

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLV
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMXCH

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)
Notario de Madrid

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
ALBALADEJO, Manuel: <i>La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión</i>	5
ANDREAS WACKE: « <i>Quien llega primero, muele primero</i> »: prior tempore, potior iure. <i>El principio de prioridad en la Historia del Derecho y en la dogmática jurídica</i>	37
GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente: <i>Sistemas germánicos de cesión de créditos</i>	53
PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: <i>El pago de los intereses no estipulados (Sobre el sentido del artículo 1756 del Código Civil)</i>	131
Estudios legislativos	
CASAS VALLES, Ramón: <i>Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)</i>	155
BERMEJO PUMAR, María Mercedes: <i>Algo sobre la posesión de derechos a que se refiere el Título V del Libro II del Código Civil</i>	207

Estudios de Derecho extranjero

- HANS-LEOWEYERS: *Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1989 y 1990* 221

Información legislativa

- A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ: 231

Bibliografía

LIBROS

- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, por Isabel Arana de la Fuente.—
DIAZ GARCIA, Nieves: *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, por Isabel Arana de la Fuente.—DIEZ PICAZO, Ignacio: *Poder Judicial y Responsabilidad*, por M. Nélide Tur Faúndez.—FRANCOS AVELLANAL, Enrique: *Las obras de reparación y mejora en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, por M.^a del Rosario Díaz Romero.—GETE-ALONSO Y CALETA, María del Carmen, y BLASCO GASCO, Francisco de P.: *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, por Juan Pozo Vilches.—GARCIA RUBIO, M.^a Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, por Santiago-David Mediano Cortés.—MARTINEZ SANZ, F.: *La representación proporcional en la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, por María Luisa Sánchez Paredes.—PEREZ GARCIA, Pedro Antonio: *La información en la contratación privada*, por Gemma A. Botana 243

REVISTAS

- Revistas extranjeras*, a cargo de Remedios ARANDA RODRIGUEZ, Esther GOMEZ CALLE, Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ e Isabel SIERRA PEREZ 259

Estudio jurisprudencial

- GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: *La eficacia jurídica del Derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna (En torno a la STJCE de 13 de noviembre de 1990)* 343
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)* 377

Jurisprudencia

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra*, por Gemma A. Botana 419

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ; colaboran: Esther PRATS, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ, Antonio Manuel MORALES MORENO, Juan Antonio MORENO MARTINEZ y Alma M.^a RODRIGUEZ GUITIAN 433

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 XLV
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMXCII

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.: 051-92-012-6

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

Depósito Legal: M-125-1958.

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.
La Guitarra, 14. GETAFE (Madrid)

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión

MANUEL ALBALADEJO

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. El artículo 35 de la L. H. y el tema de qué significa realmente que «será justo título la inscripción». 2. La jurisprudencia sobre el particular. 3. La doctrina. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Panorama general de la doctrina. 3.3. Doctrina a favor de que sea título la inscripción. 3.4. Doctrina en contra de que sea título la inscripción. 4. Análisis del tema. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Es la misma la esencia de las dos tesis defendidas. 4.3. La veracidad y la validez del título. 4.4. Hasta cuándo alcanzan los efectos de la invalidación del título. 4.5. La impugnación de la inscripción relativamente a la presunción de posesión del titular y a su buena fe. 4.6. La repercusión en el título formal de la invalidez del material. 4.7. La inutilidad del artículo 35 si se le toma como presunción de título. 4.8. Usucapiente y tercero hipotecario.

1. EL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA Y EL TEMA DE QUE SIGNIFICA REALMENTE QUE «SERA JUSTO TITULO LA INSCRIPCION»

Dice este artículo que: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito *será justo título la inscripción*, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de los que traiga causa.»

Y se pregunta ¿qué significa que «será justo título la inscripción»?

Según una opinión, quiere decir que la inscripción *es, de por sí, título*. Según otra, *la inscripción* constituye simplemente una *presunción* de que existe un justo título.

2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PARTICULAR

Jurisprudencia recaída sobre el caso, realmente no la hay, pues si bien en numerosas sentencias entró en juego o fue invocado el art. 35

LH, la verdad es que salvo en una de ellas el TS no optó, como fundamento del fallo, ni por la tesis de que la inscripción es de por sí título, ni por la de que constituye una presunción de título.

Lo único que se puede deducir de lo que las sentencias dicen o de lo que dicen implica, siempre menos esa vez dicha, no como fundamento del fallo, es que en unos casos el TS se inclina o parece inclinarse a favor de la tesis de ser título la inscripción, y en otros a favor de ser presunción de título. Dualidad de posiciones que deja el tema abierto a la discusión. Y es más, de las numerosas ocasiones en que, dentro de lo dicho, el TS entró a opinar sobre el caso, la verdad es que más o menos en tantas adoptó un criterio como en otras tantas el otro.

De cualquier modo, ni un criterio ni otro corresponden a determinados períodos, sino que se van dando mezclados en las sucesivas sentencias, y parecen encajar en la que aparenta ser conveniencia del caso para resolver éste en justicia moral, dando al artículo 35 LH un sentido u otro según cuál sea el mejor para aquélla o para reforzar, por cierto innecesariamente, una solución ya alcanzada por otros caminos.

Por último, no se puede dejar de señalar que en alguna ocasión, que indicaré después, el criterio del TS está desenfocado y atribuye al artículo 35 LH un criterio del todo inaceptable.

Veamos una a una las sentencias (1):

La de 4 de junio de 1960 juzgó caso en el que para negar la usucapión, bastaba, como la sentencia dijo (considerando último), «[...] porque al no tener el establecimiento [era relación de eufiteusis o establecimiento en Cataluña] la posesión natural de las fincas, no se dan los supuestos necesarios para que opere el instituto de la prescripción...». Con eso, todo lo demás huelga, y no hay que entrar en el sentido del artículo 35 LH, en el que, por otro lado, la sentencia tampoco entró, pues se limitó a decir que este artículo «cede ante la norma *d*) del 40», que se refiere a quiénes y en qué casos pueden solicitar la rectificación del Registro, que no es cuestión que parezca afectar a nuestro problema, pero que sí que tiene en él la repercusión que en su momento veremos.

En el caso de la Sentencia de 5 de abril de 1961 se traba de unos terrenos comprados por una persona jurídica representada por su presidente, terrenos que aquélla desde siempre poseyó y seguía poseyendo de buena fe, aunque resultó que la compra la hizo el presidente a su nombre y así la inscribió en el Registro. El espíritu de lo que el TS declaró es que el dominio no había salido de la persona jurídica por no haber usucapido el presidente, ya que siempre había poseído la persona jurídica, o que, en todo caso, a pesar de la inscripción regis-

(1) Lo hago por orden cronológico, no agrupadas por criterios, si bien en cada una señalo el que adopta la que sea.

tral a favor del presidente, habría usucapido la persona jurídica contra el presidente por haber poseído más de treinta años.

Como se ve, el tema es de posesión, y no juega el valor de título de la inscripción, pues para negar la usucapión a favor del presidente, basta considerar que no poseyó, y para admitir la usucapión a favor de la persona jurídica basta considerar que poseyó más de treinta años, así que usucapió por extraordinaria, sin necesidad de título. Ahora bien, contestando al motivo cuarto del recurso, afirma el TS (considerando último) que «el hecho de aparecer registralmente inscrita a nombre de otra persona [se refiere al presidente de la persona jurídica] no envuelve justo título para usucapir, *existiendo sólo una presunción iuris tantum a su favor*, de verdad, que cede al producirse la colisión entre la real y la registral, por la prueba en contrario...». Lo que ciertamente es una afirmación *obiter* a favor de ser la inscripción *presunción* de título.

La Sentencia de 6 de mayo de 1961, rehusó con buen criterio, entrar a resolver el tema de la interpretación errónea del art. 35 LH planteado por el motivo quinto del recurso. Dice, en efecto, la sentencia que «[...] disertándose en él [en el motivo] acerca de la consideración de “justo título” que a la inscripción concede el precepto citado, a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, el que ha de conceptuarse que, por ella, su posesión cumple ya uno de los requisitos que la Ley exige para prescribir; más todo ello es intrascendente a los efectos de que el motivo pueda prosperar, porque el precepto que se reputa infringido también establece, que “se presumirá” que el titular inscrito ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe, y como quiera que la Sala sentenciadora estima probado, que los titulares y poseedores de los bienes cuya prescripción se postula, no son poseedores de buena fe, es evidente que al no cumplirse cuanto el Código Civil y el artículo 35 de la Ley Hipotecaria exigen para que la prescripción adquisitiva se produzca, no ha podido incurrirse en la infracción que se denuncia en el motivo que se examina».

Eso es lo que deberían haber hecho las otras sentencias, al ser casos en que el titular inscrito no poseía en verdad la cosa sedicentemente usucapida. Y como el artículo 35, si bien establece que será justo título la inscripción, no releva al usucapiente de que, además de tener título, posea la cosa por el tiempo que la ley establece, resulta que no usucape el que aunque tenga inscrita aquélla a su nombre (es decir, aunque tenga título), no la poseyó.

La Sentencia de 3 de julio de 1963, que no resuelve nuestra duda, cuando dice que se denuncia en el recurso «la aplicación indebida de los 1940, 1959 y 1973 del Código Civil, y 35 de la LH en relación con el 1957 del primer cuerpo legal mencioando, y la inaplicación del 1953 y jurisprudencia que se cita referente a los mismos, porque al

declararse probado en la sentencia recurrida que el comprador de la finca litigiosa la adquirió de quien en el Registro de la Propiedad figuraba como titular, la inscribió a su favor y la poseyó por sí mismo y a través de sus sucesivos causahabientes durante cincuenta y nueve años, con buena fe y de forma quita y pacífica sin que se haya justificado la interrupción aducida por la demandante, es evidente que dicho señor no sólo está amparado por la condición de tercero conforme al artículo 34 de la LH, sino que su adquisición quedó consolidada por la usucapión *secundum tabulas* del art. 35 de la expresada Ley, en cualquiera de las formas prevista en los 1957 y 1959 del Código Civil.

La Sentencia de 3 de junio de 1966, recoge el artículo 35 LH, pero se limita a transcribir su texto legal, sin darle un sentido u otro de los discutidos.

La Sentencia de 22 de enero de 1969 según la que los documentos (adquisitivos) del caso «y la inscripción de la finca litigiosa en el Registro de la Propiedad que sirvieron de fundamento a la entidad actora para obtener su disfrute constituyen el justo título que para la usucapión ordinaria del dominio exigen los artículos 1940, 1952 y 1957 del Código Civil, según indican entre otras las Sentencias de esta Sala de 12 de marzo y 14 de abril de 1958 y el artículo 35 de la LH».

Se trataba de un caso de doble inmatriculación, y el razonamiento transcrito no constituye fundamento del fallo. Pero, a parte de eso, es ciertamente claro que el justo título no podría nunca estar integrado por el acto adquisitivo y la inscripción registral. O es título aquél, y la inscripción constituiría presunción de título, o es título la inscripción, según la letra del artículo 35. De modo que la sentencia no resuelve nuestro problema.

La Sentencia de 4 de octubre de 1969 recayó en un caso de venta de bienes propiedad de un Ayuntamiento, hecha sin cumplir los requisitos que la Ley exige para tal hipótesis, si bien el adquirente consiguió la inscripción en el Registro de los bienes a su nombre. El TS estima nula con nulidad absoluta al venta, y entiende que el artículo 35 al proclamar que será justo título la inscripción, se refiere sólo al caso de los actos y contratos, no nulos, sino impugnables (evitándose así que dicho artículo se contradiga con el 33, según el que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos [nulos radicalmente, y no sólo impugnables], con arreglo a las leyes»). De modo que cuando lo que esté inscrito sea un acto o contrato nulo, su inscripción no será justo título para usucapir.

Dice literalmente el considerando penúltimo de la sentencia que «a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque sea parcial, contradicción entre lo dispuesto en los artículos 33 y 35 de la LH, se ha de estimar que, cada uno, se refiere a actos o contratos dife-

rentes, y así: el artículo 33 al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las leyes, se refiere a los negocios jurídicos afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarles un elemento esencial (inexistencia) o ya porque a su viabilidad jurídica, se opone la misma Ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio, el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical. B) De aquí que, en el caso de autos, no quepa hablar de prescripción adquisitiva, a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total o insubsanable, los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte, finalmente, no ostenta la calidad de «tercero» con arreglo a los preceptos de la Ley».

El desacierto de la sentencia puede ponerse claramente de relieve con la consideración de que no es que se haya de tratar de evitar (como hace la sentencia) choques imaginarios entre el artículo 35 y 33, ya que el que éste proclame que la inscripción no convalida los actos nulos, no obliga a reducir aquél a los impugnables (pensando que si comprendiese también los nulos chocaría con el 33), pues el que la inscripción valiese como título, aun si es nulo el acto inscrito, no convalida éste (que sería lo que chocaría con el repetido art. 33), sino que ocurriría que, *aun continuando* el acto *sin convalidar*, se le daría valor de título, no a tal acto, sino a la inscripción, aun siendo ésta, ciertamente atacable.

Y para el que estime (erróneamente) que al dar algún valor a la inscripción del acto, de algún modo se convalida éste, bastaría decir que si así fuera (que no lo es), no había sino aceptar que, en su terreno, el artículo 35 constituiría una excepción al 33.

Por último —y esto sería objeción decisiva por sí sola—, reducir el artículo 35 a que haga título a la inscripción de actos y contratos impugnables, es relegarlo a un papel inútil, porque si el título es impugnado, la adquisición se produce, de forma que la usucapión ya no es precisa.

De cualquier modo, sin embargo, ésta es la única sentencia en la tesis de no ser la inscripción por sí justo título, es fundamento del fallo.

