relativo al campo de aplicación del Derecho Especial, todas las leyes exigen que ha de tratarse de explotaciones agrarias, pero definen este concepto de forma distinta. Las más flexibles requieren que pertenezca a un sólo titular y que su producción sea suficiente para mantener una familia. Y

otras, en cambio, establecen unos límites mínimos de superficie o de valor productivo. En algunas normativas, además de este requisito material, es necesario la declaración del propietario y la inscripción de la finca en un Registro especial.

3. En cuanto a los criterios de selección del único sucesor, en la mayoría de las normativas, rige el principio general de adecuada aptitud del heredero para asumir la dirección de la explotación. Principio, que afecta tanto a la sucesión legal —donde se determina el heredero dentro de cada orden sucesorio en base a los criterios de profesionalidad o colaboración anterior— como a la sucesión voluntaria —donde se limita la libre voluntad del testador exigiendo que el heredero elegido esté capacitado económico.
4. Por último, en lo referente al derecho de compensación de los demás herederos, todas las normativas fijan la cuota según las normas del Derecho Común, pero la tasación de la explotación la realizan según su valor productivo o catastral. Además, en la mayoría de los Estados se ha facultado al Tribunal Agrario para que conceda aplazamientos del pago, e incluso, en alguna ley, se le ha permitido reducir las cuantías comunes. También se ha previsto que en casos de enajenación de la explotación en un determinado plazo desde su atribución [10-15-20 años], se pague una compensación suplementaria a los coherederos.

Como cuestión final, el ponente aludió a la posible existencia de un principio de vinculación familiar de las explotaciones agrícolas, para concluir señalando que en Derecho Alemán no hay una vinculación familiar de la tierra que pueda corresponderse con la troncalidad, únicamente pueden encontrarse algunas normas, y no especialmente importantes, en el Derecho sucesorio agrario. Son normas que afectan al campo de la sucesión legal y que tratan, en cierto modo, de asegurar la vinculación de las explotaciones agrarias a las familias campesinas.

La segunda ponencia titulada «*Propiedad troncal y patrimonio Familiar*» fue expuesta por el foralista D. Jesús Delgado Echeverría Catedrático del Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza.

Con unas palabras preliminares, señaló que su exposición, cuyo tema principal versaba sobre la troncalidad, iba a consistir más en un análisis de futuro que en un estudio histórico-positivo de la institución.

Consideró premisa fundamental para comprender y proyectar el futuro del Derecho Vizcaíno la distinción entre dos realidades distintas e independientes que han confluido bajo el mismo término: troncalidad.

A su juicio, desde la tesis de Chalbaud, inspirada en los estudios sociológicos de Le Play, en la Doctrina foralista vizcaína el término troncalidad ha tenido un doble y ambiguo significado. Ante ello, señaló la necesidad de diferenciar *la troncalidad como principio de derecho sucesorio*; (como regla propia de la sucesión abiente testamento por la cual en defecto de descendientes heredan ciertos bienes los ascendentes o colaterales relacionados con algún parente del causante de quién este adquirió el inmueble) *de la troncalidad referente a la familia souche o troncal*, (a un tipo de estructura familiar vinculada a la casa, donde es costumbre elegir en cada generación a un heredero continuador en la dirección del patrimonio).

Respecto a las relaciones entre ambos conceptos, defendió su independencia. Para el ponente la sucesión troncal, —tanto si se sigue el concepto estricto de Braga de Cruz, como si se incluye en ella lo que este autor denominaba instituciones afines (reversión, reservas, retracto familiar)— es un conjunto de instrumentos que pueden existir aunque no haya familia troncal, y ninguno ni todos son suficientes para que ésta exista. A su entender, los principales medios de perpetuación de la familia troncal son los propios de la sucesión voluntaria: donación, testamento, pacto sucesorio... en el reconocimiento de una amplia libertad de testar, no los de la sucesión troncal. Además mientras la familia troncal no puede perdurar en un sistema legitimario, la sucesión troncal si puede coexistir con él.

A continuación se refirió a los caracteres peculiares de la troncalidad vizcaína. No consideró exclusivo de Vizcaya ni la sucesión troncal, ni el llamado derecho de saca ni la existencia de familias troncales. Para él, lo específico del Derecho Vizcaíno es la extensión de la sucesión troncal a los descendientes. Cree que la razón que ha llevado a los foralistas vizcaínos a crear un lazo de unión entre sucesión troncal y familia troncal es el haber entendido que la transmisión del caseño a un hijo se produce a través de la troncalidad, de la reserva o legítima troncal.

El profesor Delgado Echeverría no estuvo de acuerdo con esta idea y alegó que ya antes de la extensión de la sucesión troncal, la familia troncal se perpetuaba, y concretamente lo hacía, a través del reconocimiento de una amplia libertad de disposición *mortis causa*, no a través de la troncalidad.

En lo que podíamos llamar segunda parte de su ponencia, centrada en el futuro de esta institución, expuso como introducción, las dos posiciones que han defendido los foralistas clásicos sobre esta cuestión:

1. La tesis de Chalbaud que, inspiradora del Congreso de Oñate de 1918, proponía la extensión de la troncalidad a objetos, incluso no inmuebles, distintos de la tierra agrícola (Proyecto

- que fue calificado por el ponente de inviable tanto entonces como ahora).
2. La tendencia propugnada por Balparda que pretendía que la troncalidad (sucesión troncal y retracto) debía de aplicarse allí donde existieran familias troncales.

Delgado Echevarría dijo encontrar en las palabras de Balparda una preocupación por la necesidad de una legislación específicamente agraria. A su juicio, esta es la posición hoy en día más adecuada, y por eso propuso una reconducción agrarista del principio de troncalidad que llevaría a la creación de normas distintas a las acutales. Para ello enumeró algunas posibles modificaciones:

- a) Centrar la nueva normativa, como en el actual contexto europeo, en el concepto de explotación agraria familiar concebido como medio de vida principal de la familia donde el titular y su familia desarrollan la actividad agrícola con apenas mano de obra asalariada.
- b) Conservar los medios (de la sucesión voluntaria) que ofrece el Derecho Foral: pacto sucesorio de institución de heredero, testamento mancomunado, legítimas individuales simbólicas... para mantener la integridad de las explotaciones en caso de muerte de su titular y crear normas especiales que cumplan igual finalidad para la sucesión intestada.
- c) Crear un derecho de adquisición preferente, a imagen del troncal a favor de la Comunidad Autónoma, Municipios o Diputaciones, cuya finalidad podría ser la conservación del destino agrícola de las fincas rústicas y el acceso de los agricultores profesionales a la adquisición de las explotaciones.

Concluyó su exposición sugiriendo e incluso animando a la construcción de un Derecho Agrario Vasco que, comprendiendo las instituciones civiles (legítimas, contratos sucesorios, testamento mancomunado, derechos de adquisición preferente...), se inspirara en la tradición jurídica de los territorios históricos en lo conveniente. Señaló, que podría formularse un Derecho para todo el País Vasco a través de la utilización cumulativa de los títulos competenciales de Derecho Civil Foral y Derecho Agrario.

Dijo que esta legislación sería compatible con la existencia de un Fuero Civil de Vizcaya, aunque al final insinuó que podría ser un camino hacia la formación de una Derecho Civil Vasco, formulado por y para todos los vascos.

La jornada matinal finalizó con la presentación de la tercera ponencia titulada «*Propiedad troncal y patrimonio familiar: la troncalidad en Bizkaia*» a cargo del foralista vizcaíno D. Adrián Celaya Ibarra.

Su exposición consistió, con un enfoque claramente diferente al del anterior ponente, en un breve análisis histórico positivo del principio de troncalidad.

Con sus primeras palabras destacó la importancia que tiene esta institución en el Derecho Vizcaíno. La troncalidad entendida como propiedad familiar, como vinculación de unos bienes a la familia, ha inspirado en mayor o menor grado todas las instituciones peculiares de Vizcaya. Puso de manifiesto que en virtud de este principio los bienes quedan divididos en troncales y no troncales y en base a esta distinción se les somete a un régimen jurídico bien diferenciado. Así, sobre los bienes de naturaleza troncal pesan un serie de limitaciones respecto a los actos de disposición, con el fin de que permanezcan en la familia.

El ponente señaló que el campo de aplicación de este principio en Vizcaya es muy amplio, se manifiesta tanto en la sucesión testada como la intestada, en las donaciones, en toda enajenación inter-vivos e incluso en el régimen de bienes del matrimonio. Afecta a todo acto de disposición a la propiedad familiar.

El profesor Celaya, rebatiendo las críticas que otros autores no vizcaínos han realizado contra la extensión del principio troncal, defendió la tesis de Chalbaud que incluye dentro de la troncalidad todas aquellas instituciones que tratan de evitar la salida de los bienes troncales de la familia. Como la mayor parte de la Doctrina vizcaína, sigue una concepción de la familia troncal, donde existe una fuerte vinculación entre la propiedad y el grupo familiar.

A continuación, y para justificar la singularidad con que se ha configurado esta institución en Vizcaya, realizó un análisis de la evolución histórica de esta figura a través de los textos positivos: Fuero de Durango, Fuero de 1452 (donde se introduce la polémica Ley 14 del Título XX que interpretada por la Doctrina vizcaína lleva a la extensión de la troncalidad a la sucesión de los descendientes), Fuero de las Encartaciones, Fuero de 1526 (que introduce la legítima o reserva troncal de cuatro quintos) y la Compilación de 1959 (que aunque formula el principio troncal en los límites del Fuero de 1526 hace determinaciones más precisas: delimitación de los bienes raíces y parientes tronqueros).

Acto seguido, expuso los caracteres peculiares de la troncalidad vizcaína en la actualidad. En lo referente a su objeto, el principio troncal en Vizcaya sólo afecta a los bienes inmuebles (a diferencia del Derecho Aragonés actual) y no distingue entre los bienes por el número de generaciones que los han poseído, tal y como ocurre en Navarra y Aragón. En el plano personal, la troncalidad vizcaína no posterga en ningún caso a los ascendientes (sí en Navarra o Aragón) y considera parientes tronqueros a los descendientes, característica peculiar no establecida en ninguna legislación. Pero tal vez la nota más propia del principio troncal en Vizcaya sea su extensión, ya que no es una simple

regla que afecta a la sucesión intestada sino que es un principio que limita la facultad de disponer del titular de bienes troncales en todos los ámbitos. Para Celaya es un derecho de carácter familiar.

Por último, destacó el sentido de la troncalidad hoy en día como institución que ha puesto de manifiesto el carácter familiar de la propiedad, ha contribuido a la estabilidad de la familia y del caserío vasco y ha evitado la desintegración de la tierra en unidades de cultivo inviables. Sugirió, como conclusión final, que esta institución puede servir como medio de aseguramiento del pequeño patrimonio (en la línea de la Ley sobre el Estatuto de la propiedad familiar agraria y de los agricultores jóvenes del 24 de diciembre de 1981) y de acercamiento entre los conceptos propiedad y posesión para proteger tanto al propietario de la tierra como al que la trabaja y cultiva.

La sesión de tarde se inició con la correspondiente mesa redonda sobre el tema propuesto para la primera jornada.

D. Adrián Celaya, ex magistrado y profesor de la Universidad de Deusto, se refirió a *los principios generales y al elemento real de la troncalidad* en el PFCV.

Destacó la trascendencia de la afirmación que se ha incluido en el nuevo texto «la propiedad de los bienes raíces en troncal», como justificación del carácter territorial de la institución. También consideró positivo que se haya enunciado la finalidad de la troncalidad: «proteger el carácter familiar del patrimonio» y que se haya configurado su contenido como una limitación a la facultad de disposición sobre bienes raíces (art. 17 PFCV).

En lo relativo al elemento real señaló que en PFCV a diferencia de la Compilación queda claramente delimitado el concepto de bien raíz, sin acudir a remisiones al Código Civil (art. 10 PFCV).

La segunda intervención correspondió al notario José María Arriola que expresó las modificaciones realizadas respecto al *elemento personal de la troncalidad*. Destacó en primer término lo calamitoso que ha sido la Jurisprudencia en esta cuestión, porque ha venido exigiendo para que se aplique la troncalidad no sólo que el bien raíz radique en territorio aforado, sino también, que tanto el sujeto activo, como el pasivo, fueran vizcaínos aforados (STS 10-X-60, 6-III-65, 30-XI-77). Indicó que conforme a la nueva regulación es preciso distinguir entre:

a) Sujeto activo y sujeto pasivo: en este caso, la troncalidad será aplicable en las relaciones (actos de disposición) donde uno de los sujetos (activo o pasivo) sea vizcaíno, aforado o no. Basta que uno de ellos tenga su vecindad civil en Vizcaya (art. 23 PFCV).

En este mismo precepto como prevención para evitar fraudes, se establece que la pérdida de vecindad vizcaína no supone restricción de los derechos y deberes derivados de esta institución.

b) Parientes tronqueros: su cualidad es indiferente de su vecindad civil. Respecto a quiénes son parientes tronqueros, no ha habido

modificación, excepto en lo relativo a la no discriminación entre descendientes matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos que ya se había apuntado con la Ley 6/88, de 8 de marzo, aunque sólo respecto a los matrimoniales y no matrimoniales.

Por último, destacó que la prioridad entre los parientes tronqueros es por líneas troncales, no por grados, lo que posibilita optar por un pariente de la misma línea pero de grado más lejano. Esta regla general se aplica en todas las manifestaciones troncales, exceptuando el derecho de saca.

Para concluir su exposición hizo una breve referencia a las sanciones previstas en aquellos casos en que se incumplan las limitaciones propias de la troncalidad:

- En actos a título gratuito: nulidad absoluta art. 24 PFCV.
- En actos a título oneroso: anulabilidad art. 123 PFCV.
- En actos de liquidación de la comunicación foral: ineficacia similar a la rescisión.

El último en intervenir fue el abogado Eduardo Barreda que expuso las modificaciones que el PFCV ha introducido en la regulación del *Derecho de saca*.

Se refirió principalmente a dos preceptos:

- Al art. 114, que ha limitado el campo de aplicación de este derecho, excluyendo su ejercicio sobre fincas que radiquen en suelo urbano o que deba ser urbanizado según el Plan vigente.
- Y al art. 126, en el se protege al arrendatario. Por vez primera, se faculta a los arrendatarios de fincas cuyo contrato tenga más de cuarenta años de vigencia para ejercitar el derecho de saca, teniendo preferencia sobre los tronqueros colaterales. También se prevé que en el supuesto de que les sean transmitidas las fincas en virtud de un derecho de acceso a la propiedad, éste será preferentemente frente a cualquier derecho de los parientes tronqueros.

Concluida la exposición de las principales reformas que ha operado el PFCV en el tema de la troncalidad, se dio por finalizada la primera jornada de trabajo.

3. JUEVES DÍA 21

La segunda jornada, el jueves día 21, estuvo dedicada a «*La Libertad Civil y Derecho Sucesorio*».

Correspondió la primera exposición al profesor Gareth Miller, de la Universidad de East Anglia, con la ponencia «*Libertad de testar en el Common Law*».

Sus primeras palabras introductorias fueron para destacar, como principio rector del Derecho sucesorio del *Common Law*, la libertad de disposición *mortis causa*. Esta plena libertad ha sufrido sucesivas reformas que la han ido restringiendo en conexión con las modificaciones que también se han efectuado en el campo de las relaciones económicas entre los cónyuges, donde sigue como principio general «la separación de la propiedad».

En esta evolución distinguió tres etapas:

- I. La primera que abarca hasta 1938 y se caracteriza por una plena libertad de testar, no limitada en pro del interés familiar.

Entre los cónyuges rige desde 1882 la separación de bienes, y a menos que manifiesten expresamente lo contrario cada uno puede libremente disponer de sus bienes tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

- II. La segunda etapa se inicia con la promulgación del Acta de Provisión de herencias de 1938. En ella se reconoce a determinados parientes del fallecido (el cónyuge e hijos) la posibilidad de pedir al Tribunal una provisión económica de manutención sobre los bienes del fallecido. Esta provisión sólo es otorgada por el Tribunal cuando a estas personas no se les había dejado en el testamento medios bastantes para su mantenimiento.

En el campo de las relaciones económicas entre los cónyuges, en caso de disolución del matrimonio por divorcio también se reconoce derecho al cónyuge para una provisión económica por manutención.

A partir de 1950, en muchos casos de ruptura del matrimonio, la mujer pretende una participación en el patrimonio familiar. Esto lleva a que en 1973 se reformulen los poderes del Tribunal de Divorcio, que además de poder dotar al cónyuge con una provisión para su mantenimiento, podrá ampliarla en consideración a su contribución a la familia.

Esta práctica, creaba un diferente tratamiento del cónyuge divorciado y del supérstite, que fue tomado en consideración para la reforma del Acta de Herencia.

- III. En 1975 se dicta una nueva Acta de Herencia «Provisión para la familia y los dependientes».

En ella, se hace una distinción entre dos grupos de dependientes: por una parte, los que pueden pedir al Tribunal una provisión económica sólo en concepto de manutención (hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, hijastros o incluso personas que sin relación de parentesco dependan del fallecido económicamente...) y por otra, el cónyuge supérstite, que además de la provisión de manuteni-

miento puede solicitar una cantidad discrecional de los bienes propiedad del fallecido.

La dificultad estriba en la fijación de esta cantidad. Para ello, el Acta establece algunos de los factores que el Tribunal ha de tener presentes: bienes y deudas del solicitante y demás beneficiarios del testamento, tamaño y naturaleza del caudal hereditario, edad del solicitante y duración de su matrimonio, su contribución al bienestar de la familia, provisión que el solicitante hubiera obtenido en esa fecha en caso de divorcio...

El ponente, tras descubrir esta evolución, valoró positivamente el sistema actual «de discrecional provisión familiar *mortis causa*», considerando muy ventajosa la posibilidad que se otorga a los Tribunales de ajustar las provisiones a las circunstancias concretas en cada caso.

Por último, aludió a otros países, como USA, donde a diferencia del Derecho Inglés, la libertad de disposición se ve limitada por unos derechos rígidos, por una cuota fija en beneficio del cónyuge supérstite... Ello, evita la situación de incertidumbre que en el Derecho Inglés pesa sobre los familiares del causante hasta la resolución judicial, pero impide que puedan tratarse de forma diferente situaciones distintas.

Terminó su ponencia constatando que estas limitaciones al poder de testa en los países del *Common Law* no tienen como finalidad proteger a la familia o preservar la propiedad en su seno. Señaló, que esto tal vez se deba al individualismo inglés, inherente en el sistema de separación de la propiedad y en la concepción de la familia.

La segunda ponencia titulada «*Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)*» estuvo a cargo del Catedrático de la Universidad Computense, Joaquín Rams Albesa.

Como bien señaló desde el principio en su ponencia centró la problemática de la libertad de testar en conexión con otros elementos institucionales del Derecho Civil (libertad civil, estructura familiar en relación al patrimonio familiar, posesión del cónyuge viudo en la sucesión...) con los que por su contenido formal y material tiene puntos de referencia.

En la primera parte de su exposición, aludió a la libertad civil; de la que es manifestación la libertad de testar. Esta libertad civil, es entendida en los territorios de Derecho Foral, como una convicción de todos los individuos de que la voluntad libre e individual es elemento suficiente para autoregular la conducta social y jurídica. Bajo este prisma, se ha entendido «que las normas de Derecho Privado sólo obligan en cuanto son dictadas por quien tiene potestad y en cuanto su contenido material es acorde a los valores éticos que la sociedad entiende que deben ser respetados.»

El profesor Rams Albesa señaló, que esta concepción de la libertad civil es proporcionada a la estructura social propia de los territo-

rios forales. En ellos, prima una concepción de la familia que trasciende de la singularidad de los miembros que la componen. Esta familia, vinculada a la realidad patrimonial que la sustenta, da lugar a la creación de una institución mixta: la casa o el caserío.

Rechazó alguna de las alegaciones que se han hecho frente a este entramado institucional. Así, no consideró que estas instituciones constituyeran derechos de clase o cumplieran las funciones propias de los mayorazgos. Tampoco compartió la tesis de que este esquema socio-económico sólo fuera propio y exclusivo de las familias rurales.

Indicó que varios han sido los factores, y entre ellos, «el mantenimiento de patrimonios medios y el arraigado subjetivismo en el ejercicio personal en la vivencia social del Derecho Privado», que han dado lugar a una determinada concepción de la familia y la propiedad, a una configuración pactista de la economía matrimonial y a un mantenimiento de la libertad de testar como garantía a la conservación de estos patrimonios.

A continuación se refirió a la libertad de testar, como una manifestación de la libertad civil, que posibilita el mantenimiento del patrimonio como base económica de preservar la familia, pero no la impone.

Como consecuencia del sentido finalista de la libertad de testar, en los Derechos Forales, no rige el personalismo testamentario propio de los Derechos Civiles configurados tras la codificación. En ellos, las formas testamentarias son medios que posibilitan la racionalización a la hora de elegir sucesor, permiten que éste sea elegido en el momento en que puedan conocerse sus dotes, su capacidad...

Ello, también está relacionado con la concepción de la sucesión. El heredero no sólo es un sucesor en la realidad patrimonial, sino que es un continuador de la personalidad y de las funciones que tenía el anterior jefe de la familia en la casa.

Respecto al origen de la libertad de testar, manifestó que parece que ésta no se implantó en los territorios forales hasta el s. XII. Antes, el sistema se basaba en una propiedad familiar común conectada a un reconocimiento de fuertes derechos sucesorios en favor de todos los hijos, que posteriormente dieron lugar al establecimiento de las legítimas largas.

En lo referente a la relación entre legítimas y libertad de testar, el ponente indicó que las legítimas forales, en algunos territorios sólo formales, y en otros colectivas, no suponen grandes trabas a la libertad de testar, pero la encaminan hacia el fin de preservar los patrimonios familiares.

Por último, se refirió a los usufructos viudales como una institución que, además de mantener la seguridad económica del cónyuge supérstite, ha contribuido a conservar las tradiciones domésticas.

En la parte final de su ponencia hizo referencia a la preocupación que hoy manifiestan los estudiosos del Derecho sobre el futuro de

estos sistemas de economía familiar, sobre todo ante las actuales condiciones económicas y sociales y la crisis de la concepción y función social del ente familiar. Consideró que el intento del Derecho Civil Agrario de exportar estas instituciones forales a formas de vida y familia creadas al margen de sus tradiciones, llevará a su inaceptación.

La última intervención en la mañana correspondió al Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, Don Agustín Luna Serrano. Presentó la ponencia titulada *«Proyecciones de la libertad de testar»*.

En primer término señaló, como bien ya expresa el título de su exposición, que ésta iba a centrarse en buscar el posible sentido que pueden cobrar las instituciones forales, y en concreto la libertad de testar, en una realidad social y económica como la actual.

Partió de la premisa de que estas instituciones, y principalmente la libertad de testar, pueden presentar alcances distintos según el contexto social a que vengan referidas. Así creyó necesario tener presente las profundas diferencias que existen entre la familia campesina o rural, la familia cuya subsistencia se basa en un patrimonio industrial o comercial y las familias nucleares urbanas cuya fuente de ingresos dimana generalmente del sector terciario.

En base a esta distinción, propuso «una modulación del entramado disciplinar sobre el que se articula la libertad de testar en relación a los diferentes intereses que afloran en cada sector». De esta forma su ponencia quedó estructurada en tres partes, cada cual referida a los problemas sucesorios de un sector económico-social.

I) Sucesión Agraria:

A su juicio, los intereses de las familias rurales convergen en una misma finalidad: la conservación de la explotación agraria familiar. Señaló que ésta ha sido la preocupación del legislador y no sólo en los territorios forales sino también en la normativa estatal (véase Ley 49/1981 del 24 de Diciembre).

En lo referente al Derecho Vizcaíno manifestó que, también se ha logrado esta finalidad a través de sus preceptos tradicionales referidos a la troncalidad, a las legítimas... Sin embargo, consideró demasiado drástica la figura del apartamento y abogó hacia una combinación entre el principio de elección de sucesor único y la atribución de cuotas a los herederos forzados que pudieran liquidarse en dinero y con posibilidades de aplazamiento. Por último valoró positivamente la modificación del PFCV en lo relativo a la posición del cónyuge viudo, (cuota legitimaria de usufructo y posibilidad de usufructo universal) al entender, que ello favorece a la conservación, al menos temporal, de la explotación.

II. Sucesión de la explotación industrial:

Señaló que para los titulares de este tipo de patrimonios también es interesante mantener en la sucesión *mortis causa* la coherencia

integral de las explotaciones, finalidad que no se consigue si no hay otros bienes para abonar su cuota a los legitimarios.

En lo relativo a Vizcaya, indicó que generalmente, atendiendo a la normativa de la Compilación, en los territorios donde existen patrimonio industriales o comerciales, no rige el Derecho Especial.

Aunque el art. 1.056.2 Cc. podría atender al fin de conservación, la no previsión de un aplazamiento en el pago de las legítimas conduce a los testadores, sin otros medios económicos, a la división o al excesivo endeudamiento de la explotación. Apuntó, que tal vez, con la reforma del ámbito territorial de vigencia del Derecho Vizcaíno (arts. 6, 7 y 10 PFCV), muchos patrimonios industriales podrían quedar sujetos al Derecho Especial, y de este modo no tendrían problemas para alcanzar el deseado fin. Pero frente a esta posibilidad, alegó, que, probablemente, el mundo industrial con un menor sentido comunitario y una menor sensibilidad por soluciones tradicionales, rechazaría el mecanismo de atribuir a un sólo sucesor la explotación en detrimento de los demás. Así, en la práctica, suelen buscar otros medios, como la creación de sociedades familiares, que conduzcan a esta finalidad.

III) El Testamento Urbano

Respecto a la familia urbana, constató que sociológicamente tiende, con el paso del tiempo, a reconstituirse en su núcleo inicial, (la pareja); lo que conduce, junto a otros factores, a que en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro precise más medios de subsistencia. Como consecuencia de ello, dijo haber apreciado una tendencia a realizar testamentos que favorezcan en todo lo posible al cónyuge supérstite.

No consideró apropiados para este fin, los actuales sistemas legitimarios, incluidos los forales. Por ello, animó para que se creara en todos los ámbitos, una legislación semejante a la catalana (legítima corta, flexible y liquidable en dinero) que posibilite reforzar la posición del viudo (incluso como heredero universal, mediante el pago de la legítima por medio de legados).

Como conclusión, insistió en la necesidad de adaptar la libertad de testar a la realidad social cambiante, estableciendo instituciones de tal flexibilidad que se acomoden a las distintas situaciones sociales. Y en concreto, respecto al Derecho Vasco, defendió una disciplina sucesoria, que aún siendo unitaria, permita al testador ordenar su sucesión *mortis causa* en cualquiera de los supuestos en los que se halle (titular de explotación agrícola, industrial o trabajador del sector servicios). Para ello, no valoró muy adecuada la extensión del Derecho Foral Vizcaíno a situaciones tan diversas como las que se producen en el resto del territorio no aforado.

Finaliza esta sesión de trabajos, los congresistas fueron recibidos en el Salón Arabe del Excmo. Ayuntamiento de Bilbao.

En la sesión de tarde del jueves, día 24, la mesa redonda estuvo formada por D. Javier Oleaga, Dña. Itziar Monasterio y D. Andrés Urrutia.

En primer lugar, intervino D. Javier Oleaga, que puso de manifiesto las principales modificaciones que se han incluido en el PFCV en lo relativo a la *sucesión forzosa, testada e intestada*.

Podemos destacar, entre ellas:

- La supresión de los testigos en los testamentos notariales.
- La regulación más detallada del régimen del testamento por comisario.
- La introducción del testamento mancomunado, que regulado en el Fuero Viejo y el Fuero Nuevo, fue suprimido en la actual Compilación.
- En la sucesión forzosa se ha previsto con claridad que la libertad de elección de sucesor en cada línea no está condicionada por la proximidad de grado, se ha regulado el derecho de representación en favor de los descendientes y se ha ampliado la legítima del cónyuge viudo.
- En la sucesión testada se ha recuperado la posibilidad de legar el usufructo universal al cónyuge viudo y se ha regulado el derecho de alimentos en favor de los descendientes a cargo de los sucesores.
- Y en la sucesión intestada se ha antepuesto el derecho del cónyuge al de los colaterales respecto a bienes no troncales y se ha previsto el derecho de representación en favor de los hijos de hermanos cuando concurren con hermanos.

A continuación tomó la palabra Dña. Itziar Monasterio para describir la regulación del PFCV sobre los *pactos sucesorios*, figura no regulada expresamente en la Compilación. Justificó la normativa actual en la propia costumbre, que ha sido constatada por ella misma, a través de una ardua investigación del contenido de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por vizcaínos aforados.

Por último intervino D. Andrés Urrutia que expuso las modificaciones que se han realizado en lo relativo a *reservas y reversiones*:

- Ya no hay una remisión a los arts. 811 y 812 del CC sino que esta reserva y esta reversión se integran respectivamente en el art. 84 y en el 91 del PFCV.
- En lo relativo a la «reserva troncal de bienes ganados» se consideran bienes reservables los raíces adquiridos por el cónyuge *a título gratuito* de un hijo de matrimonio anterior que también los adquirió *a título gratuito* de su padre o madre. Y se establece la obligación de reserva no sólo para el supuesto de que el viudo contraiga nuevo matrimonio, sino también en el caso de que tenga un hijo que no lo sea del cónyuge pre-muerto (art. 85 PFCV).
- En la reserva troncal de bienes comunicados también se incluye como situación protegida la del cónyuge viudo que

tenga un hijo que no lo sea del cónyuge premuerto (art. 86.1 PFCV).

- Se incluye una nueva reserva para los mismos supuestos que la «reserva troncal de bienes comunicados» en favor de los hijos del matrimonio disuelto y respecto de los bienes que reciba el cónyuge viudo cuando se disuelva la comunicación foral si su valor es superior al de la suma de los bienes de su procedencia y la mitad de los ganados (art. 86.2 PFCV).
- Se reitera «la reserva de los bienes donados», pero suprimiendo la referencia a los bienes dotados (art. 87 PFCV).
- Se vuelve a regular la reversión del art. 39 de la Compilación, pero especificando las facultades del donatario durante la vida del donante (art. 92 PFCV).

Con estas intervenciones se dio por finalizada la jornada de trabajo del jueves día 21.

4. VIERNES DIA 22

La tercera jornada estuvo dedicada al «*Régimen Económico matrimonial y Comunicación de Bienes*».

La primera ponencia, a cargo de Finn Taksoe Jensen, profesor de la Universidad de Copenhague, llevaba por título «*El desarrollo de la propiedad troncal y el patrimonio familiar en el Derecho Nórdico y en el Derecho moderno Danés*». Estaba dividida en dos partes, la primera referida a la evolución histórica de estas cuestiones en los países nórdicos y la segunda al Derecho Danés vigente.

Como nota introductoria señaló que la evolución en todos los países nórdicos, léase Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia e Islandia, fue muy semejante y lo que se dice aquí sirve para todos ellos.

I. Evolución histórica: en la parte histórica distinguió tres etapas. En la primera abordó la regulación a partir del s. XIII. En esta época existía una comunidad de bienes entre los cónyuges, de la que se excluían los inmuebles heredados. El marido dirigía la comunidad y podría disponer de los bienes, en cuyo caso los parientes tenían una opción de compra.

A la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges la liquidación de los bienes conyugales dependía de la existencia o no de hijos comunes. En caso de falta de hijos cada cónyuge recibía sus bienes heredados y la mitad de los bienes comunes. En caso de existencia de hijos el cónyuge supérstite podía continuar la comunidad con aquéllos y el marido (si fallecía primero la mujer) tenía derecho a una parte igual a la de sus hijos en los bienes heredados pertenecientes a la mujer; pero la mujer (si fallecía primero el marido) no

tenía derecho a recibir ninguna parte de los inmuebles heredados por su marido difunto.

Es interesante la concordancia con la tradicional comunicación foral de bienes que también distingue el caso de que haya o no hijos del matrimonio para determinar la forma de liquidar los bienes conyugales.

También se contemplaba el caso de divorcio y el caso de infidelidad de la mujer.

A partir de 1700 cambia la comunidad conyugal, que pasa a ser una comunidad universal, sin distinguir la existencia de bienes heredados. Para Taksoe con este cambio se perseguía la no división de las explotaciones agrícolas. Por otro lado la separación de bienes se podía acordar por contrato matrimonial.

Para el caso de disolución con hijos se establece el derecho a continuar la comunidad y en el caso de disolución sin hijos se reparten los bienes por mitades el cónyuge supérstite y los herederos.

A partir de 1920 y como fruto de la idea de igualdad e independencia de la mujer aunque se mantiene la comunidad conyugal, se establece la capacidad separada de cada cónyuge para disponer de los bienes aportados al matrimonio o adquiridos con posterioridad, y también la responsabilidad de cada cónyuge por sus deudas.

Se admite la posibilidad de pactar el régimen de separación de bienes total o sólo para el caso de divorcio.

II. Derecho Danés moderno (el Derecho en el resto de los países nórdicos es muy semejante): pasó Taksoe a analizar el régimen vigente. Se mantiene la capacidad de disposición separada y la responsabilidad por las deudas contraídas por cada cónyuge. Se introduce la prohibición de disponer sin el consentimiento del otro cónyuge de la vivienda familiar, del local donde desarrolle un negocio mercantil y de los bienes de uso personal, salvo los casos en que se haya pactado la separación de bienes.

En caso de divorcio hay que tener en cuenta la posible existencia de bienes separados; además cada cónyuge tiene preferencia para recibir los bienes que él haya ingresado en la comunidad.

En cuanto a los derechos sucesorios del cónyuge se distingue el caso de que haya o no hijos del matrimonio. En el primer caso tiene derecho a la mitad de los bienes del cónyuge fallecido como derecho de legítima, y al total de los mismos en caso de sucesión intestada. Al morir el cónyuge viudo los bienes se deben repartir por mitad entre los herederos del marido y de la mujer.

En caso de disolución con hijos existe derecho a continuar la comunidad y en la sucesión intestada tiene derecho a un tercio de los bienes del otro cónyuge.

Para terminar Taksoe hizo referencia a la posibilidad que tiene cualquier persona de disponer de las explotaciones agrícolas en favor de un

descendiente. Si está casado necesita el consentimiento de su cónyuge. En la práctica esta facultad no se utiliza por razones de orden fiscal, siendo más interesante, en este aspecto, la continuación de la comunidad.

La segunda ponencia corrió a cargo de Juan B. Vallet de Goytisoilo: *«El régimen económico matrimonial y la comunicación de bienes en el sistema jurídico civil vizcaíno»*.

En primer término justificó la elección del término «sistema» en el título de su ponencia, por referirse a las «líneas generales directrices o principios básicos de un orden jurídico espontáneo». A renglón seguido hizo una disgresión sobre la forma en que nace el Derecho y en concreto sobre la espontaneidad del Derecho Vizcaíno. El Fuero de Vizcaya es la compilación de costumbres de esta tierra y para la interpretación del mismo es necesario «buscar atentamente su sentido concreto en la realidad de cada caso y circunstancias, de conformidad a su fin práctico y a los principios que obedece»; de esta manera justifica el art. 1.1 del Proyecto de Fuero Civil que se refiere a los principios generales que inspiran el Derecho Vizcaíno de acuerdo con su tradición histórica, y el art. 4 referido a la tradición jurídica.

Tras esta apreciación general se centró en el tema, comenzando por el análisis de las cuestiones de orden formal relativas a la comunicación: 1. Respecto al carácter imperativo o supletorio de la misma; esto es, a si se admite o no el principio de libertad de estipulación de régimen matrimonial expuso Vallet las opiniones de los juristas vizcaínos y se decantó por la libertad de elección basándose en la idea de libertad civil, como acomodación a las prácticas de cada pueblo en cada momento y en que la transmisión íntegra del caserío se ha operado también en territorios en los que existe un régimen de conquistas como en Navarra o uno de separación como en Cataluña y Baleares. 2. Inmutabilidad: señaló cómo la Compilación en el art. 41 estableció la inmutabilidad del régimen conyugal, en contra del principio de libertad civil y de lo establecido en otros territorios. La Ley Vasca de 18 de marzo de 1988 ha admitido definitivamente la mutabilidad, corroborada por el art. 91.2 PFCV que se justifica por la situación de inestabilidad que viven hoy en día las familias, lo que determina un aumento de los cauces de la libertad civil. 3 Derecho Internacional Privado: indica la discusión territorialidad-personalidad entablada a principios de siglo, resuelta por la Compilación en favor de la ley personal del marido, que es contraria a la igualdad de los cónyuges, por lo que en el art. 92 PFCV se recogen otros criterios.

Tras unas consideraciones acerca del origen de la comunidad matrimonial, pasó a examinar las cuestiones sustanciales o de fondo de la comunicación foral. 1. Momento en que comienza: en realidad en este punto abordó Vallet la naturaleza de esta institución; decantándose por concebirla como una sociedad civil «o si se prefiere en una comunidad de uso y disfrute». Para Vallet el dominio de los bienes

persiste en manos de cada cónyuge, pero con limitaciones respecto al uso y disfrute, a la enajenación de los bienes y a la responsabilidad por deudas. El art. 93.2 del Proyecto confirma esta orientación al decir que la comunicación «constante matrimonio, tiene el alcance y las limitaciones previstas en este Fuero...». 2. Coexistencia con gananciales: a esta cuestión se refirió muy de pasada.

Para terminar se centró en el encaje de esta institución en el Derecho Sucesorio Vizcaíno. A primera vista parece que existe una contraposición entre la comunidad foral y el principio sucesorio de unidad y conservación en un único heredero. Pero Vallet, con Chalbaud, encuentra la clave del encaje en la facultad de nombrar comisario que admitía el Fuero y que recoge el Proyecto de Fuero Civil con la denominación tradicional de «alkar poderoso». Mediante el mismo se asegura la mejor elección de un heredero para el caserío y mientras está vigente el poder testatorio se mantiene la unidad familiar.

La tercera ponencia corrió a cargo de José Cerdá Gimeno, notario, bajo el título *«Unas reflexiones acerca de la comparación de los regímenes económico matrimoniales de Vizcaya y Baleares»*.

Comenzó señalando que como criterio general para abordar estas cuestiones había seguido el de comparar instituciones y principios (inspirado por el profesor Amadeo de Fuenmayor). Para Vizcaya destacó la troncalidad, la libertad de testar y la comunicación foral de bienes; y para Baleares los pactos sucesorios, las legítimas flexibles y la separación de bienes. Reconoció Cerdá la dificultad de analizar de forma comparada estos dos regímenes. Para la investigación señaló que había seguido la concepción tridimensional del Derecho según el enfoque de Recasens Siches. En cuanto a la dimensión fáctica examinó el ponente factores históricos, económicos y jurídicos; algunos comunes y otros diversos. En segundo lugar abordó la dimensión valorativa en diferentes aspectos. En cuanto a la normativa analizó tanto el régimen legal como el convencional. Respecto a éste señaló que en los capítulos matrimoniales existe un contenido típico similar en los dos territorios. Calificó a esta relación de «simetría» entre ambos regímenes. Pero respecto del régimen legal se dan dos modelos con una estructura no uniformable. En Baleares hay una «no estructura», pero en Vizcaya la estructura es la de una comunidad de bienes de tipo universal y modalizada por la duración. La relación respecto del régimen legal es por tanto «asimétrica».

Tras un análisis estructural pasó al análisis desde el punto de vista dinámico o funcional del régimen en cada territorio. Aparentemente en Baleares hay escasa relación entre las masas matrimoniales; pero no hay que olvidar la necesidad de determinar los patrimonios privativos y la exigencia de proporcionar garantías a los acreedores, sobre todo en el caso de los que Cerdá denomina «bienes puestos a nombre de la mujer». Respecto a Vizcaya hizo un examen de las diversas

posiciones doctrinales sobre la comunicación foral, tanto de los foralistas vizcaínos clásicos como de los modernos e incluso de los autores españoles más recientes. De las cuestiones suscitadas por estos autores se centró en el tema de la condición (la existencia o no de hijos al final del régimen), que para Cerdá se trata de una auténtica *conditio iuris*. A este respecto es básico el análisis de la situación de pendencia; esto es la situación hasta el momento del cumplimiento de la condición. La comunicación foral se incluye dentro de los regímenes de comunidad y así es estudiada por los autores españoles modernos, aunque hay discrepancias en la Doctrina respecto de algunos puntos concretos.

Después de este examen de la situación actual Cerdá se situó en perspectiva de futuro al objeto de analizar los elementos a tener en cuenta en el futuro y las posibilidades que éste abre. En el plano de la realidad se plantea el problema de la protección del patrimonio familiar, en plano de la justicia el problema de que otros vascos no se sientan protegidos por las normas del Derecho Foral y por último en materia de normas aludió a algunas cuestiones de técnica legislativa con incidencia en la regulación del régimen económico en Vizcaya. En lo que se refiere al puro aspecto normativo cree que para un desenvolvimiento ulterior de la comunicación foral es esencial el examen de la situación de pendencia aneja a la *conditio iuris* y de la relación con el régimen de gananciales del Código Civil.

La incidencia de los cambios socio-económicos y de la posición de la mujer casada, es similar en Baleares y Vizcaya.

En la parte final de su ponencia prestó a los posibles factores sobrevenidos; y desde una perspectiva dinámica, respecto de una futura actuación, examinó algunos presupuestos subjetivos, objetivos y formales.

Terminó señalando las dos cuestiones fundamentales hoy en día: el tema de la ampliación territorial del Fuero y la protección del cónyuge viudo.

Por la tarde se celebró la correspondiente mesa redonda. Julián M.^a Arzanegui Sarricolea (abogado y actualmente Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sala de lo Civil y Penal) comenzó exponiendo las *cuestiones generales* relativas a la comunicación foral, que según manifestó es la parte que más problemas ha suscitado. Para Arzanegui la comunicación es una institución de origen consuetudinario por lo que se corre el riesgo de que la preparación científica desvirtúe la naturaleza de la misma. Arzanegui se basa en su análisis, sobre todo, en la experiencia vivida y sentida a lo largo de treinta y cinco años de ejercicio como abogado en Vizcaya.

La razón de ser de la comunicación deriva de la alta significación del matrimonio, que hace a los cónyuges seres iguales y de que a través del mismo se perpetúa la troncalidad.

Pasó después al análisis de las cuestiones conceptuales. En cuanto al inicio de la comunicación para Arzanegui se inicia con el matrimonio, y así se refleja en el Proyecto (art. 96). Respecto a los bienes conjugales, tras exponer el régimen de la Compilación señaló que en el Proyecto de Fuero Civil se mantiene la coexistencia de dos masas de bienes distintas, que lleva aparejada la coexistencia de la comunicación y del régimen de gananciales con diferencias entre ambos. El art. 97 emplea los términos: «bienes ganados» y «bienes procedentes de cada uno de los cónyuges». La naturaleza de la comunicación es discutida, para Arzanegui consiste en una comunidad de tipo germánico, al igual que la sociedad de gananciales. Las reglas de administración también distinguen los tipos de bienes en los arts. 100 y 101. Terminó abordando la relación entre troncalidad y comunicación foral. El cónyuge es elemento de perpetuación de la familia y no hay inconveniente en admitir que pueda disfrutar temporalmente de los bienes troncales.

En segundo lugar intervino José Miguel Fernández de Bilbao (notario) sobre la *dinámica de la comunicación foral*. Comenzó su intervención exponiendo su opinión sobre algunas cuestiones generales de la comunicación. Respecto a la naturaleza, y para explicar la regulación de la misma, asume la teoría de García Royo de que durante el matrimonio sólo hay «comunicabilidad», es decir, posibilidad de que los bienes se comuniquen y, por tanto, se da la coexistencia de dos masas patrimoniales, pero el único titular de los mismos es el que los ha adquirido y por ello puede enajenarlos, aunque se exige el consentimiento de ambos cónyuges. El cónyuge no aportante tiene una expectativa. El Proyecto de Fuero Civil regula las líneas básicas de la institución, sin perjuicio de que para el detalle se remita al Código Civil. En materia de cargas y obligaciones el art. 98 PFCV distingue deuda y responsabilidad, atribuyendo a la comunidad únicamente las deudas de que por su contenido debe responder aquélla. El art. 102 recoge la limitación de la responsabilidad por deudas de los bienes del cónyuge no deudor, distinguiendo los bienes propios de los bienes gananciales. En este precepto se contemplan ciertas reglas procesales que suponen el ejercicio de la competencia legislativa en materia de Derecho Procesal de la Comunidad Autónoma Vasca (art. 10.6 EAPV).

Por último Jesús Hernández (notario) expuso el tema de la *disolución y liquidación de la comunicación*. Como nota importante señaló la introducción de la separación, nulidad y divorcio como causas de disolución de la comunicación y la regulación de sus efectos en orden a la liquidación, para así zanjar una cuestión que se ha tornado especialmente problemática en Vizcaya desde la introducción del divorcio en 1981. A este respecto indicó que en el Proyecto de Fuero Civil sólo la disolución por muerte con hijos produce la comunicación universal e los bienes (art. 104); en el resto de los casos la liquidación se

lleva a cabo según el régimen de gananciales. También indicó su parecer respecto a la naturaleza de la comunicación, decantándose por la solución de la sociedad. Una vez producida la que se denomina «consolidación» de la comunicación ésta se transforma en una «comunidad de bienes» (art. 104), atribuyéndose al cónyuge la representación y administración del caudal y además el usufructo si es comisario (art. 105). En materia de adjudicación de los bienes comunicados se recoge el sistema del art. 50 de la Compilación, que respecta la troncalidad, y se mantiene la reserva de los bienes troncales. Pasó al examen de las reglas de liquidación fuera del supuesto de muerte con hijos, que se plasman en los arts. 109-111, más detallados que las normas vigentes, recogiendo tanto el supuesto de disolución por separación, nulidad o divorcio como el de nuevo otorgamiento de capitulaciones. Es interesante el art. 111 en el que se recoge un complemento de la pensión en caso de separación o divorcio.

En el coloquio posterior intervino Vallet de Goytisolo para exponer su opinión sobre la naturaleza de la comunicación foral y más en general de la sociedad de gananciales. La «moda» de considerarla como una comunidad germánica se inició por los años diez-veinte y está dando sus últimos coletazos. Expuso el parecer de los autores castellanos anteriores al Código y la evolución de la Doctrina en este siglo para reafirmar que la sociedad de gananciales constituye una auténtica «sociedad civil», no una comunidad. La redacción vigente del Código asume esta orientación, que se ha venido en llamar «notarial» y que se sustenta entre otros por Blanquer Uberos, Garrido Cerdá, Echeverría Echeverría y Magariños Blanco (todos notarios).

La «*Conferencia de Clausura*» corrió a cargo de Marco Comporti, profesor de la Universidad de Siena. El objetivo era analizar y valorar las instituciones vizcaínas desde la perspectiva del Derecho Comparado (Europeo fundamentalmente).

Siguió el método siguiente: en primer lugar analizó el Derecho Comparado, incluso desde su perspectiva histórica, otorgando gran importancia al modelo napoleónico, para pasar después a contrastar las instituciones vizcaínas. Pero el propio Comporti reconoció en su intervención no haber profundizado de manera exhaustiva en la estructura interna del Derecho Civil Vizcaíno.

La introducción versó sobre el fenómeno general de la sucesión *moris causa* en una perspectiva evolutiva y comparada, para enmarcar los temas de «Libertad civil y Derecho sucesorio» y «Propiedad troncal y Patrimonio familiar»; con incidencia especial en el Derecho Romano y en la revolución francesa y su fruto el Código de Napoleón, que, como se sabe informó muchos de los Códigos de Europa.

Desde esta óptica analizó Comporti la regulación del fenómeno sucesorio y la familia como grupo dentro del que aquél tiene amplio sentido; también el reconocimiento de la autonomía privada en orden

al destino de los bienes ejercida a través del testamento; pero limitada en favor de parientes cercanos y del cónyuge (a salvo el sistema del *Common law*).

Pasó después a analizar la sucesión vizcaína.

En cuanto a las particulares formas testamentarias de Vizcaya, y partiendo del carácter personalísimo y escrito del testamento, califica de «antihistóricas» y «típicas de una sociedad agraria ya superada por la revolución industrial»: el testamento mancomunado, el testamento *il buruko* y el testamento por comisario; aunque a renglón seguido matiza diciendo que la función de utilidad social puede hacer que sean admisibles, y que, además, el Código suizo mantiene el testamento oral y el Código alemán el testamento conjunto.

En cuanto a la libertad de testar vizcaína (dentro de un sistema de legítima colectiva), se pronunció en favor de una legítima individual de cada uno de los herederos forzados. Calificó este sistema de anticuado y contrario a la sociedad actual; por último afirmó: «no parece que, en definitiva, responda a la actual conciencia social un sistema sucesorio que admita sustancialmente la desheredación de un heredero legitimario, sin causas legítimas de indignidad.»

Consideró a los pactos sucesorios como fuentes de la sucesión dignos de ser mantenidos, porque en Derecho Comparado se admiten en algunos Estados y porque el contrato puede llegar a surtir efectos idénticos al testamento.

Pasó después al análisis de la «Propiedad troncal y Patrimonio familiar». A este respecto, a pesar de su afirmación de que el principio de la troncalidad «aparece ligado a la antigua concepción de la familia como grupo de carácter social patrimonial», manifestó que el hecho de que esté arraigado en la conciencia social y de que no presente notas de injusticia permiten su mantenimiento.

En donde Comporti se mostró más firme es en la defensa de los derechos del cónyuge viudo, cuya situación en la Compilación es precaria, no así en el Proyecto.

Terminó su conferencia con el «Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes». Elogió la comunicación foral, a la que considera una institución de gran interés y óptima funcionalidad. En ella se funden «admirablemente los principios de igualdad entre cónyuges, de troncalidad de los bienes y de tutela de las exigencias familiares» y concluyó afirmando que es «más un régimen patrimonial familiar que un régimen matrimonial en sentido estricto».

Tras esta conferencia tomó la palabra D. Adrián Celaya que hizo una *Reflexión Final* sobre las Jornadas en la que valoró positivamente la intervención de los ponentes y remarcó la necesidad de adecuar el «Fuero» a la Sociedad actual.

La clausura oficial corrió a cargo del Excmo. Sr. Diputado General de Vizcaya, D. José Alberto Pradera Jaúregui.

El sábado día 23 de febrero los asistentes a las Jornadas pudieron disfrutar de una excursión a la ría de Mundaka-Gernika. En Gernika visitaron la Casa de Juntas, en donde escucharon una actuación del Coro Bihotz Alai, y el Museo del Pescador. Tras el almuerzo que se degustó en Kortezubi, y a pesar de estar fuera de programa, los congresistas visitaron las cuevas de Santimamiñe; regresando posteriormente a Bilbao.

II CONGRESO DE LA ABOGACIA VASCA

Vitoria 15-18 mayo 1991

Se celebró en Vitoria el 2.º Congreso de la Abogacía Vasca dentro de cuyo marco se ha estudiado el Derecho Foral con dos ponencias: «*Régimen económico matrimonial*» a cargo de Julián M.ª Arzanegui Sarricolea (abogado de Vizcaya y actualmente magistrado del Tribunal Superior de Justicia) y «*Posibilidades de un Derecho Civil Guipuzcoano*» a cargo de José M.ª Aycart Orbegozo (abogado de Guipúzcoa).

El trabajo del Congreso se desarrolló primero en comisiones (una por cada materia) que serían las encargadas de elaborar unas propuestas de conclusiones a aprobar posteriormente en el pleno del Congreso.

En una breve ponencia titulada «*Posibilidades de un Derecho Civil Guipuzcoano*» José M.ª Aycart Orbegozo reseñó la actividad de los juristas guipuzcoanos respecto del Derecho Civil de Guipúzcoa, fundamentalmente a lo largo de este siglo. De entre todos ellos destacó la labor de Alvaro Navajas Laporte con cuyas ideas se siente identificado el ponente. Aycart consideró necesario el estudio de estas normas civiles para su ulterior reimplantación; pero con una labor previa de investigación sobre la vigencia real de las mismas.

En concordancia con dicha ponencia se adoptaron las conclusiones siguientes:

«1.ª Expresar el profundo interés y especial consideración que merece a la representación de abogados guipuzcoanos que forman parte de la ponencia, la indiscutible importancia y pervivencia de un Derecho Foral Civil Guipuzcoano consuetudinario, contando para ello con el apoyo del resto de los compañeros presentes de los demás Territorios Históricos.»

«2.ª Solicitar a las Instituciones Legislativas competentes que, en la futura compilación de los Derechos Forales de los Territorios Históricos de Alava y Vizcaya, actualmente en estudio y tramitación, se reconozca especialmente el Derecho del Territorio Histórico de Guipúzcoa para desarrollar normativamente, y en el momento que estimen conveniente, los principios inspiradores y esenciales de su Derecho Foral Civil.»

«3.ª Proponer a la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Guipúzcoa la creación inmediata de una Comisión de estudio y segui-

miento que, con la ayuda de las Instituciones y entidades públicas y privadas que se estimen precisas, desarrolle un análisis completo, sobre el grado de implantación y aceptación actual de un Derecho Civil Foral Guipuzcoano, y en su caso, la conveniencia de su desarrollo positivo, precisando su alcance y límites.»

En su sugestiva ponencia sobre *«La comunicación foral de bienes y el régimen económico del matrimonio vizcaíno aforado»* Julián M.^a Arzanegui Sarricolea intentó plasmar una explicación coherente de la comunicación foral de bienes en base al texto de la Compilación vigente, ayudado por los antecedentes históricos de esta regulación. Parte de la idea de que es necesario diferenciar dos masas dentro de los bienes conyugales: los bienes comunicados y los bienes gananciales; llegando a definir la comunicación foral como «Una institución sobre los bienes procedentes de cada uno de los cónyuges, dentro del régimen económico del matrimonio. [...] la comunicación no es el régimen económico, sino una parte del mismo». Cada una de estas dos masas de bienes está sometida a normas distintas en orden a la gestión y en orden a la responsabilidad por deudas.

La disolución de la comunicación supone la desaparición de las diferencias entre las dos masas de bienes, que pasan a integrar una sola.

Respecto a esta ponencia se adoptaron las siguientes conclusiones:

«1.^a El análisis y decisión de las cuestiones que, dentro del régimen peculiar de la legislación foral vizcaína, se planteen en las relaciones económicas entre los cónyuges y en los derechos y obligaciones de ellos para con terceros, requiere la previa distinción entre las dos masas constituidas por los bienes comunicados y los bienes gananciales.»

«2.^a Cuando se hayan contraído las nupcias bajo el régimen económico peculiar del Derecho Civil Foral de Vizcaya, aplicable en este territorio y en los términos municipales de Llodio y Aramayona, la comunicación de bienes se produce por el hecho del matrimonio y necesariamente se extingue por su disolución, por la declaración de su nulidad o por la separación judicial. Únicamente la disolución del matrimonio por muerte o declaración del fallecimiento de uno de los cónyuges y dejando hijos comunes de ambos consolida la comunicación. En los demás casos, la extinción de la comunicación foral no ha de producir los efectos propios de su naturaleza, sin perjuicio de otros que procedan como consecuencia de divorcio o de la declaración judicial de su nulidad o de la separación.

«3.^a Los efectos de la adopción respecto de la comunicación foral de bienes entre los cónyuges adoptantes han de equipararse a los que produce la filiación por naturaleza.»

«4.^a Durante el matrimonio, la disposición de bienes gananciales, tanto si son muebles como inmuebles, debe regirse por normas del Código Civil.

La disposición sobre bienes comunicados que sean de naturaleza mueble, debe regirse así mismo por las normas del Código Civil.

La disposición de los bienes raíces comunicados requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, se debe establecer que la falta de consentimiento del cónyuge de quien no proceden los bienes pueda ser suplida mediante autorización judicial, cuando se acredite que la disposición resulta de interés para la familia. De esta última posibilidad debe quedar excluida la mitad que se hubiere adjudicado al cónyuge de quien no proceda el bien raíz, como consecuencia de haberse hecho ejecución sobre el mismo a instancia de terceros acreedores.»

«5.^a La responsabilidad por deudas, en cuanto afecte a los bienes gananciales y a los bienes comunicados de naturaleza mueble, ha de regirse por las normas del Código Civil. Sobre los bienes raíces comunicados sólo podrá hacerse efectiva la responsabilidad por deudas cuando haya sido contraída por ambos cónyuges. En otro caso, únicamente podrá afectar a la mitad que, en cada uno de los bienes troncales de su procedencia corresponde al cónyuge deudor, con exclusión de la otra mitad de esos bienes y de la totalidad de los procedentes del cónyuge no deudor.»

«6.^a La participación del cónyuge en la titularidad de los bienes troncales procedentes de su consorte se debe entender sujeta a las siguientes normas:

A) Los derechos y facultades derivados de la troncalidad únicamente pueden corresponder a aquél de los cónyuges en quien resida la condición de tronquero, sin que quepa entender que se hayan transmitido a su consorte por razón del matrimonio.

B) La adquisición por uno de los cónyuges de la raíz troncal de su consorte, por efectos de la comunicación, no ha de limitar ni condicionar los derechos derivados de la troncalidad que, en relación con esa raíz, correspondan a los parientes tronqueros.»

«Finalmente, hace constar la Comisión su deseo de que el II Congreso de la Abogacía Vasca preste su apoyo a la actualización que se está llevando a cabo mediante la Proposición de Ley de las Juntas Generales de Bizkaia al Parlamento Vasco, sin perjuicio de mantenerse las Conclusiones aprobadas.»

MARTA ARRÚE MENDIZÁBAL
LUIS CARLOS MARTÍN OSANTE
Profesores de Derecho Civil de la UPV/EHU

«Convegno di Pavia» sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos

En los días 20 y 21 de octubre de 1990, ha tenido lugar en la Universidad de Pavía un encuentro de estudio sobre «El futuro Código europeo de los contratos», con la participación de eminentes juristas de todos los países de la CEE y de Austria y Suiza.

Los trabajos se iniciaron con la intervención de Antonio Brancaccio, Primer Presidente de la Corte de Casación quien presidiendo la primera sesión del «convegno» ha afirmado la indudable necesidad de una única normativa para el «mercado único», desarrollando algunas indicaciones, también de orden metodológico, para la ardua empresa a llevar a cabo.

En su relación introductiva, el convocante y anfitrión de la reunión, Giuseppe Gandolfi ha indicado los cuatro problemas a analizar en la convención: ¿Es necesario para la Europa comunitaria del 1993 un Código sobre las obligaciones y los contratos? ¿Es posible realizarlo? Si así es, ¿cómo debería ser implantado? ¿Sería utilizable un Código vigente como *schema di massima* para la redacción del mismo? Proponiendo, además, una vía para la discusión. Partiendo de que la pluralidad de los ordenamientos puede ser un obstáculo a la libre circulación del «mercado interno», advierte que las directivas comunitarias constituyen, a causa de su fragmentariedad, medidas inadecuadas para resolver el problema, mientras que resultaría peligroso vincularse a las iniciativas de los sindicatos empresariales, siendo también irrealizable una especie de *Restatement*. Tampoco es imaginable una unificación encomendada a la jurisprudencia, es necesario por ello acudir al instrumento de la ley «sustancial» (admitiendo normas sobre conflictos de ley que determinen los derechos aplicables, pero sin eliminar la pluralidad), y por otra parte «orgánica», que, en definitiva, no presente los inconvenientes propios de las intervenciones comunitarias sectoriales; interesa, por tanto, un Código sobre las obligaciones y los contratos. Para juzgar de la posibilidad de realizarlo no se puede, en primer lugar, ignorar que en todos los países de la CEE, los ordenamientos tienen por denominador común el principio de la autonomía privada, teniendo, por otra parte, los principales

Derechos continentales una misma matriz romanística y manifestando Dinamarca una decidida propensión a integrarse en el contexto europeo. En cuanto al tradicional contraste entre *Civil law* y *Common law*, hoy debe ser considerado a la luz de nuevos hechos sintomáticos, entre los que destaca la iniciativa del Parlamento británico de llevar a cabo la reforma y codificación del Derecho vigente, y la consiguiente redacción, en el seno de la *Law Comission* inglesa, de un proyecto de *Contract code*. De éste y de otros hechos significativos se deduce la disponibilidad del área del *Common law* a acercarse a posiciones continentales. En torno a la estructura del futuro Código, se trata de establecer si el mismo debe de regular todas las relaciones obligatorias, aún internacionales, y en qué medida debe tomar en consideración las actuales exigencias sociales, así como qué grado de abstracción debe asumir el estilo y los parámetros normativos del mismo. A los fines de su redacción, se constata que los trabajos de la Convención de Viena acreditan la imposibilidad de encontrar un «compromiso» entre los diversos ordenamientos y, por otra parte, la redacción *ex novo* del Código mismo partiendo de cero requeriría un tiempo excesivo. Todo esto ha inducido al profesor Gandolfi a preguntarse si no sería oportuno adoptar como *schema di base* un Código vigente y a proponer formalmente que se tome en consideración la posibilidad de que éste fuera el *Código civil* italiano y, en particular, el Libro IV del mismo. Sobre todo, por la posición intermedia que asume entre los Códigos francés y alemán, y por aparecer menos distante que estos dos respecto del Derecho inglés (al haber diseñado una confrontación entre el «contrato» y el *contract*) y, finalmente, por su relativa modernidad. Por lo demás, como *traccia operativa* el Código italiano debería de integrarse, aprovechando orgánicamente, todas las demás experiencias utilizables, incluso no europeas, llevando a cabo las modificaciones e integraciones del mismo que fueran necesarias.

Esta exposición fue seguida de un animado y vivo debate.

Entre los juristas italianos, G. B. Ferri (Roma, «Sapienza»), ha afirmado la idoneidad del «Código», como instrumento de expresión normativa, y del Libro IV del *Código civil* italiano como modelo para la futura codificación, sobre todo porque en él se funden las dos culturas, francesa y alemana, y por su modernidad. C. M. Bianca (Roma, «Sapienza») ha confirmado este juicio, subrayando el hecho de que en el Código italiano se actúa la unificación del Derecho civil y mercantil, señalando, sin embargo, la exigencia de introducir en el mismo algunas correcciones. F. P. Casavola (Nápoles, Juez Constitucional), llega a parecidas conclusiones, insistiendo sobre la insuficiencia del sistema de las directivas comunitarias y sobre la imposibilidad de vincular la unificación del Derecho a la jurisprudencia. A. Trabucchi (Padova), ha afirmado la esencial necesidad de un Código europeo también en el supuesto de que se alcance una solución de tipo federal,

acudiendo a los criterios de la Convención de Roma de 1980, lo contrario constituiría un retroceso respecto de las orientaciones comunes ya alcanzadas. A. Brancaccio (Roma) ha mencionado el proyecto de directiva comunitaria sobre condiciones generales del contrato, poniendo de relieve la implicación que comporta en cuanto a la necesidad de una regulación unitaria del contrato, juzgando, por otra parte, idóneo el modelo italiano, del que ha valorado tanto el sustrato histórico como su adaptación a la modernidad.

Entre los juristas del área francesa y asimilables, A. Tunc (París 1) ha afirmado que la unificación es auspiciable y útil y que el tiempo para realizarla puede considerarse maduro, siendo el modelo italiano el más idóneo como esquema de base, conteniendo soluciones aceptables para franceses e ingleses. D. Tallon (París 2), ha puesto de relieve la existencia ya de preconceptos que se orientan hacia la unificación y hacia la adopción de un modelo único para la futura codificación europea —de la que, por otra parte, es uno de sus factores—, recomendando no infravalorarlos. José Luis de los Mozos (Valladolid, Magistrado del Tribunal Constitucional) ha insistido sobre la necesidad de un Código único, mostrando su confianza en el propósito a la vista de lo que se ha avanzado en el «*Droit des affaires*», sumándose a la indicación del modelo italiano, porque en el mismo la problemática de las obligaciones y de los contratos se halla más desarrollada que en otros Códigos y las soluciones contempladas, por lo general, son estimadas como las más idóneas. R. Vigneron (Lieja) ha confirmado tal juicio sobre el Código italiano; por otra parte, se ha basado ampliamente en el mismo como redactor de un proyecto de Código de las obligaciones por encargo del Gobierno del Zaire para aquel país africano. G. R. Groot (Maastricht) ha auspiciado la idea del futuro Código europeo de los contratos, no sólo por razones derivadas del mercado único europeo, sino también con vista a la construcción de una renovada cultura jurídica europea, participando del juicio generalizado sobre la oportunidad de utilizar el Código italiano como modelo, pero señalando la oportunidad de tener en cuenta los libros del Código holandés que están por entrar en vigor.

Entre los juristas del área germánica, D. Medicus (Munich) ha encarecido igualmente la oportunidad de la unificación del Derecho de obligaciones, en general, teniendo en cuenta no sólo las obligaciones contractuales, sino también las extracontractuales, por las relaciones existentes entre unas y otras obligaciones, expresando que, sin duda, es preferible el modelo italiano respecto del alemán, proponiendo que se tengan en cuenta simultáneamente las nuevas soluciones que emergen de las reformas que se están proyectando en Alemania. M. Posch (Jena), se ha referido a la situación crítica en la que se encuentra la antigua Alemania oriental con la imprevista recepción del Derecho de Alemania occidental, tan diferente del suyo, viendo

una posible salida a la actual situación en un nuevo Código europeo. F. Sturm (Lausana) ha afirmado la necesidad de la unificación también por las dificultades que crea tanto la aplicación del Derecho internacional privado como de los Derechos extranjeros, estimando muy favorablemente la elección del modelo italiano, del que ha señalado las ventajas de orden técnico, su indudable modernidad y la buena acogida que ha tenido, en sus soluciones concretas, por la doctrina. W. Posch (Graz) ha valorado positivamente el proyecto de acometer una codificación europea, también en función de la sustitución del viejo Código austriaco y de la posibilidad de tener en cuenta las exigencias de los países del Este europeo. T. Mayer-Maly (Salzburgo) ha valorado, también a la luz de la suerte que han tenido los distintos proyectos de unificación, la validez de la propuesta de Gandolfi respecto de la adopción del modelo italiano, considerado que es un idóneo punto de partida, sin perjuicio de incorporar lo mejor de las recientes experiencias legislativas y jurisprudenciales. F. Wieacker (Gotinga) ha invitado a reflexionar sobre el ejemplo histórico de Alemania y de Suiza, donde la burguesía empresarial se decide por la unificación del Derecho de obligaciones, y ha recomendado en cuanto a la estructura del futuro Código europeo el prescindir de una «Parte General», limitándose a enunciar los principios atinentes al sector de las obligaciones. G. Daskarolis (Atenas) ha defendido la exigencia de prever en el futuro Código una adecuada tutela contra el abuso del derecho, mencionando la regulación griega y suiza, y especialmente lo dispuesto en el art. 1175 C.c. italiano.

Entre los juristas del área del *Common law*, H. McGregor (Oxford) habló del proyecto de *Contract code* redactado por él para la *Law Commission* del Parlamento, en el que, por una parte, no encuentran acogida ni la *consideration* ni la *privity of contract*, y, de otra, se halla prevista la condena en forma específica en vía principal y se hace mención del principio de la buena fe, con lo que se ha reducido notablemente la distancia respecto del Código civil italiano, que viene considerado como un idóneo punto de partida para la nueva codificación europea. M. Whincup (Keele) ha valorado la perspectiva de la unificación en relación no sólo con los hábitos actuales, sino también con las necesidades emergentes de la actividad de los hombres de negocios, confirmando la conveniencia de un nuevo Código que sea, no ya una suerte de compromiso entre los Derechos actuales, sino un compendio de normas adecuado. R. Fentiman (Cambridge), teniendo en cuenta varios fenómenos significativos, ha afirmado la disponibilidad del Reino Unido para cooperar en la realización de un Código europeo, consciente de que hay que saber renunciar a las doctrinas tradicionales en el ámbito del *Common law*, y estableciendo una serie de etapas intermedias, como hipótesis, para llegar a la unificación. O'Higgins (Dublín) ha observado que si viene adoptado el modelo

italiano, deben de sustituirse algunos de los *standards*, por lo demás ya superados, como aquel del *bonus paterfamilias*, lo que también es aplicable a ciertas concepciones típicas de Irlanda a las que su país estaría dispuesto a renunciar aunque no sin pesar. O. Lando (Copenhague) ha afirmado también la necesidad de un nuevo Código europeo, por la dificultad que va creando la aplicación del Derecho internacional privado, y ha referido la actividad de la «Comisión sobre el Derecho contractual europeo», por él presidida, que viene trabajando desde hace años, teniendo como modelo la Convención de Viena de 1980, para establecer los «principios generales» del Derecho europeo. P. Stein (Cambridge) ha puesto de relieve las dificultades que plantea la unificación, entendiendo que éstas se manifestarán, sobre todo, después que haya sido efectuada, siendo los juristas de las diversas áreas los que deben estar pronto a recíprocas concesiones, y recomendando, sobre todo, que en el futuro Código se establezca una clara sistematización de los *remedies*.

Los resultados de este importante encuentro de estudio han sido resumidos por Tunc en su relación conclusiva. La actualidad de la unificación —ha dicho— emerge, sobre todo, de la disponibilidad que parece hallarse en los *Common lawyers*, a renunciar a ciertas de sus tradicionales posiciones, al haber cambiado las condiciones generales de modo que ello hace que sean menos relevantes algunas posiciones de «chauvinismo» jurídico. La unificación —como ha emergido de la discusión— consentirá que el mercado interno funcione, facilitará el acceso al mismo de las pequeñas empresas, y llevará a un mejora del Derecho en sentido técnico. Mas ello a condición de que venga realizada por juristas y no por hombres de negocios. En cuanto al estilo y a la estructura, el futuro Código deberá ser redactado en un lenguaje que haga posible que pueda ser aplicado por jueces de diversa formación y, a ser posible, debe ser construido más sobre los problemas que sobre los principios. Esta es una de las razones que ha inducido a la gran mayoría de las intervenciones a considerar aceptable la propuesta del profesor Gandolfi, de utilizar como esquema de base el Libro IV del Código italiano. Su adopción de tal suerte es siempre preferible que partir de cero, teniendo en cuenta que partir de los diversos Códigos y de sus respectivas experiencias, exigiría, de un lado, mucho tiempo, creando numerosos problemas de coordinación, mientras que, de otro, el modelo es recomendable por la modernidad del Código mismo, que lo hace idóneo a la realidad económica actual.

GIOVANNI CORDINI
(Pavia)

Dos congresos internacionales de Derecho de Familia

(Opatija, Yugoslavia, 13-18 de mayo de 1991;
Strasbourg, 23-26 de mayo de 1991)

Circunstancias fortuitas, ajenas sin duda a la voluntad de los organizadores, han hecho coincidir en el tiempo, con la diferencia apenas de una semana, dos reuniones científicas internacionales dedicadas al Derecho de Familia. Continúa, pues, el auge de esta disciplina en las postimerías del siglo, debido a la confluencia de gran número de factores (ideológicos, socio-económicos, culturales, etc.), en cuyo análisis no es el caso de entrar ahora.

Aparte una genérica coincidencia temática, grandes diferencias separan a ambos congresos: por la temática específica y metodología científica utilizada, por las entidades convocantes, por la mayoritaria procedencia geográfica de los asistentes y hasta por los idiomas oficiales empleados.

El Congreso reunido en la ciudad croata de Opatija hace el séptimo de los convocados por la *International Society on Family Law*, habiéndose celebrado los anteriores en Berlín (1975), Montreal (1977), Uppsala (1979), Harvard (1982), Bruselas (1985) y Tokyo (1988). El tema general del mismo ha sido: *El significado legal de la relación de filiación. La paternidad y la maternidad en una sociedad en cambio*.

Ya se advierte en el enunciado una preocupación temática por la más acuciante actualidad que si, inicialmente, se había producido en los países anglosajones, hoy se ha extendido por todos los demás.

El denso programa se abría con una introducción sobre los aspectos culturales, demográficos y genéticos, dando paso a la sección primera dedicada al establecimiento e impugnación de la filiación en la procreación natural y en la asistida, a las implicaciones legales que derivan para el hijo en esta última y a la protección jurídica del embrión. La sección segunda trataba de las relaciones de paternidad y maternidad desde el punto de vista legal. La sección tercera se dedicaba a las relaciones parentales y sus vicisitudes legales. El tema básico

de las relaciones entre el parentesco biológico y el social era objeto de estudio en la sección cuarta, con referencia a la adopción, y a las diversas formas de familias de acogida. La sección quinta contemplaba la intervención del Estado en la patria potestad, con especial consideración de los aspectos internacionales y procesales. Finalmente, en la sección sexta tuvieron cabida todos los aspectos internacionales de las cuestiones tratadas. En secciones paralelas se expusieron temas monográficos que no tenían cabida en ninguna de las programadas: así se expusieron cuestiones sobre las minorías (especialmente en Australia, Canadá y USA) o sobre la adopción internacional (hoy de tanta actualidad).

En cada sección había uno o varios Ponentes generales, cuya exposición daba paso a un panel de Ponentes nacionales que completaban aquélla, aportando datos diferenciales según la diversidad de ordenamientos. Luego se abría la discusión general en inglés (se piensa, al parecer, en próximos Congresos introducir también el francés como lengua oficial).

Sin poder entrar aquí en la enumeración de Ponentes o intervenientes, baste indicar que, como resulta habitual en estos Congresos, se presenta una visión global e interdisciplinar de la familia, de suerte que junto al dato jurídico aparece el sociológico, el demográfico, el científico, etc., ofreciendo una visión principalmente anglosajona, algo nórdica y muy poco latina, que, en todo caso, puede calificarse de realista y que puede servir de contraste para juristas educados en otros parámetros. En razón al lugar de celebración el Congreso contó con una representación importante de los países del Este.

La proximidad a acontecimientos, aceleradamente desarrollados con posterioridad, puso en peligro la celebración del congreso mismo, el cual, si finalmente tuvo lugar, se debió a la tenacidad y al buen hacer del profesor Peter Sarcevic, de la Universidad de Rijeka, y *Convenor* de aquél. El marco ofrecido por la hermosa ciudad de Opatija, en la costa adriática, sirvió de amable contrapunto a las noticias alarmantes transmitidas por la prensa mundial.

Bajo el ambicioso lema: *El Derecho de Familia en Europa. Su evolución desde la antigüedad hasta nuestros días*, tuvieron lugar en la Universidad Robert Schumann de Strasburgo, las Jornadas Internacionales de Historia del Derecho. Precedidas de una introducción sobre los aspectos religiosos (católico, judío, musulmán, ortodoxo y protestante), se programaron en torno a cinco grandes secciones. La primera dedicada genéricamente al Derecho de Familia en Europa, fue, sin duda la más variopinta ya que abarcó desde aspectos de la mitología griega hasta las reformas francesas del Derecho de Familia en la 5.^a República, pasando por el Derecho de Familia en Navarra y en las Leyes de Indias y la reciente evolución en Polonia, Grecia y Turquía. La segunda trató del matrimonio y filiación y se abrió con

una sugestiva Ponencia de la Profesora belga Marie Therèse Meulders-Klein titulada: «La evolución del matrimonio y el sentido de la historia. De la institución al contrato, ¿y después?»; aquí se incluyeron exposiciones sobre la novedad del matrimonio cristiano, el nuevo Derecho matrimonial de las Iglesias Orientales Católicas, la igualdad y desigualdad de los cónyuges en la disciplina de la Iglesia antigua, la cuestión *de sponsalibus* en la historia del derecho español del siglo XIX. Las restantes secciones trataron de temas más próximos a las actuales preocupaciones civilistas y así ocurrió que la presencia de estos especialistas fue abundante: así en la sección tercera se trató de la patria potestad, de la autoridad marital y de los regímenes económicos del matrimonio; en la cuarta, de los conflictos familiares y el divorcio, y en la quinta, de la unión libre y de la adopción.

Estas Jornadas han sido organizadas por el prestigioso *Centre de Recherche d'Histoire des Institutions*, han tenido un desarrollo que puede calificarse de clásico, y aunque su perspectiva básica sea la histórica han estado abiertas a los fundamentos religiosos y éticos de la familia, así como a las regulaciones positivas de las instituciones. Han contado con mayor participación española que en el congreso yugoslavo, pues asistieron los romanistas García Sánchez (Oviedo) y Churruca (Deusto) y los historiadores Salcedo Izu (Navarra) y Pérez Bustamante (Madrid), además de quien firma esta crónica. Ha sido abundante la presencia de juristas pertenecientes a la Europa del Este, circunstancia que también se ha producido en el Congreso de Opatija. Parece que el mundo occidental tiene prisa por atraer a su esfera de influencia a quienes se encuentran privados del monolitismo ideológico que imponía la dictadura marxista. Acaso haya quien piense ya en «exportar» ciencia jurídica o imponer viejos colonialismos culturales, impropios de la Europa de las libertades que quiere construirse. Si entre nosotros el derecho socialista ha suscitado escasa atención, acaso sea llegado el momento, a través del método comparativo, de buscar las raíces comunes con el Derecho polaco, húngaro, checo o ruso. Tarea que incumbe, quizás, en primer término a los romanistas e historiadores, pero a la que pueden prestar contribución otros especialistas. ¿Es utópico pensar en un auténtico *Jus commune europeum*?

Quien ha tenido la oportunidad de estar presente en los dos Congresos aquí reseñados no puede menos de concluir a favor de una visión integradora y global de la familia, que no olvide su dimensión ético-religiosa ni su perspectiva histórica, pero que se enriquezca con las aportaciones procedentes de otros campos del saber y de la realidad.

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH y
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

I. DERECHO CIVIL

3. Derechos reales

1. BIENES PUBLICOS: Patrimonio del Principado de Asturias.

Ley de la Junta General del Principado de Asturias 1/1991, de 21 de febrero («B.O.E.» del 2 abril).

A) Exposición

En desarrollo del Estatuto de Autonomía para Asturias, se ha procedido a la promulgación de la presente ley, que, siguiendo las líneas generales trazadas por la Ley del Patrimonio del Estado, parte sin embargo, de una óptica diferente al considerar patrimonio del Principado todo el conjunto de bienes, tanto patrimoniales como demaniales, pertenecientes a la Comunidad Autónoma.

El contenido concreto de la disposición podría sistematizarse del modo siguiente:

1) Concepto y clasificación de los bienes que integran el Patrimonio del Principado de Asturias.

2) Normas competenciales en relación con la administración de tales bienes, así como, prerrogativas administrativas para su defensa: deslinde, recuperación de oficio e investigación e interdicción del apremio. En cuanto al contenido de la Ley en relación con los Registros Públicos, resulta destacable la previsión establecida en el artículo 21 de aquella, para el supuesto de inmatriculación en el registro de la propiedad de fincas *colindantes* con otras propiedades del Principado, por cuanto viene a imponerse la constancia expresa y clara de poner a cargo del registrador la notificación de tal circunstancia a la Consejería de Hacienda, Economía y Planificación y en este sentido tal vez podríamos preguntarnos si no se ha incidido en el ámbito de la ordenación de los registros públicos, reservado de forma exclusiva al Estado por el artículo 149-1-8 de la Constitución.

(*) Referida a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1991.

3) Disciplina de los bienes patrimoniales y su explotación. En particular respecto de los bienes inmuebles, se regula su adquisición, enajenación, permuta y cesión, con especial atención a las cesiones de uso. En lo relativo a los valores mobiliarios, se precisa lo que ha de entenderse por participación mayoritaria en sociedades mercantiles a efectos de regular los actos que impliquen adquisición o pérdida de la misma.

4) Se establece además el régimen jurídico específico de los bienes demaniales, partiendo de sus características notas de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad; en especial se regulan su afectación y desafectación, las mutaciones demandales y el uso y aprovechamiento de tales bienes, esto último a partir de la diferenciación entre uso común general, uso especial y uso privativo de las mismas y de la disciplina aplicable a las autorizaciones, licencias y concesiones sobre el dominio público.

5) No presenta novedad alguna la regulación de los bienes adscritos a los organismos autónomos o entidades con personalidad jurídica propia, dependientes del Principado de Asturias, limitándose a transcribir la regulación contenida en los artículos 80 a 85 de la Ley de Patrimonio del Estado con las necesarias modificaciones relativas a los órganos competentes.

6) Mayor interés reviste el establecimiento de un régimen sancionador cuya redacción nos ha parecido ciertamente algo confusa; en este sentido, el artículo 100 viene a imponer a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, que tenga a su cargo o *haga uso* de bienes o derechos del patrimonio del Principado, el deber de velar por su custodia, conservación, aplicación a su destino y, en su caso, racional explotación. Nótese que la inclusión terminante antes comentada del dominio público en el patrimonio del Principado, extiende en la práctica a cualquier ciudadano estos deberes. Posteriormente, el artículo 101 impone al particular que presenciare o tuviere conocimiento de la comisión de actos atentatorios contra los bienes o derechos del patrimonio, la obligación de denunciarlos a la Consejería de Hacienda, sancionando el artículo 102 el incumplimiento de «las obligaciones señaladas en el artículo anterior» con una multa del tanto al triple del perjuicio ocasionado, mediando dolo o negligencia y siempre que, como consecuencia de tal incumplimiento, se produjera la pérdida o deterioro de los bienes y derechos del patrimonio, todo ello además «con independencia de las responsabilidades de otro orden a que hubiere lugar».

7) Por último la disposición adicional hace extensiva la aplicación de esta ley, en defecto de normas específicas, a las adquisiciones, enajenaciones y demás negocios jurídicos relativos a inmuebles destinados a la promoción pública de la vivienda.

B) Observación

En relación con el régimen sancionador establecido en los artículos 100 a 102 de esta disposición y con independencia de la siempre criticable vulneración del principio penal del *non bis in ídem* y de la no siempre justificable distorsión del sistema general de responsabilidad civil, ya criticada en numerosos anteriores de esta revista al hacer referencia a disposiciones análogas de

otras Comunidades Autónomas, hemos de reconocer que los preceptos comentados nos han sumido en la perplejidad. El tenor literal del artículo 102 hace que quede sin sanción el deber genérico de custodia establecido en el artículo 100, al referirse su supuesto de hecho únicamente al artículo anterior (esto es, al 101). Por su parte, al artículo 101 sanciona la omisión de un deber de denunciar actos atentatorios que, en pura lógica habrían de ser realizados por terceros, al no resultar de su redacción otra cosa sin llevar a cabo una interpretación ciertamente tortuosa (el precepto en cuestión utiliza los verbos «presenciar» o «tener conocimiento» y aún cuando podría entenderse incluido el autor entre los sujetos que «presencian» o «tienen conocimiento» del acto, no nos parece sea este el correcto significado de la norma). De ello ha de seguirse que el sujeto que presencia o tiene conocimiento del acto atentatorio y no lo denuncia ante la Consejería indicada puede ser sancionado más gravemente que le propio autor del hecho dañoso, para el cual, cuestionablemente, no se establece sanción alguna «con independencia de las responsabilidades de otro orden a que hubiere lugar». Ciento que la sanción exige que la pérdida o deterioro se produzca «como consecuencia del incumplimiento de ese deber de denuncia», con lo cual, tanto las más modernas teorías relativas a la imputación objetiva como las tesis clásicas, atenuadoras de la extensión ilimitada de la causalidad que conllevaría la aplicación estricta de la *conditio sine qua non*, nos llevarán a la exclusión de la causalidad en la práctica totalidad de supuestos, y por ende a la imposibilidad de entender el deterioro o pérdida como una consecuencia de la infracción del deber de denunciar, pero es que entonces los preceptos comentados quedan vacíos de todo significado.

Lo más deseable sería quizás que las Comunidades Autónomas renunciaran a dotar sistemáticamente a los bienes constitutivos de su patrimonio de una protección especial y reforzada, mediante el establecimiento de sanciones adicionales para conductas que o bien se encuadran en el supuesto de hecho de una norma penal o, en otro caso, pueden ser perfectamente abordadas sin más que acudir a las normas generales de la responsabilidad aquiliana.

2. PROPIEDAD TERRITORIAL: Regulación de reserva de suelo y actuaciones urbanísticas prioritarias.

Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/1991, de 11 de marzo («B.O.E.» del 10 de abril).

La presente disposición establece una serie de competencias en relación con el mercado del suelo y de la vivienda, cuya titularidad se atribuye al Principado de Asturias y que vienen a configurarse como complementarias de las conferidas a los Ayuntamiento por la Ley Estatal 8/1990 de 25 de julio, relativa a la reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

Básicamente expuesto, el contenido de la disposición comentada se concreta en la adopción de las siguientes medidas:

- 1) Delimitación de áreas en las cuales las transmisiones onerosas de terrenos y edificaciones quedarán sujetas al ejercicio por la Comunidad de unos derechos de tanteo y retracto. En este sentido y en cuanto al procedimiento, efectos y otras determinaciones, se remite a la normativa estatal con-

tenida en el Título V de la antes citada Ley 8/1990, con lo cual parece evidente que se asume también el contenido de los importantes artículos 92-3 y 95 de este texto legal en cuanto a la publicidad de tales actuaciones (básicamente, obligación de remitir copia certificada de la delimitación a los Registros de la Propiedad, al objeto de que se cierre el acceso a las transmisiones efectuadas sin que se acredite al realización de las preceptivas notificaciones al titular de los derechos de tanteo y retracto).

2) Posibilidad de acudir a la expropiación forzosa para la obtención de suelo, estando implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación en la delimitación de determinadas áreas como suelo de reserva, delimitación operada por el Principado de Asturias en las propias zonas sometidas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto antes mencionados, y cualquiera que sea la clasificación del suelo.

3) Establecimiento de un peculiar modelo de ordenación, de procedimiento abreviado, para atender especiales circunstancias urbanísticas deficitarias observadas en determinadas áreas de reserva regional de suelo o de titularidad propia de la Comunidad autónoma y cuya solución deba ser afrontada de modo perentorio. Se viene así a posibilitar la tramitación de un Plan Parcial o un Plan Especial, con plazos abreviados y con aprobación inicial, provisional y definitiva a cargo de la administración autonómica, limitando a una preceptiva audiencia la intervención municipal, en un ámbito considerado tradicionalmente como de competencias compartidas.

3. PROPIEDAD TERRITORIAL: Regulación de espacios naturales y del régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Islas Baleares.

Ley del Parlamento de las Islas Baleares 1/1991, de 30 de enero («B.O.E.» del 17 de abril).