En el caso de la Sentencia de 11 de noviembre de 1969, ciertamente que la usucapión se denegó por falta de la posesión correspondiente. Con eso el fallo quedaba fundado. Pero no es menos cierto que

el TS acoge con toda claridad e insistencia, si bien, innegablemente *obiter*, el criterio de que a tenor del espíritu y de la clara letra del artículo 35 LH la inscripción es *título*, y no simple presunción de éste, señalando que lo que respecto al titular inscrito se *presume* por la inscripción a su favor, es que ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe, presunciones, todas, que admiten prueba en contrario, pero que la inscripción es, sin más, título para usucapir.

El considerando 9.º dice del artículo 35 que «concretamente se refiere a la prescripción adquisitiva *secundum tabulas*; mas, en orden al contenido de este precepto legal, debe destacarse primeramente que dentro de nuestro sistema registral, a diferencia de otras legislaciones, no se admite en forma pura la usucapición tabular o sea la exclusivamente apoyada en el Registro y sin el concurso de la posesión efectiva, de manera que por la simple permanencia de la inscripción en los libros del Registro se opere la usucapición; mas también ha de señalarse que, dada la redacción del mencionado artículo, la inscripción debe estimarse equivalente a justo título para usucapir pues así lo dice terminantemente el mismo artículo 35, aunque esto no implica que sea título inatacable; pero, por otra parte, el propio precepto analizado contine dos presunciones *iuris tantum*, como tales susceptibles de prueba en contrario, pues en efecto, según su texto, se presume la posesión pública, pacífica e ininterrumpida como también se presume la buena fe, lo cual no quiere decir que se tenga como acreditada una y otra en virtud de la mera inscripción, pues ésta realmente se limita a facilitar la usucapición que extrarregistralmente gana el titular inscrito, proporcionándole una equivalencia de justo título apto para prescribir y favoreciéndole con unas presunciones *iuris tantum*.

Y en el considerando 11.º hace suya el TS la doctrina de la sentencia recurrida, de que «conforme a los términos del repetido artículo 35 LH, a la vista de los mismos es indudable que dicho precepto *equi-para la inscripción, aunque adolezca de vicios sustanciales o formales, al justo título*, de tal manera que una vez lograda aquélla adquiere independencia y sustantividad propia para funcionar como título hábil o idóneo dentro de la mecánica de la prescripción ordinaria de la propiedad».

En el caso de la Sentencia de 13 de mayo de 1970 se trataba de una venta de parcelas hechas por cierto Ayuntamiento a un particular sin haberse cumplido los requisitos legales establecidos para la enajenación de los bienes en cuestión, y reclamada luego la nulidad por el Ayuntamiento, la estimó el Juzgado, cuya sentencia revocó la Audiencia, y ésta la casó el TS confirmando la del Juzgado, por considerar nula radicalmente la venta por faltar en ella, al no haberse cumplido los requisitos debidos, una voluntad de vender legalmente formada y, por tanto, reclamable la nulidad incluso por los otorgantes.

Ahora bien, en lo que toca a la interpretación del artículo 35 LH, artículo que se aduce en el pleito para defender la posición del demandado, que alega haber adquirido, por lo menos, si no por la compra, por usucapión, lo cierto y fijo es que el TS se desentiende de aquella interpretación, diciendo que resuelve el caso «con absoluta independencia del valor que deba darse a la inscripción registral en estos o similares supuestos, es decir, de si es bastante por sí sola para integrar, no ya el título en sí, sino también el conjunto de requisitos que éste debe de reunir de acuerdo con lo establecido en los artículos 1952 y siguientes del Código Civil, o si, por el contrario, deberá responder en todo caso, a las exigencias de justo, válido y verdadero que fallan cuando se está en presencia de un acto nulo con nulidad absoluta».

Así que la sentencia no afirma ahí que la inscripción, de por sí, no equivalga al título, de manera, pues, que esa afirmación (que no hace) no es fundamento del fallo.

No obstante esa declaración hecha en el considerando último de la sentencia, en él mismo se contienen otras dos que ciertamente sí inciden en el sentido del artículo 35, que la propia sentencia dice ser indiferente en el caso. Son:

Una, que cuando se trata de un acto nulo con nulidad absoluta, como no existe (legalmente), no puede producir efecto alguno «ni registral ni extrarregistral». Lo que es como sostener que la inscripción del artículo 35, si lo es de acto nulo, no tiene efectos de título.

Otra, que la protección del artículo 35 «tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien como el actual recurrido fue parte en el contrato que provoca la inscripción».

Ambos puntos, el de si en el artículo 35 es justo título la inscripción, aunque sea de acto nulo, y el de si es justo título a favor de cualquier prescribiente o sólo del que sea tercero hipotecario, los examinaré más adelante (2).

En el caso de la Sentencia de 26 de noviembre de 1970 para negar, como se negó, la usucapión bastó fundamentar el fallo en que el presunto usucapiente *ni poseyó como dueño ni de buena fe*. Pero aparte de eso la sentencia dice del artículo 35 que «preceptúa que la inscripción será justo título, presumiendo que se posee pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe; presunción que... no tiene un valor absoluto, sino que es *iuris tantum*, susceptible, por tanto, de ser desvirtuada por la prueba en contrario». Obsérvese, pues, que la presunción y su desvirtuabilidad las refiere la sentencia a la posesión,

(2) *Infra*, Ap. IV, n.º 3 y 8.

pero no al título, respecto del que, como dice el artículo, sólo afirma que «lo será» la inscripción.

En el caso de la Sentencia de 22 de junio de 1972 tampoco hacía falta para resolver entrar en el tema del justo título del artículo 35 pues bastaba, como se hizo, denegar la usucapión por no haber habido posesión adecuada. Pero, de cualquier modo, la sentencia dice que «el artículo 35 LH favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola, pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además que «sea poseedor efectivo», ya que en el artículo 35 no se establece únicamente la presunción de justo título en base de la inscripción, sino también, la de que el titular ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe, presunción que es *iuris tantum*. Y debe advertirse que si bien califica de *presunción* la del justo título del titular inscrito, sin embargo, sólo señala que admite prueba en contrario, es decir, que es *iuris tantum*, la que también —como la ley— denomina presunción de posesión de dicho titular, luego la de justo título será *iuris et de iure*.

La Sentencia de 3 de mayo de 1974 en la que el fundamento del fallo es que la pretendida adquirente por usucapión no lo fue por falta de posesión en concepto de dueño. Y la sentencia aunque recoge el artículo 35, no es en absoluto para decidir sobre su sentido, limitándose a transcribir su letra, porque, ciertamente sea el que sea aquél, da lo mismo al caso del pleito.

En el caso de la Sentencia de 3 de octubre de 1974 se estimó que la nulidad de la inscripción por haberse practicado sin verdadera aportación del título inscrito destruía la presunción de título establecida en el artículo 35, que es sólo *iuris tantum* (la sentencia no dice esto específicamente para el justo título, pero lo comprende sin duda, porque habla en general para el artículo 35 de presunción *iuris tantum*).

No obstante, quiero señalar que en el caso faltaba posesión del presunto usucapiente, que ni cupo amparar en la destruida presunción del artículo 35 ni pudo ser demostrada aparte de ésta.

Por último, conviene destacar algo de lo que después me ocuparé (3): la afirmación también hecha en la Sentencia de 13 de mayo de 1970, de que el usucapiente ha de ser tercero hipotecario. Dice la sentencia que el «requisito de la buena fe, que en sus aspectos positivo y negativo definen los artículos 1950 y 433 del Código Civil, no opera respecto de quienes carecen de la condición de terceros a efectos del 34 de la LH, por ser sucesores hereditarios de los primeros inscribientes, ni es compatible con la falta de título que debió servir de fundamento a la inscripción». Lo cual me parece un despropósito, desde

(3) *Infra*, Ap. IV, n.º 8.

luego, por lo que toca a que sólo el tercero hipotecario se estima de buena fe a efectos de usucapión, pero aún más, si cabe, por lo que toca a que la buena fe no sea compatible con la falta de título, que claro que sí lo es (a menos que la expresión del TS lo que haya querido decir, si bien con escasa fortuna, es que en el caso inexistente un título ni siquiera aparente, el usucapiante no era posible que creyese corresponderle el derecho que el título inexistente le habría atribuido).

Roza nuestro tema, pero de una manera totalmente inespecífica y general, aparte de *obiter*, la sentencia de 6 de mayo de 1975, según la que (considerando 3.º) «en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas* fundada exclusivamente en la inscripción, por requerirse, además, para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiante y la buena fe de éste en la posesión».

El pasaje permitiría sostener, en lo que, sin embargo, no voy a insistir porque comprendo que cabe perfectamente en una admisible laxitud de expresión, que el TS ha dicho que la usucapión en el caso que estoy estudiando, se basa *no exclusivamente* en la inscripción, sino en ésta más la posesión y la buena fe, pero quitadas posesión y buena fe, *sí exclusivamente* en la inscripción, que haría de título, sin que se pidiese éste e hiciese la inscripción sólo el papel de presumirlo.

En la Sentencia de 28 de marzo de 1980 tampoco se precisaba pronunciarse sobre el tema del justo título en el artículo 35. Se trataba de un caso en el que había doble inmatriculación, más antigua la de quien se oponía a la usucapión, y en el que faltó la posesión del supuesto usucapiante. Con eso habrá bastado. Sin embargo, el TS hace una serie de consideraciones *obiter* relativas al papel del Registro en la usucapión de nuestro Derecho, señalando ser distinto del de la usucapión tabular del Derecho alemán y advirtiendo que el nuestro «se preocupa... de reforzar la usucapión que provoca la posesión del que asimismo figura como titular registral del derecho objeto de la misma... el artículo 35 LH... viene a disponer que cuando se da la circunstancia de figurar el pretendido usucapiante como titular registral indebidamente inscrito, entonces la usucapión se desenvolverá en circunstancias favorables, por dotarla en gran parte sólo presuntivamente de todos los ingredientes necesarios [los ingredientes son sin duda el justo título, la posesión con sus requisitos debidos y la buena fe, y lo de «en *gran parte* sólo presuntivamente», no puede aludir sino a que la inscripción hace presumir la posesión con sus requisitos, y la buena fe, mientras que queda una parte fuera, que es la relativa al justo título, en el que no hay *presunción* de él, sino que lo constituye la inscripción] para que actúe la prescripción ordinaria, de manera que la inscripción sirva de refuerzo de una usucapión extrarregistral

[lo que no hay que entender como que haya sólo usucapión al margen del Registro, sino como que rechazada la usucapión *secundum tabulas*, el Registro ayuda a la extratabular haciendo título de la inscripción y presumiendo por éste los restantes requisitos de la usucapión], aprovechando la coyuntura de figurar quien pretende ser usucapiente como titular registral, mas no de elemento sustancial propio de toda usucapión tabular [es decir, ésta no existe, porque en ella se adquiriría por usucapión por el hecho de tener el usucapiente cierto tiempo una inscripción registral a su favor] como resulta del sistema general de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario y del espíritu de dicho artículo 35, particularmente de sus palabras de que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito...».

De todo lo dicho por esta sentencia, parece poder deducirse que, aunque *obiter* y sin pronunciarse expresamente sobre el tema que estudio, sin embargo, más que a otra, sirve de apoyo a la solución de ser título de inscripción.

Una de las sentencias más erróneas en el tema en estudio es la de 8 de mayo de 1982, cuyo considerando 8.º contiene una serie de afirmaciones inadmisibles, amén de en gran parte innecesarias, porque para denegar la usucapión pretendida bastaba sostener, como sostuvo, la carencia de buena fe en el usucapiente.

Dice que «es precisamente la sentencia que cita el recurrente, de 11 de noviembre de 1969, la que especifica con claridad «que si bien la inscripción equivale a justo título para prescribir ex artículo 35 de la LH, añade seguidamente —de acuerdo con la mayoría de la doctrina— que dicho artículo contiene dos presunciones *iuris tantum* y como tales susceptibles de prueba en contrario, relativamente a la posesión pública, pacífica e ininterrumpida, y a la buena fe, es decir, mientras los Tribunales no declaren la inexactitud del asiento por su discordancia con la realidad jurídica —SS. de 5 de abril de 1961, 6 de mayo de 1961, 22 de enero de 1963—, y es esta realidad la que precisamente da como existente la sentencia impugnada al dar como probada la ausencia de buena fe en los adquirentes, sabedores de que su transmitente no era dueña de las fincas y que, consiguientemente, el título base de la inscripción no era apto, sino viciado, lo que por sí impedía la usucapión *secundum tabulas*, apreciación correcta porque por mucha eficacia que se quiera dar a la inscripción es claro que ello no puede purgar defectos sustanciales del título como el aquí cuestionado, y al que si bien no puede calificarse de inexistente o nulo —dada la admisibilidad de la venta de cosa ajena— sí merece el calificativo de ineficaz o inapto para producir la transmisión —y tradición— de las fincas no integradas en el patrimonio de la vendedora, ni tampoco ocupadas (no hay que olvidar que el derecho transmitido era la mitad indivisa de tres fincas) ni apropiadas por los compradores, que no tienen, como se ha dicho, condición de terceros hipotecarios, inatacables en su adquisición, realmente *a non domino*».

Afirmaciones, todas éstas de la sentencia, respecto de las que cabe advertir que:

1.º Ciertamente que la Sentencia de 11 de noviembre de 1969 afirma que el artículo 35 contiene dos presunciones *iuris tantum*, las relativas a la posesión y a la buena fe, pero no dice que sea presunción la del justo título.

2.º Como he expuesto ya para sentencias anteriores, es equivocado mantener que el usucapiente haya de tener la condición de tercero hipotecario. Asunto del que me ocuparé después (4).

3.º Pero la más errónea de todas es la afirmación de que para usucapir no pueda estimarse la eficacia de la inscripción, no ya de un acto nulo, sino de una transmisión de finca ajena. Criterio totalmente inaceptable por la escasa ayuda a la usucapión que prestaría el Registro si es que el acto extrarregistral que constituiría el título hubiese de ser completamente válido, perfecto y operante de por sí, pues de seguir el criterio de al sentencia hasta se excluiría de valer como título registral la inscripción de un título material que como el de compraventa de cosa ajena, por ejemplo, vale como título en la usucapión extrarregistral.