La presente disposición autonómica viene a desarrollar el régimen urbanístico aplicable al suelo incluido en Areas de Especial Protección. Estas áreas se someten, en virtud de la regulación legal, a una serie de limitaciones entre las cuales son especialmente destacables tanto las que hacen referencia a la tipología edificatoria permisible, alturas máximas y superficie mínima edificable, como las consistentes en el establecimiento de medidas para la conservación de las construcciones llevadas a cabo con técnicas tradicionales.

El concreto régimen legal aplicable se hace depender de la categoría en que se incluya el suelo integrado en estas Areas de Especial Protección, modulándose aquel régimen según se trate de Aras Naturales de Especial Interés, Areas Rurales de Interés Paisajístico o Areas de Asentamiento de Paisaje de Interés y correspondiente el estatuto menos severo a los terrenos pertenecientes a esta última categoría, habida cuenta de su clasificación por el Planeamiento Urbanístico como suelo urbano, urbanizable programado o apto para la urbanización, de acuerdo con el artículo 5 de la disposición glosada.

Resulta además encomiable el que la definición de estas Areas de Especial Protección se lleve a cabo en la propia ley, sin remisiones en blanco a ulteriores normas de inferior rango jerárquico, y por tanto, de manera plena-

mente respetuosa con la reserva relativa de ley derivada para esta materia de los artículos 33. 3 y 53. 1 de nuestro Texto Constitucional.

Adicionalmente, en el título II de la Ley, se atribuye al Gobierno de la Comunidad, a través de la forma jurídica de Decreto, la competencia para la declaración de Espacios Naturales Protegidos, a los efectos previsto en la Ley estatal 4/89 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestre.

4. ANIMALES: Establecimiento de normas para la protección de los animales domésticos.

Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 7/1990, de 28 de diciembre («B.O.E. del 18 de abril de 1991).

Con similar contenido que su homóloga del Parlamento Canario, la disposición ahora comentada establece una serie de cuidados y atenciones, puestos a cargo de poseedor y que necesariamente han de dispensarse a los animales domésticos en general y a los de compañía en particular, preocupándose asimismo de las condiciones que han de reunir los criaderos, establecimientos de venta y demás centros para el mantenimiento temporal de animales de compañía.

Resulta además destacable la regulación relativa al abandono de estos animales y el hallazgo de animales identificados, toda vez que a diferencia de lo establecido en la antes citada Ley Canaria, se fija un plazo mínimo de veinte días antes de poder dar al animal el destino más conveniente, plazo que, como es sabido, viene a coincidir con el término de reivindicabilidad contenido en el artículo 612 párrafo 3 del Código Civil.

5. CARRETERAS: Se promulgan las Leyes de Carreteras de La Rioja, Madrid, Valencia y Canarias.

- **Ley de la Diputación General de La Rioja 2/1991, de 7 de marzo («B.O.E.» del 27 de abril).**
- **Ley de la Asamblea en Madrid 3/1991, de 7 de marzo («B.O.E.» del 28 de mayo).**
- **Ley de las Cortes Valencianas 6/1991, de 27 de marzo («B.O.E.» del 29 de abril).**
- **Ley del Parlamento de Canarias 9/1991, de 8 de mayo («B.O.E.» del 25 de junio).**

Tras la promulgación de la Ley estatal 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, las Comunidades Autónomas vienen dotándose, en ejercicio de las competencias que sus respectivos Estatutos de Autonomía en relación con el artículo 148, 1, 5º de la Constitución Española les confieren, de los correspondientes instrumentos normativos destinados a regular las carreteras integrantes de las propias redes varias. Siguiendo básicamente la sistemática de la citada ley estatal, el contenido de las disposiciones objetivo de la represente glosa viene a presentar las siguientes peculiaridades:

1) En todas ellas viene a establecerse una relación comprensiva de las diferentes tipologías en que se clasifican las vías integrantes de la red autonómica respectiva.

2) Se acogen también las necesarias prescripciones en relación con los planes de carreteras y su coordinación con la planificación urbanística, así como, a la construcción y financiación de carreteras, viniendo en todas ellas a afirmarse la innecesidad de obtener licencia municipal de obra para ejecutar actuaciones en relación con la red viaria, sustituyéndose tal requisito por procedimientos con mayor o menor posibilidad de intervención de la administración local, según la norma autonómica de que se trate.

3) Mayor interés suscitan las disposiciones relativas al uso y defensa de las carreteras, por cuanto es sabido que en este apartado viene a establecerse importantes particularidades en relación con el estatuto jurídico de la propiedad de los terrenos colindantes. En tal sentido, mientras que en las Leyes de Madrid y Valencia se establecen únicamente las zonas de Dominio Público y Protección, las Leyes de La Rioja y Canarias acogen una zonificación más diversificada, delimitando las tradicionales zonas de Dominio Público, Servidumbre y Afección, complementadas por la Línea Límite de Edificación.

4) La anchura de las franjas delimitadoras de la referida zonificación varía según la clasificación de la vía de que se trate, mereciendo en este sentido especial atención las regulaciones contenidas en las Leyes Valenciana y Canaria, por cuanto la primera remite a la planificación viaria la fijación de la amplitud, en atención al criterio de la «que se considere necesaria en cada caso» y estableciendo unas anchuras aplicables únicamente con carácter supletorio; recuerda enormemente la técnica utilizada por la legislación urbanística y sin embargo ha olvidado establecer un límite preciso al planificador cual es el representado en esta legislación por el respeto al reparto equitativo de cargas y beneficios entre los propietarios. No entraremos en una más profunda crítica de este sistema pero hemos de manifestar una vez más las dudas que puede plantear en relación con la reserva relativa de ley existente en materia de propiedad y derivada del artículo 33.3 de nuestro Texto Constitucional, muy especialmente cuando no se establecen legalmente ni tan siquiera los límites máximos y mínimos a la discrecionalidad atribuida al ejecutivo autonómico.

La Ley Canaria, partiendo como dijimos anteriormente del establecimiento de las tradicionales zonas de Dominio Público, Servidumbre y Afección, así como, del señalamiento de la Línea de Edificación, únicamente precisa los límites de la zona de Dominio Público. En cuando a las de Servidumbre y Afección, la ley fija la extensión de la suma de ambas zonas en autopistas y autovías, limitando solamente el valor máximo que puede alcanzar esta suma en los supuestos de vías rápidas, carreteras de interés regional o del resto de carreteras, y autorizándose al Gobierno, en todos los tipos de carreteras, de modo excepcional y si hubiere razones que lo aconsejaren, para eliminar alguna de las zonas de protección, excepción hecha de la de Dominio Público y sin afectar a las distancias máximas totales.

5) La Ley de Madrid establece, en relación con las transmisiones onerosas inter-vivos de bienes situados en la zona de Protección, unos derechos de tanteo y retracto ejercitables a través de la Consejería de Política Territorial,

incorporando la posibilidad de que se establezcan normas de desarrollo destinadas a asegurar al rescate de la mayor parte de las plusvalías generadas como consecuencia de la construcción o mejora de las carreteras, mediante cesiones de terrenos y cualesquiera otros mecanismos compensatorios que se estime conveniente.

6) Las Leyes de Madrid, Canarias y La Rioja, acogen la posibilidad de que dichas Comunidades Autónomas impongan limitaciones, temporales o no, a la circulación de determinados tipos de vehículo en algunos de sus tramos y cuando criterios tales como las condiciones, situación, exigencias técnicas o seguridad vial de las carreteras así lo exijan.

7) Asimismo todas las disposiciones comentadas contienen una similar tipificación de infracciones, sistematizadas en leves, graves o muy graves, junto con sus correspondientes sanciones, estas últimas de cuantía variable según las diferentes regulaciones.

6. PROPIEDAD TERRITORIAL: Protección de árboles singulares.

Ley del Parlamento de las Islas Baleares 6/1991, de 20 de marzo («B.O.E.» del 2 de mayo).

La presente disposición autonómica, sin cita expresa de precepto alguno atributivo de competencias en el cual se fundamente, viene a habilitar al Consejero de Agricultura para incluir en un catálogo de nueva creación a «todos aquellos árboles de características físicas extraordinarias, interés científico relevante o que sean apoyo de valores culturales señalados».

Dentro de tales límites, la declaración definirá un entorno protegido que «como mínimo» incluirá un círculo alrededor de la base del árbol, de radio igual a la altura del mismo y que habrá de mantenerse inalterable. La Consejería asumirá los gastos derivados de la conservación del árbol y el acceso público al mismo se determinará mediante convenio regulador de los días de visita del público y del área afectada por la declaración de singularidad, corriendo los gastos de vigilancia y de acondicionamiento de acceso del área a cargo de la Consejería.

7. PROPIEDAD AGRARIA: Se regula el Patrimonio Agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Ley de las Cortes de Aragón 6/1991, de 25 de abril («B.O.E.» del 18 de mayo).

La disposición hoy presentada deroga la Ley 3/87 de 10 de marzo, reguladora del Banco del Tierras de Aragón y comentada en las páginas de información legislativa correspondientes al fascículo III del tomo XL de esta revista. El interés que presenta el novedoso régimen legal es elevado, ya que tras establecer el conjunto de bienes constitutivos del patrimonio agrario, acoge la posibilidad de adjudicar a través de concurso un derecho de concesión o de propiedad sobre tales bienes (a elección del adjudicatario). Lógicamente, en el supuesto de que la comunidad únicamente sea titular de un derecho real

limitado, solamente podrá otorgar una concesión cuya duración no podrá extenderse más allá que la de aquél.

En caso de adjudicarse el derecho de propiedad, se establece un período de acceso diferido al mismo, con numerosas limitaciones respecto de las facultades dispositivas del adjudicatario y sancionándose expresamente con la nulidad cuantas actuaciones sean contrarias a las referidas limitaciones. Tras este período, y una vez adquirido el derecho de propiedad por el adjudicatario, se sujeta a autorización previa el ejercicio de los actos relacionados en la ley, también bajo sanción de nulidad.

Se imponen además unos derechos de tanteo y retracto a favor de la Comunidad Autónoma, ejercitables en el supuesto de enajenación onerosa (o gratuita, si es inter-vivos y el donatario no reúne los requisitos de parentesco establecidos por la ley), de los bienes que en su origen hayan pertenecido a la Comunidad Autónoma. En relación con estos derechos se contemplan también toda una importante serie de disposiciones, de discutible encuadre constitucional, dirigidas a los notarios y registradores de la propiedad y tendentes a asegurar la plena efectividad de la regulación legal. Incluso, llegando más lejos del simple aseguramiento de los derechos de adquisición preferente otorgados a la Comunidad Autónoma, se acoge en el artículo 51.1 de la ley comentada la necesidad de que en los documentos públicos en que se describen o relacionan bienes procedentes en su origen del patrimonio agrario, o en los asientos registrales referentes a actos o contratos relativos a estos mismos bienes, los notarios y registradores de la propiedad mercantil hagan referencia al hecho de estar tales bienes sujetos a los preceptos de esta Ley.

No menos interés y tampoco menores dudas en cuanto a la legitimación competencial de la Comunidad Autónoma para regular tales materias, viene a suscitar los preceptos contenidos en el artículo 50 de la ley y destinados al establecimiento de un régimen especial para la transmisión *mortis causa* de los bienes procedentes del patrimonio agrario de la comunidad, dado que el criterio para su aplicación no se hace depender de la vecindad civil, sino de las características concurrentes en los bienes transmitidos, con total independencia de aquella, no pudiendo ampararse, por tanto, en la posibilidad de conservación modificación y desarrollo del derecho foral, atribuido a la Comunidad Autónoma de Aragón por el juego de los artículos 149.1.8 de la Constitución y 35.4 de su Estatuto de Autonomía.

8. ESPACIOS NATURALES: Se regula su protección.

Ley de la Junta General del Principado de Asturias. 5/1991, de 5 de abril («B.O.E. del 21 de mayo).

La presente ley, concebida con la finalidad de dar el adecuado cumplimiento al mandato contenido en el artículo 45 de nuestro texto constitucional y promulgada al amparo de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Asturias por el artículo 11, b) de su Estatuto de Autonomía, viene, a constituir el desarrollo de la legislación básica estatal vigente en esta materia.

Así, se contiene una clasificación cuatripartita de los espacios naturales protegidos en: parques naturales, reservas naturales, monumentos naturales y

paisajes protegidos, confiriéndose a la figura de los planes rectores de uso y gestión la regulación de los usos, principios rectores de la gestión y actuaciones a realizar en los territorios declarados como parques naturales.

También, entre otras disposiciones de interés, se establece que la declaración de un espacio como protegido conlleva la de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, así como, el establecimiento de unos derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración del Principado y en relación con las transmisiones onerosas e inter-vivos de los terrenos correspondientes, constituyéndose además sobre los mismo una servidumbre legal de instalación de señales identificatorias, indemnizable de acuerdo con las reglas de la Ley de Expropiación Forzosa.

9. BIENES PUBLICOS: Regulación de los archivos y del patrimonio documental de Castilla y León.

Ley de las Cortes de Castilla y León 6/1991, de 19 de abril («B.O.E.» del 25 de junio).

A) Exposición

La disposición presentada viene a desarrollar los artículos 46 de la Constitución y 26. 13 y 28. 6 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, intentado establecer una serie de medidas tendentes a garantizar la conservación, organización, defensa, acrecentamiento y difusión del patrimonio documental y de los archivos de la comunidad con independencia de la persona que ostente su titularidad. Podríamos sintetizar la regulación adoptada a tal fin en los siguientes apartados:

1) En su título Preliminar se establece una lista comprensiva de los bienes integrantes del patrimonio documental de Castilla y León, considerando además históricos a aquellos en los cuales concurren los requisitos de antigüedad enunciados en los artículos 4 y 5 de la Ley, contemplándose también la posibilidad de que sean declarados como históricos e incluidos en el Patrimonio documental los documentos o colecciones que, aún no alcanzando la antigüedad exigida, tengan especial relevancia para la historia y cultura de la Comunidad Autónoma.

2) A continuación y dentro del título I, denominado «Del Patrimonio Cultural de Castilla y León», vienen a desarrollarse una serie de deberes de conservación y custodia puestos a cargo de los titulares o poseedores de documentos integrantes del Patrimonio Documental y confiriéndose a los documentos reunidos por las entidades, organismos o personas enumeradas en el artículo 4 de la Ley los caracteres de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad que tradicionalmente cualifican al dominio público. También se establecen unos derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración Autonómica y sobre documentos considerados históricos, imponiendo a los titulares privados de los mismos el deber de comunicar a dicha administración su enajenación, cesión o traslado. Las personas físicas o jurídicas establecidas en Castilla y León, que ejerzan el comercio de documentos privados históricos, están obligados a remitir relaciones trimestrales de los puestos a la venta, adquiridos o enajenados, con la finalidad de que la Administración pueda ejercitar sus derechos de adquisición preferente.

Otra destacable facultad de intervención administrativa en relación con documentos integrantes del Patrimonio Documental consiste en la posibilidad de disponer las garantías necesarias para evitar que las deficiencias del lugar de custodia de aquellos ponga en peligro su conservación o seguridad, pudiendo incluso, ante el incumplimiento de los deberes o las medidas administrativas contempladas en la ley por sus propietarios o poseedores, declararse la existencia de interés social a efectos expropiatorios de los bienes integrantes del Patrimonio Documental de Castilla y León que corran peligro de deterioro, pérdida o destrucción.

Se incorporan a la ley en los artículos 20 a 22 un conjunto de medidas para compatibilizar el acceso a la consulta de los documentos integrantes del Patrimonio Documental por parte de todos los ciudadanos con las particularidades que la tutela de otros valores jurídicos plantea y en tal sentido se límita el libre acceso a dichos documentos cuando puedan verse afectados la seguridad de las personas, su honor e intimidad, o la defensa y seguridad del Estado, diferenciándose el régimen de acceso según se encuentren los documentos integrados en archivos públicos, archivos privados de uso público o archivos privados que no sean de uso público.

3) El título II aborda el régimen jurídico de los archivos, clasificados estos en archivos públicos y archivos privados y distinguiéndose entre los archivos públicos de las instituciones autonómicas de Castilla y León y los de las entidades locales. Los archivos privados pueden ser a su vez de uso público o históricos (estos últimos también subdivididos según sean de uso público o no), poniéndose a cargo de sus propietarios o poseedores toda una serie de deberes de custodia, organización, inventario y comunicación.

4) El título III regula el denominado Sistema de Archivos de Castilla y León, estableciendo además las competencias de la Consejería de Cultura y Bienestar Social en materia de archivos y Patrimonio Documental, y contemplando el Consejo de Archivos de Castilla y León como órgano consultivo de la administración de la Comunidad Autónoma en materia.

5) Por último en el título IV viene a establecerse el régimen sancionador de la ley, contemplándose como infracción administrativa toda vulneración de las prescripciones contenidas en la misma y en las normas reglamentarias que la desarrolle, salvo que la conducta en cuestión sea constitutiva de delito. Se contiene además una tipificación de infracciones en particular, con sus correspondientes sanciones; en este sentido resulta gratificante encontrarnos ante una regulación respetuosa con el principio del *non bis in ídem*, cosa no demasiado corriente según venimos denunciando en estas páginas.

B) Observaciones

La presente disposición viene a configurar un auténtico estatuto jurídico de la propiedad de determinados documentos y quizás haya avanzado más lejos por este camino de lo que le permitirían los títulos competenciales invocados, no solamente por la antigüedad exigida para la consideración de los documentos como históricos (cuarenta años), sino también por considerarse documentos integrados en el Patrimonio Documental de Castilla y León (con

la cualificación además de históricos), a los radicados en la referida comunidad Autónoma con una antigüedad superior a 100 años y producidos o reunidos por cualquier otra entidad particular o persona física no enumerada en los artículos anteriores (artículo 5.2 de la Ley comentada).

Además de no entenderse muy bien si la antigüedad se refiere al documento o al período de radicación y aún pareciendo preferible esta última interpretación, la norma puede entrar en conflicto con disposición análoga emanada de otra Comunidad Autónoma, ante lo cual un mismo documento formaría parte del Patrimonio Documental de dos Comunidades Autónomas, siendo difícil en algunos casos solucionar el problema planteado por la coexistencia de regímenes jurídicos distintos en derecho interno acudiendo a la vía señalada por el artículo 16 del Código Civil, entre otras cuestiones por no resultar indubitable la naturaleza jurídica de la relación existente entre estos bienes y la Administración Autonómica.

Los derechos de tanteo y retracto establecidos hacen planear nuevamente las dudas en relación con la constitucionalidad de sus imposición por una ley autonómica. Si afectan o no a la facultad dispositiva del propietario es problema debatido por la doctrina, ahora bien, en caso afirmativo ¿no se estará invadiendo la esfera competencial del Estado? Cada vez resulta más difícil inclinarse por una solución positiva en relación con esta pregunta al resultar notorio cómo estos derechos proliferan por todas partes en la legislación autonómica y muy señaladamente en materia urbanística.

Por último podríamos poner de manifiesto las dificultades prácticas que la aplicación de una ley como ésta plantea. No sólo por las dotaciones presupuestarias precisas para ejercitar las potestades conferidas a la Comunidad Autónoma en relación con estos bienes, sino también por la propia naturaleza mueble de estos últimos y la correlativa simplificación que su tráfico conlleva. Además esta misma naturaleza lleva consigo una extrema dificultad para el control del cumplimiento de los deberes de custodia puestos a cargo de los particulares: ¿es posible vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar para verificar el cuidado dispensado a un determinado documento? ¿cuántos de los preceptos de disposiciones como la hoy presentada pueden tener auténtica eficacia? ¿es positiva para un ordenamiento jurídico la proliferación de normas cuya única función será la de nutrir las colecciones legislativas, dificultando el conocimiento del derecho que el propio sistema jurídico impone? Quizá estas son las preguntas que preferentemente nos sugiere la lectura de Leyes como la hoy comentada.

9. ANIMALES: Establecimiento de normas para su protección.

Ley del Parlamento de Canarias 8/1991, de 30 de abril («B.O.E.» del 25 de junio).

A) Exposición

La presente disposición viene a instalarse en el conjunto de las promulgadas por otras Comunidades Autónomas en relación con idéntica

materia, estableciendo una serie de preceptos tendentes a la protección de los animales domésticos de compañía, definidos en la ley como aquellos que dependiendo de la mano del hombre para su subsistencia, son albergados principalmente en su hogar sin intención lucrativa alguna.

Sin embargo y aún cuando de su ámbito de aplicación se ha exceptuado expresamente materias tales como la experimentación y vivisección de animales, la protección y conservación de la fauna silvestre y el ejercicio de actividades piscícolas y cinegéticas, tampoco se limita estrictamente a los animales de compañía, siendo motivo de atención por parte del legislador aspectos tales como la controvertida utilización de cualquier tipo de animales en espectáculos, fiestas populares y actividades que impliquen crueldad, las condiciones que han de reunir la cría, venta y transporte de animales y el estatuto legal aplicable a los dueños o poseedores, así como, a los centros de recogida o albergues de animales domésticos de compañía.

B) Observaciones

Aún cuando pueda resultar criticable la pasividad del legislador estatal en esta materia, nos parece dudosa la competencia autonómica para regular ciertos aspectos de la misma que muestran claramente la existencia de una profunda evolución en el entendimiento del Derecho de propiedad, cuando el objeto del mismo es un animal doméstico, en especial de los denominados de compañía. Además, como quiera que el Derecho no ha de limitarse a reflejar una cambiante realidad social, sino que en cierto modo ha de influir sobre esta misma realidad, incorporando valores acordes con mayores grados de cultura y civilización, parece evidente que los textos internacionales existentes en torno a esta materia van configurando una propiedad diferente, ni tan siquiera matizada por la existencia de una peculiar función social, sino más bien por las características específicas que en el objeto de tal derecho concurren, hasta el punto de que quizás pudiéramos afirmar la infiltración en el mismo derecho de la propiedad de caracteres más bien propios de una «potestas» (entendiendo el término en el sentido de poder que se ejercita en beneficio de otro).

Así, y si bien en la regulación de centros de venta puede invocarse la competencia autonómica en comercio interior o protección de los consumidores, por poner un ejemplo, más difícil resulta justificar la competencia autonómica para regular el plazo de diez días como mínimo para que las Sociedades Protectoras que recojan animales presuntamente abandonados puede proceder a su apropiación, cesión a tercero o sacrificio (artículo 16-2 de la Ley), aún cuando se diga que ello es «sin perjuicio de las normas de Derecho Civil», dando que, cuando menos, será con claro perjuicio del artículo 612-3 del aludido texto legal, que viene a fijar en relación con los animales amansados un plazo de veinte días para su reivindicación por el propietario.

4. Derecho de familia

11. CUSTODIA DE MENORES. Reconocimiento y ejecución de decisiones en tal materia.

Reiterada de reserva por parte de España en relación con el Convenio Europeo de Luxemburgo. («B.O.E.» del 3 de abril de 1991).

Se reitera la reserva formulada por el Estado Español en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.

12. FILIACION. Ley Catalana de Filiaciones.

Ley del Parlamento de Cataluña 7/1991, de 27 de abril. («BOE» del 3 de junio).

Esta disposición, por su importancia, es objeto de comentario específico en el mismo número de este Anuario.

III. DERECHO MERCANTIL

13. SOCIEDADES. Agrupaciones de Interés Económico.

Ley 12/1991, de 29 de abril, («B.O.E.» del 30 de abril).

La Ley de Agrupaciones de Interés Económico viene a sustituir la regulación de las Agrupaciones de Empresas contenida en las Leyes de 28 de diciembre de 1963 y de 26 de mayo de 1985, posibilitando la adaptación normativa a las nuevas necesidades de cooperación empresarial que las circunstancias del mercado imponen.

Configurada la Agrupación de Interés Económico como instrumento esencialmente auxiliar para la mejora de los resultados o la facilitación de la actividad de sus asociados, el objeto social persegurable a través de uno de sus miembros o, dicho en otras palabras, se trata de evitar la utilización de estas agrupaciones para configurar una «Sociedad Holding» que dirija la actividad económica de sus asociados. Precisamente esta es la base de la prohibición, establecida en el artículo 3.2 de la Ley, de que la agrupación posea directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, así como de que dirija o controle directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros.

La tan reiterada función auxiliar que nuestro ordenamiento interno atribuye a las Agrupaciones de Interés Económico corresponde en el ámbito comunitario, como es bien sabido, a la Agrupación Europea de Interés Económico, regulada por el Reglamento del Consejo 213/85, de 25 de julio, consteniéndose en la Ley objeto del presente comentario el derecho supletorio aplicable a estas Agrupaciones Europeas, de acuerdo con la habilitación conferida al respecto a los Estados Miembros en el propio Reglamento Comunitario.

En cuanto al contenido concreto de la disposición glosada, podríamos sintetizar el mismo en tres apartados:

1) El Capítulo I contiene el régimen legal sustantivo aplicable a las Agrupaciones de Interés Económico, siguiéndose a grandes rasgos y tanto en las relaciones internas como en las relaciones con terceros, el esquema trazado por el Código de Comercio para la Sociedad Colectiva, cuyas normas reguladoras se consideran además supletoriamente aplicables si bien con las necesarias modificaciones, derivadas de la específica naturaleza de estas Agrupaciones.

2) En el Capítulo II se contiene el régimen fiscal de las Asociaciones de Interés Económico.

3) Las disposiciones adicionales establecen la adaptación del régimen fiscal de las Uniones Temporales de Empresas contempladas en la Ley 18/1982 habilitando a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para modificar el régimen fiscal de las Agrupaciones de Interés Económico y de las Agrupaciones Europeas y modificando los números sexto y séptimo del art. 16 del Código de Comercio con la finalidad de dar acogida a la nueva forma societaria.

4) La disposición transitoria concede un año de plazo a las Agrupaciones de Empresas constituidas al amparo de la Ley 18/82 con el fin de que se adapten al régimen establecido por la nueva ley, se transformen en Uniones Temporales de Empresas o se disuelvan. Igual plazo se otorga a las sociedades de Empresas de la Ley 196/63 para que se adapten o se disuelvan, quedando de otro modo sujetas al régimen tributario general y estableciéndose la no sujeción de todas estas operaciones de disolución, adaptación o transformación a tributo alguno.

14. SOCIEDADES. Se desarrolla el artículo 137 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional.

R.D. 8216/1991, de 17 de mayo («B.O.E.» del 28).

Mediante la presente disposición viene a actualizarse la regulación gubernativa de la designación de miembros del Consejo de Administración a través del sistema proporcional, estableciéndose en especial las necesarias peculiaridades impuestas por la existencia de acciones sin voto y por el sistema de representación de acciones a través de anotaciones en cuenta.

15. BOLSAS DE VALORES. Regulación del sistema de crédito en operaciones bursátiles de contado.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de marzo de 1991 («B.O.E.» del 9 de abril).

La operación bursátil de contado con crédito tanto para ventas de valores fue introducida por la Orden de 10 de abril de 1981 y supuso en el régimen

bursátil español la aceptación del sistema de operar anglosajón, desplazando las tradicionales operaciones a plazo. Para reflejar, en este ámbito de operaciones, los cambios efectuados por la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, se dictó la Orden de 28 de julio de 1989, que es sustituida por la presente, más compleja y detallada. Es interesante señalar que tras el cambio organizativo realizado por la Ley de 1988 la operativa a crédito quedó totalmente paralizada y sólo con la entrada en vigor de la presente Orden ha vuelto, tímidamente, a reanudarse, la razón es clara: en el nuevo sistema bursátil el crédito para operar debe concederse directamente por el miembro del mercado actuante, lo cual acarrea un riesgo que la mayoría de ellos puede soportar sólo limitadamente. En definitiva sólo las entidades de crédito pueden ofrecer los mecanismos que esta forma de operar necesita, actuando en el mercado a través de sus filiales o mediante concierto con alguna entidad miembro de él.

El régimen sustantivo de las operaciones se detalla minuciosamente: Entidades actuantes, características de los créditos, duración y prórroga, garantías y sus complementos, depósito de los títulos o su importe, publicidad de las condiciones...

El control especial que debe realizarse sobre esta modalidad de operaciones se manifiesta en la posibilidad de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores imponga límites generales de volumen o singulares para entidades determinadas; en su registro separado y especial; y en la facultad de suspender su aplicación respecto de valores determinados, concedida a las Sociedades Rectoras de las Bolsas.

IV. OTRAS DISPOSICIONES

16. CAZA. Regulación de la caza en Extremadura.

Ley de la Asamblea de Extremadura 8/1990, de 21 de diciembre («B.O.E.» del 11 de abril de 1991).

La presente disposición sigue básicamente la redacción dada a la Ley 1/1970, de 4 de abril, si bien introduce algunas modificaciones coherentes con el cambio de óptica derivado de la necesidad de dar adecuada tutela a la fauna silvestre, de acuerdo con los novedosos ideales conservacionistas, convertidos por nuestro texto constitucional en deberes concretos puestos a cargo de los poderes públicos.

Las normas de mayor interés desde el punto de vista del Derecho privado nos parecen las relativas a los aspectos siguientes:

- 1) Terrenos cinegéticos: básicamente el esquema continúa siendo el mismo, pudiendo someterse los mismos a régimen cinegético común o especial.
- 2) La regulación de la propiedad sobre las piezas de caza es fiel reproducción de la norma estatal también, pero con la importante excepción de entenderse ocupadas aquéllas, según el tenor literal del artículo 53-1, única-

mente desde el momento de su muerte, omitiéndose por tanto la alusión expresa a la captura de las mismas hecha en la Ley del Estado. Puede entenderse irrelevante sin embargo tal cuestión, dado que no parece oportuno que la ley autonómica se extienda a materias tales como la regulación de una de las formas características de adquirir la propiedad, además de parecer evidente que la omisión se debe más bien a un simple olvido, en la Exposición de Motivos no solamente no se alude en absoluto a aquélla, sino que además se viene a equiparar posibilidad de abatimiento y posibilidad de captura, al tratar de la persecución por parte del cazador, con lo cual parece defendible la afirmación de que el legislador considera abatimiento y captura como posibilidades idénticas también en sede de ocupación.

3) La regulación de la responsabilidad por daños y del seguro obligatorio no plantea más novedad que la de ampliar los supuestos de responsabilidad de la Administración, estableciéndola en relación con los daños ocasionados por especies cinegéticas de terrenos sometidos a régimen especial que no sean objeto de concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo y también en los ocasionados por especies de la fauna silvestre no cinegética, cualquiera que sea su procedencia.

En los daños causados por los cazadores con motivo del ejercicio de la caza se omite mencionar expresamente la fuerza mayor como causa de exención de responsabilidad, aun cuando nos inclinamos por restar importancia a esta circunstancia por razones análogas a las expuestas anteriormente.

4) Nos parece en cambio más relevante el Título III de la Ley, por cuanto viene a configurar la exigencia de forma escrita para todo arrendamiento, cesión o controlación de terrenos o de puestos o permisos de caza, sometiendo estos contratos a visado administrativo y estableciendo además, si bien en este caso únicamente en relación con los contratos relativos a terrenos, una duración mínima de seis años, prorrogables mediante acuerdo de las partes. En este supuesto es evidente el posible conflicto competencial cuya resolución dependerá, tanto de la interpretación que se haga de las expresiones, «legislación civil» o «bases de las obligaciones contractuales», contenidas en el artículo 149-1-8 de la Constitución, como de las consecuencias derivadas de la vulneración de la propia norma autonómica.

17. RESIDUOS INDUSTRIALES. Se establecen medidas urgentes para la reducción y la gestión de los mismos.

Ley del Parlamento de Cataluña 2/1991, de 18 de marzo («B.O.E.» del 16 de abril).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 33-2, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se ha procedido por el Parlamento Catalán a la promulgación de la presente disposición, dándose en ella acogida a una serie de medidas y actuaciones públicas tendentes a reducir la generación de residuos y asegurar el menor impacto ambiental para las actividades de tratamiento de aquéllos. La Ley contiene una tipificación de infracciones y sanciones que se

impondrán «sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que puedan derivarse» estableciéndose además una acción pública para exigir a los órganos administrativos la observancia de la ley y de sus normas de desarrollo.

18. FAUNA Y FLORA. Regulación y Protección de la Fauna y Flora silvestres en la Comunidad de Madrid.

Ley de la Asamblea de Madrid 2/1991, de 14 de febrero («B.O.E.» del 29 de abril).

La presente disposición, promulgada sobre la base competencial del artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Madrid, viene a establecer una serie de medidas tendentes a la protección de la Flora y la Fauna silvestre entre las cuales presentan cierto interés, desde el punto de vista del Derecho Privado, las referidas a establecimientos de venta de animales o a la reparación del daño causado por aquellas acciones y omisiones que infrinjan lo dispuesto en la ley, puesta a cargo del infractor y que habrá de incluir la indemnización por los ejemplares dañados, de acuerdo con la valoración de las distintas especies de Fauna y Flora que reglamentariamente se establezca.

19. INICIATIVA POPULAR. Regulación de la iniciativa legislativa popular en las Islas Baleares.

Ley del Parlamento de las Islas Baleares 4/1991, de 13 de marzo («B.O.E.» del 1 de mayo).

En el marco delimitado por los artículos 87.3 de la Constitución Española y 26.4 del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, se promulga la presente disposición a través de la cual se desarrollan los requisitos, las causas de inadmisibilidad de las proposiciones de ley derivada del ejercicio de la iniciativa legislativa popular hasta el momento de su toma en consideración por el Pleno del Parlamento Autonómico.

20. MEDIDAS FISCALES URGENTES. Se dictan normas transitorias de tributación personal.

Ley 17/1991, de 27 de mayo («B.O.E.» del 28).

El retraso en la entrada en vigor de las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, unido a la reforma operada en materia de sociedades mercantiles hacen necesario adoptar las medidas contempladas en la presente ley consisten básicamente en la prórroga de los Capítulos I y II de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 20/1989, de 28 de junio (de adaptación de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Extraordinario sobre el Patrimonio a la sentencia del Tribunal Constitucional 45/89), introduciendo las modificaciones anuales exigidas por la política económica del Gobierno y en el adelanto de las medidas

acogidas en la Disposición Adicional Quinta del proyecto de Ley del IRPF, las cuales vienen a deslindar los respectivos ámbitos de aplicación de las disposiciones fiscales y contables en la determinación de los incrementos y disminuciones patrimoniales y rendimientos societarios.

21. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE PERSONAS FISICAS. Se aprueba una nueva regulación.

Ley 18/1991, de 6 de junio («B.O.E.» del 7).

Esta Ley sustituye a la actualmente reguladora del Impuesto, de 8 de septiembre de 1978 y entrará en vigor el 1 de enero de 1992, de forma que se aplicará a los rendimientos y demás conceptos que se obtengan a partir de tal fecha. No obstante, algunas de las disposiciones adicionales de la Ley entran en vigor de forma inmediata.

La reforma del Impuesto no supone configurar un nuevo, tributo, sino adecuar técnica y jurídicamente su regulación a las circunstancias producidas durante la vigencia del texto anterior que dieron lugar a una situación de inseguridad jurídica. Esta pretensión, reflejada en la exposición de motivos de la Ley, no parece satisfacer totalmente, pues el nuevo texto incurre en buena parte de las deficiencias achacables al anterior.

Los principales aspectos de la nueva regulación pueden enumerarse de la siguiente forma:

1.º Concepción individual del Impuesto, con abandono de la figura de la unidad familiar, siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989. A pesar de esta afirmación de la exposición de motivos, el régimen del tributo sigue dispensando trato diferente a los rendimientos obtenidos según su fuente, y si en unos se atiende a la titularidad de los bienes, en otros se prescinde de toda consideración al régimen económico matrimonial del sujeto pasivo.

2.º Ligada con la indicación anterior está la proclamación de una genérica desconexión con las normas civiles sobre el régimen económico del matrimonio (art. 5 pág. 2 y art. 6 pág. 2). Aunque sería preciso referirse a ellas para determinar la titularidad de los bienes productores de rendimientos gravados (arts. 33 y 51 frente a los arts. 30 y 43).

En algún caso sorprende el establecimiento de un criterio contrario a las normas civiles (art. 51 pár. 2.º que aplica a las ganancias del juego una solución al art. 1.351 del Código Civil), pero en otros se acude a ellas (para configurar la deuda tributaria como ganancial, art. 85 que cita el 1.365 del Código Civil).

Obviamente este proceder evidencia que el nuevo texto adolece, a este respecto, de defectos equivalentes a los del anterior.

3.º El régimen de tributación conjunta de los integrantes de la unidad familiar se configura como opcional y se simplifica su regulación. Incluso sistemáticamente queda relegada al final de las normas sustantivas el Impuesto y recibe una escalada de gravamen específica.

4.º Se configura con mayor exactitud el hecho imponible, precisando una lista de rentas exentas claramente definidas (art. 9).

5.º La tributación de no residentes se regula con detalle. En particular se contempla la transmisión de inmuebles por no residentes sin establecimiento permanente, imponiendo al adquiriente la carga de retener parte del precio e ingresarla como pago a cuenta del Impuesto [art. 19 pl b)].

6.º Las retribuciones en especie, siempre sujetas a gravamen pero difícilmente comprobables, se regulan con detalle, incluyendo criterios de valoración de su importe según su clase (arts. 26 y 27).

7.º Respecto a los rendimientos del capital mobiliario se incorporan los conceptos recogidos por la Ley de Activos Financieros (14/1985, de 29 de mayo) y se aplica un régimen especial a las rentas vitalicias y a las derivadas de planes de abono popular.

8.º Los incrementos y disminuciones de patrimonio ven alterada su tributación en tres puntos principales:

Desaparece la llamada plusvalía del muerto; la actualización del valor de adquisición se sustituye por una reducción proporcional de la variación patrimonial y se establecen unos límites temporales de sujeción a gravamen (en general 15 de permanencia en el patrimonio).

9.º Se da otro paso más en la configuración de la transparencia fiscal, describiéndose situaciones cada vez más complejas. Las sociedades incursas en este régimen de tributación deberán convertir en nominativas sus títulos representativos de capital (art. 54).

10. La acumulación de rendimientos para obtener la base imponible se funda en la distinción de rentas regulares e irregulares, que se definen con mayor detalle. La escala de gravamen aplicable asciende del 20 al 53%, previéndose para 1993 una nueva escala del 18 al 50%.

11. La parte final de la Ley (disposiciones adicionales), de gran extensión, se dedica a aspectos complementarios como son: Adaptación de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; creación de un Impuesto sobre bienes inmuebles de entidades no residentes; regulación de una Deuda Pública especial, que sustituye a los Pagarés del Tesoro y Pagarés Forales; apertura de un plazo para la regulación de situaciones tributarias o establecimientos de un régimen de tributación para trasmisiones de Deuda Pública a no residentes, entre otros.

22. IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO. Nueva regulación. Ley 19/1991, de 6 de junio («B.O.E.» del 7).

El establecimiento de esta figura en el sistema tributario español se realizó en 1977 (Ley 50/1977, de 14 de noviembre) dándole una configuración

provisional que se ha mantenido vigente durante catorce años. Ahora se trata, por fin, se suprimir los caracteres de excepcionalidad que se predicaban del Impuesto, aunque en realidad el nuevo régimen sustantivo es de una evolución del anterior.

Como es lógico el Impuesto grava el patrimonio neto de las personas, calculado sumando el valor dinerario de sus bienes y deduciéndo el valor de las cargas que afecten a los bienes, así como las deudas del titular. Para determinar la titularidad de los bienes se hace una remisión general a las normas civiles, incluidas las reguladoras del régimen económico matrimonial.

La parte más importante de la regulación se dedica a fijar los criterios de valoración de las distintas clases de bienes, derechos y deudas computables, pudiendo destacarse algunas:

1. Tiene acogida la nueva figura de la multipropiedad o similares, que se valorarán según la proporción de derechos que confieran o por el precio de adquisición.

2. Las acciones de nueva emisión, no admitidas a cotizar todavía en Bolsa, serán valoradas en la última cotización de las acciones antiguas dentro del período de suscripción, criterio evidente injusto.

3. Indirectamente se fomenta la autoditoría de los balances de entidades cuyos títulos no estén admitidos en Bolsa, pues sólo los balances auditados servirán para determinar de manera absoluta el valor teórico de aquéllos.

4. Se establece la obligación de las entidades de suministrar a sus partícipes certificados con la valoración de sus títulos.

5. Los objetos de arte cuyo valor supere el importe que fije el Gobierno deberán incluirse por su valor de mercado, lo cual suscitará dificultades obvias.

6. Queda excluido el ajuar doméstico del ámbito sujeto a gravamen.

7. Las deudas se valorarán por su nominal.

Finalmente la escala de gravamen sufre elevaciones para bases superiores a 50 millones de pesetas, siendo obligatorio formular declaración cuando la base supere 15 millones.

El nuevo texto, que entrará en vigor el 1 de enero de 1992, sigue configurando el Impuesto como complementario y de control respecto del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, lo cual se refleja especialmente en el límite puesto a las cuotas, que, a su vez se sujeta ahora a condiciones particulares.

23. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL. Se crea este órgano consultivo.

Ley de 21/1991, de 17 de junio («B.O.E.» del 18 de junio).

La presente disposición crea y regula el Consejo Económico y Social, estableciendo su naturaleza jurídica, composición, funciones organización y régimen económico financiero, así como el nombramiento, cese y régimen de incompatibilidades de sus miembros.

Delineando como órgano consultivo en relación con la actividad normativa del Gobierno en materia económica y laboral, su actuación se concreta en la emisión de informes y dictámenes, que tendrán carácter preceptivo o facultativo según los casos, pudiendo además emitir estudios o informes a iniciativa propia si bien únicamente en los supuestos y en relación con las materias establecidos por la Ley.

Además de contemplarse expresamente en el texto normativo el carácter no vinculante de los dictámenes del Consejo, resulta de interés la exclusión del trámite de consulta, y por tanto del dictamen del Consejo Económico y Social, operada en relación con el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, tanto más interesante cuanto es de sobra conocido cómo en la Ley de Presupuestos vienen a establecerse, de manera reiterada y que continuamente viene siendo objeto de crítica, toda una serie de previsiones cuyo contenido desborda en gran medida la finalidad constitucionalmente atribuida a la mencionada Ley.

Frente a este proceder, la ley de la Comunidad de Madrid 6/1991, del 4 de abril («B.O.E.» del 29 de mayo), al constituir el Consejo Económico y Social de su ámbito autonómico, somete expresamente a su informe los criterios y líneas generales del anteproyecto de ley presupuestaria.

24. EDUCACION. Normas de desarrollo de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo.

R.D. 986/1991, de 14 de junio («B.O.E.» del 25).

R.D. 1004/1991, R.D. 1006/1991 y R.D. 1007/1991, todos ellos del 14 de junio («B.O.E.» del 26)

En desarrollo de diferentes aspectos de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, se ha procedido a la promulgación de los presentes Reales Decretos cuyos respectivos objetos de regulación son los siguientes:

- R.D. 986/1991, de 14 de junio: aprobación del calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo.
- R.D. 1004/1991, de 14 de junio: establecimiento de los requisitos mínimos de los centros que imparten enseñanzas de régimen general no universitarios.

- R.D. 1006/1991, de 14 de junio: establecimiento de las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Primaria.
- R.D. 1007/1991, de 14 de junio: establecimiento de las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria obligatoria.

BIBLIOGRAFIA

Libros

CANO MARTINEZ DE VELASCO, J. Ignacio: «La retención de cosa ajena». Barcelona, 1990, Editorial Bosch. 91 págs.

Con esta obra, el profesor J. Ignacio Cano, nos presenta como el propio título del libro indica, un tratamiento monográfico de la figura jurídica de «la retención de cosa ajena».

El autor analiza y trata de resolver las numerosas cuestiones que en torno a esta figura se han planteado y que, en su opinión, no han tenido una correcta solución, debido al erróneo enfoque que por la escasa regulación legal y la inercia de la tradición, han seguido los estudios realizados hasta ahora.

Ante el reto que, para el autor, supone la resolución de tales problemas, señalados ya en el prólogo que inicia el presente trabajo, comienza la exposición de su estudio que desarrolla sistemáticamente en nueve capítulos, con los que pone de manifiesto un nuevo planteamiento de la figura, que hace convivir en ella tanto el aspecto sustantivo como el procesal, y una innovadora visión de la naturaleza jurídica y normativa que la regula.

El capítulo primero introduce el análisis de la figura mediante una división de sus «antecedentes históricos» en ocho secciones, que comienzan en el «Derecho romano» (primera sección), encuadrando la figura dentro de la *exceptio doli*, y que tras el silencio que sobre esta materia se observa en la «legislación intermedia» española (segunda sección), e imitando al Code francés (tercera sección), reaparecen en los «trabajos preparativos del Código Civil español» (cuarta sección), consagrándose definitivamente, aunque con variaciones, en el vigente C. C. español (quinta sección). La sexta sección comenta la figura en relación a determinados supuestos regulados en el Código de Comercio, y las secciones séptima y octava concluyen en este capítulo con un juicio crítico sobre la doctrina y una serie de conclusiones sobre lo anteriormente expuesto.

Bajo el título «Concepto de retención», el segundo capítulo intenta, mediante dos secciones, ofrecer una visión global de las posiciones doctrinales al respecto (primera sección), y mantener una completa y correcta definición de la figura relacionada siempre con la naturaleza jurídica que el autor le atribuye.

J. Ignacio Cano se ocupa de la «Naturaleza jurídica de la retención» en el capítulo tercero, en cuya primera sección muestra las «opiniones y argumentos doctrinales» al respecto y, finalmente, en la segunda sección, le otorga la naturaleza, no de derecho subjetivo, sino de un acto jurídico que provoca la aparición de una excepción procesal.

Al análisis del «Fundamento» de la figura dedica el capítulo cuarto tres secciones, que comprenden tanto el «concepto de fundamento» y «fundamentos posibles» (sección primera), como el fundamento particular de la retención (sección segunda) y las conclusiones (sección tercera) que se deducen en este punto, y que se resumen en considerar como fundamento extrajurídico de la figura en cuestión, el principio general del enriquecimiento injusto.

La delimitación del «Ámbito de la retención» se contempla en cinco secciones contenidas en el capítulo quinto, que ocupa la primera sección en explicar su objetivo, y la segunda y tercera sección en especificar el «ámbito normativo y objetivo y, ante todo, en resaltar el art. 453 C. C. como precepto general aplicable a todo supuesto de retención. La cuarta sección hace referencia a los «Límites extrínsecos» y diferencias con las figuras afines, tales como prenda, hipoteca, anticresis, excepción de incumplimiento de contrato (figura en cuyo tratamiento insiste el autor a lo largo de toda su obra, intentado evitar su aparente confusión), compensación y privilegio. Y, por último, la sección quinta muestra las conclusiones extraídas de estos aspectos.

El objetos de las dos secciones en las que el capítulo sexto se divide, reside en la descripción de los «Carácteres de la retención», mediante un juicio crítico de la doctrina dominante, que parte, no de considerar la retención como un derecho subjetivo, sino como un acto jurídico.

El contenido del capítulo séptimo recoge el examen de los elementos de la retención, que clasifica en personales y reales, en sus dos primeras secciones, y concluye, en la tercera y última sección, con las respectivas conclusiones.

El análisis del «Contenido y extinción» de la figura estudiada supone el objetivo del capítulo octavo, que dedica su primera sección a la exposición de las facultades y efectos jurídicos que surgen con la retención de cosa ajena; la segunda sección, a las diferentes causas de extinción, y una tercera sección a la finalización de este capítulo con las correspondientes conclusiones.

El último y noveno capítulo, finaliza la obra haciendo referencia a la «Retención en la anticresis». Su primera sección trata de resolver el problema que plantea en la doctrina la naturaleza de la anticresis y su relación con la figura de la retención; expone las diferentes posiciones doctrinales francesas y españolas y el juicio particular del autor, concluyendo con la ya reiterada sección dedicada a las conclusiones, en las que reafirma la naturaleza real de este derecho de garantía, y advierte que la remisión que el art. 1886 C. C. hace al artículo 1866.2 (continuidad legal de la prenda) sanciona la constitución de otro derecho real de garantía (nueva anticresis), para seguridad de una segunda obligación contraída, y no especialmente garantizada, durante la vigencia de un contrato; y no supone, continúa opinando el autor, una transformación en retención, a pesar de la literalidad del precepto relativo a la garantía pignoraticia.

En definitiva, el presente trabajo refleja una peculiar reflexión sobre la figura de la retención de cosa ajena dentro de la doctrina española, con la que el autor trata de acercarse, como demuestra con su exposición, a la posición procesal alemana; de la que, sin embargo, se distancia notablemente otorgando a la retención la naturaleza de acto jurídico y concediendo, únicamente entre sus efectos, la posibilidad de oponer una excepción procesal.

Posición que contrasta con la propia doctrina germana que, lejos de apartarse rotundamente de la naturaleza de derecho subjetivo, observa en la retención, una

forma intermedia entre derecho (al que se atribuye una acción) y excepción, al entender ésta como un «contraderecho» dirigido principalmente contra la pretensión del acreedor, cuyo interés jurídico se protege con la limitación de la pretensión, es decir, con una condena judicial a la prestación inmediata contra la recepción de una prestación correspondiente al titular de la excepción.

Surge, pues, en el panorama jurídico, la necesidad de establecer formas intermedias para afrontar las numerosas cuestiones que originan en la doctrina figuras, como la que nos ocupa, que plantean a la Ciencia del Derecho grandes dificultades encuadre.

El autor ofrece, con gran espíritu de síntesis, un global e interesante estudio de la figura; analiza el concepto, naturaleza jurídica, fundamento, ámbito, caracteres, elementos, contenido, extinción y delimitación con otras figuras afines, desde una perspectiva diferente, incidiendo en numerosas ocasiones sobre sus aspectos procesales y reflexionando sobre las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, tanto españolas como francesas, italianas y alemanas, surgidas en torno a esta figura.

Destaca, en conclusión, el gran esfuerzo innovador que supone la obra, al exponer una nueva visión de la retención enfocada no sólo desde su aspecto sustantivo, sino también procesal, intentando resolver la complejidad y la diversidad doctrinal que la figura plantea.

M.ª DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO

CORRAL TALCIANI, Hernán F.: «La declaración de fallecimiento», Editorial TECNOS, Madrid, 1991, 409 págs.

La presente obra constituye la tesis doctoral que realizó en España su autor, licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Santiago de Chile.

Comienza la obra, a modo de introducción, con los antecedentes legislativos, fines, fundamento, concepto y naturaleza de la declaración de fallecimiento.

Para el autor, la declaración de fallecimiento, si bien por su causa se aproxima a la ausencia, por sus efectos se acerca al fallecimiento.

Para el autor, la declaración del fallecimiento, si bien por su causa se aproxima a la ausencia, por sus efectos se acerca al fallecimiento.

La declaración de fallecimiento ha sido considerada, por lo general, como una etapa de la ausencia. Pero, en realidad, excede a la misma pues a través de ella una persona ya no se considera jurídicamente ausente, sino que deviene en persona muerta. Mientras que la ausencia se fundamenta, más que en la duda sobre la vida, en la incertidumbre del regreso del ausente la declaración de fallecimiento se basa siempre en la incertidumbre de la existencia de la persona, y mediante ella se busca terminar jurídicamente con la situación de duda. Con la declaración de fallecimiento se persigue la preservación de la certeza o seguridad jurídica, gravemente alteradas por la situación de incertidumbre generada por la desaparición de una persona por largo tiempo.

La declaración de fallecimiento se diferencia de la muerte comprobada en que parte de una situación de incertidumbre y duda. La declaración de fallecimiento, según el autor, sirve para probar la muerte, pero no es una prueba de la muerte, no se

identifica con ésta, sino que es una figura sustitutiva de dicha prueba. La declaración de fallecimiento no es un equivalente del hecho de la muerte, sino sólo de su prueba.

Define el autor la declaración de fallecimiento como una situación legal constituida por una resolución judicial sobre una persona cuya existencia se ignora, que posee carácter autónomo (no identificable ni con la ausencia ni con la muerte natural), eficacia *erga omnes*, de consolidación gradual y vocación de permanencia, y cuya función es la de servir de sustituto de la prueba de la muerte, mientras subsiste la incertidumbre que la fundamenta.

Por otra parte la sola incertidumbre sobre la existencia de la persona no es suficiente para proceder a la declaración de fallecimiento, sino que además es necesario que pueda formarse un juicio de probabilidad de la muerte, que lo extrae el legislador teniendo en cuenta tres factores: el transcurso del tiempo sin noticias, la edad del desaparecido y las circunstancias de peligro de la desaparición. Tal juicio de probabilidad de la muerte es de la competencia del legislador, y no del juez; a éste sólo le corresponde constatar los supuestos de hecho que son necesarios para su formulación, y en declarar el fallecimiento cuando estos concurren.

Posteriormente el autor realiza un detallado análisis de los requisitos de la declaración de fallecimiento, tanto de fondo (en donde se examinan los supuestos legales) como de forma (todo lo relativo al procedimiento de jurisdicción voluntaria correspondiente).

A continuación se examinan los efectos de la declaración de fallecimiento. En dicho capítulo se estudian cuestiones como la inscripción registral, el problema de la determinación de la fecha de la muerte, así como los efectos personales, patrimoniales y familiares.

El último capítulo se encuentra dedicado a la revocación de la declaración de fallecimiento (ya sea por prueba de la vida o por prueba de la muerte). Cuestión de gran interés es la reaparición del declarado fallecido, a efectos de subsistencia del vínculo matrimonial, defendiendo el autor tal subsistencia y la nulidad del posible matrimonio que haya contraído el cónyuge presente.

En definitiva, se trata de un trabajo muy interesante, cuya lectura pone de manifiesto el alto nivel científico de su autor (con independencia de que se acepten o no algunas de sus conclusiones, que, en todo caso, es preciso respetar, pues se encuentran expuestas con gran rigor y seriedad), y constituirá una piedra fundamental en la muy escasa bibliografía dedicada al tema.

JUAN POZO VILCHES

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «El pago mediante tarjetas de crédito», *La Ley*, Madrid, 1990, 187 págs.

Quién no se ha preguntado alguna vez si al hacer uso de las tarjetas de crédito se está efectivamente liberando de las obligaciones contraídas.

Cuando un consumidor toma parte en un contrato de tarjeta de crédito, por regla general, desconoce las obligaciones y responsabilidades que está asumiendo. Ello se debe a que se trata de contratos sometidos a condiciones generales. Las cláusulas generales que integran el contenido contractual vienen redactadas en letra pequeña y de forma ambigua y, además, las entidades que las proporcionan

no suelen facilitar a sus titulares suficiente información acerca del funcionamiento de este medio de pago.

Hace escasamente un año leía en la prensa una noticia desconcertante. Una entidad bancaria había interpuesto una querella por apropiación indebida contra el titular de una tarjeta de crédito. Este consumidor, al ir a extraer dinero del cajero automático, observó que tenía un saldo muy superior al normal. Atribuyó este incremento a algún premio que las entidades emisoras de este tipo de tarjetas suelen otorgar a sus usuarios. Extrañado, de todas formas, lo puso en conocimiento de las autoridades pertinentes. Contestación: Efectivamente habría tenido buena suerte. A partir de ese momento realizó gastos por un valor superior al cuarto de millón de pesetas.

La entidad bancaria, unos días después, descubrió que por una «pequeña» avería de su terminal de ordenador había incrementado por error la cuenta de este usuario. Como se ha dicho, la entidad interpuso contra él una querella por apropiación indebida.

Este no es un suceso aislado. Desgraciadamente, las páginas de nuestros diarios se llenan de casos semejantes: utilización indebida de tarjetas de crédito, robos, pérdidas, etc.

A pesar de la frecuente utilización de las tarjetas como medio de pago, de obtención de crédito, de extracción de dinero, nuestro ordenamiento nada prevé al respecto.

Son muchos los problemas jurídicos que de la utilización de tarjetas de crédito se derivan. La profesora Gete-Alonso se ha preocupado en esta obra de analizar y de dar respuesta jurídica a algunos de los problemas que más frecuentemente se plantean en este campo del Derecho.

El primer capítulo la autora lo dedica a estudiar, desde un punto de vista general, la tarjeta como medio de pago. Reconduce el problema al art. 1170.2.º del Código Civil. Es necesario analizar si la tarjeta es un documento mercantil. De esta configuración jurídica depende que produzca o no los efectos del pago. Traza el problema de la siguiente manera: si se entiende que es un documento mercantil, la tarjeta al igual que el cheque, el pagaré o la letra de cambio no gozará automáticamente de poder liberatorio, ni extintivo. Si, por el contrario, se estima que no alcanza la naturaleza de los documentos descritos en el art. 1170.2.º del Código Civil, se debe concluir que no se puede reconducir a este precepto y que, por consiguiente, producirá los efectos generales del pago.

La profesora Gete-Alonso no niega, en ningún momento, el carácter de documento de las tarjetas de crédito. Sin embargo, considera, acertadamente, algo más que dudosa su configuración como documentos mercantiles, si se tiene en cuenta seriamente las relaciones contractuales que se originan.

A continuación, realiza un esbozo de las posibles funciones que pueden cumplir los distintos tipos de tarjetas. En primer lugar, son esencialmente un medio de pago. Además, pueden ser instrumento de garantía, ya que el establecimiento comercial que acepta la tarjeta o se «adhiere al sistema», a primera vista, tiene asegurado el cobro del bien o servicio prestado por parte de la entidad emisora y/o gestora de la misma. En tercer lugar, es un medio de obtención de crédito, puesto que la entidad emisora se compromete a pagar al establecimiento, aunque el titular no tenga en ese momento fondos suficientes para hacer frente al pago. Por último, puede cumplir la función de proporcionar dinero en metálico y de realizar las mis-

mas operaciones que se llevan a cabo en las ventanillas de los bancos y cajas de ahorro.

En relación a los distintos tipos de tarjetas, la autora distingue dentro de la gran variedad existente en el mercado: aquellas tarjetas propiamente de crédito (creadas o emitidas tanto por empresas cuyo objeto es precisamente su emisión y gestión, como las emitidas o gestionadas por entidades bancarias), de aquellas tarjetas llamadas «de cliente», cuya función principal no es tanto la concesión de crédito como el ser medio de pago. En este último grupo diferencia las denominadas tarjetas de compra, de las de débito o caja abierta.

En cuanto a la estructura, la profesora Gete-Alonso examina detalladamente todos y cada uno de los sujetos que intervienen en la tarjeta y las distintas y especiales relaciones contractuales que surgen entre ellas.

Bajo la rúbrica «El Contrato de Tarjeta en General», la autora analiza con claridad el contrato que da lugar a la utilización de la tarjeta como medio de pago, de obtención de crédito y de extracción de dinero. En este punto, es destacable la definición tan rigurosa, completa y sistemática que nos adelanta de este contrato. «En términos generales se podría definir el contrato de tarjeta como aquél en el que una persona (la entidad emisora o gestora de la tarjeta) se obliga, frente al titular de la tarjeta, a pagar las obligaciones que éste contraiga con determinadas personas y/o a facilitar dinero en efectivo y otros servicios de caja, a crédito (tarjetas de crédito o de débito) o a aplicar ciertas reglas en el pago de las obligaciones de dinero (tarjetas de compra), siempre que aquél haya utilizado la tarjeta que le facilita el propio emisor o gestor; y el titular de la tarjeta se obliga a reembolsar las cantidades pagadas por aquél y, en su caso, los intereses y demás gastos y la cuota de su utilización, y a usar de la tarjeta de acuerdo con lo estipulado en el contrato.»

Tras esta descripción del contrato de tarjeta, la autora dedica el resto del capítulo a examinar, punto por punto, las características que de la propia definición surgen de este contrato. Es decir, la atipicidad, su sometimiento a las condiciones generales, la consensualidad, la bilateralidad, el formalismo y la causalidad.

Pero, no quisiera terminar el análisis de este capítulo sin hacer especial referencia al tema de la propiedad de la tarjeta.

Critica severamente esta profesora las opiniones que en esta materia han vertido algunos autores. Es inapropiado, poco técnico y, sin duda, nada científico calificar como propiedad el derecho que la entidad emisora ostenta sobre la tarjeta. Con esta calificación se conceptúa erróneamente como contrato de uso, de comodato, de depósito o incluso de arrendamiento de cosa mueble a la situación jurídica del titular de la tarjeta. La declaración de propiedad a favor de la entidad emisora que se encuentra en todos los formularios contractuales, a juicio de Carmen Gete-Alonso, está encubriendo una cláusula que autoriza a la entidad a resolver unilateralmente, en cualquier momento, el contrato, justificada o injustificadamente. Pero tal legitimación, ya de por sí nula, no se basa en que la entidad sea la propietaria de la tarjeta, sino en la propia relación obligatoria que existe entre el titular y la entidad. Cuando se extingue el derecho de crédito que el titular ostenta frente a la entidad, es lógico que el documento representativo del mismo (la tarjeta) retorne al acreedor. En puridad, aclara, es inadecuado hablar aquí de propiedad de la tarjeta, puesto que se trata de un documento representativo personalísimo de

un crédito personalísimo. Pero, en último caso, el único propietario de este documento será el titular.

Los cuatro siguientes capítulos de su obra, los dedica a examinar, objetiva y profundamente los distintos tipos de contrato de tarjeta. Así, en el capítulo III analiza el contrato de cuenta de crédito mediante tarjeta, en el IV estudia el contrato de tarjeta de compra, el V lo dedica al de tarjeta de débito y el VI al contrato de admisión de la tarjeta como medio de pago. Emprende el análisis de estos contratos, con una sistemática marcadamente didáctica. En primer lugar, esboza el concepto y la definición del contrato, después delimita la relación contractual y estudia su contenido, y, por último, muy detalladamente analiza una por una las obligaciones de cada sujeto que interviene en ese contrato.

Para finalizar, en el último capítulo, plantea el problema del pago de las obligaciones dinerarias mediante tarjeta. Examina la aplicación a este instituto de las reglas generales del pago. Empieza preguntándose si es requisito indispensable la identidad del pago, estipulada en el art. 1166 del C.c. En su opinión, la característica principal de la tarjeta de crédito reside en que su presencia no produce la modificación de la prestación prometida. No supone la entrega de un *aliud pro alio*, sino de la misma cosa debida. El acreedor recibirá lo mismo, no algo diferente, aunque no en el momento de cumplirse la obligación. Otra cuestión, relacionada con la anterior, es la de si el acreedor ha de aceptar expresamente este medio de pago. Dicho de otra manera, ¿se puede trasladar el requisito de la aceptación del documento prescrito en el art. 1170 a las tarjetas de crédito?

En principio, dice la autora, el deudor no puede obligar al acreedor (establecimiento comercial) a la aceptación de la tarjeta como medio de pago de la obligación de dinero. La entrega de la tarjeta supone un cumplimiento con una cosa distinta de la especie pactada. Ahora bien, esta solución hay que matizarla. El acreedor, desde el momento en que ha concertado un contrato de admisión de tarjeta como medio de pago y ha dado publicidad del mismo, si la tarjeta utilizada reúne todos los requisitos exigidos para su validez, no puede negarse a aceptarla en el momento en que se la presente. Es cierto, por tanto, que el acreedor ha de manifestar su voluntad, pero ésta se ve ligada a la aceptación o al contrato de admisión de tarjeta. El incumplimiento de este contrato resolverá la relación entre la entidad emisora y el establecimiento incumplidor, pudiendo ser denunciado por el titular de la tarjeta. En las tarjetas de compra, al ser contratos bilaterales, el propio titular de la misma podrá resolver el contrato con la entidad emisora. Por consiguiente, y a diferencia de lo que ocurre en los documentos mercantiles del art. 1170 del C.c., el acreedor está obligado a admitir la tarjeta como medio de pago. El último problema que se puede destacar en este punto es la calificación o no de la tarjeta como documento mercantil. Para la autora, si bien la tarjeta es un título representativo de un derecho de crédito no es un título-valor propiamente dicho. No se transmite, ni concurre en ella la característica esencial de éstas, su literalidad. Las tarjetas no son un medio *pro solvendo* a diferencia de los documentos mercantiles, representativos del dinero.

La sustitución de la tarjeta por dinero es momentánea, ya que el establecimiento acreedor siempre verá satisfecha la deuda con dinero.

No creo exagerar al decir que en la sencillez de esta obra monográfica se encuentra, sin lugar a dudas, un gran trabajo científico que encierra una brillante aportación al estudio de este nuevo instrumento de pago. A pesar de su absoluto

predominio en el mercado, la tarjeta de crédito sigue provocando, seguramente por el injustificado desconocimiento de su funcionamiento, situaciones tan desconcertantes y sin respuesta como la que he descrito al comienzo de esta recensión.

Leyendo este trabajo, no sólo el estudiante o el profesional encontrará una pieza útil de aprendizaje y consulta, sino que cualquier persona (hoy llamada usuaria) podrá orientarse sin dificultad sobre el funcionamiento de esos documentos que hoy en día todos tenemos cierto recelo a utilizar.

GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

MOREU BALLONGA, José Luis: «El legado genérico en el Código civil», Ed. Cívitas, 1991, pág. 212.

1. El profesor Moreu recoge en este libro el trabajo que constituyó la segunda prueba del concurso oposición para una Cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Está dividido en cinco apartados y en él expone el íter que recorre el legado genérico desde su constitución, pasando por la muerte del testador, hasta su cumplimiento, así como las posibles responsabilidades ulteriores del gravado con el legado (evicción y vicios ocultos). En su análisis utiliza, frecuentemente, los antecedentes históricos. Acude sobre todo al Derecho romano. Como pone de relieve, en el apartado I, ese Derecho tiene un especial valor en el estudio del legado genérico, ya que, la regulación de los legados del Código Civil procede, básicamente, del mismo. También realiza continuas referencias al derecho comparado. En especial, al Código Civil portugués de 1867, código que fue tenido en cuenta por el legislador español cuando reguló el legado genérico y que, según Moreu, ha pasado inadvertido a nuestra doctrina.

Pasamos a exponer los apartados II a V de la obra.

2. *La cuestión de la adquisición del legado genérico: eficacia obligacional/real (II).* Señala el autor que uno de los problemas que plantea el régimen jurídico del legado genérico es la determinación del concreto momento en que el legatario adquiere. Presuponiendo la exigencia de especificación existen, todavía, dos posibilidades de construcción: *a) Concebirlo con eficacia real*, lo cual significa que el legatario adquiere el objeto legado desde el momento de la especificación. *b) Concebirlo con eficacia obligacional*, lo cual significa que el legatario adquiere el objeto legado en el momento de la entrega. Mantener una u otra construcción implica una serie de consecuencias prácticas referidas, por ejemplo, a la posibilidad de que el legatario ejerza la acción reivindicatoria o la acción declarativa del dominio, o al fundamento de la atribución de riesgos, mejoras o frutos al legatario, etc. En cambio, parece no tener trascendencia en relación al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 47 y 48 LH).

La mayoría de los autores españoles ha sostenido la eficacia obligacional del legado genérico. Entre sus argumentos se encuentran los siguientes: el art. 785.III del Código Civil atribuye la facultad de elección al heredero como hacía el Derecho romano en los legados de eficacia obligacional; la responsabilidad por evicción en los legados genéricos (art. 860 del Código Civil) sugiere una estructura obligacional; la Exposición de Motivos de la L.H. de 1861 afirma, expresamente, esa eficacia; la tendencia en el Derecho comparado a generalizar la eficacia obligacional, etc. Veámos cual es la posición del autor.

Considera Moreu que en el legado genérico deben diferenciarse dos modalidades: el legado de género ilimitado, que posee eficacia obligacional, y el legado de género limitado a bienes pertenecientes al patrimonio hereditario, que posee eficacia real.

La afirmación de la eficacia obligacional del legado de género ilimitado la deduce Moreu tras analizar las distintas maneras en que éste puede especificarse, puesto que, todas ellas apuntan a dicha eficacia. En concreto, puede especificarse de las siguientes maneras:

- a) En un objeto ajeno al patrimonio del heredero o cosa de un tercero. Se trata de legado específico de cosa ajena que, mayoritariamente, es calificado como de eficacia obligacional (arts. 861 y 862 del Código Civil).
- b) En un objeto que pertenece al gravado. Se trata de un legado específico de cosa del gravado que, también mayoritariamente, es calificado como de eficacia obligacional (art. 863 del Código Civil).

c) En un objeto que pertenece al patrimonio hereditario. En este tercer caso podría admitirse una eficacia real ya que podría tratarse como legado específico de cosa propia del testador (art. 882.I del Código Civil). Ahora bien, contra esa posible interpretación acude Moreu al argumento del Derecho romano que, en su opinión, concebía los legados de género ilimitado como de eficacia obligacional (*per damnationem*) y, no se olvide, que en materia de legados el legislador ha querido respetar esos antecedentes romanos.

En la justificación de la eficacia real del legado de género limitado a los bienes pertenecientes al patrimonio hereditario, que es precisamente el legado más importante desde el punto de vista práctico, el autor sigue de cerca la discusión doctrinal que, en el Derecho italiano, han sostenido Criscuoli y Gangi; el primero defendiendo la eficacia obligacional y el segundo la eficacia real. Siguiendo a Gangi, admite Moreu, una sucesión directa del patrimonio del testador al patrimonio del legatario y la retroactividad de la adquisición al momento de la apertura de la sucesión. Esa posición la basa Moreu, en nuestro ordenamiento y entre otros argumentos, en la aplicación directa del art. 882.I del Código Civil o, si ésta no se admite, en su aplicación analógica; en los antecedentes romanos que concebían esta modalidad de legado genérico como legado *per vindicationem* que tenía eficacia real; en el art. 609 del Código Civil, que considera a la sucesión testada como modo de adquirir y testar «la propiedad y demás derechos reales sobre bienes» y que, sólo exige la entrega en las transmisiones realizadas «por consecuencia de ciertos contratos», etc.

3. *La especificación del legado genérico (III).* La especificación implica una transformación en la estructura del legado genérico y plantea una serie de cuestiones como: la de si cabe una separación de la cosa, unilateral o bilateral; la de quien está facultado para realizarla y qué calidad debe tener la cosa individualizada; la de cuándo hay especificación eficaz; y la de qué efectos jurídicos conlleva. Veámos estas cuestiones.

En cuanto a la primera cuestión (separación unilateral/bilateral), señala Moreu que la regla que rige la institución del legado genérico es la separación unilateral de la cosa. Recuerda su opinión favorable a la especificación unilateral notificada en toda obligación genérica (véase «En defensa del criterio de especificación unilateral notificada», ADC, 1985, págs. 3-42) y la que surge de un legado genérico no constituye excepción. Su fundamento se encuentra en el art. 877 del Código Civil.

En relación a la segunda cuestión (quién y qué calidad) diferencia, por exigencias del Código Civil, si el testador ha atribuido al heredero o al legatario la facultad de elección o, si nada ha indicado al respecto. En el primer caso, el art. 876 del Código Civil dispone que el heredero o legatario pueden elegir «lo que mejor les pareciere». Esta norma le parece a Moreu un poco desorbitada y de ahí que considere adecuado reducir, en la medida de lo posible, el tenor literal del artículo. Considera que, tal vez, deba interpretarse en el sentido de que sólo es aplicable al supuesto del legado de género limitado a cosas pertenecientes al testador, y a excepción de que éste disponga otra cosa. En el segundo caso, el heredero debe elegir una cosa «que no sea de la calidad inferior ni de la superior» (art. 875.III del Código Civil). Se trata de la misma regla contenida en el art. 1167 del Código Civil: la de la calidad media. Por último, nada impide que la elección sea atribuida a un tercero.

Con respecto a la tercera cuestión (cuando hay una especificación eficaz) entiende Moreu que la especificación se produce mediante la elección, por su titular, de una cosa procedente del género. Se realiza a través de una declaración de voluntad que, en su opinión, es recepticia y no necesita aceptación (STS, 23 de noviembre de 1904; en contra, STS de 2 de junio de 1910, que aplicó el Derecho anterior al Código Civil). La elección puede realizarse en cualquier forma.

Por fin, en cuanto a la cuarta cuestión (efectos jurídicos) señala el autor que la especificación produce, entre otras, las siguientes consecuencias: la irrevocabilidad de la elección de la cosa (art. 877 del Código Civil); la transmisión de la propiedad en el caso de que se admita la eficacia real del legado genérico; la asunción, por el legatario, de los riesgos y de las mejoras de la concreta cosa, cuya justificación es diferente según se conciba el legado como de eficacia obligacional o real; la atribución de los frutos si no ha indicado otra cosa el testador (cfr. art. 884 del Código Civil), etc. Sin embargo, la especificación no altera la jerarquía que establece el art. 887 del Código Civil para cobrar los legados si resulta que el patrimonio hereditario no alcanza a cubrirlos todos.

4. *Concepto de legado genérico. Figuras afines* (IV). El legado genérico es aquel legado cuyo objeto se determina, bien por su pertenencia a un género, bien por reunir una serie de características generales. En el legado genérico, como en toda obligación genérica, aunque hay indeterminación en el concreto objeto de la obligación, no lo hay en la concreción del género. Esto es: que el objeto del género debe ser determinable y, por ello, no es válida la designación de un *genus summum*. Ahora bien, este requisito de determinación del objeto del género parece que permite ser apreciado de manera distinta según la fuente de la obligación genérica. Moreu es partidario de exigir un menor rigor en la determinación del objeto del género en materia de legados, que en materia de contratos.

Dentro de las delimitaciones que hace el autor entre el legado genérico y otras figuras (legado de una universalidad, legado alternativo, legado de suma o de cantidad, donación genérica) vamos a destacar la que realiza en relación al legado de cosa ajena, así como, el problema de la validez del legado de género ilimitado de bienes inmuebles.

En relación con el legado de cosa ajena, la cuestión jurídica surge con el legado de género ilimitado, puesto que es esta modalidad de legado genérico la que puede especificarse en un objeto que pertenece a un tercero. Esta posibilidad de que el legado de género ilimitado pueda especificarse en una cosa ajena plantea

como problema previo el de si debe presumirse que todos los legados genéricos se limitan a las cosas que de ese género existen en la herencia del testador, siempre que éste no indique nada. El Código Civil no se pronuncia expresamente. Algunos autores (Albadalejo, González Pacanowska) han admitido la existencia de esa presunción en relación al legado genérico de bienes inmuebles. Sin embargo, Moreu no la admite; como tampoco admite la presunción de que mientras existan en la herencia bienes del género designado deba elegirse alguno de ellos y que, sólo cuando no haya, pueda adquirirse en el tráfico.

En cuanto a la cuestión de la posible validez del legado de género ilimitado de bienes inmuebles, señala Moreu que el art. 875.II del Código Civil dice, expresamente, que el legado genérico de bienes inmuebles «sólo será válido si la hubiera de su género en la herencia» y, por tanto, que de dicho artículo no puede extraerse esa presunción de que el legado genérico de bienes inmuebles se limita a las cosas de la herencia si el testador no indica otra cosa.

5. *Cumplimiento del legado y responsabilidad del gravado con el legado* (V). Una vez especificado el legado genérico en una cosa, el siguiente paso en el proceso jurídico de transmisión del legado es su entrega por el gravado al legatario. Para cumplir esta obligación de entrega es conveniente, a juicio de Moreu, esperar a la liquidación y partición de la herencia. Con ello se protege mejor tanto a los legitimarios como a los acreedores de la herencia. Pero, evidentemente, no será preciso esperar a esa liquidación y partición si desde un principio está claro que no se encuentran amenazados los derechos de dichas personas.

Entregada la cosa, no acaba ahí la responsabilidad del gravado con el legado; éste responde por la evicción de la cosa (art. 860 del Código Civil). El autor plantea una serie de cuestiones sobre el específico régimen jurídico de la evicción en los legados genéricos. Así, entiende que, aunque sea en el contrato de compraventa en donde la figura de la evicción está más ampliamente regulada, ello no implica que esa regulación deba extenderse a los legados genéricos sin más. A su entender, parece más adecuado acudir antes a los antecedentes del art. 860 del Código Civil y a la finalidad de su supuesto de hecho. No es partidario de admitir en los legados genéricos casos de evicción sin sentencia, pero, si el legatario prueba que la cosa que le fue entregada no pertenecía ni a la herencia, ni al gravado, admite que éste pueda reclamar por incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Tampoco admite que producida la evicción de la cosa legada mediante sentencia firme por causa del derecho de un tercero anterior a la entrega deba acudirse al artículo 1478 del Código Civil, situado en la compraventa, para determinar la responsabilidad por evicción; en tal caso, el legatario podrá pedir otra cosa del mismo género. Finalmente, sostiene que, aunque sea el legatario quien eligió la cosa por habersele atribuido la facultad de elección, el gravado sigue respondiendo por evicción.

Por último, y por lo que respecta a los posibles vicios ocultos de la cosa entregada, señala Moreu que, a pesar del silencio del Código Civil, la mayoría de los autores entienden que el gravado debe responder por ellos. Ahora bien, considera que las acciones con que en tal caso cuenta el legatario no son las previstas en el art. 1486 del Código Civil, sino que éste podrá pedir otra cosa del género que esté sana o, posiblemente, la reparación de la cosa entregada.

RUBIO TORRANO, Enrique: «El pacto de retroventa». Ed. Tecnos. Madrid. 1990.

Como novedad en la doctrina española se presenta la monografía objeto de resensión dado que viene a suponer un estudio completo del retracto convencional o pacto de retroventa desde una perspectiva histórica, jurisprudencial y doctrinal.

Conocimiento de su autor sobre el tema, anteriormente plasmado en un trabajo de ámbito más reducido aparecido en la Revista Jurídica de Navarra, número 2 de 1987 bajo el título «La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro», queda patente a lo largo de la lectura de las páginas de este libro, que si bien podíamos calificar como de denso contenido, se encuentra estructurado de tal forma que conduce al lector desde los orígenes de esta institución hasta su situación actual a efectos de dar respuesta a los interrogantes que plantea la regulación contenida en el Código Civil.

El punto de partida lo constituyen los 14 artículos que el Código Civil dedica a la regulación del retracto convencional y la situación física de los mismo, dentro del Libro IV, título IV, Capítulo IV junto al retracto legal, entre los modos de resolución de la venta, en base a ellos comienza al profesor Rubio su monografía poniendo de relieve que si bien los orígenes inmediatos de dicha regulación se encuentran en el proyecto de 1851 de García Goyena, hay que entender que la misma no es sino el resultado de un afán del legislador del siglo XIX de solucionar problemas de ámbito concreto y práctico, que surgieron en el Derecho intermedio, pero que en modo alguno vienen a clarificar la naturaleza y alcance de esta institución.

Ya desde el inicio del trabajo se pone de manifiesto la escasa uniformidad doctrinal en cuanto a la calificación del pacto de retroventa. Si para algunos tratadistas nos encontraríamos ante una condición resolutoria potestativa, para otros el retracto convencional supone la conclusión de una retroventa bajo condición suspensiva; por último, para otro grupo hay que mantener que nos encontramos ante un venta a término o ante un supuesto de retroventa.

El hecho de que el verdadero origen de esta figura jurídica haya que situarlo en el Derecho intermedio no hace olvidar al autor la necesidad de rastrear entre las escasas huellas romanas de la misma. Se pone en especial de relieve que la distinción, presente en la doctrina moderna, entre lo que es el pacto de retro y lo que es el *pactum de retrovendendo*, al que se consideraba una promesa de reventa, no se contempla en el Derecho intermedio. Los juristas de esta época utilizan como denominación exclusiva la de *pactum de retrovendendo* para entender, no sólo el pacto resolutorio y la condición suspensiva, sino también el contrato de reventa bajo condición suspensiva.

Dado el desconocimiento en el Derecho romano de la condición resolutoria, la venta cuyos efectos se mantienen en suspenso hasta la realización o no del evento condicionante era considerada incompleta por ineficacia del consentimiento; ahora bien, era también posible la conclusión de un contrato de venta puro al que se añadían un conjunto de cláusulas externas que implicaban un verdadero pacto, ya que eran introducidas, no como elemento del contrato, sino como acuerdo separado e independiente del mismo. El único problema susceptible de plantear esta distinción era de origen práctico debido a la dificultad que se presentaba al Juez al

tener que discernir si la intención de las partes era la conclusión de una venta sometida a condición suspensiva o si por el contrario se había querido concluir una compraventa pura a la que se añadía un pacto resolutorio, sujeto, a su vez, a una condición suspensiva. Como bien pone de relieve el profesor Rubio en la introducción, esta problemática se va a plantear en el retracto convencional a la hora de su calificación como simple retracto convencional, *pacto de retrovendendo*, o bien una simple promesa de reventa o de recompra.

En el apartado 1 de la monografía se aborda, como ya el autor había manifestado en la introducción, la búsqueda en el Derecho romano de aquellos puntos que puedan servir de apoyo a un análisis actual de la figura en estudio, partiendo para ello de la distinción entre compraventa y promesa de reventa, para analizar posteriormente los pactos y cláusulas añadidas a la compraventa.

Si la compraventa se configuraba en el Derecho romano como un contrato bilateral, perfeccionado por el simple consentimiento y del que se derivan solamente efectos obligatorios entre las partes, era necesaria la distinción entre este contrato y la simple promesa de venta en virtud de la cual las partes se comprometían a realizar en un momento posterior las estipulaciones necesarias para la venta, de ahí que la promesa de venta pudiera ser unilateral, a diferencia de la venta que siempre ha de tener carácter bilateral. La promesa de venta se realizaba como un *pactum* que, como tal, no creaba obligaciones a no ser que se insertara en un negocio o contrato a fin de poder dotarla de protección jurídica, dada la aplicación de la máxima romana *pactum non parit actionem*; inconveniente que fue solucionado en la práctica mediante la aplicación, por parte de la Jurisprudencia romana, del principio de la buena fe al considerar que de hecho tales pactos se presentaban como una continuación del contrato mismo y por ello era lógica su protección por la *actio ex vedito o ex empto*.

Entre los pactos añadidos y teniendo en cuenta la distinción entre aquéllos que se establecían en favor del vendedor y los que se incorporaban en provecho del comprador, el autor se ocupa del *pactum displicantiae*, *pactum in diem addictionis* y *lex commissoria*, extrayendo de la regulación de cada uno de ellos aquello que pueda servir para la perfecta comprensión de la evolución posterior de la figura en estudio.

Así, del *pactum displicantiae*, establecido en provecho del comprador, dado que en virtud del mismo le era posible desistir del contrato cuando la cosa comprada no resultare de su agrado, y a pesar de que este pacto era considerado el reverso del pacto de retro, se destaca el hecho de que nos encontramos ante una venta pura resoluble bajo condición y con posibilidad de conclusión *in perpetuum*, lo que servirá de ejemplo posteriormente para el *pactum de retrovendendo*. De la misma forma este pacto va a ser incorporado de hecho al *pactum de retrovendendo* al admitirse la posibilidad de que pudiera ser incorporado en provecho del comprador, en cuyo caso recibirá la denominación de *pactum de retroemendo*.

Del *pactum in diem addictionis*, introducido en provecho del vendedor —era aquél que facultaba a éste a aceptar una oferta más favorable si se le presentaba en tiempo determinado, desistiendo el contrato con el primitivo comprador— hay que considerar que nos encontramos, de la misma forma, ante una venta pura, por lo que el comprador *medio tempore* va a ser un verdadero comprador; ahora bien, una vez producida la resolución, deberá restituir la cosa con la obligación de resarcir al vendedor los daños que ésta hubiera sufrido por su culpa, correspon-

diéndole el reembolso del precio. Un punto importante a tener en cuenta en la regulación de este pacto es el hecho de que la segunda oferta deberá ir dirigida a la totalidad de la *res*, lo que se planteará posteriormente en la regulación del retracto convencional.

Finalmente, del *pactum de lex commissoria*, en virtud del cual si el comprador no ha pagado el precio en tiempo determinado el vendedor podrá considerar el contrato como no realizado, se pone de relieve la posibilidad de ser añadido en un segundo momento. Es también una venta pura, pero a diferencia de lo que ocurría en el *pactum in diem addictionis*, producida la condición que encierra el pacto, la cosa se consideraba a todos efectos como no comprada, de ahí que los frutos percibidos *medio tempore* deban ser restituidos al vendedor, correspondiendo a éste restituir la parte del precio pagada, salvo que se hubiese pactado lo contrario.

No cabe duda de que se trataba de un pacto resolutorio, pero el profesor Rubio se plantea la duda de si podría pactarse, en este caso, una venta sometida a condición suspensiva, supuesto que no contemplan las fuentes. Ahora bien, el texto del Digesto 19, 5, 12, sí contempla la posibilidad de una venta a la que se incorpora una estipulación de reventa sometida a condición suspensiva, lo que hace afirmar al autor que este texto pudiera haber servido de punto de partida para la construcción del *pactum de retrovendendo* realizada por los juristas del Derecho intermedio, sobre el esquema de una reventa condicionada suspensivamente.

Una vez analizadas aquellas figuras existentes en el Derecho romano que puedan ser consideradas importantes para el estudio posterior del pacto de retroventa, el apartado 2 de esta monografía se ocupa del *ius prothomiseos* o retracto legal, figura de gran difusión en el Derecho intermedio y que suscitó una abundante y rica literatura dada su gran difusión. Este consistía en un derecho de prelación que nace de la ley o la costumbre y nunca de un pacto, en virtud del cual un tercero cualificado puede, en determinadas circunstancias, obtener del juez que el *dominus* le venda la cosa, objeto de una previa cesión, figura denominada *retractus prelativus*, junto a ella se reconoce el llamado *retractus coattivus*, mediante el cual el propietario de una cosa se encuentra obligado a venderla incluso en contra de su voluntad (esta última, al alejarse bastante del tema en estudio, es dejada al margen de la investigación).

El *ius retractus* puede ser realizado en dos fases distintas, en la primera el vendedor tendrá la obligación de notificar a su causante (del que trae su derecho), que intenta vender el bien a un tercero a un precio determinado, de forma que si el causante del derecho del vendedor quiere, pueda adquirir el bien entregando el precio exigido. En el caso de que no se hubiere realizado la oferta, en determinadas condiciones el causante podrá retraer, es decir, obtener el bien ya vendido, mediante la entrega al comprador del precio pagado. La importancia del estudio de esta figura queda patente en el hecho de que de ella indujeron los juristas los principios que después se aplicarían al retracto convencional y también porque se consideraba que en la base de todos los tipos de retracto legal existe un pacto; si a este pacto se le incorporaba una obligación *in rem scripta*, se podía hacer valer frente a todos los adquirentes del bien.