Doctrina contraria a la anterior es la mantenida por la Sentencia de 18 de febrero de 1987, según la que «no ha de olvidarse que la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia Ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapión ordinaria».

Sentencia en la que si bien no se aborda el sentido de ser justo título la inscripción en el artículo 35, sí se deja claro que: 1.º) puede usucapir, como es obvio el adquirente a *non domino*, y 2.º) no tiene que ser un tercero hipotecario, todo ello dicho, ciertamente, *óbiter*.

Por último, la Sentencia de 27 de mayo de 1991, en la que tampoco como fundamento del fallo, que se basó en no haber lugar a la usucapión por falta de posesión pacífica y buena fe, sin embargo, volvió a repetir el TS una vez más, en el fundamento de Derecho 4.º que en el artículo 35 la presunción *iuris tantum* se refiere a la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe, pero que tal artículo «suministra» —esa es su palabra— al titular inscrito, no una presunción de título, sino «un equivalente del *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis*, consistente en la *inscripción misma*».

Y aquí acaban las sentencias que conozco sobre el tema de que me estoy ocupando.

(4) *Infra*, Ap. IV, n.º 8.

A la vista de las recogidas, no cabe sino llegar a la conclusión de que *globalmente* el TS está algo desnortado sobre cuál es el espíritu del «será justo título la inscripción» del artículo 35 LH, y por ello, no ha consolidado una jurisprudencia al respecto, sino que, como hemos visto, da bandazos, algunos casi de zozobrar.

3. LA DOCTRINA

3.1. Consideraciones generales

Veamos ahora si la doctrina nos ilustra más:

Lo hace, ciertamente, y con profusión, pues el presente es una de los temas más discutidos de la materia, y que ha dado lugar a más opiniones, vertidas bien en obras generales, bien en estudios monográficos. Aparte de los opinantes, algunos autores se limitan a transcribir el texto legal o de cualquier modo, aún exponiendo la diversidad de opiniones sobre él, no toman partido (5). Ahora bien, así como en la jurisprudencia podríamos decir que hubiese empate entre las sentencias partidarias de que la inscripción es título y las de que es presunción de título, en la doctrina diferentemente son bastante más numerosos los partidarios de aquéllo.

3.2. Panorama general de la doctrina

A favor de ser título la inscripción se hallan con más o menos razonamientos Roca Sastre, Porcióles, La Rica, Azpiazu, Badosa, Lacruz, antes, O'Callaghan, Núñez Lagos, Encarna Roca, Castán, Espín, Borrell y Soler, Puig Peña, Santamaría, de Casso, de Cossío, Chico y Bonilla, Díaz González, Rodríguez Arias en Manresa, Reyes Monterreal en Scaevola y Cano Tello. En contra, con diversos matices que después veremos, Sanz, Bergamo, Lacruz hoy, Luna, Santos Briz, Álvarez Caperochipi y Peña, José María, aunque él pretende que concilia las dos tesis en discusión. En cuanto a Morales Moreno, Díez-Picazo y Gullón, hoy, y Díez-Picazo, rechazando la equiparación sin más de la inscripción al justo título, optan por estimarla presunción *iuris tantum* de éste, pero no una presunción *iuris tantum* normal, destruible por la simple prueba en contrario, sino sólo por la destrucción de la inscripción; todo ello con precisiones que luego veremos.

(5) Tal es el caso de Peña, Manuel, «Derechos reales. Derecho hipotecario», 1982, p. 65.

3.3. Doctrina a favor de que sea título la inscripción

Entre los defensores más lacónicos de ser título la inscripción están De Cossío (6), de Casso (7) y Cano Tello (8) y lo estaban antes Díez-Picazo y Gullón (9), que hoy dicen lo que después señalaré (10), que sólo lo afirman y luego añaden que, además, por ella se *presume (iuris tantum)* que el usucapiente ha poseído; Castán, que dice que el artículo 35 concede al titular inscrito «un doble beneficio: a) el de que la inscripción hace las veces de justo título..., y b) el de que la inscripción lleva una presunción de posesión... dicha presunción hay que considerarla *iuris tantum*» (11); Espín, que aparte de señalar ser ésta presunción *iuris tantum* (lo que también hacen los autores que recogeré después, por lo que, desde ahora lo doy por sobreentendido y me reduzco al extremo de la inscripción como título) insiste en que la inscripción *equivale* al título, recogiendo por nota a algunos autores a los que se suma por opinar esto también (12); Puig Peña que entiende que el artículo 35 encierra «dos resultados: uno de carácter categórico y terminante, y otro de carácter simplemente presuntivo. El primero es considerar a la inscripción con el carácter de justo título... O lo que es lo mismo, que la inscripción por sí misma, independientemente del título que la produjo, es considerada como un título hábil para usucapir» (13), y otros más, como Lacruz antes (14); Díaz González (15); Azpiazu (16); Borrell y Soler (17); Rodríguez Arias (18); Reyes Monterreal (19); Chico y Bonilla (20); O'Callaghan (21), y Santamaría (22), que, de uno u otro modo, afirman ser la inscripción el título,

(6) «Instituciones de Derecho hipotecario», puesta al día por De Cossío Martínez, 1986, p. 254.

(7) «Derecho hipotecario», 4.ª ed., 1951, p. 196.

(8) «Iniciación al estudio del Derecho hipotecario», 1982, p. 296.

(9) «Sistema de Derecho Civil», III, 2.ª ed., 1981, p. 370.

(10) *Infra*, Ap. III, n.º 8.

(11) «Derecho Civil», II, 1.º, 13.ª ed., 1987, p. 393.

(12) «Manual de Derecho Civil español», II, 6.ª ed., 1981, p. 178.

(13) «Compendio de Derecho Civil español», II, 1966, p. 271.

(14) «Derecho inmobiliario registral», 1968, p. 202.

(15) «Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario», I, 1967, pp. 177 y 178.

(16) Más sobre el tema «la prescripción y el Registro», en *RCDI*, 1945, p. 427.¹

(17) «Derecho Civil español», II, 1955, p. 285.

(18) En Manresa «Comentario al Código Civil», XII, 5.ª ed., 1951, p. 889.

(19) En Scaevola, «Código Civil», XXXII, 1.º, 1965, p. 617.

(20) «Apuntes de Derecho inmobiliario registral», I, 1967, pp. 300 y 301, que, sin embargo, señalan que el artículo 35 que dice ser la inscripción título lo que no dice es que por aquélla se tenga tal título por verdadero y válido, como pide el artículo 1953 del Código Civil. Pero de este punto me ocuparé en su momento.

(21) «Compendio de Derecho Civil», III, 1985, p. 381.

(22) «Comentarios al Código Civil», II, 1958, p. 1009.

o hacer las veces de éste (de modo que no establece una simple presunción del mismo, sino que lo sustituye), o hacerlas por sí sola, o tener sustantividad de título, etc., muchos e los que (de esos y de los anteriores) invocan principalmente la opinión de Roca Sastre (que luego recogeré con el detalle de sus argumentos) o se suman a ella.

Defensores más detallados de ser la inscripción justo título son otros autores, el principal Roca Sastre, según el que (23) el artículo 35 da a la inscripción a favor del titular registral el valor de justo título, «esto es, la categoría de título justo, idóneo o apto, siempre naturalmente mientras tal inscripción subsista. No es, pues, que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria *presuma* la existencia de tal justo título, con presunción *iuris tantum*, sino que rotundamente quiere que la inscripción *valga como título*. En una palabra, según este artículo 35, la inscripción, en tanto esté vigente implica de por sí justo título a favor del titular registral a los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria. La inscripción por sí sola, independientemente de toda idea de existencia de título formal o documental, *hace las veces* de causa hábil o de título justo para la usucapción ordinaria. La inscripción por sí sola es el *sucedáneo* del justo título requerido para este tipo de usucapción, siempre con tal que la misma persona del usucapiente figure como titular registral del mismo dominio o derecho real objeto de la usucapción, y en tanto subsista como tal inscripción. Ante lo terminante del precepto huelga o es ocioso querer penetrar en el examen de la validez, idoneidad o existencia de un título documental base de la inscripción correspondiente, pues aunque éste, como caso insólito no hubiera existido, la inscripción existiría y haría las funciones de tal *título justo* a efectos de la usucapción ordinaria. El artículo 35 dispone que la inscripción es *justo título* para la usucapción y con esto basta, pues mientras tal inscripción subsista o no esté cancelada despliega la fuerza de *iusta causa usucapionis* a los fines del artículo 35 que comentamos. Y esto aunque tal inscripción lo sea de inmatriculación... Hay diferencias entre la norma que contiene un *dicere* y la que contiene un *praesumere*, y pertenece indiscutiblemente a la primera categoría normativa la disposición del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de que la *inscripción será justo título a los efectos de la usucapción por parte del titular registral*. Esto es de toda evidencia. Y que no sediga que entenderlo así violentaría a nuestro sistema civil e hipotecario, pues equivaldría a ir más allá de lo que permite el principio de legitimación, porque nada de esto es cierto, porque lo sería si aquellas palabras del artículo 35 dotaran a la inscripción de una fuerza invulnerable, pero no es así, porque precisa no olvidar que la inscripción hace

(23) «Derecho hipotecario», II, 7.^a ed., por Roca Sastre Muncunill, 1976, pp. 13 y ss.

las veces de título *en tanto ella subsista* y no impide, por tanto, que el *verus dominus* ejercite su acción reivindicatoria o confesoria y logre en consecuencia su cancelación en tanto la usucapión no se haya consumado. Por esto el error de la teoría de Sanz, y de todos sus seguidores, radica en la confusión entre esta posibilidad de impugnar la inscripción que hace de *iusta causa usucapionis* y la prueba en contrario enervadora de las presunciones *iuris tantum*, olvidando que allí la impugnación es *directa*, mientras que aquí es sólo *indirecta*, pues en la presunción legal *iuris tantum* la norma viene a disponer que en caso de duda prevalecerá una solución determinada mientras no se demuestre lo contrario, constituyendo tan sólo el juego de un desplazamiento de *onus probandi* para desvanecer la presunción legal, cosa que de ninguna manera ocurre en nuestro caso».

También Porcioles (24), para quien «el artículo 35, que se contrae a la prescripción tabular, refuerza sólidamente la posición del titular inscrito. A la inscripción se le concede el carácter de justo título, y se sienta la presunción, naturalmente *iuris tantum* de que el titular del Registro ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia de su asiento. Las dudas que en nuestra patria se habían suscitado sobre lo que debe estimarse por justo título, y especialmente por verdadero y válido, quedan en gran parte obviadas para los titulares que estén prescribiendo según el Registro. La usucapión mientras subsista equivaldrá al justo título, y sólo mediante su rectificación en la forma que determine la LH podrá desposeerse de este carácter al titular inscrito».

La Rica (25), según el que ser la inscripción justo título, como quiera que la ley no contiene una presunción sino una afirmación, es una presunción *iuris et de iure*. «La inscripción en el Registro actúa siempre como *justo título*, suple a cualquier otro título mejor o peor.»

Núñez Lagos, según el que «la inscripción equivale al justo título» (26), y «mientras no se extinga el asiento, la inscripción es justo título irremediablemente, y una vez pasado el plazo de usucapión ordinaria sin posible prueba en contrario... Transcurrido el plazo para la usucapión ordinaria, ésta podrá impugnarse por haber faltado la posesión de hecho, pero no por el título si ha habido inscripción» (27). Afirmando también Núñez Lagos (28) que el artículo 35 «No es una pre-

(24) «La prescripción y el Registro de la propiedad», en *Cuestiones de Derecho hipotecario y social*, 1945, p. 189.

(25) «Comentarios a la reforma de la Ley Hipotecaria», 1945, p. 99.

(26) «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1945 (I), p. 454.

(27) «Dos acciones y un solo artículo», en *Rev. Real Acad. Jurisprudencia*, II, 1951, pp. 17 y 18.

(28) «La fe pública especial», en *RDN*, n.º 20 (abril-junio, 1958), p. 36.

sunci6n *iuris tantum* [de t6tulo]. Es una sustituci6n de t6tulo formal. El t6tulo sustantivo ha cambiado de forma documental: se ha vestido con la inscripci6n».

Badosa opina que (29): «Respecto de la relaci6n t6tulo material inscripci6n, el principio fundamental que las rige es el art6culo 33 LH, en virtud del cual la inscripci6n no convalida el t6tulo material inv6lido. O lo que es lo mismo, el t6tulo material, aunque est6 inscrito, sigue rigi6ndose por sus reglas espec6ficas (las de Derecho material). Pues bien, el art6culo 35 de la Ley Hipotecaria aporta indirectamente una modificaci6n a tal regla del art6culo 33, no convalidando el t6tulo inv6lido (lo que significa derogar este 6ltimo), pero s6 supliendo sus irregularidades y concretamente su ineptitud para actuar en la usucapi6n. O sea, que el t6tulo del art6culo 35 funciona como si corrigiera las deficiencias del t6tulo material inscrito. Aunque en realidad lo que hace es crear un nuevo t6tulo con una virtualidad *per se* y aut6noma. En la pr6ctica es, pues, como si lo hubiera convalidado (a los solos efectos de la usucapi6n). En el caso de que el t6tulo inscrito sea v6lido, nos encontramos con dos t6tulos: el material inscrito y la inscripci6n, ambos adecuados para la usucapi6n. ¿Cu6l es entonces la utilidad del art6culo 35 de la Ley Hipotecaria? La facilidad de prueba. Evidentemente, al t6tulo del art6culo 35 le es perfectamente aplicable el art6culo 1954 del C6digo Civil, lo mismo que al material inscrito. Lo que ocurre es que es mucho m6s f6cil probar el t6tulo por equivalencia, gracias a la publicidad formal del Registro, que probar el material, por lo que en la mayor6a de los casos el t6tulo que se alegar6 para la usucapi6n ser6 la inscripci6n. 2.º) *Repercusi6n del art6culo 35 de la Ley Hipotecaria respecto del t6tulo material inexistente*. En cuanto al t6tulo material inexistente es evidente que, prescindiendo el art6culo 35 de toda alusi6n a la buena fe, es perfectamente posible que el t6tulo por equivalencia suple un t6tulo material inexistente, puesto que s6lo exige la mera inscripci6n sin referirse al proceso que ha llevado a ella ni a que lo sea de un t6tulo material existente (en tal caso, sin embargo, faltar6a la buena fe). 3.º) *El art6culo 35 de la Ley hipotecaria deroga la regla del art6culo 1940, que exige un justo t6tulo como requisito de la usucapi6n*. En efecto, el art6culo 1940 exige para la usucapi6n ordinaria un justo t6tulo. Y 6ste es el que legalmente basta para transmitir el derecho real que se usucape (art. 1952). Pues bien, el art6culo 35 de la Ley Hipotecaria constituye en t6tulo *ad usucapionem* a un asiento registral, que como tal no es adecuado para transmitir el derecho real que publica. Al admitir la inscripci6n como t6tulo a efectos de la usucapi6n, el art6culo 35 de la Ley Hipotecaria viene a modificar el contenido del art6culo 1940 del C6digo Civil,

(29) «Justo t6tulo», en *NEJ Seix*, XIV, 1971, pp. 698 y 699.

haciendo posible excepcionalmente que un título que no es “justo” sea, sin embargo, adecuado para la usucapión.»

Y Encarna Roca, la que afirma (29 bis) que la inscripción no es presunción de título, sino que convierte en título para la usucapión al título material defectuoso.

3.4. Doctrina en contra de que sea título la inscripción

Los adversarios de que la inscripción sea justo título, unos simplemente dicen que sienta una presunción de título que admite prueba en contrario, como Santos Briz (30), o que la jurisprudencia no admite que la inscripción pueda servir por sí misma de título, como Álvarez Caperochipi (31). También algún otro como Bergamo (32) más que razones, da opiniones, pues se limita a decir que «pese a la *reciedumbre* de la terminología legal» [¡y tanto, como que dice que la inscripción «será» justo título!], es «dudoso» que «esa presunción [presunción, no, digo yo, sino *afirmación* o *mandato*: “será”] constituya un postulado jurídico inatacable. Si pretendiéramos concederle el rango de presunción *iuris et de iure* —continúa Bergamo— no sólo tropezaríamos con el obstáculo fundamental que opone el artículo 1954 del Código Civil, a tenor del que el justo título debe probarse, no se presume nunca [no veo que chocáramos, tanto se estime el 35 excepción al 1954, como se estime que siendo el título la inscripción, ya haya título con ésta], sino que también echaríamos al olvido que la presunción legitimadora, típica de la inscripción, tiene en su fondo, por la propia esencia de las presunciones *iuris tantum*, un simple juego procesal, consistente en echar la carga de la prueba sobre el adversario del Registro. A nuestro juicio, pues, la posición jurídica del usucapiente, a efectos del artículo 35 debe interpretarse de la siguiente forma: la ley, prescindiendo de momento de si el usucapiente es un titular verdadero o un mero titular aparente, le protege con una presunción de existencia de título que desplaza la obligación de probar hacia un contradictor; pero si la impugnación de éste triunfa *in iudicio*, dejará de funcionar la tutela de la apariencia, y el usucapiente, privado de *causa possessionis*, deberá ceder ante el mejor derecho invocado por el opositor». Así concluye Bergamo. Pero pienso yo que todo lo que dice no es sino la pura manifestación de creer él que el

(29 bis) «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la propiedad», en *RCDI*, 1979, pp. 45 y 46.

(30) «Derecho Civil», II, 1973, p. 257.

(31) «Derecho inmobiliario registral», 1986, p. 124.

(32) «La usucapión y el Registro de la propiedad», en *AAMN*, III, 2.ª ed., 1959, páginas 282 y 283.

sentido del artículo 35 es establecer simplemente una presunción de título, mas sin fundamentar su opinión y sin combatir las razones en contra ni la contundencia literal del texto legal.

En cuanto a Sanz, en un primer trabajo sobre el particular (33) decía que «el titular registral tiene a su favor la presunción de que posee pública, pacífica e ininterrumpidamente y con buena fe, y la inscripción es considerada como justo título. Es dudoso si se establece para el título una regla jurídica inatacable, de forma que siempre y sin posibilidad de impugnación tenga la inscripción aquella consideración, o que deba interpretarse que existe aquí una simple presunción *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario». Y concluía afirmando que, a su juicio, la solución era esta última. Pero después cesó en su duda y ya mantuvo decididamente este criterio diciendo (34): «Según el Código Civil, el título para la usucapión ordinaria ha de ser apto para transmitir el dominio, verdadero, válido y probado (arts. 1952 a 1954). Los tres primeros de estos requisitos no se alteran por la Ley Hipotecaria; sí, en cambio, el último. Frente a la declaración terminante del artículo 1954, según el cual, el justo título no se presume nunca y debe ser probado, el artículo 35 dice que los efectos de la usucapión *será justo título a la inscripción*. ¿Cuál será el alcance de esta declaración? A mi juicio —afirma Sanz— es imposible admitir en absoluto esta afirmación de la Ley dentro de nuestro sistema hipotecario. Si se trata de inscripciones que no sean de inmatriculación, o dentro de éstas, de las apoyadas en el artículo 205, no hay cuestión, porque el título existe. Cuando se trata de inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio, de acta de notiedad o de información posesoria, mientras subsistan el problema se ofrece en términos muy diferentes. Es evidente que las inscripciones de posesión no pueden ser título para la usucapión, ya que sólo producen los efectos que les atribuyera la legislación anterior y no les es aplicable este artículo 35. A las practicadas en virtud de expediente de dominio o de acta de notoriedad es difícil concederles el carácter de título. En primer lugar, se violentaría con ello nuestro sistema civil e hipotecario, según el cual, la inscripción no es nunca, por sí sola, título ni modo para la transmisión del dominio. En segundo término, se introduciría una fuerte contradicción con la naturaleza de estos medios de inmatriculación, en que normalmente se partede la base de la inexistencia del título. Por último, se iría mucho más allá de los efectos de la legitimación registral, de que es consecuencia el artículo 35, ya que, según se vio en otro lugar, este efecto de la inscripción ni puede tener más alcance en nuestro sistema que el de ser una presunción de la existen-

(33) «La reforma de la Ley Hipotecaria», en *RDP*, 1245, p. 22 y 23.

(34) «Instituciones de Derecho hipotecario», I, 1947, p. 532.

cia de título, ni pasa de ser una simple presunción *iuris tantum*. Existe, pues, una contradicción entre el artículo 38, que establece una presunción *iuris tantum* de título, y el 35, que atribuye, a primera vista, este carácter a la inscripción. Esta contradicción, dado el carácter restrictivo con que necesariamente hay que interpretar este último artículo, con arreglo al artículo 1954 del Código Civil, debe resolverse a favor del artículo 38. En consecuencia, hay que estimar que el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* del título, derogando en favor del titular inscrito el artículo 1954 del Código.»

Por su parte, Luna (35) piensa que «la inscripción no puede sustituir como justo título al acto cuya calidad de justo título, no es dable reconocer con arreglo a la norma examinada [el art. 35] —cabe, en efecto, que la inscripción practicada sea mediante expediente de dominio (art. 199 LH)— y menos es causa, en cuanto título meramente formal y no sustantivamente material, de la transmisión». Mas, ante esas afirmaciones, yo me pregunto por qué la inscripción no va a poder sustituir al título material, si lo establece la ley cuando afirma que «será justo título la inscripción». ¿Es que la ley no va a poder hacer las cosas como le parezca, y así cambiar en nuestro caso título por inscripción? Sería como si dijese que inscrito a favor del usucapiente el derecho en usucapión, la inscripción *es* el título (ese *es*, no se diferencia, a nuestros efectos, del *será*, que es lo que dice el artículo, luego es por si dijera *es*). ¿Y no va a poder hacer eso el legislador que puede, como puede y hace, en la usucapión extraordinaria *suprimir* la necesidad de título? En definitiva, si se quiere la usucapión del artículo 35, para quien no estime título *serio* la inscripción, sería a lo más una usucapión sin necesidad de título (como la extraordinaria), sino de sólo inscripción (aparte, claro está, de la posesión, y de la buena fe, que a diferencia de en la extraordinaria, se exigiría en esta usucapión ordinaria sin título).

En definitiva Luna cree que lo más lógico es interpretar el artículo 35 no como supliendo al título la inscripción sino siendo ésta una presunción de validez y veracidad de aquél. Así que como Bergamo. Por tanto, piensa Luna que hace falta realmente aparte de la inscripción un título verdadero y válido, sin que, como es natural, por aplicación del artículo 33 puedan convalidarse por ser inscritos los actos nulos, que no servirán, pues, de título. Dice así: «De atenderse a la letra del artículo 35 LH, la formalidad de la inscripción configuraría un justo título para usucapir sobre la base de un título material que, en la economía del Código Civil, hubiera impedido siempre prescribir ordinariamente. En este sentido, dar a la proposición normativa del artículo 35 LH el valor de equiparar la inscripción al justo título supondría

(35) En «Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia», II, 1991, pp. 2129 y 2132.

privilegiar al titular inscrito de una manera tan generosa que no sólo superaría la disciplina del Código Civil, sino que incluso significaría en el legislador hipotecario hacer dejación, para este caso, de los criterios que expresa en el artículo 33 LH, a tenor del cual la inscripción no convalida los actos o contratos nulos: resultaría, en efecto, de modo bastante sorprendente, que la inscripción basada en un acto nulo, que no convalida, sirve de justo título para usucapir. Para salvar todos los aspectos de incongruencia, una parte minoritaria de la doctrina sostiene, seguramente con acierto, que la norma hipotecaria ahora considerada no contiene sino una presunción de veracidad y de validez del título material, que ha de ser cabalmente el justo título.» Eso dice Luna. Y por mi parte he de confesar que no veo los «aspectos de incongruencia» que se trata de «salvar», pues sólo hay algo claro y congruente, que la ley para el caso del artículo 35 LH sustituye al título por la inscripción.

Morales Moreno, que es quien más se ha ocupado de nuestro tema, dedicándole un estudio monográfico sumamente valioso (36), consciente del innegable peso de las palabras de la ley —«será justo título la inscripción», y, digo yo, además de ese peso en sí, el que le añade la comparación con el «se presumirá» relativo a la posesión y sus requisitos— opta por analizar los efectos de la equiparación de la inscripción al justo título, para así ver de probar su improcedencia. Dice (37): «Contemplada la equiparación de la inscripción al justo título desde el plano de los requisitos del justo título, exigidos por el Código Civil en la usucapición ordinaria, resulta contradictoria, o, al menos, perturbadora. Tal equiparación abre la posibilidad de que en muchos casos pueda producirse la usucapición ordinaria sin necesidad de justo título, o, lo que también es grave, de que el derecho cuya adquisición ella determina venga configurado por la inscripción en forma diferente a la prevista en el título material válido, por divergencias entre el acto inscrito y la inscripción, consecuencias ambas que resultan particularmente chocantes, si se tiene en cuenta el espíritu de armonía con el Código Civil que parece animar al artículo 35 LH. Sus palabras iniciales “a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito”, y la propia Exposición de Motivos, con que lo presentaba el Legislador en 1944, son exponente de la intención de encajar las ventajas derivadas del mismo en el marco de la usucapición del Código. En el sistema del Código la usucapición ordinaria exige, junto a la posesión, justo título y buena fe. La exigencia del justo título determina la función jurídica que a ella le toca desenvolver. De las dos posibles causas que impiden se produzca la transmisión de un

(36) «La inscripción y el justo título de usucapición», en *ADC*, 1971, pp. 1123 y ss.

(37) *Ob. cit.*, pp. 1129 y ss.

derecho, falta de titularidad o imposibilidad de transmitir el derecho de un lado, y vicios del título transmitivo de otro, la usucapión ordinaria está llamada a subsanar la falta de titularidad del causante, pero no los vicios del título. Para cumplir esta función, el Código Civil invoca al título de carácter sustantivo y no al meramente formal. Es justo título, para él, el que legalmente basta para *transferir* el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate (art. 1952), y ha de ser verdadero y válido (art. 1953). Por esta razón, la inscripción, título de carácter formal, aunque tenga enormes posibilidades de ser exponente de un justo título sustantivo, ni es en sí misma el justo título material que invoca el Código Civil, ni tampoco parece que deba desplegar en la usucapión ordinaria la misma eficacia jurídica de aquél (sin prejuzgar su existencia). Haciendo a la inscripción exponente de idéntica eficacia jurídica que el título de usucapión se perturba el sistema de ésta, sistema invocado, por cierto, por el propio artículo 35 LH y al introducir, en el mismo, este elemento extraño, en ocasiones se transformará su función. Caso de inexistencia o nulidad del título material, se hará posible la usucapión ordinaria sin justo título, lo cual es difícilmente concebible desde el Código Civil. Caso de que el derecho referido en el título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad (consentimiento) de las partes, que cristalizó en el título material. Caso de existir circunstancias incidentes sobre la transmisión, como condición, término, causas de anulabilidad, que no consten en el Registro, la usucapión ordinaria podrá obstaculizar e impedir su normal eficacia.» Al final de esos razonamientos y otros, Morales Moreno, que, según lo visto, rechaza la equiparación de la inscripción al justo título, entiende «obligado buscar una interpretación del texto “será justo título la inscripción” que sin suponer aquella equiparación, se adapte en el mayor grado posible al sentido de su letra» (38). Yo, para mí tengo que nada hay que más se adapte al sentido de la letra de «será justo título la inscripción», que entender que «la inscripción es justo título». Lo demás son expedientes para huir de un sentido literal que está clarísimo, que es perfectamente admisible y que no hay otro elemento de interpretación que aconseje excluir. Pero Morales Moreno considera (39) que «rechazada [por él] la equiparación de la inscripción al justo título, se presenta como más razonable la postura que ve en el artículo 35 una mera presunción *iuris tantum* de justo título». «Pero —continúa— el argumento del sentido literal de este precepto sigue pesando [¡y tanto!] y exige una cierta puntualización», que Morales Moreno entiende así: «La

(38) *Ob. cit.*, p. 1137.