El apartado 3 de la monografía se ocupa del pacto de retroventa en el Derecho intermedio dado que es en esta época en la que la figura jurídica en estudio alcanza plenamente su desarrollo. Era ésta una institución de Derecho común y el silencio de las fuentes en la materia era cubierto por los anotadores acudiendo, por lo

que respecta al *ius commune* a las normas que regulan los *pacta romana, addictio in diem o lex commissoria* y en cuanto al *ius propium* con las normas reguladoras del *ius prothomiseos*.

La causa fundamental del avance de esta institución hay que buscarla en la transformación social y económica de la época. La necesidad planteada al *dominus* de liquidez, unida al desinterés por la pérdida de las tierras lleva a la conclusión de un contrato de venta con pacto de retro que le permite mantener intacta la posibilidad de recuperación de las mismas. Por otro lado, el precio de la venta con pacto de retro será siempre inferior al normal, lo que implicaba un beneficio para el comprador. Se trataba además de un pacto plenamente lícito, pero que obligaba a los jueces a examinarlo atentamente dado que tras él podría encubrirse un mutuo o se podría conseguir la garantía real de un pacto comisorio.

Ahora bien, con la finalidad básica de recuperar la cosa vendida, en la venta se podría introducir un pacto o incluir una condición, el problema se planteaba en el hecho de si la recuperación de la cosa se producía porque la primera venta quedaba resuelta o porque la cosa retornaba al ex propietario sobre la base de una reventa ya pactada. Y en base a ella surge un problema adicional, el de si la expresión *pactum de retrovendendo* comprende una reventa condicionada o una simple promesa de reventa bajo condición. El profesor Rubio pone de relieve en su monografía que la mayor parte de los juristas del Derecho intermedio no insistían en la distinción dado que los tres tipos de pactos que en el ejercicio diario se daban tenían los mismos efectos prácticos. Por ello, sea cual sea la caracterización de esta figura, nos encontramos ante una venta pura que va a producir toda su virtualidad jurídica hasta su resolución.

En el análisis del pacto de retro en el Derecho intermedio, el autor se ocupa a la par de su naturaleza jurídica, de los sujetos del pacto: comprador y vendedor. De la posición jurídica de ambos cabe destacar la obligación que pesa sobre el vendedor de respetar los arrendamientos que haya hecho el comprador sin ánimo de defraudar, dado que esta misma solución se contempla en algunos códigos modernos como el nuestro. Igualmente se analizan los problemas que planteaba la pluralidad de sujetos activos o pasivos, bien sea inicial o sobrevenida.

En cuanto al ejercicio del *pactum de retrovendendo*, se analiza en primer lugar la duración del mismo. Los términos del pacto fijados en el contrato podían ser de dos tipos: término *a quo*, mediante el que se suspende el ejercicio de pacto hasta determinada fecha y término *ad quem*, por el que se limitaba la posibilidad de ejercicio del derecho a un plazo determinado. Este último era susceptible de ocasionar problemas, dado que no siempre venía recogido en el contrato. En relación con el plazo de ejercicio se hace especial hincapié en la prescripción de este derecho y en el plazo de la misma.

En segundo lugar se analizan las obligaciones. Para poner en funcionamiento el retracto no se consideraba suficiente una oferta verbal, a menos que se hubiese pactado, siendo necesaria la puesta del precio en manos del comprador, lo que constituye el hecho condicionante del pacto o de la reventa condicionada. El precio a devolver será el fijado en el contrato, en caso contrario la mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que el que se debía reembolsar es el que se recibió. Junto a éste deben reembolsarse los demás gastos realizados como consecuencia de la adquisición, las mejoras útiles y los gastos necesarios realizados por reparaciones extraordinarias.

Incumbe al comprador la obligación de entrega de la cosa al vendedor libre de cargas; consecuencia de ello era el hecho de que todas las cargas impuestas durante el período de tiempo en el que el comprador pudo disponer de la cosa decaen con el ejercicio de retracto, en tanto que deben considerarse *sub condicione*. De la misma forma deberá resarcir los daños causados si la cosa hubiese perecido como consecuencia de una conducta dolosa o culposa que le fuere imputable.

A partir del momento de entrega o depósito del precio, los frutos de la cosa corresponderán al vendedor. Respecto a los frutos pendientes se distinguía entre aquéllos que se iban a percibir en el año en curso y los que iban a quedar pendientes en el momento en que se produjera el depósito o entrega.

Finalmente se aborda el problema de las acciones derivadas del pacto de retro. Era evidente que si el comprador se negaba a la entrega de la cosa, el vendedor podía exigírsela judicialmente; ahora bien, el problema se planteaba en cuanto a la naturaleza jurídica de esta acción, que para unos tenía carácter puramente personal, mientras que para otros se trataba de una verdadera reivindicatoria.

En íntima relación con la naturaleza jurídica de las acciones que corresponden al vendedor se planteaba el hecho de su posible ejercicio frente a terceros. Cuestión que era solucionada en la práctica mediante el reforzamiento de la posición del vendedor, añadiendo garantías complementarias que eran asumidas por *empor-vendor* y así sucesivamente, de forma que el vendedor, de hecho, podía hacer valer su derecho frente al tercer poseedor.

El comprador, a su vez, podía ejercitarse la *actio ex vendito o praescriptis verbis* para recuperar el precio y los gastos realizados en la cosa, así como para repartir los frutos pendientes.

En el apartado 4 de la monografía se aborda el pacto de retro en el derecho español anterior a la codificación. De todos los textos de derecho histórico español es la Ley 42, título V de la Partida V donde de forma más directa se trata el tema en estudio; por ello este capítulo se inicia con el análisis de este texto y los comentarios a él efectuados. Así se analizan los comentarios al mismo de Gregorio López, Antonio Gómez, Febrero, Asso y De Manuel y Sala. De todos ellos se extrae cuáles son las cuestiones más debatidas y sobre las que se suscitan mayores controversias doctrinales:

A) En primer lugar, el carácter personal o real de la acción. Como regla general, se mantiene que la acción derivada del *pactum de retrovendendo* es de carácter personal. Ello no obstante, era necesario explicar el derecho del vendedor a repetir la cosa contra cualquiera que la tenga en su poder; para ello se siguieron dos sistemas: el primero, que afirmando el carácter personal de la acción, sostiene sin embargo que puede entablarse contra terceros que traigan causa del primitivo comprador y un segundo que mantiene que dicha acción pertenece a éstas que los romanos llamaron personales *in rem scriptae*. Los que siguen esta última corriente, entre ellos Ondovilla y Durán, buscan el apoyo para sostener el carácter también real de la acción en estudio, en la Ley Hipotecaria de 1861.

B) En segundo lugar se observa la preocupación por la licitud del *pactum de retrovendendo*.

C) Finalmente se analiza la posición mantenida por la doctrina en cuanto a la duración del derecho a retraer. Dos eran las soluciones enfrentadas propuestas por la doctrina: en primer lugar, aquellos que mantienen el ejercicio de la acción sin limitación temporal alguna, y en segundo lugar, las de estos otros autores que

manifiestan que hay que distinguir según que el retracto convencional se haya estipulado o no a término, dado que si se ha fijado plazo, éste señalará el límite, mientras que si no se ha establecido, es necesario fijar un término preciso para la prescripción, considerando aplicable la Ley 63 de Toro, y dado que se trata de una acción personal, el plazo será de veinte años. En este punto de la monografía se hace igualmente referencia al Derecho navarro y a la distinción que en éste se establecía entre tres tipos de pacto de retrovendendo a propósito del tiempo para ejercitarse el derecho a retraer.

Una vez expuesta la doctrina española que precedió a la publicación del Código Civil, se exponen los intentos legislativos que antecedieron a la aparición del mismo. Se hace especial hincapié en el Proyecto de 1851 de García Goyena, dado que, como ya se dijo, en él se encuentra el precedente inmediato de la regulación actual. Planteados en puntos anteriores de la monografía los problemas que frecuentemente se daban en la práctica, el profesor Rubio pone de relieve la solución a los mismos que propone el citado proyecto; así el art. 1439 pone fin a la discusión acerca del carácter personal o real de la acción, el 1437 limita a cuatro años la duración del derecho a retraer y el 1440 se ocupa de la posición jurídica del comprador con pacto de retro.

A continuación se analiza la jurisprudencia inmediatamente anterior al Código Civil, y al igual que en el estudio de las opiniones doctrinales, se ponen de manifiesto las dudas y vacilaciones e incluso contradicciones de las tesis mantenidas, en especial en cuanto al carácter de la acción y el plazo de prescripción de la misma.

En el apartado 5 de la monografía se inicia el análisis del retracto convencional en el Derecho español actual. Dado que esta institución jurídica puede ser contemplada desde una doble óptica, es decir, desde el propio negocio jurídico al que va incorporado como un pacto más y desde el pacto en sí mismo, en tanto generador de un derecho a favor del vendedor; en este primer punto el autor se ocupa del retracto convencional desde esta última perspectiva, es decir, en tanto derecho real que faculta al vendedor a recuperar la cosa con una eficacia *erga omnes*. Dentro de la clasificación general de los derechos reales nos encontramos ante uno de aquellos que, en terminología moderna, podemos denominar derechos reales de adquisición.

Antes del análisis del retracto convencional como verdadero derecho real de adquisición, el autor nos ofrece una somera reseña histórica de esta categoría de derechos sobre las cosas en los derechos germánico, francés y español y un estudio de los derechos de adquisición como categoría jurídica autónoma, a efectos de confirmar la firmeza de la propia categoría y de encuadrar en ella al retracto convencional. Si el contenido de los derechos reales de adquisición se concreta en la posibilidad de adquirir la propiedad de una cosa, su contenido contempla una preferencia adquisitiva que podrá obtenerse en forma onerosa o gratuita.

Ahora bien, entre las distintas figuras jurídicas que pueden englobarse en la categoría de derechos reales de adquisición: tanteo, retracto y opción, se puede establecer una distinción, dado que el ejercicio de los dos primeros se produce con ocasión de la enajenación de una cosa a un tercero, mientras que el ejercicio del derecho de opción es independiente de cualquier eventual enajenación. En este orden de cosas, el profesor Rubio considera el retracto convencional del Código Civil como un verdadero derecho de opción. En él se observan los dos elementos

que caracterizan a este derecho: una situación de incertidumbre y una alternativa. La situación de incertidumbre deriva del desconocimiento de la decisión que va a adoptar el titular del derecho de retracto, y el vendedor retrayente se encuentra ante una alternativa simple: puede recuperar el objeto vendido contra entrega del precio y demás abonos legítimos, o puede no retraer, es decir, renunciar a este derecho. La decisión de retraer se concreta en una manifestación de voluntad unilateral destinada a la producción de efectos jurídicos. Este acto unilateral ha de ser puesto en conocimiento del comprador, por lo que tendrá carácter receptivo, siendo irrevocable.

En el apartado 6 de la monografía, el autor contempla el retracto convencional desde el propio negocio jurídico al que va incorporado, ofreciendo un completo estudio jurisprudencial a efectos de explicar dogmáticamente el juego que ofrece esta institución jurídica. Siendo muy diversas las teorías que han tratado de dar solución al problema que nos ocupa, todas ellas se pueden conducir a dos grupos; el primero de ellos estaría integrado por aquéllos que ven en él una condición resolutoria que afecta directamente al dominio de la cosa objeto del retracto, y el segundo por aquéllos que analizan el retracto convencional bajo el prisma de la recompraventa, por ello, al manifestar el retrayente su voluntad de ejercitar el retracto, se crea una nueva situación jurídica, la de volver a celebrar un nuevo contrato de compraventa con objetos cambiados.

En primer lugar, el autor se ocupa de analizar los puntos que acercan y aquejan a los que distinguen la promesa de venta y el retracto convencional, pero dejando claro que los efectos de una u otra figura tienen diferente alcance, dado que la promesa de venta tendrá efectos puramente obligacionales, sin trascendencia frente a terceros, mientras que el Código Civil, en la regulación del retracto convencional, señala claramente que sus efectos alcanzan a las ventas o trasmisiones sucesivas.

El hecho de que la jurisprudencia haya tenido oportunidad de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre el distinto alcance de la promesa de venta y el llamado retracto convencional hace necesario el recoger las decisiones jurisprudenciales más significativas. Hemos de decir que en ocasiones, el dilucidar si nos encontramos ante una u otra puede constituir una razón de vital importancia, dado el tratamiento diverso que tiene el plazo en ambos supuestos.

En las diferentes sentencias analizadas se observa como el Tribunal Supremo, aún afirmando que en ocasiones pueden producir los mismos efectos, mantiene que en modo alguno deben confundirse ambas figuras jurídicas. A efectos de su posible identificación son criterios decisivos la autonomía de la obligación derivada del compromiso de volver a vender frente al carácter de parte integrante de la venta que tiene el retracto convencional.

En alguna de las sentencias analizadas, nuestro más alto Tribunal manifiesta la necesidad de que el pacto de retracto sea coetáneo a la perfección de la venta (10 de marzo de 1944, 6 de marzo de 1947), afirmando en otras como la de 26 de junio de 1961, que el dato objetivo de que la readquisición se haya pactado en documento aparte no es suficiente por sí solo para calificarlo de promesa de venta y no de retracto convencional. Ello lleva al profesor Rubio a mantener que podrá calificarse como pacto de retro a aquél que se instrumente en documento distinto de la venta, siempre que ambos constituyan piezas del mismo mecanismo negocial.

En segundo lugar, en este mismo apartado de la monografía, el autor se ocupa del análisis de aquella otra postura doctrinal y jurisprudencial que considera el retracto como una condición resolutoria que afecta directamente al dominio de la cosa objeto de retracto. Según esta tesis al operarse la transmisión dominical, la propiedad o derecho transmitido está subordinada a una condición resolutoria, si la condición se cumple la venta quedará resuelta con carácter retroactivo. Dado que el vendedor es el que está facultado para ejercitar el derecho que se reservó, habrá que entender que nos encontramos ante una condición resolutoria de carácter potestativo.

En el ámbito doctrinal español son muchos los autores que han seguido esta postura, que tiene sus orígenes en la línea marcada por García Goyena en la doctrina francesa de Pothier, ello no obstante, en los últimos años se han producido matizaciones a esta doctrina y en algunas ocasiones impugnaciones frontales; en este último sentido el profesor Rubio nos expone las posturas mantenidas por Sapena Tomás, Cossío y Lalaguna.

También la Dirección General de Registros y del Notariado ha afirmado en ocasiones que el retracto convencional implica una compraventa sometida a condición resolutoria. Así, las resoluciones de 5 de noviembre de 1919 y 27 de mayo de 1926, que son analizadas en la monografía objeto de rescisión. En ellas se ofrecen importantes matizaciones sobre el alcance del ejercicio del derecho de retracto por el vendedor o su derecho habiente dentro del plazo marcado en la inscripción.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el carácter resolutorio del retracto convencional, exponente de ello son las sentencias de 26 de mayo de 1955 y 23 de diciembre de 1984. Esta última, como bien pone de relieve el autor, ofrece especial interés dado que a pesar de calificar el retracto convencional como condición potestativa, destaca las diferencias existentes entre la figura en estudio y la condición en sentido técnico.

Dado que cierto sector doctrinal no ha dudado en calificar el retracto convencional como verdadero negocio fiduciario e igualmente algunos fallos jurisprudenciales se han pronunciado en idéntico sentido, el punto siguiente de este trabajo lo dedica el autor al estudio del binomio retracto convencional-negocio fiduciario. Puesto que la equiparación de ambas figuras está más o menos ligada a la aceptación de la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario, el punto de partida lo constituye el concepto de negocio fiduciario según la teoría del doble efecto en dicho negocio y en este sentido se analiza en primer lugar la tesis de Sapena Tomás, exponente claro de la corriente doctrinal que ven en la venta con pacto de retro un supuesto de *fiducia cum creditore*.

De esta especial configuración el profesor Rubio extrae las siguientes consecuencias jurídicas:

1. Que el fiduciario no es un propietario absoluto de la cosa y en tal sentido sólo transmitirá a terceros los derechos que él ostenta.
2. Sólo los terceros amparados por la fe pública registral podrán adquirir la propiedad con independencia de la relación obligatoria.
3. La titularidad fiduciaria es una titularidad directa que se descompone en dos: la del fiduciario que será un propietario formal y el fiduciante que será un propietario material.

La crítica más rigurosa a la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario es la realizada por el profesor De Castro, recogida de la misma forma en la monografía.

Del amplio elenco de resoluciones jurisprudenciales recogidas a continuación hay que destacar las conclusiones que a modo de síntesis nos ofrece el autor, entre ellas el hecho de que a la hora de calificar una venta con pacto de retro como negocio fiduciario como requisitos más destacados se señalan: la desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido por las partes y el rango superlativo de fe o confianza habida entre los contratantes, así como la intención de las partes manifestada en detalles externos. Igualmente se destaca que a la hora de la calificación en todos aquellos supuestos de hecho en los que la compraventa se cumple en documento aparte al que inicialmente contiene el contrato, el T.S. ha visto una operación de garantía plasmada en un negocio complejo que ha calificado como fiduciario, por el contrario, en los pocos casos en los que ha encontrado un solo documento no ha dudado en ver un retracto convencional.

El punto final de este apartado de la monografía se dedica al análisis de las resoluciones jurisprudenciales en las que nuestro más alto Tribunal se ha encontrado con el dilema de dilucidar si bajo la apariencia de una venta con pacto de retro se encierra un préstamo. Bajo la rúbrica retracto convencional y negocio simulado el profesor Rubio recoge algunas de las sentencias más significativas en este sentido, cuya importancia reside, no sólo en el hecho de que el T.S. haya tenido que calificar la verdadera naturaleza del contrato concluido, sino que en ocasiones no ha dudado en declarar la nulidad del negocio disimulado por ilicitud de la causa; así, en todos aquellos casos en que la venta con pacto de retro se ha utilizado para encubrir verdaderos préstamos con intereses usurarios.

A modo de conclusión sobre lo expuesto en los apartados 5 y 6, el autor no duda en mantener en sus precisiones finales que si bien el pacto de retro actúa como una verdadera condición resolutoria de carácter potestativo, es necesario añadir algunas matizaciones, y al hilo de la tesis sostenida considera que lo que el vendedor se reserva es un derecho de adquisición preferente del tipo de la opción, de modo que el ejercicio del derecho de retracto no produce solamente el efecto negativo de la resolución de la venta, si no se produjese, a su vez, el positivo de la adquisición de la cosa por el vendedor. Por ello, si la naturaleza jurídica del pacto de retro puede explicarse a través del mecanismo de la condición resolutoria, presenta, a su vez, claros perfiles de negocio mixto, en el que tras la unidad de la causa se puede reconocer la tipicidad de cada uno de los negocios conexos: venta realizada y promesa de venta del adquirente.

Por último, en el apartado 7 de la monografía se ocupa el autor del retracto convencional en el Código Civil. Comienza el mismo con la descripción legal de la figura en estudio, aceptando como acertada la denominación que utiliza dicho cuerpo legal. Nos encontramos ante una compraventa perfeccionada que junto a sus elementos esenciales comprende uno accesorio, un pacto, por el que el vendedor puede recuperar lo vendido. Ahora bien, prescinde el código de aludir a las funciones que el retracto convencional puede desempeñar, por ello podemos decir que si bien no toda venta con pacto de retro persigue una función de garantía, el retracto convencional del art. 1507 del Código Civil sí puede encubrir dicha función.

El hecho de que el código utilice el término «reservar» para referirse al derecho del vendedor a recuperar la cosa vendida, lleva aparejada la idea de contemporaneidad del pacto y la venta, sin que ello implique su necesaria unidad física; es posible la existencia de dos escrituras separadas, una de las cuales incluya el pacto.

A pesar de que en ocasiones el código parece estar pensando en que la cosa objeto de venta sea una finca, hay que mantener que de la misma forma van a poder ser objeto de retracto los bienes muebles.

Dado que el comprador con pacto de retro es un verdadero comprador, una vez se ha efectuado la tradición, podrá ejercitarse todas las facultades inherentes al dominio, lo que incluye la posibilidad de hipoteca (art. 107 de la L.H.), de la misma forma es susceptible de ser hipotecado el propio derecho a retraer (art. 108 L.H.), estos últimos preceptos son igualmente estudiados.

En cuanto al plazo de ejercicio, uno de los temas más debatidos a lo largo de la historia de esta institución, considera el autor que a pesar de que el art. 1508 del Código Civil marca la duración máxima del mismo, no es ésta una cuestión zanjada, dada la diferencia sustancial existente entre el plazo recogido en el Código Civil y el vigente en Navarra y Cataluña.

Otro de los problemas que plantea el plazo de ejercicio es el de la prórroga; ésta será posible siempre que se pacte antes de que haya expirado el otro y además siempre que unidos primero y segundo no sumen más de diez años, plazo máximo legal. En cuanto a la prórroga del plazo legal subsidiario de cuatro años, el autor se manifiesta por su posibilidad, dado el carácter supletorio del mismo. Cabe la posibilidad de que se pacte un plazo superior al máximo, en cuyo caso el autor admite como válida la nulidad de la cláusula que mantiene el pacto de retro, pero sólo en relación al exceso de los diez años.

El plazo establecido en el Código Civil es un plazo de caducidad, de esta forma se acepta la postura mantenida hoy de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia, esto facilita la posible apreciación de oficio e igualmente, supone que el único medio de interrumpir o suspender su curso sea el ejercicio del derecho de retracto.

En cuanto al alcance del derecho a retraer, el Código Civil clarifica la situación en cuanto al carácter personal o real de la acción que corresponde al vendedor, al afirmar el art. 1510 que éste podrá ejercitarse no sólo frente al comprador sino frente a cualquiera que de éste traiga causa. No obstante el carácter real de la acción, el profesor Rubio afirma que en este precepto legal se contemplan dos regímenes distintos, dado que si por un lado afirma el posible ejercicio de la acción frente al poseedor, a pesar de que en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, por otro lado deja a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros, lo que hace necesario distinguir entre los supuestos de transmisión de finca inscrita y los de finca no inscrita.

Si se trata de transmisión de finca no inscrita, es evidente que el vendedor podrá ejercitarse la acción frente al tercero adquirente, que verá resuelta su titularidad. Ahora bien, es posible que éste inmatricule la finca, publicando su titularidad como libre, en este caso la protección vendría en base a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley Hipotecaria —dada la imposible aplicación del art. 34 al no ser tercero adquirente de titular inscrito— y en virtud de la presunción recogida en el art. 38 del mismo cuerpo legal. No siendo susceptible de aplicación este último artículo en caso de que el inmatriculante sea el propio comprador con pacto de retro. En caso de transmisión de finca inscrita, el régimen no será el derivado de las normas civiles sino el hipotecario.

El retracto convencional tiene acceso al Registro de la propiedad, si bien no lo hace como asiento autónomo, sino dentro de la propia inscripción de venta a favor

del comprador. De este hecho se deduce la necesidad de estudio de la publicidad registral del mismo, así como la constancia registral de la readquisición de la finca en caso de ejercicio del derecho por parte del vendedor y la consolidación de la adquisición, con la consiguiente extinción registral del derecho de retracto. La poca claridad de las normas hipotecarias en este sentido no es obstáculo a que el profesor Rubio realice una magnífica exposición de la situación, apoyándose en dichos preceptos y en algunas resoluciones de la Dirección General que se han ocupado del tema.

Siguiendo el orden marcado en el propio código, a continuación se analiza el retracto convencional y los acreedores del vendedor. El art. 1512 de dicho cuerpo legal faculta a los acreedores a hacer efectivas las responsabilidades en que haya podido incurrir el titular del derecho de retracto, si bien imponiéndoles la obligación de hacer excusión previa en los bienes del vendedor. A juicio del autor nos encontramos ante un supuesto de aplicación del art. 1111 del Código Civil y, por tanto, ante un supuesto de ejercicio de la acción subrogatoria. El comprador podrá excepcionar el beneficio de excusión que la ley le otorga.

Los arts. 1513 a 1517 del Código Civil contemplan diversos supuestos de ejercicio de retracto ante una situación de indivisión; de los mismos se puede deducir como nota significativa que en los casos en que esto se produzca la tendencia de la Ley es procurar que la proindivisión cese y la resolución del dominio termine.

El art. 1507 señala que para hacer uso del retracto es necesario «cumplir lo expresado en el art. 1518 y lo demás que se hubiese pactado». Este último artículo enumera las cargas inherentes al ejercicio del retracto, cuya desatención comporta la inefectividad del derecho, de ahí que tenga carácter imperativo. Ahora bien, las cargas y obligaciones de las que responde el retrayente pueden ser más amplias que las enumeradas en el art. 1518 dada la autonomía que autoriza el art. 1507.

Para hacer efectivo el derecho no basta con la simple declaración de voluntad o el ofrecimiento de pago, es necesario el reembolso efectivo, tanto del precio de la venta como de los gastos necesarios y útiles y demás que se hubieren pactado. El precio que ha de reembolsarse es el de la venta, sin que nada impida que pueda pactarse otra cantidad diferente. Además del precio han de reembolsarse los demás gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, éstos serán los que se originen con ocasión de la misma. El criterio de la jurisprudencia en este punto no parece muy amplio, inclinándose por una interpretación restrictiva del precepto.

Serán igualmente reembolsables los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, en este sentido el profesor Rubio considera que sería más correcto distinguir entre gastos ordinarios y extraordinarios, los primeros deben ser sufragados por el comprador, sin derecho a reintegro, mientras que los segundos correrán por cuenta del dueño definitivo.

Cualquier duda que pueda surgir en cuanto a la interpretación del art. 1518 del Código Civil podrá ser resuelta mediante la aplicación de las normas que regulan el instituto posesorio por vía de analogía.

Incumbe al comprador, una vez que el vendedor cumpla las obligaciones consignadas en los arts 1507 y 1518, la obligación de cooperar a la readquisición de la propiedad por parte del vendedor. Y deberá responder ante éste por los daños sufridos en la cosa por dolo o culpa; si los daños hubiesen sido causados por tercero, el vendedor podrá subrogarse en las acciones que competen al comprador por razón de los mismos.

El art. 1519 se ocupa de los frutos en el retracto convencional. El legislador trata de establecer una regla basada en el principio de equidad, aplicando en primer lugar el criterio compensatorio, y no siendo éste posible, el del prorrato. El silencio del Código Civil en cuanto a los frutos civiles debe ser cubierto mediante la remisión a las normas que regulan la posesión, así será aplicable el art. 451.

Por último, el art. 1520 señala que el vendedor recobrará la finca libre de cargas y gravámenes, en este punto el profesor Rubio se pregunta si constituye propiamente una obligación del comprador o de su sucesor el liberar la finca de los gravámenes a los que se refiere este precepto, a lo que responde en sentido negativo. Como excepción el propio artículo señala la obligación de pasar por los arrendamientos que el comprador haya realizado de buena fe y según la costumbre del lugar. El carácter excepcional del supuesto normativo demanda que deban darse los dos requisitos —buena fe y costumbre del lugar— dado que el propio precepto lo señala.

Como puede observarse del resumen realizado esta obra destaca por el minucioso análisis jurídico de la figura del retracto convencional, y aporta motivos importantes de reflexión dado el carácter novedoso de la tesis propuesta por el profesor Rubio Torrano.

PÉREZ DE ONTIVEROS

SALVADOR CODERCH, Pablo: «El Mercado de las ideas», director. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990.

No resulta difícil de explicar el atractivo del tema de la libertad de expresión que da cuenta de la atención creciente que entre nosotros está reclamando. Ello es función, primeramente, de la imprescindibilidad de este derecho fundamental en el sistema democrático, que pondría de manifiesto el Tribunal Constitucional alemán en un *dictum* famoso, al afirmar que el derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento es «sencillamente básico para el orden democrático», y que habría de reiterar asimismo en una fórmula muy feliz nuestro Tribunal Constitucional. Pero también depende de la propia temática técnica de la conceptualización de este derecho y sobre todo de la articulación particularmente difícil del mismo en el ordenamiento, objeto como es de regulación por varias disciplinas y cuyo ejercicio plantea especiales cuestiones en relación con una problemática tan compleja como la de los límites de los derechos.

En esta órbita académica ha de ocupar una posición preeminente el libro que ahora es mi propósito comentar y cuyo contenido responde plenamente a las expectativas que suscita su sugerente título. Sus autores parten de un convencimiento decidido de la necesidad en un sistema democrático del derecho a comunicar sin trabas el propio pensamiento, actitud que, consecuentemente, orientará la resolución que en el estudio se propone de los conflictos que el ejercicio de este tipo de derechos plantea al colisionar con el disfrute simultáneo de otros derechos o la protección de otros bienes jurídicos que el ordenamiento constitucional también garantiza.

El libro es sobresaliente por diversos conceptos. Supone en primer lugar un buen ejemplo de lo que es un trabajo colectivo bien ideado y ejecutado. Pablo Sal-

vador ha corrido con la dirección de la obra y ha redactado también buena parte de su contenido, contando además, en relación con el estudio del derecho a la imagen en la jurisprudencia española, el derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, la consideración de la problemática de la indemnización de daños por intromisión ilegítima contra el derecho al honor, y la protección penal del honor, con la colaboración, respectivamente, de los profesores Igartua, Santdiumenge, Martín i Casals, y Castiñeira. Coordinando el texto Josep Civil Espina.

De este modo, dada la diversa especialidad de los autores, el lector dispone de una variedad de perspectivas, desde la específicamente constitucional a la civil y penal, y de focos de interés, en razón de las preferencias temáticas escogidas, que permiten un tratamiento muy completo de la problemática que presenta la libertad de expresión en nuestro ordenamiento.

De otro lado, destacan en el presente trabajo, dos importantes planteamientos observados por sus autores. Me refiero, en primer lugar, al material preferentemente jurisprudencial de que se parte, de modo que los problemas que suscita la libertad de expresión son objeto de tratamiento primordialmente a la luz de los casos judiciales en que se sustanciaron; y, en segundo término, el importante rol que en su consideración juega la doctrina norteamericana al respecto.

Me parece que, efectivamente, el fuerte apoyo del libro en la doctrina jurisprudencial, sea norteamericana o española, expuesta con tanta exhaustividad como brillantez; y el conocimiento de la literatura científica americana son los rasgos más llamativos del trabajo y, en definitiva, los exponentes de su utilidad. Quien desee un estado de la cuestión sobre la doctrina americana o una exposición sagaz —e incluso divertida— de la jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre la libertad de expresión no debe dudar en visitar la riquísima información de este libro. Ciertamente esta opción metodológica tiene también sus costes. Así el lector puede echar en falta una mayor atención a la doctrina alemana sobre la materia, que como es sabido ha constituido un desarrollo muy importante de la propia teoría de los derechos fundamentales —como lo muestran las numerosas referencias a la problemática de los derechos a comunicación libre en las obras de Häberle y Schneider; o a la estrecha relación con los mismos del enfoque institucional de los derechos fundamentales—. En el planteamiento metodológico aludido prima quizás también inevitablemente el tono narrativo descriptivo sobre el nivel de sistematización y construcción dogmática del trabajo.

El estudio de este libro debe servir entre nosotros para clarificar el debate sobre la posición de la libertad de expresión en un sistema democrático, que resulta ciertamente de importancia vital al asegurar en el mismo la transparencia y operar, en definitiva, como condición del ejercicio de los derechos políticos; pero cuya afirmación no puede llevarse a cabo a costa de la negación de otros derechos fundamentales, y notoriamente el del honor y la intimidad, que son asimismo, imprescindibles en una democracia.

En este sentido es muy importante la atención que reclama Salvador, a la hora de establecer el alcance de la libertad de expresión y de apreciar los límites de su ejercicio, sobre la diferenciación insistente mantenida entre opiniones y hechos; la apuesta que se hace por una sociedad basada en la medida de lo posible sobre la verdad; la creencia en la capacidad del buen juicio, por término medio, del ciudadano para discernir entre lo que conviene y es nocivo para la sociedad; así como la distinción entre lo que es o no asunto de debate público (*speech* político).

En efecto, reparar en estos aspectos de la comunicación sin trabas del pensamiento es vital para comprender el propio rendimiento de este tipo de derechos en el sistema democrático; a la vez que para resolver muchos de los problemas que el establecimiento de su regulación y su ejercicio plantea sobre todo en términos de asegurar su difícil compatibilidad con el derecho al honor. Quien esté interesado en profundizar en estos extremos y de conocer la posición de nuestra jurisprudencia, constitucional o no, al respecto debe acudir sin falta a las páginas con frecuencia tan desenvueltas como profundas de esta obra, especialmente las producidas por el profesor Salvador.

Comparto su optimismo en el triunfo en el «mercado de las ideas» de lo razonable sobre lo perjudicial para la colectividad sin necesidad de recurrir a ningún tipo de censura; su empeño por asegurar en la democracia el derecho de la minoría a discrepar sobre «las cosas que afectan al corazón del orden existente»; la razonabilidad de una superior exposición a la difamación de los personajes públicos.

También me parecen pertinentes muchas de sus consideraciones técnicas tendentes por ejemplo a despenalizar en la medida de lo posible la protección judicial del honor; o de introducir el supuesto del ilícito civil del ultraje; o la atribución en los procesos por difamación de la carga de la prueba en los casos de *speech* político al demandante y la responsabilidad del demandado exclusivamente en los casos de «indiferencia desconsiderada» en relación con la verdad o falsedad de lo publicado, esto es cuando medie comportamiento negligente, o como dice nuestro Tribunal Constitucional, la información se haya vertido sin disposición veraz; no siendo procedente en este tipo de supuestos la alegación por parte del periodista del secreto profesional que impida referirse a las fuentes de su información y averiguar por tanto su disposición informativa; o la improcedencia de la inadmisión en los supuestos de injuria de la *exceptio veritatis*, etc...

Estoy sobre todo de acuerdo en lo que parece ser una asunción implícita por parte del director del libro y que estimo sumamente acertada, esto es la de considerar inadmisible la actitud, seguramente muy extendida entre los profesionales de la prensa, de identificar licitud jurídica y razonabilidad. El derecho es una linde que no asegura la conveniencia o plausibilidad de lo no prohibido. De modo que los tribunales de justicia no son la instancia adecuada desde la que proponer la conducta que se espera de los medios de comunicación en una democracia. Corresponde primordialmente a la propia cultura política de la sociedad o al decoro profesional establecer, a través de los mecanismos que se estimen pertinentes, los estándares a tener en cuenta para juzgar la contribución de los medios al debate político de la sociedad.

Todo esto —y que resumidamente equivale a la aceptación en supuestos de *speech* político de la prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor— parece plausible desde el punto de vista de una política jurídica, manteniendo que tal preeminencia no refleja en el terreno práctico una posición privilegiada de unos derechos sobre otros y, en todo caso, no significa en el supuesto del conflicto la aniquilación del derecho no preferente que queda debilitado, pero en modo alguno aniquilado. Con todo este tipo de planteamientos no deja a su vez de resultar problemático al suscitar, a su vez, graves cuestiones todavía sin resolver, aunque sobre las mismas aparezcan en el libro de Salvador indicaciones valiosas. Me refiero a la explicación de la acertada debilitación llevada a cabo por la jurisprudencia de unos derechos que constitucionalmente son establecidos en la condi-

ción más fuerte de límites de otros frente a los cuales finalmente ceden; o al supuesto de existencia de causa de justificación —art. 8 apartado 11 del Código Penal— en cuya virtud cobra excepción el principio de la exclusión del ejercicio ilícito de un derecho fundamental, cuestión ésta referida a la problemática muy rica, pero todavía no suficientemente explorada entre nosotros, de las relaciones entre derecho penal y constitución.

El terreno es menos firme cuando la colisión de la libertad de expresión con otros derechos se produce sobre materias, en razón del objeto o los intervenientes, sin relieve público. En estos casos la dificultad estriba primeramente en atribuir a determinados asuntos la condición indubitable de privados, situados como estamos en una circunstancia en que la frontera entre la sociedad y el Estado es tan tenue y existen tantas zonas en penumbra. De otro lado debe señalarse que también las figuras públicas han de gozar de una protección de su honor, aunque se admite en su caso una mayor exposición al riesgo de la difamación. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que es distinta la problemática de la colisión de la libertad de expresión con el derecho al honor y el derecho a la intimidad y aun en este caso difiere la protección de una figura pública en lo que se refiere a la divulgación de hechos referentes a su vida íntima o privada o frente a perturbaciones intromisivas de su vida particular.

La solución a la problemática que estos supuestos plantean ha de alcanzarse teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales en una sociedad libre, pues, trascendiendo la comprensión al respecto que a veces ha podido desprenderse de algún pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, todos, y no sólo la libertad de expresión, tienen una dimensión institucional y todos son, por utilizar la de expresión de Häberle, «elementos funcionales de la democracia», reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de derecho. Tan cierto es que no hay democracia sin libertad de expresión como que nos encontraríamos en un sistema totalitario si no hubiese seguridad de reserva y de vida privada, esto es si el ámbito de lo personal no dependiera exclusivamente de la decisión de cada uno.

Vuelvo, finalmente, a reiterar mi convencimiento de que en lo sucesivo quien haya de ocuparse de las cuestiones referentes a la vigencia afectiva de los derechos a la libre comunicación o su regulación adecuada en los diversos sectores de nuestro ordenamiento, ha de recurrir necesariamente a las páginas de este importante libro donde exhaustiva y agudamente se contienen información, crítica y propuestas de enorme utilidad y provecho.

J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA

(Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid)

TRIES, J. Hermann: «Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht», Verlag Dr. Otto Schmidt, KG, Köln, 1991, 328 págs.

I. El libro objeto de esta noticia constituyó, debidamente puesta al día la tesis doctoral del autor realizada bajo la dirección del profesor Dr. Peter Ulmer y

está dedicada al examen del régimen jurídico de la distribución encubierta de beneficios en el Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada. El interés del tema para el Derecho español es evidente como se deduce de la mera lectura del art. 27 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada. El autor demuestra una excelente habilidad para la interpretación jurídica, y recoge de modo exhaustivo las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que están expuestas con gran claridad y precisión.

II.1. Por reparto encubierto de beneficios se entiende la atribución directa o a través de persona interpuesta de ventajas patrimoniales a alguno de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada al margen de la distribución regular de beneficios (pág. 23). Estas ventajas pueden adoptar muy diversas formas: contratos irrazonablemente ventajosos para el socio; retribución desproporcionada al socio administrador; aprovechamiento particular de una posibilidad de negocio que razonablemente correspondía a la sociedad, etc. Con ello, no sólo se disminuyen los beneficios sociales sino que se alteran las reglas legales o estatutarias de distribución de beneficios, habitualmente en perjuicio de los socios minoritarios. Fuera de los casos de descapitalización de la sociedad (reparto de beneficios ficticios), en donde entran en juego intereses de acreedores, el reparto encubierto de ganancias es «principalmente un problema de protección efectiva de la minoría» (pág. 4).

2. La doctrina alemana ha ensayado distintos instrumentos para encontrar la regulación de este tipo de negocios o acuerdos: desde la consideración de los mismos como contrarios a las buenas costumbres hasta la aplicación analógica de las normas sobre conservación del capital social (*infra III*). Hoy, sin embargo, son dos las posturas más extendidas: la de aquéllos que consideran estos negocios como actuaciones de los administradores fuera de su poder de representación (*infra IV y V*) y la de quienes entienden que tales actos suponen una infracción del deber de lealtad de los socios y del principio de igualdad de trato. Como puede deducirse, la diferencia entre ambas posturas se basa en que la primera se fija en el que otorga la ventaja patrimonial, mientras que la segunda se fija en el receptor (socio) de la misma.

III.1. El primer conjunto de normas relevante en relación con la atribución de ventajas patrimoniales a los socios es el de las disposiciones de protección del capital social (§§ 30-31 GmbHG). De acuerdo con tales preceptos, quedan prohibidas las atribuciones patrimoniales a los socios que provoquen un «desbalance», es decir, que provoquen que la cifra de patrimonio neto sea inferior a la cifra de capital. En tal caso, procede la restitución en la medida necesaria para eliminar el desbalance y responden todos los socios subsidiariamente frente a los acreedores. El estudio de estas normas en el marco del libro se justifica porque, según hemos señalado, un sector de la doctrina ha propuesto la aplicación analógica de estas normas al supuesto de atribución de ventajas patrimoniales. En este punto, si bien, en cuanto a los principios las regulaciones son idénticas (principio de conservación del capital) existen diferencias notables entre el Derecho de la S.A. y el de la S.R.L. Así, en el ámbito de la S.R.L., el reparto de ganancias no está sometido a *normas procedimentales* específicas. La sociedad puede distribuir ganancias en cualquier momento siempre que se respete el límite que acabamos de exponer. En la S.A., por el contrario, el reparto de ganancias está sometido no sólo a límites cuantitativos sino también, procedimentales: sólo pueden repartirse ganancias en

forma de distribución de dividendos (definitivos o a cuenta) (ver breve y claro, Massaguer, «La distribución de dividendos a cuenta», *Derecho de los negocios*, n.º 1 (1990), 9 y ss.). Por tanto, la regulación de la S.R.L. es, en este punto mucho más flexible y permite una definición omnicomprensiva de la atribución oculta de beneficios en cuanto ésta comprende cualquier desplazamiento patrimonial de la sociedad a los socios cualquiera que sea la forma jurídica de la que se le dote.

2. El problema básico es decidir si esta regulación puede extenderse a cualquier supuesto de atribución indebida de ventajas patrimoniales a los socios por parte de la sociedad. La respuesta es, según el autor, negativa. La finalidad de los preceptos comentados es garantizar la conservación del capital social en beneficio de los acreedores y no proteger a los minoritarios (69). Además, la norma, precisamente por esta finalidad, abarca cualquier atribución patrimonial a los socios y no sólo las atribuciones encubiertas de ventajas patrimoniales. Por último, se contradiría la flexibilidad atribuida a la GmbHG en materia de reparto de beneficios. Tampoco es admisible ampliar analógicamente sólo la consecuencia jurídica, es decir, la obligación de restitución. La razón es, según el autor, la diferente *ratio* de las normas de protección del capital y de los supuestos de atribución indebida de ventajas a los socios: en un caso proteger a los acreedores, en el otro garantizar la igualdad de trato de los socios (71), lo que se prueba si intentásemos aplicar analógicamente cada uno de los párrafos del parágrafo 31 GmbHG (por ejemplo, la corresponsabilidad de los demás socios, el límite de la restitución a lo necesario para eliminar el desbalance...).

IV.1. Una de las tesis más difundidas (el autor la califica como tesis mayoritaria) es la que trata de resolver los problemas planteados por la atribución indebida de ganancias desde el punto de vista de la *falta de competencia de los administradores* para llevar a cabo tales negocios, ya que la competencia para repartir beneficios corresponde a la junta de socios. El autor organiza la crítica a esta posición a partir de los siguientes fundamentos.

2. La atribución de ventajas encubiertas no constituye un acto de distribución de beneficios en sentido formal. Beneficios es un concepto relacionado con el balance, y las atribuciones encubiertas de ventajas a los socios no quedan reflejadas en el balance en la cuenta de pérdidas y ganancias, sino que ha quedado incluida como una disminución en los ingresos o un aumento de los gastos respecto a los que se hubieran obtenido o producido de no haber existido la atribución (91-92).