(39) *Ob. cit.*, pp. 1140 y ss.

presunción *iuris tantum* de justo título es consecuencia de una más amplia presunción de titularidad, apoyada en el artículo 38 LH», pues, según afirma Lacruz, «La presunción del artículo 38 se basa en la suposición de que el *auctor* del titular inscrito era verdaderamente propietario (o el adquirente un protegido por la fe pública), y en la validez y veracidad del título publicado (que no ha de ser necesariamente un acto oneroso). Pues si el derecho realmente existe y pertenece al sujeto que el asiento designa, sólo puede ser concurriendo las dos circunstancias: legitimación del *auctor* y título válido». El artículo 35 aplica la presunción del título adquisitivo a la materia de la usucapión (justo título de usucapión). Ello quizá pueda juzgarse reiteración innecesaria, pero tal reiteración es conveniente, pues podría pensarse que el artículo 38 presume la titularidad (y sus presupuestos) en los casos en que esta titularidad puede ofrecer duda, pero no en aquellos en que, como sucede en la usucapión, se parte de su no existencia. Para evitarlo, se dota al titular registral de un medio cómodo de probar el justo título de usucapión, medio que no implica una prueba plena del mismo, sino un principio de prueba (inscripción) completado por la presunción. Ello supone un límite al artículo 1954 del Código Civil. Como derivada de la legitimación, la presunción que consideramos permite que a partir de la inscripción, se admita, en principio, que el titular registral tiene justo título, pero no que se supla al justo título. El contenido de la inscripción, en cuanto título de legitimación, se toma como verdad sólo provisionalmente, y queda siempre abierto el camino para demostrar que no merece esa consideración. La presunción puede destruirse, antes y después de transcurrir el tiempo de usucapión. En ambos casos, si se demuestra que en la realidad faltó el justo título, puede atacarse *ex tunc* esta presunción, pues prevalece la realidad desde el comienzo. Por derivar de la inscripción y estar ligada a la legitimación que ella engendra, no basta para destruir la presunción que consideramos la «prueba en contrario» (cfr. art. 1251). Es además preciso atacar la inscripción de donde ella se hacer derivar. Con lo anterior —concluye Morales Moreno— quizá pueda explicarse la expresión «será justo título la inscripción». Yo creo que no, que como únicamente se explica es *siendo justo título la inscripción*. Sin embargo, pienso que una gran verdad hay en lo que dice Morales Moreno cuando habla de que para destruir la presunción que la inscripción proporciona (para mí destruir el título que constituye la inscripción) no basta la prueba en contrario, sino que es «preciso atacar [y destruir, digo yo] la inscripción». Pero resulta que destruida ésta, ya no hay título a efectos del artículo 35, porque ya no hay inscripción que *era* el título. Lo que ciertamente es así, pero, en definitiva, no discrepa de lo mantenido por los defensores de que la inscripción *es* título, porque ninguno de ellos niega que deje de serlo si se la impugna victoriosamente.

Por su parte, Lacruz (40) ha cambiado su antigua opinión, considerando hoy que la inscripción hace *presumir* la validez y veracidad del título inscrito, pero que no le sule, a pesar del tenor literal del artículo 35. Para llegar a esta conclusión declara haber sido convencido por los argumentos de Morales Moreno, que transcribe en lo que cree esencial.

Por lo que toca a Díez Picazo y Gullón, como vimos, en un principio (41) mantuvieron, sin más, que «es justo título la inscripción y que se presume (*iuris tantum*) que el usucapiente ha poseído pública, pacíficamente, sin interrupción y de buena fe...». Pero posteriormente (42) agregan después de repetir aquello que: «Parece, pues, que las presunciones se refieren a la posesión y sus características, mientras que la propia inscripción equivale al título. Ahora bien, ello no debe entenderse como derogación de la regla del artículo 33 LH, por lo que la inscripción fundada en un acto o contrato nulo no implicaría, por virtud del artículo 35 LH, que se tiene título para la usucapión, lo que contravendría además la exigencia del título verdadero y válido para la usucapión ordinaria que exige inexcusablemente el artículo 1953 del Código Civil. Lo que ocurre es que aquí no bastaría probar la inexistencia o nulidad del título como si se tratase de una prueba contraria a una presunción *iuris tantum*, sino que habría que solicitar la cancelación de la inscripción (arts. 38, p. 2.º, y 79, n.º 3.º, LH).»

Díez Picazo (43) entiende acertada la tesis de Morales Moreno, pensando que del análisis del tema se puede extraer la conclusión de que «la inscripción no es mera presunción *iuris tantum* de justo título, sino que lo sustituye, a menos que se declare de nulidad de la propia inscripción o del acto o título que le sirvió de base».

A lo que debo apostillar lo amismo que dije para la opinión de Morales Moreno: que si la inscripción se ataca y destruye por razones de ella misma o del título en que se basó, vendrá a faltar la inscripción y, con ella, el título que es para usucapir. Si no, subsistirá la inscripción como título por mucho que, sin hacerlo repercutir en la inscripción, se invalide extrarregistralmente el título material.

Lo que también hace Díez Picazo es, tomando la idea de Chico y Bonilla, señalar que con el artículo 35 LH se facilita la exigencia de los artículos 1940, 1952 y 1954 del Código Civil de un justo título existente y probado, pero no la del artículo 1953 de que sea verdadero y válido. Extremos que veré después (44).

(40) «Elementos de Derecho Civil», III, 1.º, 2.ª ed., 1988, p. 213.

(41) «Sistema de Derecho Civil», III, 2.ª ed., 1981, p. 370, opinión recogida *supra* texto de la nota (9).

(42) En la misma obra, 4.ª ed., reimpresión 1989, p. 328.

(43) «Fundamentos de Derecho Civil patrimonial», II, 1978, p. 634.

(44) *Infra*, Ap. IV, n.º 3.

Por último, aunque él mismo dice creer que su opinión concilia las dos encontradas, de ser la inscripción o título o presunción de título, Peña, José María (45), también debe ser adscrito a ésta, ya que la «conciliación» que hace de las dos tesis contrapuestas no es realmente tal, pues dice que según el artículo 35 la inscripción *es* título formal, pero en él *se presume iuris tantum* el título material para usucapir, y así piensa que ha «conciliado», pero nada más lejos de la realidad, pues si sólo el material o su presunción, y no el título formal de por sí, sirve para usucapir, es que gana la tesis de la presunción *iuris tantum* de título material.

4. ANALISIS DEL TEMA

4.1. Consideraciones generales

Hasta aquí la jurisprudencia y la doctrina sobre nuestro tema. A tenor de aquélla, se puede decir que la cuestión queda en tablas. Mas, por lo que toca a la doctrina, aunque ciertamente la cosa no ha de resolverse por número de votos, la verdad es que, como hemos visto, la solución de ser la inscripción título tiene una mayoría de éstos que pudiera calificarse, no ya de holgada, sino de aplastante, aparte de que se debe señalar que entre sus partidarios están dos especialmente sobresalientes, uno, Roca Sastre, por ser, sin duda, el primero de nuestros hipotecaristas, otro, Porcioles, por haber sido Director General de los Registros durante la elaboración de la reforma de la LH que introdujo el artículo 35, reforma de la que fue máxime artífice, de modo que con toda razón puede llamarse «padre» de la misma (45 bis), lo que nos facilita el precioso dato de que el propósito del legislador que lo dictó era que el artículo 35 significara verdaderamente que la inscripción fuese título, y no simplemente presunción de él, propósito que cuando se expresa con palabras tan contundentes como las de que «*será* justo título la inscripción», hace muy difícil mantener, contra la letra del precepto y contra la *mens legislatoris* unidas que el sentido sea otro, argumentando que éste otro armoniza mejor con el conjunto del sistema (cuando, además, resulta que aquel sentido también cabe perfectamente en tal sistema), pues de semejante cosa podría decirse, como de otra parecida decía García Goyena (46),

(45) En «Comentarios de Jurisprudencia», en *ADC*, 1972, p. 799.

(45 bis) Como dice, por ejemplo Núñez Lagos, *op. cit.*, pp. 421 y 453, donde afirma ser la LH el «último hijo» de Porcioles, «el más calificado y esforzado autor del Anteproyecto», que en nuestro tema no fue alterado en el texto definitivo.

(46) «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», comentario al art. 661.

que «con tal manía de interpretar [realmente, de intentar dar a los textos el sentido que se prefiere] no puede haber ley bastante clara ni legislación cierta».

4.2. Es la misma la esencia de las dos tesis defendibles

Yo pienso que hay que desechar, por supuesto, la tesis de algunos pocos, de que la inscripción tiene sólo el valor de una presunción *iuris tantum* de título, igual que lo tiene de presunción *iuris tantum* de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe, y que, como esta segunda presunción lo es, sería también la de título, destruible por una simple prueba en contrario, prueba posible de facilitar al margen del Registro.

Esa tesis desechada, nos quedan dos que, para mí son la misma formulada de dos maneras distintas:

Primera tesis: la de que la inscripción es título. Pero ¡claro! lo es sólo mientras que dure, de modo que si es impugnada y cancelada, desaparece el título (es justo título, pero esto no implica que sea inatacable, como con todo acierto dice la sentencia de 11 de noviembre de 1969), y pudiendo ser atacado el título material que recoge la inscripción, y por razón de él cancelarse ésta, la invalidación del título material repercutirá en la destrucción del título formal que la inscripción es mientras subsiste; cosa que no es insólita ni privativa del título del artículo 35, sino que se da también en el caso de que quien tenga cualquier título extrarregistral, se lo vea impugnado y quede privado de él para poder usucapir.

Obsérvese que a tenor de lo dicho, destruida la inscripción, y desde que se destruye, no es ya que se pueda decir que se ha destruido la presunción de título, sino que siendo la inscripción el título, se ha destruido éste, por lo que falta título al faltar la inscripción.

Segunda tesis: la de que la inscripción es una presunción de título material, pero no una presunción cualquiera, sino una presunción que para destruirla hay que obtener la cancelación de la inscripción.

Con la primera tesis y con la segunda la inscripción vale como título mientras no es cancelada, sea porque es título que sólo desaparece entonces, sea porque es presunción de título que sólo se destruye entonces.

Y digo yo: para eso ¿a qué tanta discusión? Y para eso ¿a qué cambiar de opinión algún autor, como hemos visto, para pasarse a otra teoría que es la misma que la que deja? Porque si es que ocurre que se acaba admitiendo que hay que destruir la inscripción para que venga a faltar el título, o la presunción de título como

prefieren decir otros, eso es lo que ya dijeron tanto Porcioles (47) como Roca (48), puesto que ciertamente defendieron que la inscripción es título, pero sólo mientras subsiste, y ni a ellos ni antes ni ahora a otros, se les ha ocurrido mantener que valga como título una vez destruida. En definitiva, resulta que se llega a la misma conclusión, después de tanta teoría y construcciones para atacar lo que desde un principio dijeron los que mantuvieron que la inscripción es título, y no presunción de él, pero que lo es sólo mientras que subsiste.

4.3. La veracidad y validez del título

Trasladada a ser título la inscripción, digamos, como ya vengo haciendo, título formal, y bastando por tanto él solo, resultará que la exigencia del artículo 1953 del Código Civil de que sea «verdadero y válido» el título, habrá que aplicarla a la inscripción, y no al título material (49). Pero como quiera que la atacabilidad de éste hace atacable la inscripción, resulta en definitiva que la validez del título formal que es la inscripción, requiere la validez del título material que la inscripción recoge. Así que habrá título formal verdadero y válido cuando haya una inscripción realmente practicada que valga registralmente como tal, y que se base en un título material válido, ya que la validez de la inscripción depende por un lado de la validez registral del asiento (LH, art. 30) y, por otro de la validez material del título registrado. Al

(47) «La inscripción *mientras subsista* equivaldrá al justo título, y sólo mediante su rectificación en la forma que determine la LH podrá desposeerse de este carácter al titular inscrito», *ob. cit.*, p. 189.

(48) «El art. 35 LH da a la inscripción en favor del titular registral... el valor de justo título..., esto es, la categoría de justo título... siempre naturalmente, mientras tal inscripción subsista» (*ob. cit.*, p. 13). Luego acaba de ser título si se destruye la inscripción. Y remacha después (p. 15), señalando el error de la opinión contraria a la que mantiene, que tal error radica «en la confusión entre la posibilidad de impugnar la inscripción que hace de *iusta causa usucapionis* y la prueba en contrario enervadora de las presunciones *iuris tantum*, olvidando que allí la impugnación es directa mientras que aquí es sólo indirecta, pues en la presunción legal *iuris tantum* la norma viene a disponer que en caso de duda prevalecerá una solución determinada mientras que no se demuestre lo contrario, constituyendo tan sólo el juego de un desplazamiento del *onus probandi* para desvanecer la presunción legal, cosa que de ninguna manera ocurre en nuestro caso.»