3. Por tanto, habría que entender «resultados» o beneficios como *ganancia en sentido material* para poder afirmar que la atribución de la ventaja ha constituido una distribución de beneficios. Pero tal solución contradiría la reglas sobre realización del balance, porque la diferencia entre (vgr.) lo pagado por el socio y lo que realmente debería haber pagado no podría «activarse» en cuanto la sociedad no tendría —en la voluntad de las partes— acción para reclamar tal diferencia (93). Ojo, no puede argumentarse por el resultado y afirmar que la sociedad sí que tiene tal acción porque precisamente esa debe ser la consecuencia de la atribución de ventajas a los socios.

Consecuentemente, cuando la atribución de ventajas patrimoniales se realiza mediante un contrato entre la sociedad y el socio, el administrador no lleva a cabo una distribución de beneficios, sino «un mal negocio» para la sociedad. Por tanto, la única forma de justificar la infracción de las reglas competenciales pasa por

afirmar que el administrador ha abusado de su poder de representación al celebrar el negocio y que dicho abuso de poder es oponible al socio, en tanto que no pueda ser considerado un tercero.

4. Quid de los casos en los que se realiza abiertamente la atribución de una ventaja patrimonial a un socio. En tal caso se trataría de una donación, las cuales están permitidas en un cierto marco y en la que es competente el órgano de administración, con lo que no podría hablarse de falta de poder (96-97). Sólo serían inadmisibles en la medida que infringieran el principio de igualdad de trato, o que supusieran —por perjudicar el interés social— un abuso del poder de representación del administrador y dicho abuso fuera oponible al socio.

5. Podría afirmarse, sin embargo, que aunque, en sentido estricto, no estamos ante una distribución de beneficios, la atribución encubierta de ventajas constituye una vía fraudulenta de evitar la aplicación de las reglas que regulan aquélla, y, por tanto, exigir su aplicación con independencia de la forma jurídica utilizada. El autor niega tal posibilidad argumentando que la finalidad de la norma que atribuye a los socios la decisión sobre la distribución de beneficios se refiere a los *beneficios obtenidos* y que otra interpretación llevaría a la conclusión de que cualquier actuación de los administradores susceptible de afectar a la cuenta de resultados estaría infringiendo las normas sobre competencia de órganos (100). Además, tiene consecuencias no deseables. Fundamentalmente, que conduce a la nulidad total del negocio, lo que resulta excesivo para garantizar la protección de los demás socios. Por otro lado, no se explicaría por qué atribuciones de ventajas patrimoniales aprobadas mayoritariamente por los socios tampoco tienen por qué ser lícitas (101 excelente). Debe recordarse que el art. 27 L.S.R.L. al ordenar el reparto de beneficios de acuerdo con las respectivas participaciones lo hace de modo imperativo).

V.1. Rechazada la tesis de la falta de competencia, pasa revista el autor a una versión modificada de la misma, según la cual, la atribución de ventajas patrimoniales, si bien no constituye realización de actos por parte del administrador cuya competencia corresponde a los socios, sí que supone *infracción de las obligaciones de comportamiento del administrador*. Y aunque en relaciones con terceros, tales infracciones son inoponibles por la sociedad, si podrían serlo cuando el cocontratante de la sociedad es uno de los socios. Por tanto, estaríamos ante un contrato realizado sin poder o con abuso de poder al que serían aplicables las consecuencias del art. 1259 del Código Civil. La infracción de los deberes del administrador es fácil de justificar: el negocio no hubiera sido llevado a cabo por un «ordenado empresario y un representante leal». Además, la igualdad de trato de los socios resulta claramente quebrantada.

2. Lo decisivo es, pues, determinar la oponibilidad o inoponibilidad de tales infracciones a los socios. Parece admitido generalizadamente que la inoponibilidad a terceros de las limitaciones al poder de representación de los administradores, no puede aplicarse sin más a las relaciones con los socios: los socios no son terceros en el sentido del art. 129 L.S.A., pero tampoco están excluidos de la protección del tráfico que tales preceptos brinda. Metodológicamente, la cuestión puede resolverse recurriendo a la excepción de *ejercicio abusivo del derecho* (114) que impediría al socio alegar la protección en los casos en los que conociera —o debiera haber conocido— la infracción de deberes por parte del administrador. En la valoración de intereses necesaria para decidir si la sociedad puede oponerse

ner la excepción de ejercicio abusivo del derecho es muy relevante la intensidad del deber de lealtad que pese sobre el socio y que varía en función del carácter abierto o cerrado de la estructura de la sociedad (en Derecho español, al igual que según Tríes para el Derecho alemán, por ejemplo, el socio no podría alegar la protección cuando la limitación del poder se dedujese del contrato social, lo que, de acuerdo con el 129.2 sí podría alegar un tercero). El recurso al abuso del poder de representación y a la mala fe del socio no resuelve, sin embargo, todos los casos de atribución de ventajas a los socios (138) por cuanto exige que el representante actúe conociendo la infracción y que para el socio tal infracción del poder de representación sea evidente.

VI.1. Esta argumentación demuestra, a juicio del autor, que la comprensión de este sector de problemas exige cambiar la mirada trasladándola del examen de la conducta del administrador al enjuiciamiento de la conducta del socio (118). Como se ve, la posibilidad o no de oponer por parte de la sociedad la infracción de deberes por parte del administrador, no depende de la conducta de éste (ésta existe siempre) sino de la conducta del socio. Por tanto, el fundamento debe buscarse en *si al realizar el negocio, el socio ha infringido deberes derivados de su condición de socio*, en particular, *la violación del deber de lealtad por parte del socio y la infracción del mandato de igualdad de trato de los socios*.

2. El autor procede a justificar por qué la atribución de ventajas patrimoniales a alguno de los socios viola el principio de igualdad de trato de los socios. Para ello, justifica la vigencia e imperatividad del principio en el Derecho de la GmbH, lo que es ampliamente reconocido por doctrina y jurisprudencia y concreta éste como una prohibición de discriminación *material*, lo que justifica la inclusión del tema tratado en dicho principio. Califica la atribución de ventajas patrimoniales a alguno de los socios como una infracción de la prohibición que pesa sobre los socios de perseguir «ventajas particulares» (*Sondervorteilverbot*) que constituye una concreción del principio anteriormente expuesto. Esta incardinación le permite, a su juicio, dar una respuesta razonable al problema de las consecuencias: la violación del principio de igualdad de trato no lleva consigo la nulidad del negocio sino, simplemente una reducción del negocio en la medida necesaria para garantizar el equilibrio entre los bienes o derechos desplazados entre el socio y la sociedad (pág. 165).

3. Ahora bien, la prohibición de la persecución de ventajas especiales es, a su vez, una manifestación de la obligación de lealtad del socio de la GmbH frente a la sociedad (*Treuepflicht*), en cuanto supone que el socio satisface intereses personales a costa de la sociedad.

4. Para determinar *cuándo existe una ventaja particular* la doctrina propone la siguiente fórmula: «la obtención por parte de alguno de los socios de una ventaja de carácter económico a costa de la sociedad que no está justificada razonablemente y que no ha sido consentida por todos los consocios» (176), o bien, afirmar la existencia de una ventaja indebida acudiendo a lo que un ordenado empresario y representante leal de una sociedad independiente hubiera hecho. Fórmula que el autor concreta del siguiente modo: en primer lugar, resulta evidente que es necesario efectuar una *comparación valorativa*, es decir, llevar a cabo un juicio hipotético. El problema está en determinar los *criterios para llevar a cabo la valoración*. En este sentido, una primera concreción se obtiene afirmando el carácter abstracto de la medida, es decir, es irrelevante que el administrador concreto hubiera llevado a cabo el con-

trato con un tercero cualquiera en las mismas condiciones, basta con que no lo hubiera hecho así un ordenado administrador. Otra concreción puede deducirse de que el hecho de que el contrato no esté objetivamente equilibrado no significa necesariamente que estemos ante una atribución indebida de ventajas patrimoniales, en cuanto el desequilibrio se justifique por razones empresariales, es decir, porque aunque el socio obtenga una ventaja, la sociedad quede mejor que habiendo llevado a cabo el contrato con un tercero, o cuando las atribuciones se justifiquen por usos de los negocios (regalos de navidad a los socios, etc.). Además, puede no existir atribución indebida cuando el socio obtiene la ventaja como «compensación» de la que otorgó a la sociedad en otro negocio ligado con el anterior.

VII.1. *Grupos de casos.* El autor señala los siguientes: *negocios de intercambio con infravaloración de la prestación de la sociedad*. Un supuesto especial lo constituye el caso de una retribución excesiva al administrador. La comparación debe hacerse con el salario de un empleado de nivel, horario de trabajo y responsabilidad similar; *atribuciones gratuitas a los socios*: se les permite utilizar locales o automóviles, etc., de la sociedad; *prestaciones dinerarias unilaterales a favor de los socios* (asunción de gastos privados del socio por la sociedad; pagos por bienes o derechos que la sociedad tendría derecho a obtener gratuitamente; regalos, asunción de deudas).

2. No hay atribución indebida de ventajas en los llamados negocios neutros, es decir, aquellos que benefician al socio, pero no perjudican a la sociedad. Si que pueden considerarse como tales los supuestos de *corporate opportunities* que el socio aprovecha para sí (ejemplos: continuar para sí relaciones establecidas con la sociedad, inmiserirse en los tratos previos, etc.).

VIII.1. La última parte del trabajo se ocupa de las *consecuencias jurídicas de la obtención indebida de ventajas particulares* (199 y ss.). Con anterioridad a la transmisión de la prestación por parte de la sociedad, la consecuencia más coherente es, según el autor conceder a la sociedad una excepción frente a la reclamación del cumplimiento del negocio por parte del socio. Esta excepción se basaría en que, al exigir el cumplimiento, el socio *ejercita abusivamente un derecho*, en cuanto que «es contrario a la buena fe... reclamar a otro derechos que derivan de un supuesto de hecho creado mediante la propia infracción de obligaciones»: cuando el socio reclama el cumplimiento del contrato del que obtendrá la ventaja patrimonial a costa de la sociedad, ejerce abusivamente su derecho porque el derecho a exigir dicha ventaja sólo ha podido surgir porque el socio infringió su deber de lealtad hacia la sociedad —en la forma de prohibición de obtener ventajas particulares— al celebrar en dichas condiciones el contrato (202), sin que sea necesaria la concurrencia de culpa o mala fe por parte del socio (203-4). Por tanto, el socio puede eliminar la excepción pagando la diferencia entre el valor acordado y el valor real. En conclusión, como consecuencia de la excepción de ejercicio abusivo de un derecho, la sociedad puede negarse a cumplir. Ahora bien, el negocio es válido, lo que es relevante a efectos de una aprobación del negocio por un acuerdo social. Es necesaria la unanimidad. A continuación se examina si el socio ha de *indemnizar daños y perjuicios a la sociedad*, lo que sólo puede afirmarse en el caso de que hubiera actuado negligentemente al menos al celebrar el negocio desequilibrado con la sociedad.

2. En el caso de que el negocio se haya ejecutado ya, la solución propuesta por el autor es la de conceder a la sociedad una acción para exigir la diferencia

entre el valor acordado y el valor real. Se ha de determinar entonces, *cuál puede ser el fundamento legal de la obligación del socio de restituir la ventaja*. El autor lo encuentra —tras rechazar el enriquecimiento injusto— en el propio contrato social como obligación del socio enriquecido a costa de la sociedad. La solución se confirma desde la perspectiva del principio de igualdad de trato: la infracción de tal principio en estos casos debe hacer nacer una acción de remoción de las consecuencias de la infracción ex §1004 BGB.

IX. Por último, se analizan las posibilidades de actuación que corresponden a los socios perjudicados por la atribución indebida de ventajas a alguno de ellos. El conocimiento de la atribución se asegura mediante el ejercicio del *derecho de información* de los socios. El derecho de la sociedad a reclamar al socio la diferencia entre valor acordado y valor real debe activarse como crédito en el balance, en otro caso, el balance es impugnable. Los demás socios no tienen derecho a reclamar para sí la misma ventaja obtenida por el socio infractor. Sí que tienen derecho a reclamar daños y perjuicios si, además de la disminución de beneficios de la sociedad, alguno de ellos ha sufrido daños particulares. Cabe la *actio pro socio* siempre que se cumplan sus presupuestos generales.

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Rosario DIAZ ROMERO
Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Nieves FENOY PICON
Gabriel GARCIA CANTERO
Antonio JIMENEZ CLAR
Francisco LLEDO YAGÜE
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Caducidad.—Que tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley, y sin que sea preciso, al contrario de lo que sucede con la prescripción, su alegación por las partes a través de la correspondiente excepción, alegada en tiempo y forma.

Cómputo de los plazos de caducidad.—Es doctrina de esta Sala que el mes debe computarse como de treinta días, sin excluir los inhábiles (Sentencia de 11 de octubre de 1963), con mayor razón aun cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, no puede entenderse que el aludido plazo deba reputarse procesal, por no haber comenzado aún el trámite del proceso, al no haberse interpuesto la demanda. (Sentencia de 22 de mayo de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda de juicio de impugnación de acuerdos sociales, recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, confirmando la del Juez de Primera Instancia, estimaba la demanda y acordaba la nulidad de determinados acuerdos sociales, sentencia contra la que se interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del art. 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, en

relación con el art. 5 del Código Civil y 60.1 del Código de Comercio, por caducidad de la acción ejercitada por haberse interpuesto después del plazo de un mes que, a partir de la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil, señala el art. 68 de la aludida Ley. El Tribunal Supremo estimó este motivo del recurso.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia es concorde con la de 22 de diciembre de 1989, que considera que el plazo para la interposición del recurso de revisión es de caducidad, y, por tanto, se trata de un plazo civil, y no procesal, por lo que ha de computarse como tal, incluyendo los días inhábiles. (A. C. S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Hechos resultantes de actuaciones criminales en fase de juicio oral.— La atenta lectura de las sentencias de instancia, una vez cercenados algunos hechos, se limitan a comunicar una información completamente veraz y que resultaba de las actuaciones criminales que por estar en trámite de juicio oral, tenían el carácter de públicas y cuyo derecho venía amparado por el art. 20.1.d) de la Constitución, sin que el eventual resultado del juicio reste o merme el derecho indicado. (S.T.S. de 17 de mayo de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—En el diario catalán *La Mañana* se publicaron dos textos, con fecha de 6 de julio de 1986, uno titulado «La derecha barre en las elecciones del colegio público Bafalia» y otro «Franco encara es viu», ambos firmados por la demandada doña. M. B. El día 13 de julio de ese mismo año, dicho periódico publica otro artículo bajo el epígrafe «La Generalitat investiga los incidentes sucedidos en el colegio de Bafalia».

El actor formuló demanda incidental contra la autora doña M. B., don J. R. C. y el diario *La Mañana* por entender que estos hechos implicaban una intromisión ilegítima contra su honor y propia imagen. El Juzgado de Primera Instancia declaró la intromisión ilegítima, al atribuirle «conocidas simpatías por los militares golpistas del 23-F» y condenó a la autora de los artículos al pago de una indemnización, declarando la responsabilidad civil directa del diario. Además, condenó a ambos (no así a don J. R.C.) a publicar la sentencia en el referido periódico.

Apelada esta resolución por el demandante, la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso y declaró la intromisión ilegítima por la publicación, condenando a los tres demandados solidariamente (a la autora, el diario y don J. R. C.) al pago de la indemnización y a la inserción, a cargo de los demandados, del encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, anula asimismo la del Juzgado, desestima la demanda y absuelve a los demandados. (G. D.-P. G.)

3. Protección del derecho al honor. Límites de protección: Libertad de información.—El honor, reconocido como derecho fundamental en el art. 20 de la C.E. y regulado por la L.O. 1/1982 de 5 de mayo, es un derecho derivado de la dignidad humana que se vulnera con la difusión y atribución a determinadas personas de hechos o cualidades que la hagan desmerecer en su propia estima o en el público aprecio (S.T.S. de 5 de diciembre de 1989, que recoge la doctrina jurisprudencial anterior), así como en el respeto social y profesional.

La libertad de expresión no puede justificar ataques al derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, delimitados siempre por las leyes y usos sociales, atendiendo al concepto que cada persona fije mediante sus propios actos y pautas de comportamiento, y protegido jurisprudencialmente, según las características y circunstancias de cada caso concreto.

No obstante, no se considera que el ejercicio del derecho de información vulnere tales derechos, con la revelación de noticias de evidente interés público cuyo contenido verse sobre apreciaciones de posibles hechos en que la comunidad se manifieste altamente interesada. (S.T.S. de 11 de junio de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose publicado un artículo periodístico conteniendo una serie de expresiones, en relación con un tema de gran interés público, que el actor consideró difamatorias de su honor, se formuló demanda suplicando se declarase la existencia de una introducción ilegítima en el derecho al honor, la responsabilidad solidaria de los demandados, la condena al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización por los perjuicios personales, sociales y mercantiles causados, y la publicación, en las páginas centrales y con la oportuna referencia en la portada, del texto íntegro de la sentencia, en el periódico y semanario que el actor determine.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

4. Protección judicial del derecho al honor. Carácter relativo. Coexistencia con la libertad de expresión e información.—El honor, protegido jurídicamente en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, aparece reconocido en su art. 2 y reiterado jurisprudencialmente en las SS. TS. de 13 de diciembre de 1989 y 30 de marzo de 1990, entre otras, como un derecho fundamental de la persona con carácter relativo, ya que se limita su protección tanto por las leyes como por los usos sociales, «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

Este derecho fundamental coexiste con las libertades públicas recogidas en el art. 20 de la C.E., cuyo valor sólo aparece protegido cuando se ejercitan en relación con asuntos y personas de interés general y contribuyen a la información pública (S.T.C. de 8 de junio de 1988 y SS. ST. de 30 de mayo de 1990 y 17 de mayo de 1990). En este contexto, el derecho al honor se debilita, en su función de límite externo de las libertades de expresión e información, cuando sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública o interés histórico o cultural relevante, pues así lo requieren

el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

Conforme a ello, no puede considerarse infringido el art. 2 de la L.O. 1/1982, por difusión de hechos y noticias relativas a estas personas, más aún si ellas mismas suministran datos de su propia intimidad personal y familiar. (S.T.S. de 24 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de un reportaje publicado en prensa semanal y considerando su contenido infamante, la actora formuló demanda, solicitando se declarase que dicho artículo suponía una intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal y familiar, condenando al demandado a publicar el texto literal de la Sentencia que se dicte, y al pago de una cantidad como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Interpretación del contrato: condición resolutoria explícita.—Es doctrina reiterada que la interpretación de los contratos es función privativa de los juzgados de instancia que debe respetarse en casación, salvo que éstos hayan incurrido en una exégesis desorbitada o ilógica, lo que no ocurre en este caso. En el contrato, de modo indudable, aparece que el vendedor quería obtener un precio total y que la falta de pago de «cualquiera» de las letras tenía el carácter de condición resolutoria explícita. Por tanto, el incumplimiento por alguno de los compradores de su obligación de pago afecta a los otros dos.

Irrelevancia del carácter de obligación «mancomunada simple» pasiva a efectos resolutorios.—A efectos resolutorios de la compraventa de un complejo industrial, vendido como objeto único e indivisible, es indiferente que se concrete la parte de precio de cada comprador en la obligación de pago. El efecto típico de la mancomunidad simple es que el acreedor (vendedor) no puede reclamar a sus deudores (compradores) más cantidad que aquélla a que cada uno se obligó. La mancomunidad simple no incide en la resolución de la totalidad de la compraventa por falta de pago de alguno de los compradores, cuando así se pactó.

Firmeza de la sentencia de instancia: incumplimiento de otro de los compradores.—Aunque el recurrente señale que no incumplió por carecer de voluntad deliberadamente rebelde al encontrarse en situación de suspensión de pagos, ello es intrascendente porque el incumplimiento por otro de los compradores, declarado en la sentencia recurrida y que adquirió firmeza al no impugnarse, es suficiente para determinar la resolución total de la compraventa.

Cláusula penal. Facultad moderadora del juez (art. 1154 del Código Civil).—La posibilidad de modificar la cláusula penal es simple facultad (no deber) de incumbencia exclusiva de los juzgadores de instancia. No es susceptible

de revisarse en casación, puesto que no están normados legalmente los criterios de acuerdo a los cuales debe realizarse la moderación. En el caso, la Sala *a quo* moderó la pena de forma equitativa y su criterio objetivo e imparcial debe prevalecer sobre el subjetivo e interesado de los recurrentes. (S.T.S. 23 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El 20 de junio de 1980 se adquirió *pro indiviso* un complejo industrial por valor de 35.205.000 pesetas. La participación de cada comprador en el precio fue respectivamente de 66 por ciento, 17 por ciento y 17 por ciento. La parte de precio aplazada la garantizó cada comprador mediante una serie de cambiales. También se estableció que la falta de pago de cualquier cambial tenía carácter de condición resolutoria explícita y que el vendedor haría suyas las cantidades pagadas hasta entonces en concepto de indemnización y pena. El segundo vencimiento de las cambiales no lo pagaron dos de los tres compradores (los del porcentaje del 17 por ciento) y la vendedora, mediante requerimiento notarial, dio por resuelta la compraventa.

Demandó la vendedora y suplicó, entre otras cosas, la resolución de la compraventa y que se declarara suya la cantidad pagada por los compradores hasta el incumplimiento. El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación: declaró resuelta la compraventa y declaró que la vendedora hacia suyo el 30 por ciento del precio abonado por el comprador de la participación del 66 por ciento y el 75 por ciento del precio abonado por los compradores de las participaciones del 17 por ciento. Uno de los compradores de participación del 17 por ciento en el precio interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo no casó.

NOTA.—La sentencia califica la obligación de los compradores de «mancomunada simple». Esta terminología es utilizada, en nuestra doctrina, por Castán («Derecho civil español común y foral», tomo II, vol. 1.º, 4.ª ed., 1939, pág. 62; tomo III, 9.ª ed., 1958, págs. 94-95; tomo III, 13.ª ed. págs. 143-144) y con ella alude a aquellas obligaciones que tienen una «pluralidad de sujetos» y «la determinación de partes, materiales o ideales, en la exigencia o en la prestación». A su vez, dentro de estas obligaciones diferencia si la prestación es divisible o indivisible. Con esta terminología, alude Castán a lo que la doctrina más moderna denomina obligación parciaria y obligación mancomunada (Díez-Picazo y Gullón, «Sistema de Derecho Civil», vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1989). La obligación del caso, creemos, es una obligación parciaria.

Las cuestiones que, a nuestro parecer, plantea la presente sentencia son:

1.º. El modo en que puede hacer efectivo su crédito el acreedor frente a los deudores. Lo específico del régimen de la obligación parciaria es que el acreedor sólo puede exigir a cada deudor aquella cantidad que le corresponda en su participación en el crédito.

2.^a. Siendo la obligación parcial e incumpliendo alguno de los deudores (los otros cumplen correctamente) ¿cabe una resolución parcial del vínculo? o, ¿se impone su resolución total? Si las partes establecen, expresamente, que cualquier incumplimiento permite al acreedor resolver el vínculo, cabrá la resolución total. Y, precisamente, éste es el caso de la sentencia. Se insertó en el contrato una cláusula resolutoria explícita ante «cualquier» incumplimiento. Ahora bien, si las partes no establecen nada, no debemos olvidar que, aún siendo divisible la prestación de los compradores, la prestación del vendedor puede o no serlo, y ello condiciona la resolución parcial o total del vínculo. Así, si el objeto que el vendedor debe entregar es divisible podría admitirse, creemos, la resolución parcial del vínculo en relación al deudor incumplidor, salvo que con ello se frustre el fin (indivisible) del contrato (cfr. art. 1491 del Código Civil). En cambio, si el objeto o el fin del contrato es indivisible se impone la resolución total del vínculo. Este último supuesto hubiera sido el caso de la sentencia, si no se hubiera pactado la cláusula resolutoria explícita. El complejo industrial se vendió como objeto único y, por tanto, indivisible.

3.^a. Producida la resolución total del vínculo por el incumplimiento de un deudor ¿cómo responde el deudor cumplidor? Al igual que en la anterior cuestión, si las partes establecen, expresamente, el régimen que regulará la responsabilidad por incumplimiento, éste será el que se aplique. En el caso se pactó una cláusula penal la cual establecía que el vendedor se quedaría con las cantidades pagadas hasta el momento del incumplimiento, en concepto de indemnización. Dicha cláusula fue moderada por el Juez (art. 1154 del Código Civil). Pero, si las partes nada establecen, creemos que la regla aplicable es que el deudor cumplidor no contribuye a la indemnización por daños. (N. F. P.)

6. Incumplimiento de contrato.—Es aplicable al supuesto aquí debatido el art. 12 del Reglamento sobre Bienes de las Corporaciones municipales de 1955 en cuya virtud si los bienes se hubiesen adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubiesen servido al mismo y dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público, no habiéndose producido, por tanto, incumplimiento de contrato. (STS. de 20 de junio de 1990, no ha lugar)

HECHOS.—Doña M. F.P. interpuso demanda contra el Ayuntamiento de LL. por incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de cesión de una determinada finca y que imponían al citado Ayuntamiento la obligación de no edificar y mantenerla completamente despejada, por estimar que al autorizar el Ayuntamiento la instalación de la feria semanal y un aparcamiento de pago en la citada finca no había cumplido los términos del contrato. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y en el mismo sen-

tido se pronunció la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.).

7. Tercería de mejor derecho. Preferencia entre créditos sin privilegio especial. Doctrina general.—A la hora de denunciarse la infracción del art. 1924-3.º del Código Civil, la jurisprudencia de la Sala 1.ª, aunque vacilante y en algunos casos contradictoria, se inclina más recientemente por establecer los siguientes presupuestos básicos: 1) las escrituras públicas de que se habla en el apartado A) deben ser equiparadas a las pólizas intervenidas por corredor de Comercio o por agente de Cambio y Bolsa; 2) tales pólizas o escrituras necesitan contener, o venir complementadas, de la liquidación pertinente, para que pueda ser conocido el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, por lo que su preferencia vendrá referida a la fecha de esta determinación; 3) el elemento que concede el privilegio no es el crédito en sí, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en uno de los documentos que menciona el texto legal; 4) con carácter genérico puede afirmarse que la preferencia que concede el art. 1924 a los créditos que constan en escritura pública o sentencia, si hubiere sido objeto de litigio, se explica y justifica por la indubitada autenticidad de dichos créditos; 5) que de los dos órdenes preferenciales que establece el artículo citado, ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado A) frente al del B), puesto que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los ejecutivos, debiendo acudirse con prioridad a los títulos que fundamentaran la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en estos títulos, aunque posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que en la sentencia se desvirtúe tal certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial, y 6) sostener posición contraria sería tanto como atribuir a un crédito escriturario indubitado de fecha anterior, peor condición que otros posteriores en el tiempo, por efectos de la fecha de una sentencia, ganada en muchos casos a consecuencia de circunstancias extrañas al propio crédito, o dejar en manos del acreedor más diligente, o del deudor más parcial, la anticipación de un fallo que habría de perjudicar al crédito preferente.

Preferencia entre dos pólizas intervenidas por corredor de comercio.—El crédito del tercerista es prioritario en el tiempo en relación comparativa de todos los elementos esenciales de ambos (otorgamiento, vencimiento, liquidación e iniciación de la vía judicial), y la única anticipación concerniente a la fecha de la sentencia se corresponde con una circunstancia extraña al crédito en sí mismo y dependiendo exclusivamente de la fluidez de la oficina judicial. (**Sentencia de 9 de julio de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—Sobre el tema, en general, la obra básica de Gullón Balles-teros, *La prelación de créditos en el Código Civil* (Barcelona, 1962). Para la última jurisprudencia: Lacruz, *Elementos*, II, 12 (Barcelona, 1985), págs. 404 y ss. (G.G.C.).

8. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Impunidad cuando el vendedor no ha cumplido lo que le incumbe.—Es doctrina reiterada de esta Sala, tan abundante y conocida que excusa su cita, la de exigir al reclamante de la resolución el estricto e íntegro cumplimiento de las obligaciones que le compitan para que pueda prosperar su petición; en el presente caso se declara probado que el demandado se encuentra al corriente en el pago del precio aplazado que se convino en el contrato, mientras que el retraso sufrido en la satisfacción de algunos de estos plazos fue debido a la actitud de los actores de constituir, sin la previa notificación convenida, una hipoteca sobre los locales objeto de la compraventa, y además, la parte demandante ha permitido que sobre tales inmuebles se trabasen múltiples embargos, cuando en la venta se convino la entrega de los locales libres de cargas y de gravámenes, debiendo aclararse que aquí no se trata de un problema de límites o de responsabilidad por los perjuicios causados, sino del absoluto cumplimiento o incumplimiento en función de la bilateralidad de la obligación.

Facultad de suspender el pago del precio, art. 1502.—Es doctrina de esta Sala la de poder extender el contenido del precepto interpretado, no sólo al ejercicio de las acciones reivindicatorias e hipotecarias, que allí literalmente se citan, sino también poder justificar en ciertos casos, un simple retraso en el pago cuando existe en potencia un peligro perturbatorio en relación con la propiedad pacífica de la cosa adquirida, como pueden ser los múltiples embargos de que se habla en las sentencias de instancia; trabas que pueden justificar, junto con otros motivos, el retraso denunciado, no sólo a través de la vía del art. 1502, sino más concretamente la del art. 1124, ya que la compraventa se pactó libre de cargas. (**Sentencia de 22 de mayo de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—Ninguna novedad en el rechazo del ejercicio de la facultad resolutoria por el vendedor al demostrarse ser el incumplidor, sin que se acepte que su incumplimiento (falta de notificación de la constitución de hipoteca sobre la finca vendida) recayó sobre obligaciones accesorias y no causó perjuicios irreparables al comprador; la doctrina jurisprudencial a este respecto es tan abundante y conocida que excusa su cita. Algun comentario merece, no obstante, la referencia al art. 1502, traído a colación en el recurso, pero que el Tribunal Supremo no considera *ratio decidendi*; en primer lugar, el vendedor constituyó una hipoteca sobre la finca vendida, hecho previsto en el contrato, pero con la obligación de notificar al comprador, que fue incumplida. He escrito en otro lugar (*Comentarios Albaladejo*, XIX, pág. 416), que el supuesto de perturbación por el ejercicio de acciones hipotecarias sólo puede referirse a las inscritas en el Registro después de la perfección de la c.v. y antes de que el comprador abone el precio; éste es el supuesto que aquí se da, lo que bien puede calificarse de «actuación quasi-dolosa del vendedor». Quizá lo novedoso de esta sentencia sea la disposición a interpretar ampliamente el temor de perturbación, cuando la doctrina, y la propia jurisprudencia, se inclinan por la interpretación restrictiva; bien es verdad que la invocación en el caso del art. 1502 es *ober dictum*. Por otra parte, no

hay datos para saber la causa o fuente de los reiterados embargos recaídos sobre la finca vendida. (G. G. C.)

9. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Relaciones entre el art. 1504 y el 1124 del Código Civil.—Es amplísima la doctrina de esta Sala que declara a ambos preceptos compatibles y complementarios, entendiendo que el 1504 constituye una especialidad de la regla general contenida en el 1124; cuando se trata de la falta de pago del precio en la venta de bienes inmuebles, y ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial, queda vedado para el Juez el otorgamiento de un nuevo plazo, según los términos del art. 1504, pero esto no impide que para el éxito de la acción resolutoria sea indispensable que concurran los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del art. 1124.

Requerimiento defectuoso. Concesión de nuevo plazo. Carácter discrecional.—En el presente caso, al no ser aplicable la resolución contractual autorizada por el art. 1504, ya que ni el requerimiento notarial ni el judicial efectuados por el vendedor, contienen una declaración de voluntad pura y simple de dar por resuelto el contrato, sino más bien una reclamación del pago del precio pendiente, entra en función la regla general del art. 1124 en donde se contempla la posibilidad de conceder nuevo plazo como alternativa discrecional a la resolución de la obligación; tal posibilidad está atribuida a los juzgadores de instancia, y cada uno de ellos, dentro de su orden jurisdiccional, pueden establecerla según sus propios criterios de ponderación, sin que la no coincidencia entre ellos tenga relación alguna con la incongruencia.

Interpretación de los contratos.—No se infringen las normas interpretativas de los contratos cuando el Tribunal *a quo* ha utilizado la facultad discrecional de fijar un nuevo plazo, cuando el contractualmente establecido ya estaba incumplido, aduciendo en su fundamentación que no era procedente la sanción resolutoria de la obligación, enormemente perjudicial para el comprador, pero que con criterios de equidad distributiva se debían reducir los plazos fijados por el Juzgado, función que opera al margen e independientemente de lo que primitivamente se estableció en el contrato. (*Sentencia de 5 de septiembre de 1990*, no ha lugar.)

NOTA.—Desde la sentencia de 3 de julio de 1917 la jurisprudencia de la Sala 1.^a ha entendido invariablemente por requerimiento, a efectos del art. 1504, la intimación concreta a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla; de donde cabe deducir: 1.^o) El fin del requerimiento estriba en obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido; 2.^o) El requerimiento es antecedente necesario de la resolución del vínculo contractual, y 3.^o) El contenido de aquél es una intimación a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla. Incumplidos estos requisitos en el presente caso no cabía aplicar el art. 1504 y se abría la posibilidad de conceder nuevo plazo al comprador, respecto de lo

cual se destaca el carácter discrecional de las facultades del juzgador de instancia, no revisable su uso en casación. (G. G. C.)

10. Compraventa de bienes muebles a plazos. Subrogación del finanziador en el crédito del vendedor.—Conforme se deduce del contenido del párrafo 1.º del art. 3 de la Ley sobre venta de bienes muebles a plazos, cuando el vendedor cede o subroga al finanziador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio, o cuando vendedor y finanziador se concierten en cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos, es significativo de convenio a tal fin que tiene la consideración simplemente de préstamo de financiación, sin determinar por sí solo el desplazamiento de los efectos del dominio de los bienes cedidos al cesionario o subrogado.

Cláusula de reserva de dominio.—Para que la cesión alcance a la cláusula de reserva de dominio es preciso que expresamente se haya convenido (art. 6, núm. 12 de la Ley sobre ventas a plazos). De no consignarse tal cesión en el contrato, la de los «derechos accesorios» dimanantes no alcanza a la reserva de dominio, sino simplemente al crédito cedido.

Eficacia del Registro de Ventas a Plazos. Caducidad de la inscripción.—A todos los efectos legales la presunción de que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado, hay que entenderla referida a los efectos positivos, generados por la inscripción, esto es, a que el tercero no venga afectado por el contrato de venta a plazos si no existe constancia registral de él, con la consiguiente presunción de veracidad y exactitud de lo que conste registrado, pero no en el aspecto negativo, consistente en que habiéndose producido la inscripción de las correspondientes ventas a plazos en el expresado Registro se hubiesen cancelado con posterioridad al embargo practicado en relación a los bienes que afecten, y, por tanto, con inscripción vigente al tiempo en que dicho embargo se practicó. (**Sentencia de 10 de mayo de 1990**, no ha lugar.).

HECHOS.—Una cooperativa industrial vendió a plazos y con reserva de dominio maquinaria a una sociedad. Una Caja Popular de Mondragón financió la operación de la vendedora. La cooperativa cedió su crédito a la Caja y afianzó solidariamente su pago, pero no se hizo mención expresa de la cesión de las reservas de dominio, sino únicamente de los derechos accesorios. Las reservas de dominio se inscribieron en el Registro de Ventas a Plazos, y así se mantuvieron en el momento en que la Delegación de Hacienda embargó la maquinaria vendida. La cooperativa interpuso demanda de tercería de dominio contra la Delegación de Hacienda y la sociedad compradora, por impago de ésta, solicitando que se dictara sentencia declarando que la maquinaria embargada era de su propiedad. En el momento de la interposición de la demanda de tercería las inscripciones en el citado Registro habían quedado canceladas por caducidad.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda interpuesta por la cooperativa. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado. (A. C. S.)

11. Leasing o arrendamiento financiero mobiliario. Calificación del contrato. Distinción con la venta a plazos de bienes muebles.—La ya consolidada doctrina de esta Sala (Sentencias de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 26 de junio de 1989) ha sancionado la falta de identidad entre la compraventa de bienes muebles a plazos, regulada por la Ley de 17 de julio de 1965, y el contrato de arrendamiento o *leasing* financiero, ya se considere a éste como un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya como un supuesto de conexión de contratos complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, caracterización acorde con la que de esta figura contractual se contiene en el Real Decreto Ley de Ordenación Financiera de 25 de febrero de 1977.

Simulación relativa. Valor residual insignificante o simbólico.—Fijado el plazo de duración del contrato en cinco años, se pactó una renta mensual de 219.886 pesetas y como valor residual de toda la maquinaria objeto de aquél, no sólo del bien objeto de tercería, el de 214.965 pesetas, inferior, por tanto, al de una mensualidad y que representa un porcentaje del 1,62 por ciento respecto del precio total fijado en el contrato que ascendía a 13.193.160 pesetas, valor residual que ha de conceptuarse insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función de precio autónomo, doctrina ésta recogida en la sentencia de 10 de abril de 1981, que en el caso examinado en ella no apreció el carácter insignificante o simbólico del precio de opción que ascendía a un 20 por ciento del total del precio arrendatario. (Sentencia de 28 de mayo de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad de *leasing* adquirió una prensa de ciclo continuo de un suministrador y en virtud de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, la cedió a la sociedad usuaria. Dicha prensa fue embargada a la usuaria por la Recaudación de contribuciones de la zona de Baza en procedimiento de apremio seguido contra dicha sociedad por impagado de determinados tributos a la Hacienda Pública. La sociedad de *leasing* interpuso demanda de tercera de dominio contra la sociedad usuaria y la Administración del Estado. Comparecido en autos el abogado del Estado en la representación que le es propia, se opuso a la pretensión actora, alegando que el contrato suscrito era una venta encubierta y no un *leasing*.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la tercera de dominio ejercitada y mandó levantar el embargo por considerar a la actora titular del bien. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. Interpuesto recurso de casación por la Delegación de Hacienda, el Tribunal Supremo lo estima.

NOTA.—Con acertado criterio, el Tribunal Supremo considera el valor residual insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria en nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, doctrina ésta recogida en la sentencia de 10 de abril de 1981, que en el caso examinado en ella no apreció el carácter insignificante o simbólico del precio de la opción que ascendía a un 20 por ciento del total del precio de la operación.

Yo he defendido esta tesis en dos estudios que he publicado sobre el *leasing* o arrendamiento financiero en A.D.C., 1980, págs. 781 y ss, y 1982, págs. 69 y ss.

La doctrina de la sentencia de 28 de mayo de 1990 no parece que vaya a cambiar por la aplicación de la Ley de 29 de julio de 1988, ya que la disposición adicional séptima, apartado 1, exige que se incluya necesariamente en el contrato de arrendamiento financiero una opción de compra, a su término, a favor del usuario. (A. C. S.)

12. Donación modal y donación pura y simple.—A pesar de calificarse la donación de pura y simple en el acto de su otorgamiento, los términos en que se redactó la donación permiten afirmar que la verdadera intención del donante fue la de configurar las obligaciones asumidas por el hijo donatario como condiciones impuestas al mismo, cuyo incumplimiento generaba la anulación de la donación, por lo que ésta no puede estimarse, atendiendo a sus efectos y consecuencias, de estrictamente «modal», toda vez que la facultad que se reservó el donante era algo más que exigir el cumplimiento de la carga aceptada por el donatario.

El término «condición» en el art. 647 del Código Civil.—La expresión «condiciones» empleada en el art. 647 no lo es un sentido rigurosamente técnico de sucesos inciertos, sino en el corriente de obligaciones o cargas que pueden imponerse al donatario por el donante, y que en el art. 797, en su primer párrafo, viene a equiparar «carga» y «condición» cuando parezca que esa era la voluntad del testador.

Aplicación analógica del art. 1124 del Código Civil a la donación «onerosa y remuneratoria».—La donación de que se trata permite estimarla de compleja, gozando, en cierta manera, de la doble cualidad de «onerosa» y «remuneratoria», por lo que cabe hacer una doble remisión respecto a las reglas a regir, pero es que, además, el posible envío a la prevenida en el art. 1124 no significa su aplicación en estricto sentido, sino acomodándole al ámbito propio de la donación, asimilando, pues, la facultad de resolver las obligaciones con la revocatoria prevista para aquélla. (S.T.S. de 25 de junio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura de donación, otorgada ante Notario, el recurrente donó a su hijo, pura y simplemente, el pleno dominio de

varias fincas que le pertenecían por herencia de sus padres. Entre las cláusulas del otorgamiento se hacía constar que: 1.º) la donación se imputaría, en primer lugar, a la legítima paterna estricta y, después, al tercio de mejora y al de libre disposición, con dispensa de la obligación de colacionar; 2.º) el hijo donatario se obligaba a tener en su compañía al padre donante y a su madre, prestándoles alimentos civiles completos. En los mismos términos se obligaba con su hermano hasta que percibiese su legítima paterna, añadiéndose respecto a éste último la obligación de costear su estancia en un centro asistencial; 3.º) le quedaba prohibido, en vida del donante y de su madre, enajenar y gravar las fincas donadas, y 4.º) todos los comparecientes aceptaron y especialmente el donatario el contenido de la escritura de donación.

Con posterioridad, el donante formuló ante el Juzgado de 1.ª Instancia juicio declarativo de menor cuantía contra su hijo donatario, solicitando la revocación de la donación por causa de ingratitud e incumplimiento de las obligaciones y cargas impuestas. El Juzgado absolió al demandado y declaró no haber lugar a la revocación de la donación, ni a la reversión de los bienes al donante. Apelada esta resolución por la cónyuge del donante, pues éste había fallecido en el curso del procedimiento, la Audiencia Territorial procedió a estimar parcialmente el recurso y declaró revocada, por incumplimiento de las cargas, la donación efectuada y condenó al donatario a reintegrar a los actores el pleno dominio de los bienes, ordenando la cancelación de las inscripciones registrales contradictorias. Recurrida esta sentencia en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (G. D.-P. G.)

13. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Vicios de dirección y de construcción.—Según el informe pericial practicado los defectos vienen a concretarse, sin poder distribuirse específicamente, tanto en vicios de dirección de obra como en vicios de construcción, manifestándose, tanto en la estructura del hormigón armado empleado —lo que debe atribuirse al contratista—, como de una solución apurada, claramente incompatible con la tipología de divisiones interiores y cerramientos, incrementado por la destrucción entre sistemas por la solución constructiva empleada —lo que es propio del arquitecto.

Seguro de Responsabilidad Civil del arquitecto. Vigencia de la póliza.
Prueba.—Al probarse la existencia de una póliza de seguro que cubría la responsabilidad civil en beneficio de sus colegiados, como reconoce el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, suscrita con la entidad demandada y vigente hasta el año 1982, lógicamente hay que entender que atendía a las responsabilidades procedentes de las obras objeto de controversia, finalizadas en noviembre de 1974, pues la prueba de la exclusión correspondía a la entidad aseguradora, al tratarse de un hecho que le afectaba directamente en pretensión obstativa a lo solicitado en la demanda por la Comunidad de propietarios, que al ser tercero, y, por tanto, ajeno al contrato de seguro, no estaba en condiciones de acreditarlo.

Acción directa del perjudicado contra el asegurador.—La doctrina contenida, entre otras, en sentencias de 23 de junio de 1930, 18 de febrero de 1967 y 10 de octubre de 1969, admitió la existencia de acción directa contra el asegurador, por derivación del contrato de seguro, a causa del vínculo de solidaridad producido entre el asegurador y el asegurado con relación al perjudicado; doctrina en la que ha de insistirse al haberse sido corroborada por el art. 76 de la Ley de 8 de octubre de 1980; de esta suerte la acción directa existe tanto si el contrato estaba sujeto a la legislación derogada como si, a tenor de la disposición transitoria de aquélla, quedó adaptado a la nueva normativa.

Acción de reembolso del asegurador.—El art. 76 de la Ley de 1980 concede la acción directa sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que el daño sea debido a conducta dolosa de éste.

Condena en costas. Irretroactividad del art. 523 L.E.C.—Habiéndose iniciado el juicio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 6 de agosto de 1984 que reformó el art. 523 L.E.C. no debe aplicarse éste sino la normativa anterior que basaba la imposición de costas en la apreciación de temeridad o mala fe, y ello de acuerdo al párrafo 2.º de la disposición transitoria 2.ª de la Ley de 1984, previsora de que los juicios de menor cuantía que estén en tramitación en primera instancia continuarán sustanciándose por los trámites de dicho proceso. (**Sentencia de 18 de junio de 1990**, ha lugar en parte.) (G.G.C.)

14. Contrato de obra. Ruina funcional.—En el concepto de ruina del art. 1591 del Código Civil cabe incluir todos aquellos defectos constructivos que hagan inútil la edificación para la finalidad que le es propia, que es lo sucedido en el presente caso pues se declaran probados los desperfectos emanantes de defectos de infraestructura y construcción en la edificación de que se trata, cuyo resultado es que los sótanos se inundan, las fosas sépticas no cumplen su adecuado normal destino, las fosas de los ascensores también sufren inundaciones y el ramal de acometida de agua también es deficiente.

Solidaridad. Litisconsorcio pasivo necesario.—En la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos pasivos, se produce la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar la integridad del daño causado, según ha previsto el art. 1144 del Código Civil, lo que descarta la apreciación de la situación de litis consorcio pasivo necesario puesto que es facultad del perjudicado dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables.

Congruencia. Condena a reparar a costa de los demandados. Determinación en ejecución de sentencia. No procede fijar límite máximo de la cuantía.—Cuando la condena expresa que la reparación ha de hacerse a costa de los demandados, no procede fijar un límite máximo para cumplir el principio de congruencia, sino que procede dejar su determinación para la fase de ejecución de sentencia, toda vez que mientras estas obras no se realizan, no puede conocerse

cuál sea su valor, que, por otra parte, no puede fijarse por cantidades consideradas en las actuaciones, habida cuenta que el valor de las obras está indudablemente supeditado al factor tiempo, dadas las alteraciones valorativas con que dicho factor condiciona su valor en proporción con los precios asignables a dicho tiempo de realización. (**Sentencia de 10 de julio de 1990**, ha lugar en parte.)

NOTA.—Si el *corpus jurisprudencial* de doctrina en torno a la ruina funcional resulta formulado en términos tan amplios que todos los incumplimientos de cierta entidad hallan cabida en el art. 1591 (algo parecido ocurre en derecho francés en relación con el concepto de «malfaçon» después de las reformas del Código Civil por las leyes de 3 de enero de 1967 y, sobre todo, 4 de enero de 1978: cfr. Collart-Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, París, 1991, págs. 528 y ss.), sin embargo, el interés de esta sentencia radica en el punto en que el recurso ha sido estimado, a saber, en la improcedencia de fijar un tope máximo para la reparación. No creo que esta doctrina pueda generalizarse en términos absolutos pues las circunstancias son variadísimas; pero refleja un laudable propósito de acomodarse a la realidad socio-económica (ponente Fernández Rodríguez). La obligación de reparar es una obligación de hacer y no de pagar una suma de dinero; si el obligado no la cumple *in natura*, la satisfacción por equivalente habrá que referirla a un momento posterior a la firmeza de la sentencia, acaso bastante alejado en el tiempo; la fijación previa de un costo máximo de la reparación puede convertir a ésta en marcadamente insuficiente. (G. G. C.)

15. Legitimación activa de la cooperativa contratante para ejercitar la acción de la responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil, una vez transmitidas las viviendas a los socios adjudicatarios.—Cualquiera de los propietarios posteriores está legitimado para reclamar del promotor y constructor la reparación solidaria de los daños; de ahí que el promotor-arrendador trate, legítima y legalmente, de eludir esa responsabilidad, demandando anticipadamente al arrendatario-ejecutor material, para que éste se responsabilice de su conducta incumplidora, origen del defecto constructivo. Atribuyendo la Sala de instancia legitimación activa a la entidad dueña de la obra, para que pueda exigir al arrendatario-constructor las responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato básico, no ha violado ninguna doctrina jurisprudencial, ni ha desconocido la existencia de las transmisiones de las viviendas a los miembros de la Cooperativa demandante, simplemente se ha tenido en cuenta la doctrina general de la contratación, plasmada en el art. 1257 del Código Civil, y sancionada, para estos casos concretos, entre otras muchas, en las sentencias de fecha de 16 de septiembre de 1988 y 9 de junio de 1989, donde de una forma clara y definitiva se resume la doctrina de esta Sala, tanto en lo que respecta a la legitimación activa como a la pasiva, en los supuestos de acciones derivadas del art. 1591 del Código Civil. (**Sentencia de 17 de julio de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—El problema fundamental que plantea esta sentencia radica en precisar si la Cooperativa está legitimada para demandar al

constructor que contrató para la construcción de edificios con un total de 366 viviendas, que presentan graves vicios, a través del art. 1591 del Código Civil, a pesar de haberlas transmitido a los socios adjudicatarios.

La representación del constructor rechaza semejante legitimación, ya que en el momento de la interposición de la demanda indemnizatoria las viviendas construidas ya habían sido adjudicadas a los socios.

Frente a este argumento el Tribunal Supremo, de manera discutible, justifica sin paliativos la legitimación activa de la Cooperativa, que equipara al promotor, porque, al ejercitarse la acción prevista en el art. 1591, trata, legítima y legalmente, de eludir la posible responsabilidad en que incurre frente a los adquirentes de las viviendas, defectuosamente construidas.

Esta doctrina tiene su antecedente en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988 y 9 de junio de 1989 (la anotamos en A.D.C., 1990, pág. 643).

Es muy significativo el voto particular de dos Magistrados que formularon en contra de la doctrina de la mencionada sentencia de 9 de junio de 1989, en el que señalaron el acierto del Juez de Primera Instancia, al negar la legitimación activa al promotor-vendedor para ejercitarse, en el caso de la sentencia, la acción de responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil.

Además, en el caso de la sentencia anotada, la construcción de las viviendas se hace a instancia de una Cooperativa, que encamina su actividad a que las viviendas sean adjudicadas a sus socios y familiares. Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, que anotamos en A.D.C., 1989, págs. 1.376-1.377. (A. C. S.)

16. Retracto de arrendamiento rústico. Doctrina de los actos propios.
Reconocimiento de la cualidad de arrendataria.—Esa cualidad de arrendataria la reconoció con el consiguiente alcance vivificador de los actos propios, el propio demandado recurrente al interponer juicio de resolución del contrato de arrendamiento rústico afectante a la finca objeto de la controversia, admitiendo, y, por tanto, sobre la base de que la precitada doña América Diego Aja habría sustituido en el referido arrendamiento a su madre, inicial arrendataria.

La cualidad de arrendatario del retrayente debe ostentarse en el momento de la venta, aunque ya no se ostente al ejercitarse la demanda de retracto.—Como tiene declarado esta Sala en sentencias de 26 de junio de 1957 y 5 de diciembre de 1981, el ejercicio de la acción de retracto por el arrendatario de finca rústica no se condiciona por el hecho de no ostentarse esa cualidad en el momento de su ejercicio, sino simplemente por hecho de que, cual sucede en el presente caso, lo fuere al llevarse a cabo la transmisión generante de la acción de retracto ejercitada.

Falta de prueba de la circunstancia de ser la retrayente propietaria de más de 100 hectáreas de secano o 10 de regadío. Cuestión nueva, alegada extemporáneamente.—No se produce la circunstancia de que la retrayente doña

América Diego Aja sea propietaria de más de 100 hectáreas de secano o 10 de regadío en el territorio nacional, que el precitado apartado 11 del art. 16 del mencionado Decreto de 29 de abril de 1959 previene como circunstancia obstativa para el ejercicio del derecho de retracto, con la consiguiente vinculación al no ser desvirtuada esa apreciación fáctica, ni intentado hacerlo, por la tan repetida vía o cauce del error en la apreciación de la prueba, y mayormente habida cuenta que tratándose de un aspecto de índole obstativa o excepcionante de la acción de retracto indudablemente exigía, para su apreciación, que lo demostrase el retraido recurrente, porque tratándose de un hecho extintivo del derecho reclamado por la retrayente recurrida incumbe la prueba a aquél, según previenen las sentencias, entre otras, de 15 de septiembre, 17 de octubre y 16 de diciembre de 1985, 25 de febrero, 20 y 24 de julio de 1986, 13 de febrero y 5 de junio de 1987 y 8 de octubre y 19 de noviembre de 1988, en determinación y exégesis del alcance del principio de carga de la prueba sancionado en el art. 1214 del Código Civil, aparte que no habiéndose hecho alegación de esa circunstancia en el curso del juicio por parte del aludido demandado retraido recurrente, significa un tácito reconocimiento de que no se da esa pretendida circunstancia obstativa a la acción de retracto ejercitada, haciendo en consecuencia innecesaria la carga de la prueba de tal circunstancia por parte de la demandante retrayente recurrida, como se deduce de lo expuesto en la sentencia de 19 de diciembre de 1986, y revelando, en realidad, el planteamiento de una cuestión nueva en casación.

Momento desde el que se inicia el plazo para ejercitar el retracto.—El cómputo de los tres meses a que se refiere el indicado precepto, a fines de ejercicio de la acción de retracto, ha de llevarse a cabo no a partir del 18 de julio de 1985, en que fue admitida la demanda del proceso de cognición tendente al desahucio de la finca cuestionada, sino desde la fecha en que la recurrente alegue haber tenido adecuado conocimiento de la compraventa objeto de retracto, de las circunstancias de su venta, lo que dicha recurrente manifiesta haberlo hecho el 10 de octubre de 1985, en que tuvo lugar acto de conciliación y el demandado, ahora recurrente, hizo saber a la demandante, ahora recurrida, las condiciones en que la citada compraventa tuvo lugar.

Los meros defectos formales no impiden la tutela judicial efectiva.—Hay que entender en aplicación del esencial principio, contenido en el art. 24 de la Constitución española, tendente al logro de tutela judicial efectiva, subsanando meros defectos formales que lo impidan, que en realidad el recurrente aún sin nominarlo, se está amparando en la referida causa 2.^a del n.^o 3.^o del art. 132 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, en cuanto en él se comprende toda alegada infracción de normas de índole sustantiva, como es en el presente caso el tan mencionado art. 16 del Decreto de 29 de abril de 1959.

**Renuncia tácita a la acción de retracto, por haber realizado actos demost-
trativos de una voluntad de inejercicio.**—Es de llegar a la solución de estimar el citado motivo tercero, porque habiendo sido vendida la finca sometida al actual debate jurídico por la arrendadora inicial doña Herminia Salar Azcona a Don Durán Fernández Salar y don Baldomero Llata Cabrero, a medio de escritura pública otorgada el 23 de abril de 1975, unido al parentesco que unía a los inicia-

les arrendadores y arrendatarios y adquirentes de la finca en cuestión, así como los trabajos de Concentración Parcelaria que se realizaron en la zona en donde se halla enclavada la referida finca, con las consiguientes notificaciones jurídicas que tal proceso de concentración lleva consigo y con su fuerte publicidad, con subsiguiente inscripción de las nuevas parcelas en el Registro de la Propiedad, puesto en relación con el transcurso de diez años entre la indicada venta y actividades de doña América Dego Aja a fines del retracto pretendido, todo lo cual se evidencia de lo actuado en el juicio en cuestión y en manera alguna es negado por la sentencia recurrida por lo que procede estimarlo implícitamente aceptado por la Sala sentenciadora de instancia, y en consecuencia entenderlo complementado en el aspecto fáctico en relación con el apreciado en la mencionada sentencia objeto del presente recurso, revela la concurrencia de especiales circunstancias significativas de caducidad de la acción de retracto ejercitada, con la consiguiente tácita renuncia de tal derecho, derivado de actos indudablemente demostrativos de una voluntad de inejercicio del mismo, pues es ilógico entender que una arrendataria que mantiene vínculo de parentesco con la arrendadora, conocedora, incluso por razones de publicidad, de alteraciones dominicales surgidas de concentración parcelaria deje de transcurrir un período de diez años sin preocuparse de si puede afectar a sus derechos arrendatarios, y concretamente al retracto, ni en consecuencia desconozca dentro del plazo correspondiente la realización de la venta en cuestión con todas sus adecuadas circunstancias, tratando después del transcurso de dichos diez años de revivir el retracto con acción caducada y consiguiente tácita renuncia de tal derecho, cuando evidente y notoriamente la finca afectada ha cobrado incremento de valor, tratando de obtener un beneficio económico en claro perjuicio de los adquirentes de dicha finca, como lo pone de manifiesto la circunstancia ética del demandado adquirente don Baldomero Llata Cabrero, cuando en acto de conciliación, previo a la presentación de la demanda rectora del procedimiento de que emana este recurso, se mostró dispuesto a enajenar la finca al retrayente por el precio de la compra de 3.500.000 pesetas incrementado con el coste de la vida en dichos diez años transcurridos desde la referida venta cuestionada, lo que no fue aceptado por la demandante retrayente. (S.T.S. de 30 de abril de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, subrogada en la posición contractual por fallecimiento de su madre, interpuso la acción de retracto diez años después de haberse producido la transmisión de la finca y cuando ya no ostentaba la cualidad de arrendataria, por haberse resuelto judicialmente el arrendamiento rústico.

NOTA.—La sentencia contiene varios pronunciamientos interesantes, aunque sorprenda un tanto que finalmente decida dar lugar a la casación por una renuncia tácita a la acción de retracto, basada en una relación de parentesco y en una discutible obligación del arrendatario de preocuparse por si existen actos que pueden afectar al derecho. Es la propia Ley la que hace confiar al arrendatario en que el plazo de la acción de retracto no comenzará sino desde que se le notifique fehacientemente la transmisión o desde que la conozca efectivamente por otros medios, pero eso último habrá que probarlo de una forma clara, a mi juicio. (L. F. R. S.)

17. Responsabilidad civil derivada de delito. Interpretación del art. 22 del Código Penal.—El art. 22 del Código Penal ha sido objeto de una interpretación progresiva, aperturista, extensiva, amplia y ponderada, actualmente apoyada en el art. 3.1. del Código Civil, de modo que para que se genere la responsabilidad civil subsidiaria es preciso que el infractor y el presunto responsable subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho, o por un vínculo en virtud del cual el responsable penal principal se halle bajo la dependencia del otro y, además, que el delito que genera una y otra responsabilidad, se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas o bien con el consentimiento, conocimiento o, al menos, sin la oposición del patrono; es decir, que aun cuando haya extralimitaciones, variaciones o actuaciones irregulares, indebidas o torpes, en la ejecución del servicio, no exoneran de la responsabilidad civil subsidiaria, por ser de la más elemental justicia que no sean las víctimas del delito quienes, en casos de insolvencia del culpable, pechen con las consecuencias económicas; en el presente caso, el sargento causante del desgraciado accidente, no estaba en realidad, en dicho momento, libre de servicio, sino en el ejercicio de su cometido dentro del acuartelamiento, usando arma y uniforme reglamentarios.

Causas de exclusión de la responsabilidad civil subsidiaria.—Únicamente quedan excluidas de la responsabilidad subsidiaria aquellas actividades que se ejecuten contra la prohibición expresa y la desobediencia cierta, abierta y acreditada, del empleado o dependiente, a las órdenes recibidas del principal.

Incongruencia. Intereses legales desde la interpellación judicial.—Al solicitarse en el suplico una determinada suma como indemnización por daños y perjuicios «más los intereses legales desde y por la cantidad que se señale en sentencia», la parte actora está, en realidad, dejando a la discrecionalidad del juzgador la fijación no sólo de la cuantía de los intereses, sino también la fecha a partir de la cual deben comenzar a computarse aquéllos, pues ese es, en opinión de la Sala, el sentido que debe dársele a lo impetrado por la parte, vinculando también el término «desde» a lo que se fije o señale en la sentencia, razón por la cual no se incurre en incongruencia al resolver y decidir el pago de los intereses legales «desde la fecha de la interpellación judicial».

Privilegio de la Hacienda Pública del art. 921 L.E.C. Interpretación restrictiva.—Las especialidades previstas para la Hacienda Pública en el último párrafo del art. 921 L.E.C., se refieren a créditos presupuestarios propiamente dichos, y dado el carácter privilegiado de la norma no cabe hacer extensivo tal tratamiento excepcional a supuestos en los que la Administración es llamada a responder civilmente con carácter subsidiario por la insolvencia de personas sometidas o integradas en su ámbito, para hacer efectiva la adecuada reparación patrimonial de la víctima. (Sentencia de 16 de mayo de 1990, no ha lugar.).

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (ponente: López Vilas) relativa a un caso de responsabilidad civil derivada de un delito de imprudencia temeraria cometido por un sargento, en ejercicio de sus funciones, en el interior de un acuartelamiento. La víctima no era aforado militar y al ser insolvente el responsable penal, se ejerce

la acción de responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 22 del Código Penal. El Tribunal Supremo continúa la dirección amplia a propósito de este último precepto —de naturaleza civil, no obstante su colocación dentro de una norma penal— mantenida en sentencias de 13 de abril de 1981 y 29 de noviembre de 1982. Debe destacarse la interpretación restrictiva del art. 921, último párrafo L.E.C., que también parece razonable. (G. G. C.)

18. Responsabilidad civil. Daño continuado. Prescripción.—El cómputo del plazo de prescripción, en caso de daños continuados no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. (**Sentencia de 27 de junio de 1990**, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Don F. F. G., sin consentimiento de la Junta de Propietarios, realizó unas obras en un local comercial sito en un edificio dividido en régimen de Propiedad Horizontal ocasionando daños a elementos comunes y a la seguridad del edificio. La Junta de Propietarios ejercitó las oportunas acciones y el Juez de Primera Instancia estimó la demanda, desestimando el recurso la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

19. Responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis*. Inversión de la carga de la prueba.—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. (S.T.S. de 16 de octubre de 1989).

Relación de causalidad.—En el supuesto litigioso, además, en el que se reclama responsabilidad a los técnicos titulados de una construcción por 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 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. (**Sentencia de 24 de mayo de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía de seguros interpuso demanda de reclamación de cantidad alegando que tenía concertado con un promotor y un 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 aquélla la cantidad indemnizatoria de 5.678.268 pesetas, que pretende que 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 en costas. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto y el aparejador, absolviéndoles de las pretensiones contra ellos deducidas.

No prospera el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros, en el que alega error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción en concepto de inaplicación de los arts. 1902 y 1214 del Código Civil y de la doctrina contenida en diversas sentencias. (A. C. S.)

20. Contaminación por diversos agentes de las aguas de un río. Muerte de las truchas de una piscifactoría. Relación de causalidad: ausencia de prueba de la causa eficiente del evento dañoso.—Es preciso aplicar la doctrina jurisprudencial definidora del principio de la causación adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiéndose entender por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a conocimientos normalmente aceptados; debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente, que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido; no siendo suficiente las simples conjjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa la nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad, o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. (*Sentencias de 20 de junio y 13 de octubre de 1979, 27 de noviembre de 1981, 11 de febrero, 11 de marzo y 17 de noviembre de 1988, etc.*) (**Sentencia de 27 de octubre de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Confirmando las sentencias de instancia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el propietario de una piscifactoría porque no se ha demostrado cumplidamente la relación de causalidad existente entre el vertido de los desagües de la empresa demandada al río Cifuentes, contaminado por agentes diversos, y la muerte, a consecuencia solo de ello, de las truchas de la piscifactoría.

NOTA.—La imputación de responsabilidad por daño ambiental plantea al perjudicado el grave problema de la demostración de la

relación de causalidad. Es preciso tener en cuenta las siguientes circunstancias: la complejidad de las verificaciones técnicas necesarias para poder conseguir esta demostración; algunas de las consecuencias dañinas se manifiestan con el transcurso de un largo período de tiempo; la contaminación no suele obedecer a una causa aislada, sino a la confluencia de varias (contaminación por sinergía), de tal manera que es provocada por hechos múltiples y diversos, que con frecuencia son difíciles de determinar de forma aislada, como ocurrió en el caso de la sentencia que se anota.

Ante la gravedad del problema si bien no creemos que pueda admitirse la inversión de la carga de la prueba del nexo causal, porque iría seguramente en contra del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución), es conveniente que el Juez atenúe el rigor de la carga de la prueba del nexo causal. En algunos ordenamientos jurídicos se ha acogido el sistema probatorio de la «verosimilitud» para resolver el problema de la relación de causalidad, con resultados positivos en materia ambiental. La propuesta de Directiva comunitaria sobre responsabilidad civil por los daños causados al medio ambiente por los residuos de 1 de septiembre de 1989 acoge una solución razonable, al disponer que el demandante debe establecer la existencia de una «considerable probabilidad» de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los perjuicios causados al medio ambiente (art.4.6).

Este problema explica que, con cierta frecuencia, se esgrima en los recursos de casación que falta la relación de causalidad, y por ello el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el mismo en varias sentencias.

Las sentencias de 28 de junio de 1979 y 29 de junio de 1980 adoptan un criterio semejante al de la sentencia anotada. En cambio, en otras sentencias, si se considera acreditada la relación de causalidad. (*Sentencias de 14 de julio de 1982, 13 de junio de 1988 y 16 de enero de 1982.*) (Cfr., Cabanillas, «La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil», en *Revista de Derecho Ambiental*, 1990, n.º 6, págs. 94-95.) (A. C. S.)

4. DERECHOS REALES

21. Usucapion. Posesión a título de dueño.—No es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, si ello no se apoya en un título apto y suficiente. (**Sentencia de 17 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. y D. C. M. P. reclaman el dominio de un solar contiguo a otro que habían adquirido por compra alegando usucapión. El Juez de Primera Instancia no estimó la demanda, desestimando el recurso la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de Casación. (A. J.-C.)

22. Usucapión. Posesión a título de dueño.—No existe posesión en concepto de dueño, ya que conforme al art. 882 del Código Civil el legatario adquiere la propiedad de lo legado desde el fallecimiento del testador y ello excluye el posible *animus domini* legítimo del recurrente; concepto que no es puramente subjetivo del poseedor si no responde a una legítima expectativa jurídica, que no se da, cuando, como en el caso debatido, el poseedor había reconocido el derecho de los legatarios. (Sentencia de 28 de septiembre de 1990, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Don A. V. M. formuló demanda contra D. J. P.-R. en reclamación de la entrega de unas fincas que le correspondían como legataria y que el demandado, en su condición de heredero, se había adjudicado. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia confirma el criterio de la de 17 de julio de 1990, también aquí comentada, que estima requisito necesario para la usucapión la posesión a título de dueño como *animus domini legítimo*, no bastando únicamente la intención (aspecto subjetivo). (A. J.-C.)

23. Comunidad de bienes. Obligación por parte del administrador de rendir cuentas a los comuneros.—El art. 451 del Código Civil, según el cual el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea legalmente interrumpida la posesión, no resulta de aplicación al presente caso ya que el mismo se está refiriendo al poseedor a título de dueño y sólo entra en juego cuando no existe una relación entre las partes en la que el destino de los frutos se encuentre legal o convencionalmente regulado. (Sentencia de 28 de septiembre de 1990, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Doña J. B. F. y otros presentan demanda contra don J. B. F. y esposa para que rindan cuentas de la gestión de ciertos bienes que tenían en comunidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

24. Resolución de contrato de arrendamiento de oficina por parte de la comunidad de propietarios. Naturaleza de la acción. Carácter taxativo de las causas de resolución.—En el presente procedimiento la comunidad demandante actúa en virtud de la subrogación legal excepcional que autoriza el párrafo segundo del art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que concurra alguna de las prohibiciones establecidas en el párrafo 3.º del art. 7.º de la misma Ley, y para el supuesto de que el propietario del piso o local hubiere dejado de ejercitar la acción correspondiente. O dicho de otro modo, a la comunidad actora se le concede acción frente al ocupante del piso no propietario, tendente a conseguir la resolución de un contrato en el que no es parte, siempre que la acción venga taxativa-

mente fundada en alguna de las siguientes infracciones: desarrollar en el piso, o en el resto del inmueble, actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, únicas en las que puede fundamentarse la demanda, ninguna incidencia puede tener las manifestaciones de destino que el primitivo dueño de toda la finca hiciera en la escritura de división horizontal, y que al posterior propietario del piso no obligaban, en sí mismas consideradas, pues al presumirse libre toda propiedad, bien pudo cambiar después el destino de su finca, si no existía una prohibición legal o contractual que se lo impidiera.

Desestimación de la acción de resolución, por no haberse realizado actividades prohibidas. Interpretación restrictiva de las normas sancionadoras.— La desestimación de los dos motivos aquí estudiados resulta evidente, dada la ausencia en la resolución impugnada de infracción de precepto legal alguno, más bien precisamente al contrario, la correcta aplicación de los mismos por el Tribunal *a quo*. Esta valoración e interpretación no puede verse afectada por la regla hermenéutica del art. 1285 del Código Civil (alegación del motivo cuarto del recurso), ya que la literalidad de las cláusulas estatutarias (leídas sin mutilación), y la rotundidad de los preceptos legales, disipan toda posibilidad de duda en orden a dejar de entender, que los ocupantes del piso han incurrido en alguna de las prohibiciones legales, conducta provocadora de la resolución de su contrato arrendatario, que, como medida sancionadora, ha de interpretarse, en todo caso, con carácter restrictivo. (S.T.S. de 5 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la sociedad arrendataria de un piso destinado a oficinas, alegando que la actividad realizada era contraria al destino de vivienda, previsto en la escritura de división horizontal, siendo además molesta y peligrosa, pues se utilizaba parcialmente el piso arrendado como almacén de papel. La demandada adujo que los estatutos sólo prohibían la instalación de motores cuyo funcionamiento causara molestias. (L. F. R. S.)

25. Usufructo de acciones.—En orden al usufructo y derecho de suscripción preferente de acciones, en los casos de aumento de capital social, cuando se suscriban nuevas acciones bien por el nudo propietario, ya por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las acciones cuyo desembolso se haya realizado con el valor total de los derechos utilizados con la suscripción. (**Sentencia de 18 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. C. B. y otros formularon demanda para que se declarase que el testamento de don J. C. G. contenía una sustitución fideicomisaria en favor de los nietos del testador, si bien las acciones objeto del fideicomiso estaban gravadas con un usufructo en favor de varios de los hijos del testador, recibiendo, por tanto, el fiduciario la nuda propiedad de las acciones. Desestimada en parte la demanda en primera instancia, fue también desestimado el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

26. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Defecto apreciable de oficio por los órganos judiciales.—Tiene dicho esta Sala —sentencias de 7 de diciembre de 1982 y 23 de enero de 1986—, que para que opere la forzosidad de este litis consorcio pasivo necesario se exige unidad de relación material que vincule a los interesados de manera que fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado *in actu* tal derecho a la relación jurídica material nacida del contrato, por ello, ha declarado con reiteración la jurisprudencia que «en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos no pueden los tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus causahabientes», siendo esta excepción apreciable de oficio por los tribunales en cualquier momento del proceso.

Necesidad de demandar a todos los adquirentes ulteriores de las fincas sobre las que se pretende hacer recaer una servidumbre de ventilación.—Derivándose la condena que se postula del incumplimiento de la obligación de constituir la mencionada servidumbre de ventilación a favor de la recurrente, obligación que inicialmente fue asumida por «Valsoria, S. A.», es lo cierto que, como reconocen ambas sentencias de instancia, esa constitución exige la intervención de los posteriores compradores individuales de los pisos o locales construidos al poder ser afectados por la misma en virtud de haber adquirido sus viviendas con la carga de la servidumbre y, en consecuencia, pueden resultar obligados al resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su caso, se deriven del incumplimiento total o parcial de esa obligación y ello tanto como causahabientes de «Valsoria, S. A.» como por poder resultar obligados a soportar la servidumbre relacionada en sus títulos de propiedad y sin que sea obstáculo el que fuese «Valsoria, S. A.» quien se obligó a correr con los gastos de la instalación. (S.T.S. de 17 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad propietaria de un sótano demandó a la inmobiliaria y a la comunidad de propietarios de un edificio, solicitando se declarara bien constituida una servidumbre de ventilación, ordenando inscribirla en el Registro de la Propiedad. Los órganos judiciales de instancia declararon la falta de legitimación pasiva de la comunidad de propietarios y, por otra parte, apreciaron la falta de llamada al proceso de todos y cada uno de los adquirentes de fincas del edificio.

NOTA.—La sentencia resuelve acertadamente un problema motivado por la deficiente regulación legal de la propiedad horizontal que, al no estar dotada de personalidad jurídica, obliga a demandar a todos y a cada uno de los propietarios, incluyendo a los respectivos cónyuges, cuando las fincas privativas sean gananciales. Solución demasiado aparatoso, pero necesaria, dada la legalidad vigente. (L. F. R. S.)

27. Falta de convocatoria a Junta Extraordinaria de Propietarios. Confirmación tácita del acuerdo adoptado, por transcurso del plazo para impugnarlo.—La circunstancia de que la mencionada entidad recurrente no hubiese sido con-

vocada, por escrito, a dicha Junta, cual establece el art. 15 de la Ley de Propiedad Horizontal, deviene inoperante a efectos de eficacia y validez del referido acuerdo de designación de Presidente de la comunidad de propietarios «Urbanizadora Las Nieves, S. A.» a favor del aludido don Felipe Velázquez Urdiales, con facultades para la promoción del juicio a que afecta este recurso, pues para enervarlo, por causa de tal falta de notificación, se habría requerido, dentro de los treinta días siguientes al mismo o a la notificación, conforme previene la norma cuarta del art. 16 de la referida Ley de Propiedad Horizontal, y aún así el citado acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión.

Actos de disposición sobre bienes gananciales llevados a cabo por uno de los cónyuges. La legitimación para anularlos sólo corresponde al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido.—Los actos de disposición, cual los considerados en el actual debate jurídico, pretendidos ejercitar y en que tengan efectividad por uno sólo de los cónyuges no posibilite la declaración de su ineficacia por tercero —en este caso la entidad recurrente—, dado que en virtud de lo normado en el párrafo primero del art. 1322 del Código Civil, que vino a refundir el anterior art. 65, de entender el otro cónyuge se había actuado sin su previa licencia o consentimiento, era el único que podría instar su ineficacia, por tratarse de una actuación meramente anulable, y por tanto, como tiene reconocido esta Sala en sentencias de 6 de mayo de 1944 y 22 de marzo de 1965, susceptible de convalidación o confirmación expresa o tácita.

Ineficacia de la renuncia de derechos, por afectar al orden público y perjudicar a terceros.—Afectando tal pretendida renuncia a derechos y obligaciones de evidente carácter público impuestas por el Ayuntamiento de Nambroca y que forman parte del conjunto de normas del Plan Parcial de Urbanización, que por su naturaleza no puede ser objeto de renuncia por sus beneficiarios, carece de hecho y jurídicamente de eficacia, pues por las propias características de la especial comunidad creada los elementos patrimoniales que la integran son un accesorio inseparable de la propiedad exclusiva de cada parcela adquirida, y, por tanto, plenamente vinculantes a los adquirentes de ellas, y en consecuencia no renunciables, desde el momento que la renuncia afectaría no solamente al orden público emanante de las indicadas características del Plan Parcial de Urbanización en que tales parcelas se encuentran incluidas, sí que, singularmente, produciría perjuicio para terceros —los demás integrados de la comunidad derivada de dicha urbanización—, que verían incrementadas sus cuotas obligacionales en los elementos afectados por la renuncia, cuando son plenamente inherentes a la cualidad de adquirentes de parcelas, lo que indudablemente lleva a la no producción de efectos de las relacionadas pretendidas renuncias.

Legitimación activa de uno de los comuneros para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad.—Todos los que sean titulares en ella, bien sea conjunta o ya aisladamente —y aún existiendo presidente designado— podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes a la efectividad de sus derechos.

Carácter público de la obligación de transmitir la titularidad de los elementos comunes de la urbanización.—La cesión gratuita por parte de tal entidad

a los propietarios de parcelas el complejo formado por el restaurante, cafetería, piscina, zonas deportivas y comerciales, en manera alguna es significativo de una relación jurídica de donación, sino simplemente de un compromiso asumido por la expresada «Urbanizadora Las Nieves, S. A.» de transmitir a los adquirentes de parcelas tal complejo, como inherente a la transmisión de cada parcela, en la proporción correspondiente, sin precisión de pago complementario alguno al ya efectuado por la parcela transmitida y adquirida como compromiso de contraprestación o encargo de la referida urbanizadora transmitente como consecuencia del Plan Parcial propuesto y aprobado y remodelación efectuada, conducente a que no proceda calificar de donación lo que constituye mero cumplimiento de algo que forma parte de las normas de carácter administrativo aprobadas por el Ayuntamiento de Nambroca y que configuran la estructura de la urbanización, y que, por tanto, revela que la transmisión del expresado complejo por la demandante, ahora recurridos, no es en esencia, un compromiso de derecho privado, sino una obligación de derecho público. (S.T.S. de 17 de abril de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de una urbanización de uso privado y algunos de los comuneros demandaron a la urbanizadora para que se declarase judicialmente que los elementos comunes de la urbanización, así como su uso y explotación, pertenecían a todos los propietarios de las parcelas, obligando a la demandada a que otorgase escritura pública en favor de los propietarios, para documentar la transmisión. No se aportan en la sentencia datos necesarios para conocer con más profundidad los problemas concretos que se dicuten.

NOTA.—La sentencia confirma la jurisprudencia existente sobre la legitimación activa de un copropietario para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, así como de la legitimación activa para impugnar actos de disposición sobre bienes gananciales, restringida al cónyuge no actuante. Acaso quepa discutir la afirmación efectuada por la sentencia, en el sentido de que la renuncia afecta a intereses de terceros no intervenientes en el proceso, cuando parece que deben ser esos terceros quienes aleguen y prueben ese perjuicio. También puede ser discutible que la obligación de transmitir los elementos comunes de la urbanización sea esencialmente de derecho público, pues los sujetos de tal relación son personas privadas y ninguna de ellas está investida de superioridad ni actúa por concesión de los poderes públicos. Para eludir la calificación de donación pudo acudirse a figuras hace tiempo acogidas al derecho privado como las urbanizaciones de uso privado, la comunidad de bienes o la propiedad horizontal. (L. F. R. S.)

5. FAMILIA

28. Disposición de los derechos sobre la vivienda habitual.—La recurrente insta su pretensión arguyendo infracción del art. 1320, en relación con el

art. 1322 del Código Civil, al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo no puede prosperar porque el texto del art. 1320 tiene como presupuesto de aplicación que existan derechos sobre la vivienda y que se disponga de éstos. Si el piso fue ocupado por mera tolerancia del comunero y no nació ningún derecho, no existe acto de disposición a que el art. 1320 se refiere. Sobre las cosas comunes no puede realizar un comunero un acto que perjudique a la comunidad, ni puede impedir a los partícipes que usen de su derecho. El señor Moro Fernández no pudo obtener derecho a permanecer en la vivienda indefinidamente; su hijo tenía derecho a salir de la indivisión, de ella salió por la partición de herencia y disolución conyugal, cuyo carácter de especificativa o determinativa de derechos impide hablar de enajenación y, en cualquier caso, la ocupación por los cónyuges no generaba derecho a permanecer, por lo que sólo mientras subsistiera la tolerancia podría seguirse cumpliendo la decisión judicial de uso de la vivienda por la esposa y las hijas, tomada al amparo del art. 96 del Código Civil. No se infringe, pues, ni el art. 1320, ni el 1322, por la sentencia que declara la validez de las particiones, ni cabe hablar, en el caso de autos, de renuncia del padre a derechos en perjuicio de las hijas del segundo matrimonio cuando está demostrado que tienen a su disposición otros pisos, a tono con las necesidades y categoría de la familia, por lo que también decae el motivo 3.º del recurso, que denuncia infracción del art. 6.º del Código Civil, y deben estimarse los motivos 3.º y 4.º del recurso del señor Moro, que son antagónicos de los presentes.

Sentadas las firmes bases anteriores, siendo válida la partición y adjudicación, inexistiendo el derecho a permanecer en el piso, cuyo uso se atribuyó en los procesos matrimoniales por carecer de otra base que no sea la mera tolerancia de su titular, es evidente que la sentencia debe ser casada también por infringir el art. 346 del Código Civil, que da derecho al propietario a que se le declare como tal y a recuperar la posesión, sin que sea necesario analizar otros motivos del recurso. (Sentencia 21 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—*a)* Que el actor es titular registral de la finca objeto de esta *litis*. Que la propiedad le corresponde por herencia de su madre, doña D. F. C., al habersele adjudicado en tal concepto en la escritura de operaciones participacionales de la citada causante y de liquidación de la sociedad conyugal habida entre doña D. F. C. y el demandado, don R. M. F., otorgada el día 12 de febrero de 1985 ante notario. *b)* La sociedad conyugal de doña D. F. C. y el señor R. M. F. se disolvió por muerte de aquélla el 31 de diciembre de 1970; sin embargo, no se llevó a cabo la partición y liquidación hasta la fecha arriba indicada. En el lapso intermedio, el señor R. M. F., padre del actor, contrajo segundo matrimonio con la también demandada doña C. R. F., de cuya unión tuvo dos hijas y con las que convivió en el piso antes descrito como hogar conyugal, sin más título que el que le correspondía al señor R. M. F., padre como comunero del citado piso. Roto el matrimonio segundo, en las medidas provisionales de separación y sucesivas decisiones judiciales, en incidentes de oposición y juicio de separación conyugal, se adjudicó a la esposa el uso de la vivienda conyugal, siendo la fecha del primer auto judicial el 31 de

julio de 1985. *c)* A partir de entonces, el hijo del primer matrimonio, aquí demandante y recurrente, trató de obtener la posesión de la vivienda que se le había adjudicado en la partición de la herencia de su madre, por el cauce del juicio precario, en el que nada se decidió por entender que la naturaleza sumaria de dicho proceso no permitía resolver la cuestión, reservando al actor el derecho a instar el juicio declarativo que corresponda. *d)* En el presente juicio declarativo, el recurrente demandó a la segunda esposa y también a su padre, solicitando, entre otros pronunciamientos, la declaración a su favor de la propiedad del piso antes descrito, la condena al desalojo de la ocupante, doña C. R. F., y que se le condene a pagar frutos y rentas dejados a percibir por el actor y demás daños y perjuicios. (F. Ll. Y.)

29. Divorcio. Cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.—Se declara no procedente el juicio de revisión interpuesto, ya que la maquinación fraudulenta a que se contrae el mencionado número 4.º del art. 1796 de la Ley de Trámite Civil, a efectos de revisión, requiere una conducta encaminada a dificultar al demandado el planteamiento del juicio o a ocultárselo con el objeto de dificultar o impedir su defensa, según tiene declarado en esta Sala en sentencias de 6 de noviembre de 1979 y 18 de enero de 1983, de tal manera, como indican las de 19 de enero de 1981, 15 de febrero de 1982 y 21 de febrero de 1983, que se produzca la concurrencia de un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial dictada, aspectos que, ciertamente, no cabe apreciar en el presente caso, desde el momento que, habiéndose producido el cese efectivo de la convivencia conyugal durante más de cinco años, según reconocen demandante y demandado en el juicio de revisión entablado, claro es que ninguna dificultad o impedimento de defensa se produjo en el meritado juicio de divorcio, dado que éste era preceptivo en aplicación de la causa 4.ª del art. 86 del Código Civil, y en consecuencia no se produce el preciso nexo causal eficiente entre la citación por edictos de la citada demandante en revisión en el tan aludido juicio de divorcio y la sentencia dictada en éste, al no resultar en manera alguna alterada, por la mencionada citación por edictos, la realidad de la causa del divorcio, y que, por otra parte, no impide que por su consecuencia no se produzcan los efectos a él inherentes, como ya viene reconocido en la sentencia que lo acordó, al disponer que la disolución por divorcio del referido matrimonio, integrado por don Sabino Pavón Tornero y doña María Teresa Suay Martínez, lo que con todos los efectos legales inherentes a tal separación, por lo que no existe impedimento para que las consecuencias del tan citado divorcio se produzcan, en cuanto sea procedente en todos los órdenes, y por tanto dar base a todas sus consecuencias, y entre ellas las económicas, a solventar mediante el ejercicio, y de las correspondientes acciones, de entender que se dan las circunstancias fácticas y jurídicas precisas al respecto. (**Sentencia 23 de julio de 1990**, no ha lugar.) (F. Ll. Y.)

30. Anulación de capitulaciones matrimoniales.—El único *thema decidendi* que suscitan los dos expresados motivos, es el atinente a la determinación de si

concurre el cuarto requisito, el de la subsidiariedad que condiciona el ejercicio de toda acción rescisoria en general y de la revocatoria o pauliana en particular, como una especie de aquélla, o sea, si la entidad actora aquí recurrida disponía y podía haber utilizado otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio antes de acudir al ejercicio de esta acción, conforme preceptúa el art. 1294 del Código Civil.

Al establecer el art. 1317 del Código Civil que la modificación del régimen económico matrimonial realizada constante el matrimonio no perjudicara en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, para la subsistencia y efectividad de la garantía que dicho precepto establece, no es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que, aun después de la disolución de la sociedad conyugal, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial, la expresada doctrina jurisprudencial mayoritaria, correctamente entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso, la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuvieron, después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída (arts. 1401 y 1402 del Código Civil), pero dicho recurso legal previo ya ha sido intentado, sin éxito, en el presente supuesto litigioso, en el que la entidad actora promovió sendos juicios ejecutivos, no pudiendo obtener el cobro de sus créditos. Por tanto, habiendo la entidad actora, aquí recurrida, intentado el ya dicho recurso legal previo de que disponía y no habiendo obtenido éxito con el mismo, al no poderse anotar preventivamente el embargo sobre los bienes que, aunque inicialmente gananciales, figuran en el Registro como de la propiedad exclusiva de la esposa y no ser los exiguos bienes adjudicados al esposo suficientes para el cobro de los créditos, ha de considerarse facultada a la entidad actora, sin contradecir con ello la expuesta doctrina predominante de esta Sala, para el ejercicio de la acción revocatoria, única de que dispone ya para lograr la satisfacción de sus créditos, por lo que ha de entenderse recurrente también, en este supuesto litigioso, el expresado requisito de la subsidiariedad, como así lo ha entendido la sentencia recurrida, lo que ha de comportar el fenecimiento de los motivos examinados. (**Sentencia 9 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitada por la entidad «Caja Rural Provincial de Madrid» acción revocatoria de capitulaciones matrimoniales contra los esposos don J. R. V. y doña P. M. P., en el proceso correspondiente, al que este recurso se refiere, la Sala Primera de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Madrid, en grado de apelación, dictó sentencia de fecha 24 de mayo de 1988, por la que, confirmando la de primer grado, declara que «es nula y sin eficacia alguna la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los demandantes, como esposo y esposa, el día 14 de diciembre de 1982, y que

fue autorizada por el Notario en Madrid don F. M. A.»; así como también decreta la nulidad de las inscripciones de dichas capitulaciones matrimoniales por lo que se refiere a las fincas que la propia sentencia relaciona y la cancelación de las inscripciones que puedan ser contradictorias por haberse realizado a consecuencia de la escritura de capitulaciones matrimoniales. Contra la referida sentencia de la Audiencia, los esposos demandados interponen sendos recursos de casación (uno cada uno), que articulan, respectivamente, a través de dos motivos (el de la esposa) y de uno (el del marido). (F. Ll. Y.)