(49) En cuanto a que el título según el artículo 1954 del Código Civil haya de probarse pues no se presume nunca, es claro que siéndolo la inscripción esta misma es su propia prueba. Y para quien estime que la inscripción da lugar sólo una presunción de título material, no obstante, la sola inscripción ya probaría por presunción —exceptuándola del art. 1954— la existencia del título material.

respecto apuntaron Chico y Ortíz (50) y recoge Díez-Picazo (51) que en virtud del artículo 35 LH la inscripción prueba el título material [es el título formal, digo yo], pero ¿no por el solo hecho de haber inscripción hay título verdadero y válido, *verdad* y *validez* que pide el artículo 1953 del Código Civil y que el 35 LH dejaría a las reglas civiles porque no las suple con la inscripción, que sólo hace las veces de la *existencia* del título? En opinión, el sentido del art. 35 L.H. realmente no es sólo el de su pura letra, si se quiere, es decir, que la inscripción, haga de título, sino que también por su sola existencia haga de título verdadero y válido, hasta que impugnada se destruya, porque eso resulta de aplicar al caso tanto el art. 38 L. H. como el 1953 C.c., por los que habiendo un título material o formal, no es el que lo aduce el que ha de demostrar, además, que es verdad y vale, sino que esto ha de destruirlo el que lo niega. Por su parte, continua Díez-Picazo diciendo literalmente que (52): «En consecuencia, cuando la inscripción registral es nula por haber sido nulo y falso el documento que la dio origen, puede haber un título justo para la usucapión, pero no hay nunca un título verdadero y válido. La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH) y una inscripción que sea ella misma nula no puede producir efectos ni en el mundo registral, ni en el extrarregistral.» Ahora bien, para mí lo que hay es que puesto que el título que es la inscripción puede ser destruido atacando victoriosamente ésta, si se ataca la misma por razón de no veracidad de invalidez del título material, destruida por esta causa la inscripción destruye así su valor de título verdadero y válido que habrá tenido hasta entonces.

4.4. Hasta cuándo alcanzan los efectos de la invalidación del título

La cesación de la inscripción acontece desde que se destruye. Además, ciertamente que, por las reglas generales, una vez demandada judicialmente su anulación, queda pendiente del fallo de los Tribunales, que cuando recaiga será eficaz para anularla desde que se demandó (aparte, se sobreentiende, de la protección a los terceros). Así que la inscripción, en definitiva vendría a perder su condición de título por lo menos desde que se solicitó su cancelación. Pero hay más, como si es inválida lo es desde que padece la causa de invalidez que sea, el efecto de que esto se declare debe remontarse a desde cuando la causa existe. Pensar otra cosa, por ejemplo, que mientras

(50) *Ob. cit.*, p. 301.

(51) *Ob. cit.*, p. 634.

(52) *Ob. cit.*, *loc. cit.*

que la inscripción no se declaró nula, hubo un título válido, sería como pensar que en la usucapión extrarregistral con un título nulo éste es válido hasta que se declara nula, lo cual no es cierto, pues lo que realmente habría, sería un título aparentemente válido, pero realmente inválido. Y como el artículo 1953 (aplicable también a la usucapión registral) exige un título válido, no habría usucapión *ex 35* sin inscripción válida, lo que implica un título material válido.

Así que aun pasado el plazo de usucapión sin haberse atacado la inscripción, lo mismo que pasado tal plazo sin haberse atacado el título material en la usucapión extrarregistral, puede atacarse la inscripción en la usucapión registral, como puede atacarse el título material en la extrarregistral. Y destruyendo una u otro se habrá venido a demostrar que no hubo realmente usucapión porque faltó una inscripción válida o un título material válido, validez de aquélla o de éste necesarias para usucapir. Lo mismo que si pasado el plazo de usucapión se ataca ésta demostrando que realmente no hubo posesión pública pacífica e ininterrumpida, o que no se tuvo de buena fe, también se habrá demostrado que realmente no hubo usucapión.

Se equivocan Núñez Lagos y Roca Sastre cuando dicen; aquél que (53) «mientras no se extinga el asiento, la usucapión es justo título, y una vez pasado el plazo de usucapión ordinaria, sin posible prueba en contrario...»; éste (53 bis) cuando dice que la atacabilidad de la inscripción como título es «en tanto que la usucapión no se haya consumado», y lleva razón Morales Moreno (54) para el que «puede destruirse antes y *después* de transcurrir el tiempo de usucapión. En ambos casos si se demuestra que en la realidad faltó el justo título, puede atacarse *ex tunc* esta presunción, pues prevalece la realidad desde el comienzo».

4.5. La impugnación de la inscripción relativamente a la presunción de posesión del titular y a su buena fe

Por otro lado, la demanda relativa al derecho inscrito, no sólo producirá, si prospera, la cancelación de la inscripción que lo recoge, y, en consecuencia, la pérdida del valor de título de ella *ex nunc*, sino que interrumpirá, a tenor de los artículos 1945 y siguientes del Código Civil y 479 de la LEC: la usucapión, mediante la llamada interrupción civil de la posesión (55) de la que el artículo 35 LH presume que disfruta el titular inscrito.

(53) «Dos acciones», etc., *cit.*, en *loc. cit.*, pp. 17 y 18.

(53 bis) *Ob. cit.*, p. 15.

(54) *Ob. cit.*, p. 1141.

(55) Véase mi «Derecho Civil», III, 1.º, 7.ª ed., 1991, P 30, n.º 10.

Así que, en los términos vistos, se encontrará obstaculizado el titular registral para usucapir, tanto por razón del título como de la posesión, y además probablemente perderá la buena fe por la reclamación que le alerta de no ser quizá suyo el derecho que se le reclama, si bien cabe que no, porque la crea injustificada.

4.6. La repercusión en el título formal de la invalidez del material

Ahora bien, todo lo anterior presupuesto, no hay razón para negarse a admitir que sea justo título la inscripción válida, que requiere un título material válido y también una registración válida (LH, art. 30). Inscripción que ciertamente no es un título invulnerable, sino que no es más intocable que un título material en la usucapión extrarregistral, o si se quiere, es tan tocable como éste, y que como para ser válida la inscripción, luego para ser título válido (art. 1953), requiere una registración válida y que recoja un título material válido, la invalidez de éste se propaga a la inscripción y la invalida como título para usucapir *ex* artículo 35 LH. Así es como la invalidez del título material repercute en la usucapión *ex* título formal. Por lo que podemos acabar diciendo que la existencia del título material y su validez no son necesarias para la usucapión *ex* artículo 35 porque haga falta en sí un título material válido, sino porque las requiere la validez del título formal.

De cualquier modo este artículo 35 facilita mucho las cosas al usucapiente, al proporcionarle sin más hasta que sea impugnado victoriosamente, un título provisionalmente válido y la presunción de poseer pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe.

4.7. La inutilidad del artículo 35 si se le toma como presunción de título

Si en la alternativa de tomar la inscripción bien como título formal bien como presunción de título, no optamos por aquéllo (a pesar no diferenciarse prácticamente de éste), dejamos inútil al artículo 35 (inútil teóricamente) en el tema del título, porque disponiendo que la inscripción sea título formal, dicho artículo innegablemente desempeña un papel, a pesar de que la validez de tal título dependa de la del material, pero está sobrando si es que declara sólo que da lugar a una presunción de título material porque tal cosa ya la dice el artículo 38: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la *forma determinada por el asiento respectivo*» en cuya frase subrayada entra

el título (compra, donación, etc.) de adquisición (56). De forma que en virtud del artículo 38 se presume existente y se da por probada la existencia del título material recogido en la inscripción registral; razón por la que holgaría que lo repitiese el artículo 35.

Y contra esto no cabe decir que por la misma razón habría también que decir que la presunción del 38 de que «quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o de los derechos reales tiene la posesión de los mismos», hace que sea inútil igualmente la presunción posesoria del 35. No la hace inútil porque el artículo 38 se refiere sólo a la posesión, mientras que el 35 sirve para especificar las características de ésta necesarias a la usucapión y la unión al usucapiente de la posesión por presunción posesoria correspondiente a las inscripciones a favor de sus causantes.

4.8. Usucapiente y tercero hipotecario

La validez como título de la inscripción es independiente por completo de que el usucapiente sea o deje de ser tercero hipotecario.

Esto es así, sin duda, y luego examinaré las razones, pero la Sentencia de 13 de mayo de 1970 limita «extrañamente», como dice Peña, Manuel (57), el ámbito del artículo 35 LH «a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien ...fue parte en el contrato que provoca la inscripción...», y análogamente la Sentencia de 3 de octubre de 1974 niega la protección del artículo 35 a «quienes carezcan de la condición de terceros a efectos del artículo 34 LH», también la de 8 de mayo de 1982.

Afirmación que a mí me parece un disparate. Piénsese que la usucapión ordinaria sana la no pertenencia del derecho al transmitente, de forma que quien, por ejemplo, vende lo que no es suyo, con la venta proporciona un título a quien no adquirió por faltarle la titularidad al enajenante, título que con la posesión y la buena fe le hace llegar a adquirir por usucapión lo enajenado.

Pues bien, ese título, séalo *formal*, la inscripción del acto transmissivo en el Registro, o sea presunción del título material como creen otros; ese título —digo— siéndolo la inscripción, no puede por menos

(56) Como dice Roca Sastre, *ob. cit.*, I, p. 363: «la razón de adquirir o causa de la mutación jurídica inscrita [es decir, el título de adquisición, como compra, donación, etc.] es dato que está comprendido en las palabras del art. 38.1 de la LH que expresan que se presumirá que los derechos reales inscritos pertenecen a su titular «en la forma determinada por el asiento respectivo», es decir, por el título que éste diga que se adquirieron.

(57) *Ob. cit.*, p. 65, nota 27.

que amparar —al contrario de lo que dicen las sentencias— para que usucapa a quien aunque no fuera tercero sino parte en el contrato que provoca la inscripción, aparece como titular en ésta, porque el papel que precisamente desempeña la usucapión es hacer adquirir al que tiene título, en nuestro caso la inscripción, pero no adquirió por no pertenecer lo *transmitido*, a la otra parte, y el papel que desempeña el título es precisamente el hacer adquirir al titular. Negar esto, como hace la sentencia, es como negar que quien adquiere de un titular registral no dueño (lo planteo así para evitar la ininscribibilidad de la adquisición procedente de quien no es titular registral) e inscribe, se vea favorecido por el título que es la inscripción, porque no es tercero, sino parte, en el acto que la provoca.

A diferencia de esas sentencias de 1970, 1974 y 1982, con acierto dice la de 18 de febrero de 1987 que «no ha de olvidarse que la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapión ordinaria».

Por lo demás, al titular que usucapa *ex* artículo 35 LH si le hace falta buena fe no es para ser tercero, sino porque la pide la usucapión ordinaria, y en cuanto a que su adquisición haya de ser onerosa, como pide el artículo 34, no es cierto, porque también, por ejemplo, la inscripción de una donación proporciona título.

Es erróneo creer que el tercero pueda tener papel en la usucapión *ex* artículo 35 de forma que la inscripción fuese título formal (y esta vez omisión hecha de ser válida, LH, artículo 31, y de que exista o no un título material válido, puesto que ni la invalidez de la inscripción ni la del título material pueden ser opuestas al tercero que confió en el Registro), pues siendo tercero su adquisición no necesita de usucapión, sino que se produce a *non domino* (art. 34 LH).

«Quien llega primero, muele primero»:
*prior tempore, potior iure**

El principio de prioridad en la Historia del Derecho
y en la dogmática jurídica

ANDREAS WACKE

Catedrático de Derecho romano y Derecho Civil,
Universidad de Köln

Immanuel Kant, el gran filósofo alemán, escribió en su obra principal «Crítica de la razón pura» la siguiente frase: «Es un viejo deseo, que quizá alguna vez se realizará, el de que en vez de la infinita variedad de leyes civiles se hallen finalmente sus principios. Pues sólo en ello consiste el secreto para simplificar la legislación» (1).

Una gran parte de los principios jurídicos que yacen en la base de las legislaciones nacionales han sido acuñados ya por los juristas romanos y medievales en forma de proverbios latinos con finalidad didáctica. *Prior tempore, potior iure* es uno de ellos, del cual nos vamos a ocupar a continuación.

I. DE REGLA CONVENCIONAL A REGLA JURIDICA

1. La preferencia del que llega primero es un principio de evidente justicia que convence a todo niño. Que nadie debe de pasar delante se practica cotidianamente al hacer cola. Cualquiera que viaje a Inglaterra puede comprobar el modo ejemplar en que los disciplina-

(*) Texto de una conferencia mantenida ante el Ilustre Colegio de los registradores de la Propiedad de Madrid. Quisiera mostrar mi agradecimiento a mi colega y amigo, el catedrático Dr. José María Miquel, por su ayuda con la traducción al castellano.

(1) Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (2.ª ed. alemana), p. 358; citado en el prólogo por *Fragistas* en su obra «Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung», 1931.

dos Británicos practican el *queuing up*, o dicho de otro modo *first come first served*. La idea de la prioridad no es solamente un mandamiento evidente de la educación o cortesía en la convivencia humana, sino más allá de esto una regla del tráfico observada en muchos aspectos, y finalmente se afirma como una regla de Derecho que domina en los más diferentes ámbitos.

2. Como regla de tráfico rodado rige hoy en algunos países (por ejemplo, en los Estados Unidos) y según ésta goza de preferencia el automóvil que primero llegue al cruce. Un deber de espera en los pasos estrechos establecían ya en el siglo XIII los dos libros de Derecho de habla alemana más importantes, el «Sachsenspiegel» (Espejo de Sajonia, 1230), y el «Schwabenspiegel» (Espejo de Suabia, 1275) de modo concordante: «Aquel carro que primero llegue al puente, debe cruzarlo primero, sea que vaya cargado o vacío.» A continuación se dice la sentencia proverbial: «Quien primero llegue al molino, debe moler primero» (Wer zuerst kommt, mahlt zuerst).

La forma abreviada «Wer eher kommt, mahlt eher» se ha difundido en casi todos los idiomas europeos. En latín (por ej., con Erasmo de Rotterdam) se lee: «Qui primus venerit, primus molet» o «Primus veniens primus molet»; en inglés, «Who first comes to the mill, first grinds»; en francés, «Le premier au moulin engrène»; más breve «premier venu, premier moulu»; en italiano, «Chi primo arriva» (o «chi è primo al mulino) prima macina» (2).

El origen jurídico consuetudinario de la regla de prioridad está conectado con la actividad de los molinos (un sector importante de la historia técnica y económica) (3), y precisamente con el desarrollo de los molinos públicos, que trabajaban mucho más racionalmente que los privados más pequeños y manipulados aún manualmente. Todos los agricultores de una o más aldeas como productores de grano eran reunidos por la superioridad en un grupo de usuarios de los llamados molinos obligatorios. La reglamentación del uso según el tiempo de llegada al molino significa que no debían existir ni privilegios ni

(2) Con respecto a un tratamiento más detallado de los refranes jurídicos citados, véanse Sven B. Ek, «Den som kommer först till kvarnen får först mala», en *Scripta Minora Regiae Societ. Human. Litt.* (Lund 1963-64 Nr. 1; sueco, con resumen alemán, pp. 60 y ss.); A. Foth, «Gelehrtes römisch-kanon. Recht in deutschen Rechtssprüchwörtern» (Tübingen, 1971), pp. 6, 186 y ss.; L. Röhrich, «Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten (1973/1979), s. v. «mahlen»; Berger, «First in time is first in right», *Nebraska Law Review*, 64, 1985, pp. 349-388.

(3) Comp. A.-M. Dubler, *Müller und Mühlen im alten Staat Luzern* (München, 1978); W. Kleeberg, «Niedersächsische Mühlengeschichte (Hannover, 1978); Werkmüller, art. Mühlen(recht), in Erlert/Kaufmann, «Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (=HRG)» vol. III (1980), pp. 716 y ss.; Schempf, «Rechtsgeschichte und Volkskunde der Salzburger Mühlen», en Carlen, «Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde» vol. 7 (Zürich, 1985), pp. 93-105.

preinscripciones, sino que todo el mundo tenía que esperar hasta que le tocara el turno. Según las ordenanzas de los molinos del siglo XVII el personal de servicio (maestros y mozos) debían jurar que nadie sería preferido sino que permitirían moler al que primero llegara. Esta previsión era necesaria porque muchos clientes intentaban con propinas procurarse preferencias.

En cuanto a los últimos sólo necesitan paciencia para ver realizado finalmente su derecho puede exigírseles que esperen. Si bien «el que espera desespera», puede contentársele con la esperanza de que el turno riguroso hará bueno el proverbio «nunca es tarde si la dicha es buena». La preferencia del primero es en esta medida sólo una norma de procedimiento, que sirve a la paz en la comunidad. En el Derecho de Transportes actual los ferrocarriles están obligados a expedir las mercancías según el orden de recepción. En el servicio de Teléfonos a través de operadora las conferencias deben igualmente ser conectadas según su orden. Este principio de orden significa al mismo tiempo un tratamiento igual a los iguales, que es una exigencia fundamental de la justicia.

3. Sin embargo, en tanto la cantidad disponible es limitada, se modifica la función del principio de prioridad: «Quien primero viene, primero tiene». Los últimos o bien no obtienen nada o solamente el resto. Quien no llega a su debido tiempo, que mire lo que quede. En alemán: «Wer nicht kommt zur rechten Zeit, der muss sehn, was übrig bleibt». En latín: «Iura vigilantibus, tarde venientibus ossa» (4); esto es, los diligentes obtienen su derecho, los perezosos sólo se llevan los huesos. También se puede decir: «A los últimos les muerden los perros». El que llega el último a la posada, debe contentarse con el peor sitio. Esto es en italiano: «Chi arriva l'ultimo, male alloggia». Para entrar en lugares públicos sin localidades reservadas, por ej., trenes o espectáculos, se observa cotidianamente el mismo principio. De acuerdo con la última reforma del Código de Circulación alemán federal tiene prioridad para aparcar aquel automóvil que haya llegado en primer lugar al hueco de aparcamiento.

En una enciclopedia jurídica alemana del año 1927, bajo la voz «prioridad» se puede leer, que tal principio pertenecería a los derechos más primitivos. Estaría estrechamente emparentado al todavía más primitivo y por otra parte esencialmente más brutal, derecho del más fuerte, porque pondría el acento sólo en el tiempo, sin considerar medidas de valor culturales para la atribución del mejor derecho (5).

(4) Comp. Dig. 42, 8, 22; Roland/Boyer, «Locutions latines et adages du droit français» (Lyon, 1978), vol. II, 1, pp. 437 y ss.; también II, 2, pp. 291 y ss.: *prior tempore...*

(5) Elster, art. «Prioritätsrechte», en Elster/Bondi, «Handwörterbuch der Rechtswissenschaft», vol. IV, 1927, pp. 581 y ss.

Contra ello hay que hacer la siguiente crítica: la calificación de regla primitiva sólo puede valer si se entiende como un axioma, esto es, no necesitado de ulterior fundamentación. Por el contrario, el principio de prioridad no puede ser comparado con el derecho del más fuerte, porque éste no es de justicia, sino que a menudo conduce a violencia. El derecho del más *diligente*, en cambio, produce para el mismo una posición jurídica inatacable: si alguien más poderoso quisiera despojarle con violencia (por ej., de un asiento ocupado por él anteriormente), cometería un injusto.

II. FUNCIONES JURIDICAS DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

La posición del más rápido es así, por una parte, una posición *relativamente mejor* en comparación con la de los posteriores, y, por otra parte, incluso fundamenta un derecho *exclusivo* que aparta a los ulteriores. Esto supone una eficacia de jerarquía del rango y frente a ella, una eficacia de cierre (o de exclusión). El efecto es la mera determinación del rango, en los casos en los que varios derechos pueden existir al mismo tiempo sobre la misma cosa, como los derechos reales limitados. En otro caso, el efecto es la exclusión.

1. Efectos excluyentes se dan ante todo en la apropiación u ocupación de cosas *nullius* (esp. en caza y pesca). «*Res nullius* (o res derelicta) *cedit primo occupanti*» (6). Ya el poeta romano Plauto en una de sus comedias decía: «El botín se lo lleva el que lo coja primero»: *Abducet praedam, qui occurrit prior*, o como lo dirían los ingleses: «The foremost dog catches the hare», el galgo que más corra, coge la liebre. Según el parágrafo 958 del BGB, igual que en el Código Civil el artículo 610, quien primero toma la posesión de una cosa sin dueño adquiere la propiedad. Lo mismo sucede en el hallazgo del tesoro o en el rescate de buques hundidos. La adquisición originaria natural de la propiedad del primer ocupante es ciertamente una de las normas más antiguas, que ya en la más nebulosa prehistoria fue observada, incluso antes de que la humanidad fuera sedentaria (7).

En que *momento* uno de los cazadores o balleneros concurrentes ha adquirido la posesión, puede ser en el caso concreto una difícil cuestión. En la caza de ballenas los tribunales de Norteamérica deciden según el principio del primer hierro o primer arpón: quién por primera vez ha alcanzado a la ballena, se la puede apropiar, incluso aun-

(6) Comp. Dig. 41, 1, 3 pr. (Gaius) y 31, 4 (Pomponius).

(7) Esto es así para los casos de caza individual. No obstante, por lo que respecta a la caza en común, ya los pueblos salvajes gozaban de reglas de partición bien definidas; véase Wesel, «Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften» (1985), s. v. «Jagdbeute, Verteilung».

que el cabo se rompa o se suelte el bote, siempre que la ballena sea perseguida sin retraso (8).

En el caso del «Tubantia» del año 1923 (9), una tripulación de cinco hombres, entre ellos dos buzos, trabajó durante meses en el Mar del Norte para recuperar la carga del mercante «Tubantia» hundido en la Primera Guerra Mundial. Los demandantes marcaron la zona mediante boyas o cabos, abrieron boquetes en el casco del barco que yacía sobre un costado, e izaron incluso algunas partes de la carga. Meses después de súbito concurren con ellos, los demandados, con el poderoso y bien armado remolcador «Semper paratus» (es decir «siempre listo») y además con motoras y redes de arrastre. Perturbaban a los demandantes con la intención de rescatar ellos mismos el buque y su carga.

El Tribunal británico competente estimó la demanda y les concedió la posesión del navío. Con ello no se estimó el derecho del más fuerte, concretamente del más poderoso económicamente y que disponía de mejores medios técnicos, sino el derecho del más diligente.

2. A veces el principio de prevención se formaliza en el sentido de que no se concede el derecho al primer descubridor o inventor, sino a aquél que primero solicita su inscripción (10). Por ejemplo, la Ley alemana de patentes de 1981 dispone: si varios han realizado, independientemente unos de otros, un invento, le corresponde la patente al que primero solicite su inscripción. (Sería el caso del invento de la lámpara incandescente por el germano-americano *Heinrich Goebel*, 1854, mucho antes de su segundo desarrollo por quien tuviera más éxito *Th. Alva Edison*, 1879). Un inventor eventualmente anterior puede dentro de un plazo determinado contradecir dicha solicitud, o en su caso obtener la cesión de la pretensión a la patente (es la llamada reivindicación de la patente, parágrafos 7 II y 8 de la Ley de patentes). Prioridad material (o sustantiva) y preferencia de la presentación están en este caso combinadas entre sí de un modo lleno de sentido. El solicitante obtiene ya una expectativa protegida relativamente respecto a la concesión de un derecho de exclusión.

3. La concesión de derechos para la explotación de *minas* se regía desde hace mucho tiempo también por el principio de prioridad, formulado en un antiguo proverbio alemán «Der erste Finder ist auch der erste Muter» (11). Sin embargo, recientemente en 1980 ha sido abandonado por la nueva Ley federal de minas. En caso de pluralidad

(8) Véase para ello y para lo siguiente Kegel, «Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen», en *Festschrift von Caemmerer* (1978), pp. 149, 156.

(9) Kegel, pp. 162 y ss.

(10) Para el Derecho español, comp. J. M. a Chico y Ortiz, «La prioridad formal y la sustantiva», *Estudios jurídicos* en homenaje a Tirso Carretero (1985), pp. 641 y ss.

de solicitantes debe ser preferida aquella empresa que ofrezca la mejor garantía de explotación racional y conveniente. Para juzgar estos requisitos la Administración tiene un amplio poder discrecional. La nueva regulación fue introducida por iniciativa de las empresas mineras, bajo la consideración de las enormes inversiones de capital necesarias (en especial en el caso de los hidrocarburos).

4. A diferencia del Código Civil español contiene el BGB varios parágrafos sobre la pública recompensa (Auslobung, §§ 657 y ss.). Por ejemplo, se ofrece un millón al inventor de un remedio contra el cáncer. Si la actividad en cuestión se cumple *varias veces* (el medicamento se produce por varios) le corresponde la recompensa al que primero lo realizó. No es relevante el momento en que se exija la recompensa. En caso de simultaneidad se produce un reparto; si es indivisible la recompensa, decide la suerte.

III. DETERMINACION DEL RANGO SEGUN LA PRIORIDAD

1. En caso de pluralidad de hipotecas sobre una misma cosa rigió ya en el Derecho romano la regla *prior tempore potior iure*, correspondiente a *praevalet iure qui praevenit tempore*. El primero en el tiempo es el más fuerte en el derecho (así lo repite el emperador Caracalla varias veces en el Código de Justiniano 8, 17, 2 y 3; en el año 212 d. J.). «El primero en hipotecar es el primero en cobrar», o «las cédulas más antiguas van por delante» (12). Igualmente en francés «Premier en date, premier en droit», «primero en fecha, primero en derecho».

La preferencia del derecho más antiguo aparece como consecuencia necesaria del axioma, según el que nadie puede transmitir más derechos de los que el mismo tiene. *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Un propietario no puede disponer ulteriormente del valor y del contenido de un derecho, una vez agotados por un gravamen o carga anterior. Nadie puede verter de un cántaro más agua de la que contiene. De la misma manera tampoco se puede comer totalmente un pastel y al mismo tiempo mantenerlo en la mano. Solamente se hace una excepción en favor del adquirente de buena fe, en conexión con la protección del tráfico. En la medida en que se admite una adquisición *a non domino* de la propiedad, debe también consecuentemente admitirse una adquisición del rango preferente. No son auténticas excepciones del principio *nemo plus iuris*, pues a la ventaja del

(11) «Mutung» = arcaísmo equivalente al derecho de explotación minera. Comp. Eisenhart, «Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern» (2.^o ed., Leipzig, 1792), pp. 220 y ss.

(12) «Die ältesten Briefe gehen vor», Eisenhart, *loc. cit.*, pp. 323 y ss.

adquirente de buena fe se opone necesariamente una correspondiente pérdida por el hasta entonces titular del derecho.

2. En el Derecho romano, la admisibilidad de varias hipotecas sobre una cosa se desarrolló sólo paulatinamente. En la etapa de la *fiducia* estaba excluida la posibilidad de transmitir varias veces la propiedad de una misma cosa en garantía. Sólo para el caso de extinción (por pago) podía un segundo fiduciario adquirir ya anticipadamente una propiedad sometida a condición suspensiva. Este fue también el punto de partida en la hipoteca. Aparte de ello se podía pignorar para el caso de venta de la cosa hipotecada la cantidad sobrante (*superfluum, hyperocha*) a un segundo acreedor también anticipadamente. La constitución *pura* de una segunda hipoteca como etapa final de la evolución, se presenta en el Digesto sólo a partir de Marcelo en el siglo segundo d. J. (13).

El Código Civil alemán (fundamentalmente por razones doctrinales) permite sólo una prenda con desplazamiento de la posesión (Faustpfand) de cosas muebles e impide la hipoteca mobiliaria. Por ello la transmisión de seguridad (Sicherungsübereignung) que ha alcanzado tipicidad en el tráfico, ha arrinconado a la prenda, regulada por la ley. Las instituciones de crédito han vuelto a la antigua propiedad fiduciaria, esto es a la *fiducia*; lo que Mayer-Maly ha llamado «el retorno de las figuras jurídicas» («Wiederkehr von Rechtsfiguren») (14). En la práctica es frecuente también el pacto de una propiedad fiduciaria de segundo rango. Como construcción jurídica sólo es posible como un derecho suspensivamente condicionado para el caso de que la primera propiedad fiduciaria se extinga. Lo dicho se aplica sobre todo a mercancías almacenadas, maquinaria y vehículos, de cuya posesión el deudor no puede privarse. No hay ningún registro de garantías reales mobiliarias, ni de ganado (como en Suiza), ni de automóviles, pero sí de aviones y de buques. La prenda clásica regulada por el BGB (Faustpfand) sólo se aplica en realidad a joyas y títulos valores. Sólo en estos casos se da la elegante solución de gravámenes simultáneos ordenados jerárquicamente por su rango.