31. Lesión producida en la liquidación de la sociedad de ganancias.—La resolución impugnada de lesión producida en la liquidación de los gananciales con base a la aplicación del art. 1074, en relación con el 1410, del Código Civil, no viene alterada por las deudas y pagos invocados por el recurrente como apoyo fundamental del motivo que ahora se considera, tanto porque nada se dice en la escritura de liquidación de las expresadas gananciales que hubieren sido asumidas por el marido demandado, y ahora recurrente, don Juan José Gutiérrez García, por lo que habría de ser imputado a cargo de la sociedad conyugal a tenor de lo normado en los arts. 1362, 1363, 1364, 1365, 1366 y 1367 del Código Civil, al no acreditarse que tales deudas y pagos tengan causa excluyente de su inclusión en esa normativa, y haber de ser tenido en cuenta a efectos de inclusiones en el pasivo y activo de la sociedad de gananciales a fines de su liquidación, conforme a lo prevenido en los arts. 1397, 1398, 1399, 1403 y 1404 del Código Civil, que, en todo caso, en cuanto sean significativos de incremento o disminución del caudal de dicha sociedad en modo alguno enervarían la desproporción económica que el Tribunal *a quo* aprecia como causa de la solución resolutoria que acoge.

Según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 24 de enero, 9 de mayo y 6 de junio de 1986, 15 de junio, 16 de julio y 11 de noviembre de 1987 y 16 de febrero, 15 de julio y 30 de noviembre de 1988, desde el momento que la Sala sentenciadora de instancia determina el cuánto de la partición derivada de la acordada liquidación de la sociedad de gananciales, como son los bienes exclusivamente comprendidos en ella, que es lo, en definitiva, a considerar, y la lesión, al establecer con ello el perjuicio erróneo económico producido en los términos del art. 1074 del Código Civil, o sea, en más de la cuarta parte que este precepto considera a efectos de rescisión, y sin que esa apreciación fáctica haya sido desvirtuada por el cauce del error en la apreciación de la prueba, porque ha quedado incólume y, por tanto, vinculante en casación. (**Sentencia 24 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—El estado de la cuestión es el siguiente:

La esposa interpone demanda al entender aquélla que al producirse liquidación de la sociedad de gananciales que tenía constituida con su esposo, el demandado don Juan José Gutiérrez García, como consecuencia de capitulaciones matrimoniales, otorgadas ante Notario el 28 de marzo de 1985, a causa de desavenencias conyugales a las que llegaron después de un determinado tiempo de

vigencia del matrimonio, se produjo en las adjudicaciones, efectuadas a cada cónyuge, perjuicio para dicha demandante, que ésta aduce es determinante de nulidad de ellas, producida a causa de haber prestado un consentimiento viciado por las circunstancias personales en que se encontraba al tiempo de ser llevadas a cabo tales adjudicaciones, lo que en realidad está planteando la mencionada demandante, aunque sin haberlo nominado expresamente y designarlo erróneamente como solución jurídica de nulidad, es la acción resolutoria reconocida por el art. 1074 del Código Civil, a que se remite el art. 1410 del mismo Cuerpo legal, lo que conduce, conforme certeramente expone la Sala sentenciadora de instancia, en el octavo de sus fundamentos de derecho de la sentencia recurrida a decidir con base en tal acción deducible de las alegaciones fácticas y *causa petendi*, o razón de pedir, en que se soporta la demanda y concretamente su súplica, aunque erróneamente la acción resolutoria realmente ejercitada inadecuadamente se la nominase de nulidad. (F. Ll. Y.)

32. Liquidación de sociedad de gananciales y de herencia. Legitimación activa del cónyuge del heredero.—La aducida falta de legitimación no puede prosperar, pues la administración de los bienes privativos del cónyuge, respecto de la sociedad legal de gananciales (arts. 1347, segundo, y 1362, tercero, del Código Civil) puede generar derechos y obligaciones que interesan básicamente a los dos cónyuges, lo que justificaría la licitud jurídica de la pretensión de aquél, que se ejerce conjuntamente con su mujer.

Rendición de cuentas de un negocio: falta de litisconsorcio pasivo necesario por tratarse de la exigencia de una obligación mancomunada indivisible.—La singularidad del caso se establece al limitar su pedimento los actores, en el orden subjetivo, a sólo los demandados citados en primer lugar, con exclusión de la otra persona demandada, pese a que todos, sin otra constancia probatoria en contra, se hallan vinculados por el nexo común de la comunidad de bienes. Aunque como se razona en la sentencia de la Audiencia, la condición de comunero de uno de los actores no significa, necesariamente, por aplicación del art. 398 del Código Civil, que éste carezca de derecho a pedir rendición de cuenta a los demás, lo que no puede omitirse —y en este punto se disiente de la sentencia recurrida— es que los acuerdos de administración se adoptan por mayoría, y que el carácter mancomunado de la administración impide dividir o parcializar la obligación de rendir cuentas conforme a la naturaleza de ésta (arts. 1137 y 1151 del Código Civil), que afecta a todos los comuneros con cuya mayoría aquélla se ejerce. Son justamente las obligaciones mancomunadas indivisibles las que permiten la apreciación de esta excepción, frente a las que tienen carácter solidario (sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1989, entre otras muchas). Las circunstancias mencionadas conducen, valoradas y ponderadas las razones jurídicas aducidas en el motivo, a su estimación, en parte, y, en consecuencia, a la casación de la sentencia recurrida en cuanto afecta a la referida condena, dada la naturaleza inescindible de la obligación a que se refiere.

Indemnización de daños y perjuicios limitada a los intereses. No cabe condena a indemnizar por otros conceptos, condicionada a que se prueba la existencia de daños y perjuicios en ejecución de sentencia.—La solución jurídica ofrecida por el Tribunal colegiado que refiere los perjuicios de las cantidades que deban reintegrarse, al límite de los intereses, una vez que se practique la oportuna liquidación, se apoya, según se colige, en la escasa e insuficiente base probatoria, reconocida por el propio Juez de Primera Instancia de la condena, que añade a la obligación de reintegrar, consistente en una genérica indemnización de daños y perjuicios, tras establecer que no puede dictaminar, pese a la numerosa documentación presentada por el actor, «si ello es o no suficiente para una adecuada censura de su gestión»; condena de carácter condicional, según refleja el último inciso del apartado quinto de la parte dispositiva de la sentencia de primer grado («..., condenándole además al pago de los daños y perjuicios causados a los titulares de la empresa, en el caso de que resulte una irregular o negligente administración...»). No parece adecuado que la base probatoria de la condena, conforme al art. 1101 del Código Civil (dolo, negligencia o morosidad), a la indemnización de los daños y perjuicios, o en el caso específico del mandato, la prueba de la inejecución del mandato (art. 1718 en relación con el art. 1719 del Código Civil) sea pospuesta a la condena misma, ya que la autorización concedida al juzgador por el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite una condena condicional sobre el pronunciamiento mismo acerca de los daños y perjuicios, sino una condena indeterminada («a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia»). (S.T.S. de 27 de abril de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Una heredera y su cónyuge instaron un juicio declarativo contra la hermana, el cuñado y la madre de la primera, solicitando la partición de la herencia y otros extremos, entre los que se encontraba una solicitud de rendición de cuentas del negocio en que consistía el caudal hereditario a cargo de la primera y el segundo demandado, pero no de la tercera demandada, madre de la actora. Reconvinieron los demandados pidiendo y obteniendo que los actores rindieran también cuentas del período en que gestionaron el negocio. (L. F. R. S.)

33. Declaración de paternidad.— Lo que plantea la recurrente es que en este extraordinario recurso se lleve a cabo una nueva valoración de la prueba, y mayormente con base en alegaciones de índole meramente subjetiva, en contra de la objetiva apreciación probatoria llevada a cabo por la Sala sentenciadora de instancia, que reconoce la existencia de una convivencia al tiempo de la concepción de los menores J. y A. M. M. B. y el fallecido J. F. G., así como que éste ha tratado a los referidos menores como a sus hijos, revelando una posesión de estado de ellos de su filiación con relación a aquél, lo que es eficaz para reconocer paternidad, según el contexto del art. 135 del Código Civil y sentencias con él relacionadas, cuales las de 26 de marzo de 1903, 22 de marzo de 1919, 28 de noviembre de 1941 y 4 de mayo de 1946, por lo que dicha pretensión de la mencionada recurrente improcedente en casación, desde el momento que, según indican las sentencias de 24 de febrero, 30 de abril, 30 de junio y 2 de octubre de 1987 y 29 de

enero y 30 de junio de 1988, no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos determinados hechos, que han quedado incólumes, es o no adecuada la solución jurídica apreciada en la sentencia recurrida. (**Sentencia 26 de junio de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—Insistir en que la *possessio filiationis*, que como una prueba indirecta más queda explicitada en el art. 135, será aquella situación fáctica que, a pesar de no ser ya en el momento presente, continua ni constante, ni notoria, no obstante, ha acreditado esos caracteres pretéritamente. Cobra así el valor de un hecho base indiciario más, sometido a la discrecionalidad del juez, quedando a la sana crítica de éste dilucidar si en el supuesto de autos ha existido o no posesión de estado, juzgando sobre la consolidación o no de ese estado posesorio filial, en atención a si examinando los antecedentes, circunstancias, la actitud contraria que vino a perturbar decisivamente la situación posesoria, ocurrió en un momento en que los reputados actos paternofiliales del presunto progenitor eran simplemente dudosos, genéricos, clandestinos, incapaces para desencadenar una situación constante e indicativa que revelara una posesión de estado o si por el contrario, aquellos actos eran directos, manifestando una relación constante del estado de filiación notoriamente acreditada. (F. Ll. Y.)

34. Reconocimiento de filiación no matrimonial.—La negativa a someterse a las pruebas biológicas a fines de investigación de paternidad, solamente tiene un valor indiciario, todo lo valioso que se quiera, para darle valor definitivo a efectos de reconocimiento de filiación, necesita estar unido a otras pruebas para poder producir el convencimiento de la paternidad que se reclama, según añade la sentencia de 27 de junio de 1987, doctrina ésta que por su abundancia excluye la *ficta confessio*, como ponen de manifiesto las sentencias de 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio y 12 y 14 de noviembre de 1987, dado que el sistema jurídico que rige actualmente en nuestro país después de la Ley 11/1981 concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas: las directas, entre las cuales y como más conocida está el análisis de los grupos sanguíneos, fiable absolutamente para descartar la paternidad, y con bastante aproximación para acreditarla, y las indirectas o presuntivas, referidas al consentimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción y a otros hechos de los que se infiere la filiación de un modo análogo, entrando la negativa a dejarse practicar la prueba biológica en el grupo de las meramente presuntivas, pero tal negativa, como ya tiene declarado esta Sala, al constituir el hecho base debe conducir congruentemente, mediante las reglas del criterio humano, al hecho-consecuencia, siendo este proceso función exclusiva del Tribunal *a quo*, sin que pueda exigirse tal actividad, ni tampoco impugnarse en casación, la circunstancia de no haberse empleado en la instancia la especial facultad que concede el art. 1252 del Código Civil, pues el admitirse tal práctica, sin acreditación suficiente de los hechos-base, se convertiría el extraordinario recurso de casación en una tercera instancia, lo que no es admisible según proclaman las sentencias de

11 de abril de 1947, 5 de octubre de 1966 y 21 de octubre de 1982, y mayormente en cuanto que, con relación a tal hecho base, se producen evidentes dudas en cuanto a la realidad de la paternidad del menor Juan Carlos Dávila Fernández, atribuida por la demandante, doña T. F. D., al demandado, A. P. A., al establecerse en la sentencia recurrida la posibilidad de haber mantenido la indicada demandante, al tiempo de la concepción del referido menor, relaciones sexuales con personas distintas del aludido demandado. (**Sentencia 20 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente, T. F. D., al amparo del número 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula con base en pretendida infracción de reciente doctrina jurisprudencial, reflejada en sentencias de esta Sala, de 14 de junio de 1988 y del mes de marzo de 1989, en cuanto entienden que la negativa a someterse a pruebas biogenéticas, para determinar los rasgos anatómicos y otros por parte del demandado, sin causa que lo justifique, conduce al reconocimiento de la paternidad solicitada, en cuanto ese comportamiento constituye una conducta obstrucciónista que está en abierta concontradicción con el art. 4.º del Código Civil, denotando un fraude de Ley, así como con el art. 7.º, 2.º, del mismo cuerpo legal sustantivo, al suponer un ejercicio antisocial de un derecho.

NOTA.—Es doctrina *nemine discrepante* en la jurisprudencia más reciente, que la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas no puede equipararse a la *ficta confessio*, sino que aquélla por sí misma no deja de ser una relevante prueba indiciaria valorada con las restantes pruebas practicadas (testifical, documental, constancia de la posesión de estado, convivencia *more uxorio* en la época de la concepción, etc.). (F. Ll. Y.)

6. SUCESIONES

35. Nulidad de cláusula testamentaria por incumplimiento de condición potestativa de hechos pasados.— Como negocio jurídico o declaración de voluntad no recepticia y *mortis causa*, el testamento no despliega su eficacia hasta que se abre la sucesión. Cuando la voluntad del causante se subordina al cumplimiento de una condición, se hace necesaria la interpretación de esta voluntad. La condición de cuidar al causante hasta su fallecimiento, suspensiva, por tanto, y consistente en hechos pasados, puesto que han de existir antes de que el causante fallezca, se considera potestativa.

Si el causante, por propia voluntad, cambia de domicilio, no por ello ha de entenderse que la condición se ha incumplido, puesto que fue el propio testador quien lo provocó y, por tanto, ha de tenerse por cumplida, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 798 del Código Civil.

Si las hijas recurrentes, presumiblemente interesadas en el incumplimiento, con su conducta lo producen, se entiende igualmente cumplida la condición, en virtud del art. 798 del Código Civil.

Intangibilidad de las legítimas.—Se respeta la legítima si, actuando el causante, en virtud del art. 823 del Código Civil, dispone en favor de sus descendientes en segundo grado (nietos) del tercio de mejora y de libre disposición. (S.T.S. de 9 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Abierta la sucesión testamentaria, en la que el causante dispuso del tercio de mejora y de libre disposición a favor de su nieto, bajo condición potestativa, e instituye herederos por partes iguales en el remanente a sus hijos, éstos, entendiendo incumplida la condición expresada en el testamento, formularon demanda, suplicando al Juzgado dictase sentencia declarando nula la cláusula testamentaria en favor del demandado, condenando a éste a que reconozca, acate y consienta que los únicos herederos son los actores.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

36. Testamento: inobservancia de las formalidades previstas por la Ley. Falta de idoneidad de un testigo.—Uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa* es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma y no convalidables posteriormente. (Sentencia de 9 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. A. I., ya fallecido, había otorgado testamento abierto en el que uno de los testigos intervenientes era pariente en segundo grado de afinidad de un heredero. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid confirmó la sentencia apelada, desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

37. Juicio de testamentaría. Impugnación de operaciones participacionales. Innecesariedad de asistencia de perito junto al contador-dirimen-te.—No se entiende vulnerado el art. 1071 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 1059 del Código Civil, relativo a la colaboración técnica adecuada con el contador para el avalúo de los bienes hereditarios, cuando los interesados en la herencia han conferido a éste amplias facultades para apreciar la necesidad o no de la intervención de peritos, las diferencias en las valoraciones efectuadas por los designados por las partes son mínimas y el contador ha recibido asesoramiento de persona perita en la materia.

Inaplicabilidad por la Jurisdicción Civil de preceptos urbanísticos.—La calificación del suelo, según se desprende de la normativa urbanística, es una cuestión administrativa reservada al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no puede suscitarse ante los órganos de la Jurisdicción Civil, que se encuentra vinculada por la clasificación hecha por aquélla.

Principio de igualdad en la partición.—«La división, como cuestión de hecho, cuando de fincas se trata, es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora» (S.T.S. de 25 de mayo de 1932 y 5 de octubre de 1961, entre otras).

El art. 1061 del Código Civil tiene un carácter más bien facultativo, puesto que no se refiere a la necesidad de observar una igualdad matemática y absoluta (S.T.S. de 17 de junio de 1980), sino una posible igualdad esencial en la formación de los lotes atendiendo a las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes «cuando fueran adjudicados» (art. 1074 del Código Civil). (S.T.S. de 14 de julio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Seguido juicio voluntario de testamentaría para la división de herencia, y confeccionado el proyecto de partición por el contador-dirimente designado en la junta de herederos, se formuló demanda por un interesado, suplicando que se declarase sin efecto el proyecto de operaciones particionales y que por el citado contador, con la mediación de perito para la valoración, se rectifique dicho cuaderno particional, guardando la debida proporción entre los bienes de la herencia.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prosperó el recurso de casación. (R. D. R.)

II. DERECHO MERCANTIL

38. Los contratos de arrendamiento y fletamiento de aeronaves.—Nuestro derecho sustantivo no regula ni el fletamiento ni el arrendamiento de aeronaves, por lo que la doctrina acude a la aplicación analógica de las normas propias del derecho marítimo para decidir las cuestiones cuya regulación no la haya previsto la libertad contractual de las partes. Según el derecho marítimo, se entiende genéricamente como contrato de fletamiento aquél que tiene por objeto la explotación de un buque y consiste en proporcionar su utilización a persona distinta del propietario. Otra forma de cesión del uso es el arrendamiento, para cuya distinción con el fletamiento propiamente dicho, el fletante no se desliga de la perfecta consumación de la obra. Sobresale en el fletamiento el transporte sobre la cesión de la cosa.

Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.—La regla general de que el actor es libre de traer al pleito a quien entiende que le niega, desconoce, contrarfa sus derechos o le incumple deberes, tiene como excepción los supuestos en que la resolución que se dicte haya de afectar a sujetos ajenos a la litis a causa de algún vínculo o nexo de carácter indisoluble que tengan con la relación jurídico-material controvertida. Es este nexo inseparable el que exige una resolución uniforme o impide decidir por separado y obliga a analizar si se da en el objeto de este proceso (...) Según el Código de Comercio, art. 246, cuando el comisionista actúa por su propia orden y contrata en nombre propio queda obligado de modo directo, como si el negocio fuere suyo, con las personas con quienes contratará,

las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éstas contra aquéllas y no tiene necesidad de declarar quienes son. (S.T.S. de 26 de julio de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad «Cargo Charter, S. A.», en calidad de comisionista, celebró un contrato de fletamiento con la compañía, «Iberia, Líneas Aéreas Españolas, S. A.». En el contrato, la sociedad contratista se comprometía a facilitar un avión tipo B-707 para realizar vuelos comerciales en unas determinadas fechas. La compañía Iberia, por su parte, se obligaba a pagar el precio estipulado.

Presentada al cobro la factura, Iberia se negó a pagarla alegando que no se habían podido realizar los vuelos previstos, porque el avión proporcionado, propiedad de la compañía americana «Race Aviation», había sufrido serias averías y había tenido que ser sustituido por otro similar, propiedad de la compañía «African International Airways». Además, este último avión sólo pudo realizar una única travesía de las pactadas por carecer de los permisos de vuelo de las autoridades españolas.

La sociedad «Cargo Charter» interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia una demanda contra Iberia por incumplimiento contractual, reclamando el pago del precio correspondiente a los vuelos no efectuados. El Juzgado y, en el posterior recurso, la Audiencia estimaron que una sentencia resolutoria del fondo afectaría necesariamente a las compañías propietarias de las aeronaves y, por ello, apreciaron la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. El Tribunal Supremo estima que no procede la excepción y, entrando a conocer del fondo del asunto, condena a Iberia al pago de la cantidad reclamada, más los intereses legales devengados desde el día en que finalizó el contrato. (G. D.-P. G.)

39. Contrato de cuenta a plazo indistinto. Naturaleza jurídica.—En este contrato parece que los rasgos típicos del contrato de depósito se atenúan de tal modo que hacen pensar en su transformación en un préstamo; contrato en el cual, al contrario de lo que acontece en el depósito, es esencial que el prestatario tenga a su favor un plazo de disfrute del capital prestado; en tal supuesto la doble disponibilidad que caracteriza al depósito se reduce a una disponibilidad unilateral a favor del banco, dando origen a un contrato mercantil «sui generis», que no es puramente préstamo ni depósito, aunque contenga aspectos característicos de uno y otro, pues que la intención de las partes no es la de conceder y recibir un préstamo, sino simplemente el convenir la finalidad perseguida por el cliente del banco de mantener una determinada y fluctuante cantidad de dinero, por más o menos tiempo, en las cajas de la correspondiente entidad bancaria, como verdadera colocación de capital, documentada en lo que se designa «imposición a plazos», con el alcance de que, aunque se le califique de contrato de préstamo subsiste el carácter real y unilateral propio del depósito, en el que las obligaciones fundamentales a cargo del banco (restitución y abono de intereses) son las mismas que en el depósito a la vista, con la diferencia de que en el depósito a plazo la restitución no se hace simplemente a requerimiento del depositante sino que ha de hacerse precisa-

mente al término del vencimiento fijado en el contrato, que viene establecido exclusivamente en favor del banco y que, por tanto, puede renunciar a él en cualquier momento.

Depósito a plazo. Forma. Título de legitimación.—El contrato de depósito a plazo, de carácter solemne, documentado normalmente a medio de la llamada «libreta de imposición a plazo», la cual contenido adecuadas casillas para anotar las correspondientes entregas y reintegros, así como los saldos acreedores y sus intereses, tiene el carácter de nominativa e intransfribile y posee la consideración de título de legitimación.

Carácter indistinto.—No obsta al carácter indistinto el que en la solicitud de apertura de la cuenta, efectuada personalmente por doña Silvia D. F. no conste tal carácter, pues existiendo esa constancia indistinta en la correspondiente libreta expedida a causa de aquella solicitud tanto significa que era con ese carácter, pues como tal fue aceptada dicha libreta por doña Silvia, que además fue quien personalmente constituyó la cuenta, en la que figuran como beneficiarios doña Julia, don Enrique y don Eugenio.

Doctrina jurisprudencial sobre solidaridad activa.—La solidaridad no requiere su expresión o constancia expresa, es decir escrito literal, ni, por tanto, que se exprese ese término, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación, que es precisamente la voluntad revelada con la constitución de la cuenta bancaria que ahora se examina, que posibilita que cualquiera de los acreedores de ella solidarios pueda pedir íntegramente la cosa objeto de la obligación establecida con tal carácter, sin perjuicio de las deudas que pudiera afectar a los cotitulares entre sí, pero no al deudor de ella; por lo que en este caso resulta correcta la devolución efectuada por la entidad bancaria demandada a la constituyente de la expresada cuenta, en tanto no se haya producido reclamación judicial por cualquiera de ellos, lo que no ha sucedido.

Defectos del recurso. Las infracciones de valoración de la prueba deben denunciarse por la vía del n.º 5 del art. 1692 L.E.C.—El error en la apreciación de la prueba no tiene cabida en el n.º 4.º sino en el 5.º del art. 1692 L.E.C. que afecta a las infracciones de normas del ordenamiento jurídico, y, entre ellas, las que guardan relación con las reglas de interpretación, como indican las sentencias de 6 de febrero, 23 y 25 de junio de 1987, y 10 de febrero y 19 de octubre de 1988. (Sentencia de 28 de mayo de 1990, no ha lugar.) (G.G.C.)

40. Aplicación e interpretación de las normas administrativas sobre prohibición de marcas.—El art. 14.4.1 del Real Decreto 2119/1981 de 24 de julio de Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de las aguas de bebida envasadas, dando por supuesta la existencia de la marca (o marcas), en la regulación cuyo registro, como es obvio, no entra, lo que prohbe es que al amparo de una marca ya registrada y existente, se comercialicen y vendan aguas de las diversas clases que define, procedentes de diferentes orige-

nes, con lo que se está refiriendo a una actividad posterior, cual es la utilización de una marca, ya registrada y existente, para comercializar aguas procedentes de distintos orígenes, lo que dará lugar, caso de producirse, a las sanciones correspondientes por infracción de las normas en materia de Disciplina de Mercado o en materia sanitaria, para lo que son competentes los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, de Sanidad y Consumo, de Industria y Energía, de Economía y Hacienda y los órganos competentes de otras administraciones públicas, en la esfera de sus respectivas competencias, todo lo cual queda fuera del ámbito propio de la normativa reguladora de la Propiedad Industrial.

Prohibición de utilizar como marcas las denominaciones geográficas y las regionales.—El n.º 6.º del art. 124 del Estatuto de Propiedad Industrial no puede ser entendido en su sentido estricto y literal, sino que la exégesis y aplicación de la norma prohibitiva que contiene, exige la ponderación de otros factores hermenéuticos y de modo principal las finalidades que persigue de protección y defensa de intereses locales o regionales, de evitar el monopolio por una marca individual de lo que solamente puede ser objeto de una colectiva y de impedir las falsas indicaciones de procedencia expresas o implícitas. (**S.T.S. de 11 de junio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad «La Casera, Central de Servicios, S. A.» solicitó, el día 12 de enero de 1982, al Registro de la Propiedad Industrial, la concesión de registros de varias marcas nacionales para aguas de bebida envasadas. Todas las marcas tenían la denominación común de «Monteverde» y a continuación la indicación de su origen regional. Estas solicitudes fueron objeto de oposición por parte de la entidad A.N.E.A.B.E.

Por resolución de 5 de enero de 1983 y como consecuencia de esta oposición, el Registro denegó la inscripción de las citadas marcas. «La Casera» interpuso recurso de reposición, con fecha de 29 de abril de 1983, que fue estimado por el Registro, quien le concedió las marcas impugnadas.

Apelado este acuerdo, la representación de A.N.E.A.B.E. solicitó que se declarara alternativamente la nulidad del registro de todas y cada una de las marcas o la supresión de la denominación geográfica que acompaña a la palabra «Monteverde», de conformidad con el art. 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial. La Audiencia desestimó totalmente el recurso y absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (G. D.-P. G.)

41. Carácter provisional de la fecha de retroacción en la declaración de quiebra.—Dada la naturaleza del auto de declaración de quiebra, la fijación de la retroacción por él mismo se efectúa con carácter provisional, es decir, «en calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero», como ya disponía el art. 1024 del viejo Código de Comercio de 1829. Provisionalidad que significa, obviamente, que cabe y hasta es aconsejable la revisión de la fecha de retroacción en favor de afectados de buena fe, planteada aquélla en tiempo hábil, pero que no impide tampoco

la producción de los efectos correspondientes (provisionales) de la fecha de retroacción en tanto ésta subsista como tal y mientras no se produzca la posible o aconsejable revisión de dicha fecha.

Necesidad de la previa delimitación del significado de los actos del quebrado a efectos de su nulidad.—El sometimiento de los actos del quebrado a efectos de la nulidad ex art. 878.2.º del Código de Comercio exige la previa delimitación del significado del acto en cuestión, de modo que permita su encuadramiento dentro de esos actos de «dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos» que el propio precepto contempla (...) Más la variedad de supuestos posibles que exigen la correspondiente adecuación dentro de lo que puede representar la compleja actividad de una empresa, han de ser analizados partiendo del contenido del referido art. 878.2.º del Código de Comercio, para cuya aplicación, en nuestro caso, no suponen óbice las soluciones avanzadas por la doctrina a propósito de la protección que para el tercer adquirente se derivaría de la legislación hipotecaria (es decir, la protección del subadquirente, quien adquiere del adquirente, inscrito, del quebrado), ni las orientaciones del anteproyecto de Ley Concursal, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación (1983), donde, por lo demás, se mantiene la figura de la retroacción con determinados efectos (arts. 181, 182 y 186). (**S.T.S. de 11 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Una conocida entidad bancaria concedió, el 9 de junio de 1981 a don V. M. T. un préstamo sujeto a condición suspensiva. En garantía del mismo, y con el consentimiento de su cónyuge, el prestatario constituyó hipoteca sobre dos fincas inscritas a favor de dicha entidad. La hipoteca garantizaba la devolución del principal, el pago de cinco anualidades de intereses y otra cantidad para costas y gastos. Las fincas fueron valoradas en una suma superior al montante de la deuda. La condición suspensiva consistía en la presentación del acta notarial acreditativa de la entrega del capital del préstamo por parte del prestamista.

Con posterioridad, el Notario autorizó el acta, que fue presentada en el Registro, extendiéndose las correspondientes anotaciones al margen de la inscripción de la hipoteca y haciéndose constar el cumplimiento de la condición. En esa misma fecha estaban presentados en el Registro diversos mandamientos judiciales para la anotación preventiva de embargos, practicados sobre las dos fincas hipotecadas. Estas anotaciones fueron instadas por diversos acreedores y quedaban sujetas a responsabilidades pecuniarias por un valor superior al cuádruple del de la tasación.

Dada la previa inscripción de la hipoteca, el crédito de la entidad bancaria era preferente a los anotados y a todos los demás títulos de crédito, a pesar de que las ejecuciones eran de fecha anterior al otorgamiento de la misma.

Debido a la evidente insolvencia del deudor y a su incumplimiento general en los pagos, sus acreedores instaron la declaración de quiebra y así lo estimó el Juzgado de Primera Instancia, retrotrayen-

do los efectos de esta declaración al día 13 de octubre de 1980. Ningún acreedor impugnó la fecha de la retroacción provisional y el Juzgado la tuvo por definitiva.

Por su parte, la entidad bancaria instó procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca, ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid.

La Sindicatura de la quiebra entendió que la hipoteca, constituida en período de retroacción, era nula y carecía de eficacia. Promovida la demanda ante el Juzgado y estimándola, declaró la nulidad de la hipoteca, de las inscripciones que se hubieran efectuado o se efectúen de las fincas como consecuencia del procedimiento sumario de ejecución de la misma, que también declaró nulo, y condenó a los posibles adjudicatarios a reintegrarlas con sus frutos a la masa de la quiebra.

Apelada esta sentencia, la Audiencia desestimó el recurso confirmándola.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (G. D.-P. G.)

42. Oposición a la declaración de quiebra necesaria. La cualidad de comerciante debe ostentarse al sobreseerse los pagos.—El citado documento no contradice lo afirmado por la Sala sentenciadora acerca de la condición de comerciante del recurrente, por otra parte, por él reconocida en su confesión judicial, en la época a que se refiere el sobreseimiento en el cumplimiento de sus obligaciones, no siendo óbice para la declaración de quiebra el que el quebrado no ostente esa condición en el momento de dictarse el auto por haber cesado en el ejercicio del comercio, si está probado que lo ejercía al tiempo en que sobreseyó pagos. (Sentencia de 12 de julio de 1940.)

El pago de una deuda concreta no obsta a que se considere el sobreseimiento general en el pago.—El submotivo *b*) ha de ser rechazado por cuanto el pago de uno de los créditos que pesaban sobre el quebrado no contradice el cese de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones por aquél, ya que, en modo alguno, la declaración de quiebra exige que tal cese lo sea de una manera total.

No vinculación a las valoraciones de bienes efectuada por el quebrado en escrituras de constitución de hipotecas.—En el apartado *d*) de la fundamentación del recurso se pretende atacar la conclusión a que llega la Sala sentenciadora sobre la situación patrimonial del quebrado, aduciendo a tal efecto la valoración de los bienes constitutivos de su activo que se contiene en las escrituras de hipoteca inmobiliaria y mobiliaria por él constituidas; ahora bien, tales valoraciones constituyen una manifestación de las partes intervenientes en el contrato de hipoteca no amparada por la fe pública notarial y sometida, por tanto, a la libre apreciación del Juzgado de instancia al igual que los dictámenes periciales extrajudiciales sobre el valor de los bienes hipotecados. (S.T.S. de 10 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente había formulado oposición a la declaración de quiebra necesaria, por no haberse tenido en cuenta un documento en el que constaba su baja en licencia fiscal tres años antes de la declaración judicial de quiebra. También alegaba que no se había producido un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones y que los bienes de su activo no se habían valorado correctamente. (L. F. R. S.)

III. DERECHO PROCESAL

43. Impugnación de tasación de costas. Normativa orientadora de honorarios profesionales. Partidas indebidas.—Las normas orientadoras de honorarios profesionales aplicables en un recurso de casación son las aprobadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, no aceptándose como tales las aprobadas por Colegios Provinciales.

Teniendo en cuenta que las normas n.º 71 a 75 del Colegio de Madrid, respecto al tema en cuestión, sólo hacen referencia a honorarios de Letrado por el concepto de «instrucción, preparación y asistencia a la vista del recurso», omitiendo el concepto de personación, quizás por encontrarse exceptuados de la firma del Letrado los escritos que tuviesen tal objeto (art. 10.4 de la Ley procesal), los honorarios devengados por tal diligencia, calificada de injustificada por la S.T.S. de 11 de mayo de 1984, no han de ser satisfechas por la parte adversa. En la misma situación se muestra la partida de «información y estudio de antecedentes», tampoco admisible, de no haber trámite de instrucción.

El pago de las pólizas de las Mutualidades, en el ámbito de Procuradores, tampoco es susceptible de imponerse a la parte condenada en costas, al incluirse, por ser de estricta significación y obligación colegial, en las «actuaciones no autorizadas por la Ley» (art. 424 de la Ley procesal).

La «hoja de bastanteo» resulta innecesaria si se cumple tal requisito reforzando la suficiencia del poder en el escrito de alegaciones o de personación (S.T.S. de 29 de enero de 1960, 28 de diciembre de 1962 y 23 de marzo de 1987), puesto que la «prevalencia de formulismos frente a un valor superior, como es la realización de la justicia, pugnaría con el principio constitucional de obtener la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 C.E.». Por ello, el importe del uso de tal formulismo no puede incluirse en la tasación de costas, al excluirse de éstas las actuaciones supérfluas (art. 424).

En el caso de que las partidas excluidas de la tasación por indebidas integrasen el contenido total de la tasación, ésta se declararía nula y quedaría, en consecuencia, sin efecto. (S.T.S. de 10 de septiembre de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesto recurso de casación contra sentencia dictada por la Audiencia Territorial sobre inoficiosidad de donación, y desestimado por la Sala, condenando a los recurrentes al pago de las costas, se practicó la oportuna liquidación de gastos y tasación de costas, comprensiva del doble concepto de honorarios de Letrado y suplidos de Procurador de la parte recurrida, que fue impugnada por

los recurrentes al estimar indebidos todos sus conceptos, suplicando no tuviera lugar su aprobación.

La Sala dispuso la tramitación de la impugnación por las normas de los incidentes y acordó el paso de las actuaciones al Magistrado Ponente para su examen.

Se estima la impugnación. (R. D. R.)

44. Recurso extraordinario de revisión. Falta de legitimación activa de quien no fue parte en el proceso, por no poder afectarle la sentencia de desahucio.—Dicha alegación suscita, como cuestión fundamental y básica, el tema relativo a si está dotado de legitimación activa para promover este recurso extraordinario quien no ha sido parte en el proceso en el que recayó la sentencia firme, cuya revisión y anulación solicita. Sin dejar de reconocer que no es ésta una cuestión pacífica, ni para la doctrina procesalista, ni para la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 14 de febrero de 1986), que oscilan entre una posición restrictiva y rígida, que niega toda legitimación activa para promover el recurso de revisión al tercero que no fue parte (por sí o por sus causantes) en el proceso cuya sentencia firme trata de impugnar a través de este recurso extraordinario, y otra, más elástica o extensiva, que apunta la posibilidad de que, para evitar fraudes, pueda otorgarse legitimación activa a aquéllos a quienes puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada, pese a no haber sido parte y no haber sido convocados a juicio, y aun cuando se aceptara esta última posición, por considerarla, tal vez, como el único medio posible para que el tercero afectado pudiera lograr la tutela judicial efectiva de su derecho, conforme al mandato del art. 24.1 de nuestra Constitución, lo que no puede discutirse es que el reconocimiento de dicha legitimación activa en favor de quien no fue parte en el proceso ha de venir, en todo caso, inexorablemente condicionado por el hecho de que la sentencia firme recaída en dicho proceso pueda afectarle o perjudicarle de algún modo, lo que no ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que la sentencia firme recaída en el ya referenciado juicio de desahucio, seguido entre don Andrés Casal Sánchez, como demandante, y la entidad Gelogor, S.A., como demandada, sólo puede desplegar su eficacia entre quienes en dicho proceso fueron parte, y la ejecución de la misma, con el subsiguiente lanzamiento, como acertadamente dice el Ministerio Fiscal, «tendrá que limitarse a la entidad Gelogor, S.A., sin que en modo alguno pueda afectar a la posesión y uso de dicho local por la entidad Club Natación Sevilla». (S.T.S. de 15 de diciembre de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente, Club Natación Sevilla, era titular de una licencia de juego en Sala de Bingo, habiéndosele cedido la posesión y el uso gratuito de un local comercial por su propietario, mediante determinadas escrituras públicas. Para la explotación de la expresada licencia de juego, el Club Natación Sevilla contrató los servicios de una sociedad. El propietario demandó en juicio de desahucio por falta de pago a la sociedad explotadora, obteniendo sentencia firme a su favor. El Club Natación Sevilla no fue demandado en el procedimiento y pedía su nulidad, por haber maquinado fraudulentamente las partes del proceso, en su perjuicio, por alegar la

existencia de un contrato de arrendamiento que no existía en la realidad.

NOTA.—Siendo la finalidad del juicio de desahucio expulsar al arrendatario del local y, por consiguiente, que el arrendador —en este caso, propietario— recupere la posesión del bien arrendado, con la colaboración de la autoridad judicial, me parece claro que la obtención de ese resultado perjudicaría efectivamente a quien afirma ostentar un derecho —parece que de carácter real, aunque desconocemos el contenido de las escrituras públicas en que se otorgó— sobre el local objeto del procedimiento. El propietario, amparado en la fuerza oficial del Juzgado, procedería a desalojar —o embargar, para sujetarlos a las responsabilidades del procedimiento— los útiles, maquinaria y mobiliario del supuesto arrendatario, cambiando incluso las llaves de las puertas de acceso, lo que perjudicaría gravemente los intereses del titular de ese derecho de posesión, a quien se le obligaría a acudir a procedimientos judiciales, civiles y penales, en defensa de sus derechos. Constatada la falsedad del contrato, como reconoce la supuesta arrendataria, es obvio que el supuesto arrendatario quiere obtener con el juicio de desahucio un resultado que de otra manera no podría obtener. Denunciada por el verdadero perjudicado esa maniobra, el Tribunal Supremo le niega su protección, en base a una formal manifestación de ausencia de perjuicio. (L. F. R. S.)

45. Tercería de dominio.—Es doctrina reiterada de esta Sala que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la esposa no puede ser tenida como tercero y carece, por tanto, a estos efectos, de legitimación, tratándose en realidad de eludir la responsabilidad que alcanza a los bienes del matrimonio por una obligación contraída en septiembre de 1976 por los esposos, que redundó en interés de la familia (Sentencias de 6 de octubre de 1980, 21 de diciembre de 1985, 20 de febrero y 21 de diciembre de 1987), ya que aquéllos eran socios y miembros del Consejo de Administración de la sociedad constituida con posterioridad al matrimonio, a cuyo favor prestaron la garantía que se ejecuta, como expresamente se declara acreditado en la instancia en sentencias que, ya desde la de primer grado acogida por la apelación, hacen notar, con toda razón, la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidos, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contraer a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el art. 1365.2.º vigente, la actuación aquí contemplada no es cuestionable ni desde la vertiente civil ni desde esta otra constitucional con cita de última hora, que, con claro designio dilatorio, trae a discusión el principio de igualdad sin mayores precisiones que justifiquen su extemporánea invocación. (Sentencia 6 de junio de 1990, no ha lugar.)

NOTA.—Como ha explicado la doctrina (Torralba Soriano, Mata Pallares, por todos), la razón de que los bienes gananciales respondan

de estas deudas se encuentra, de una parte, en la lógica contrapartida de la condición de bienes comunes que tienen los ingresos profesionales de cualquier clase; de otra, por la consideración de que si no fuera así, el cónyuge podría encontrar dificultades en el desarrollo de su actividad, al quedar restringida su solvencia frente a sus posibles acreedores. (F. Ll. Y.)

46. Recurso de nulidad contra laudo arbitral por causa de inhabilidad del árbitro y por haber sido resuelta la discusión por sentencia judicial firme. Inadmisión por ir contra los propios actos.—Tanto la concurrencia, que se dice, en el árbitro de una causa de inhabilidad, como la derivada de haberle sometido puntos no controvertidos por haber sido ya resueltos por decisión judicial firme, no solamente implican una pretensión del actor contraria al principio que veda ir contra los actos propios, en el sentido en que la reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son muestra las sentencias de fecha 15 y 16 de febrero, 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988, y 25 de enero, 27 de febrero, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, por no citar sino algunas de las más recientes, proclama su inobservancia, toda vez que el ejercicio de aquél de la acción anulatoria es incompatible con su conducta anterior (sentencia de 27 de marzo de 1958), ya que, con perfecto conocimiento de la situación subjetiva que ahora denuncia, concurrió libérrimamente a la suscripción primero del documento privado, y, luego, a formalizar una escritura de compromiso que, en términos de elemental buena fe, no puede ni desconocer ni sentirse desligado de las declaraciones por él mismo hechas en ella, so pena de manifestar un comportamiento radicalmente incoherente y, por tanto, intolerable, con su conducta anterior, sino que, por añadidura, olvida que, en lo que atañe a la por demás discutible (sentencia de 18 de febrero de 1988) inhabilidad del árbitro, la propia Ley (art. 23) prohíbe su utilización, en casos como el presente, como causa de impugnación del laudo y por lo que se refiere a la objeción hecha de sometimiento, a la decisión arbitral, de algún punto ya resuelto jurisdiccionalmente, los propios otorgantes de la escritura de compromiso hicieron la salvedad, en contemplación de tal evento, de que la suspensión de los procedimientos litigiosos en marcha, a que se comprometieron, habría de hacerse «sin perjuicio de que lo actuado hasta la fecha mantenga su plena efectividad». (S.T.S. de 20 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente era un socio de una sociedad propietaria de una discoteca que, disconforme con lo decidido en el laudo arbitral —al señalar la cantidad que a cada socio correspondería percibir, una vez fuera vendido el negocio—, alegaba la inhabilidad del árbitro y el hecho de que ciertas cuestiones sometidas al laudo ya habían sido resueltas judicialmente. (L. F. R. S.)