3. En el caso de los *inmuebles* la regla es en la práctica la pluralidad de gravámenes. Una sola hipoteca regularmente no alcanza a cubrir la necesidad total de crédito (especialmente por el constante

(13) Dig. 44, 2, 19. En relación con lo expuesto, véase Kaser, «Das römische Privatrecht (=RP)», vol. I, 2.ª ed. (1971), p. 467, en especial su recensión en la «Savigny-Zeitschrift», 78 (1961) pp. 462 y ss. de J. Miguel, «El rango hipotecario en el Derecho romano», AHDE, 29 (1959), pp. 229-316, y S. Tondo, «Convalida del pegno e concorso di pegni successivi» (Milano, 1959); además, A. Biscardi, «Temas de Derecho romano» (Barcelona, 1987), pp. 57 y ss. Para la prueba de la prioridad en casos de concurso de varios acreedores pignoraticios, véase Wacke, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 37 (1969) pp. 369 y ss.

(14) Mayer-Maly, «Juristenzeitung», 1971, pp. 1-3.

aumento del precio del suelo y costes de la construcción). La disminución de la seguridad por razón del rango decreciente conduce a las instituciones de crédito a establecer determinados límites a los préstamos, y al mismo tiempo a condiciones más duras para las hipotecas de segundo o ulterior rango, concretamente un tipo de interés más alto como compensación del riesgo. En consideración a la amplia difusión del crédito inmobiliario que alcanza muchos miles de millones, y que supera ampliamente en seguridad a otras formas de garantía, nunca se sobreestimaré la importancia práctica de una ordenación fiable del rango en los derechos inmobiliarios.

El Registro inmobiliario alemán está técnicamente muy perfeccionado. En el ámbito internacional, la seguridad que proporciona no es superada por ningún otro país (15). Sus principios básicos, como es sabido, son: inscripción constitutiva, publicidad, fe pública, *numerus clausus* y especialidad, así como abstracción del negocio dispositivo. Tienen su origen en las destacadas aportaciones de la legislación hipotecaria de Prusia desde el siglo XVII. Esta evolución tuvo lugar totalmente fuera de la Pandectística del Derecho romano-común, que descuidó completamente el principio de la publicidad y no para bien del tráfico jurídico.

Los derechos sobre inmuebles se constituyen según el párrafo 873 del BGB por acuerdo real e inscripción en el Registro. A causa de la eficacia constitutiva de la inscripción, la sucesión de inscripciones en el folio registral según el párrafo 879 del BGB determina también el rango de los diversos derechos.

El momento de la presentación no influye necesariamente en el rango, porque el registrador debe comprobar previamente los presupuestos de la inscripción. Las normas reglamentarias del procedimiento registral velan, sin embargo, para que corresponda normalmente la prioridad en la presentación a la prioridad en el rango (tal como disponer el párrafo 45 de la Ordenanza del registro, Grundbuchordnung): Día, hora y minuto de la presentación de la solicitud deben precisarse exactamente. No se debe inscribir una posterior solicitud de inscripción antes de otra solicitada previamente. En caso de contravención de esta regla la ulterior solicitud obtiene, no obstante, prioridad de rango. Pues el rango decisivo lo determina finalmente el orden sucesivo de las inscripciones, y no el de las solicitudes. Una contravención culposa del orden de inscripción de las solicitudes sólo tiene como consecuencia la indemnización de los daños y perjuicios.

(15) Con respecto al desarrollo histórico de los distintos sistemas de registros inmobiliarios y para su comparación, véase Wacke en «Münchener Kommentar zum, BGB», vol. IV (Sachenrecht), 2.ª ed., 1986, pp. 108 y ss.; A. Pau Pedrón, «Elementos de Derecho hipotecario» (Madrid, 1983), pp. 25 y ss.

Todo asiento de inscripción debe autorizarse con dos firmas de funcionarios registrales. En caso de falta de una de estas firmas en alguna inscripción, la posterior correctamente practicada (es decir, con dos firmas), adquiere prioridad de rango. La subsanación ulterior del defecto de firma de una inscripción no puede hacer retroceder el rango de un derecho inscrito correctamente en el tiempo intermedio. La ulterior firma produce una inexactitud registral en cuanto al rango. Esta apariencia jurídica únicamente puede tener como efecto la protección de un tercero adquirente de buena fe.

4. *Créditos futuros o condicionales* pueden ser garantizados antes de su nacimiento mediante prenda o hipoteca (16). El rango del derecho real de garantía se determina entonces por el momento de su constitución, y no por el del vencimiento o exigibilidad de la deuda. Lo mismo sucedía ya en el Derecho romano; pero no, cuando el nacimiento de la obligación dependía de la voluntad del deudor (17). Para estos últimos casos tampoco concede el vigente Derecho alemán la posibilidad de una anotación preventiva. La razón de ello consiste en que el acreedor no necesita protección frente a los restantes acreedores concurrentes, en tanto él no goce de protección frente al arbitrio de su propio deudor.

5. En la *ejecución* del patrimonio del deudor el principio de prioridad encuentra su expresión más visible en el embargo. La colocación de sellos para precintar por el agente judicial decide sobre la prioridad en la satisfacción del crédito. Esto regía ya en el Derecho romano en la prenda judicial (*pignus in causa iudicati captum*) (19). La consecuencia de esta regla, concretamente que el acreedor posterior en el embargo frecuentemente quede con las manos vacías ha sido atacada vehementemente en la reciente doctrina alemana (20). Según el Derecho suizo todos los acreedores que se sumen al embargo dentro de los treinta días siguientes obtienen el derecho a ser satisfechos en pie de igualdad. Un proyecto de reforma alemán de 1931 (que no llegó a ser ley) pretendía reunir todos los embargos que tuvieran lugar en un período de diez días, para satisfacer los créditos por cuotas proporcionales.

(16) BGB parágrafos 1113 y 1204 (apart. 2); también para la fianza y la anotación provisional (Vormerkung), parágrafos 765 y 883.

(17) Kaser, «Savigny-Zeitschrift» (*supra*, n.º 13), p. 472.

(18) Wacke, en «Münchener Kommentar» (n.º 15), parágrafo 883, núm. marg., 22 y ss.; comp. parágrafo 1113, núm. marg., pp. 49 y ss.

(19) Ulpianus, D. 20, 4, 10; Litewski, «Studia et documenta historiae et iuris», 40 (1974), pp. 274 y ss.

(20) P. Schlosser, «Zeitschrift für Zivilprozess», 97 (1984), pp. 121-138. En su opinión, el principio de prioridad contraviene incluso el principio de igualdad de la Ley fundamental de Bonn (art. 3). La opinión dominante es contraria a esto; véanse los tratados sobre la ejecución forzosa («Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht») de Jauernig, 17.ª ed. (1985), § 16, IV, y Baur/Stürner, 11.ª ed. (1983), núm. marg. 438, 481. Compruébese la literatura antigua en Fragistas, *supra*, n.º 1.

En el caso concreto puede aparecer como ciertamente injusto, que obtenga preferencia el acreedor más rápido y menos considerado frente al paciente e indulgente. La corta diferencia de tiempo a menudo proporciona una ventaja debida al azar. El orden temporal es un punto de vista solamente formal. Tal medida abstracta es por lo demás, fácil de manejar. Son decisivas en su favor sus ventajas prácticas, así como, sobre todo, el paralelismo con las garantías reales constituidas *negocialmente* que el legislador conscientemente tomó como modelo. A la esencia del derecho real que es eficaz frente a todos, pertenece que su posición en el rango no puede otorgarse otra vez; tampoco puede empeorarse porque un segundo acreedor se añada después al primer embargo.

6. La inversión del principio de prioridad, en principio de *posterioridad* la encontramos en los Derechos de transporte y marítimo. Si existen varios derechos de prenda legales sobre la misma mercancía transportada, tiene preferencia el último (parágrafo 443 del Handelsgesetzbuch, Código de Comercio alemán). Aquí se aplica el proverbio bíblico: «Los últimos serán los primeros». En francés *Antoine Loysel* decía: «Les plus vieux titres ne sont pas toujours les meilleurs» (21). La razón está en el principio del mayor valor (22). A lo largo del transporte, la mercancía se hace tanto más valiosa cuanto más se acerque al destino. Debe protegerse más a aquél por cuya actividad el bien alcance su mayor valor. Quien sepa que su garantía será preferida a las anteriores puede aceptar tranquilamente la mercancía para transportarla ulteriormente. El privilegio del rango del último porteador ofrece de este modo un estímulo para el ulterior transporte, sin que dependa de su buena fe, esto es, de la ignorancia de eventuales derechos anteriores.

Las ventajas económicas del principio de posterioridad son evidentes en el salvamento de buques y rescate de mercancías en caso de naufragio o avería. El fomento del socorro sería escaso, si los créditos por el salvamento tuvieran que ser postergados a los gravámenes ya existentes sobre el buque y su carga, que por razón del siniestro han perdido ya gran parte de su valor. Todos los acreedores serán satisfechos en el orden *inverso* del nacimiento de sus créditos. Incluso, serán preferidos a las hipotecas navales (cuya seguridad por consiguiente ponen en peligro). A causa de ser un gasto que aumenta el valor de la cosa la preferencia por tal importe no puede considerarse como un ataque a los intereses de los anteriores titulares, porque sin tal inversión o gasto los anteriores habrían obtenido menos o nada en absolu-

(21) Roland/Boyer, (*supra*, nt. 4), p. 67.

(22) Hugo Emmerich, «Pfandrechtskonkurrenzen» (Berlin, 1909), pp. 76, 78 ss.

to. Esta idea es la misma que inspira al art. 1927, n.º 3 del Código Civil español para los créditos refaccionarios, que en cambio no tiene paralelo en el BGB.

Los juristas romanos de la época clásica tardía, ya habían desarrollado esta valoración de intereses digna de aplauso. Así enseñaba Ulpiano Dig. 20, 4, 5-6: «A veces precede un acreedor posterior a otro anterior; así, si el crédito del segundo se ha aplicado a la conservación de la cosa pignorada (*si in rem istam conservandam impensum est*). Por ejemplo, si concedo un préstamo para armar o reparar un buque ya pignorado. Este préstamo sirve concretamente para la conservación de toda la cosa (*salvam fecit totius pignoris causam*)» (23).

El caso nos enseña dos cosas: primero, que los juristas romanos no se sentían esclavizados por el carácter supuestamente ineludible del axioma *nemo plus iuris...* Mas bien lo pasaban por alto, cuando los intereses predominantes así lo exigieran. Segundo, con ello los romanos penetraron en un terreno resbaladizo con este privilegio por razón de *versio in rem* (24). A este primer abandono del principio de prioridad siguieron ulteriores privilegios (en especial del *fiscus*) (25), y con todo ello la seguridad jurídica de las garantías fue más dañada que beneficiada.

IV. LIMITES DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

1. El campo de aplicación principal del principio de prioridad, como ya vimos es el Derecho de cosas. La adquisición de la propiedad del primer ocupante fue seguramente ya una costumbre arraigada en las primitivas sociedades de cazadores y recolectores. Una eficacia ordenadora del rango desarrolló la prioridad sólo en un momento muy tardío, cuando se reconoció la existencia simultánea de varios derechos reales limitados sobre una cosa.

2. Entre derechos de *crédito* concurrentes no existe una ordenación del rango. Entre varias pretensiones a la misma cosa no hay ninguna preferencia por antigüedad. En la doble venta de una misma cosa el vigente Derecho alemán no conoce una preferencia del primer comprador. Tal mejor derecho a la cosa (*ius ad rem*) que todavía no es

(23) R. Mentxaka, «La pignoración de colectividades en el Derecho romano» (Bilbao, 1986), pp. 270-273 (también ad D. 20, 4, 6, 1).

(24) Dernburg, «Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts», vol. II (Leipzig, 1864), p. 427.

(25) Para los singulares privilegios (por *versio in rem*, del fisco, de la dote, del pupilo), en *Derecho romano*, véase Wieling, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 56 (1988), pp. 279-298.

un derecho real (*ius in re*) existió parcialmente en la Historia del Derecho (26).

En el sistema feudal el primer investido gozó de preferencia frente a los posteriores, del mismo modo que en el Derecho canónico. La doctrina del Derecho privado aplicó la misma idea a los casos de doble venta. «La primera compra es la mejor», «Der erste Kauf ist der beste», así suena un antiguo proverbio alemán (27). El BGB rechaza, sin embargo, la figura del *ius ad rem* como equívoca situación intermedia entre el derecho real y la pretensión obligatoria.

El BGB conscientemente no contiene, por el contrario que leyes anteriores, ninguna regla que otorgue entre varios acreedores la preferencia al más antiguo, al que primero demande, u obtenga una sentencia a su favor. Sólo el cumplimiento de una pretensión excluye a los otros acreedores. Los restantes sólo pueden reclamar al deudor indemnización por daños y perjuicios. Contra el *accipiens* de la prestación no pueden accionar los anteriores acreedores, ni siquiera aunque el *accipiens* conociera que recibía una prestación debida a otro (de modo distinto al Código Prusiano (28) y al Código español, art. 1473). Sólo en raros casos de una colusión para incumplir el contrato contraria a las buenas costumbres se puede accionar extracontractualmente contra el *accipiens* sobre la base del parágrafo 826 del BGB (*actio de dolo*). En otros casos, por ejemplo, arrendamiento o comodato, decide no la prioridad en la conclusión del negocio, sino la entrega de la cosa. En esa medida rige *melior est condicio possidentis*. La Exposición de Motivos del BGB no ofrece duda: «El deudor no puede excusarse frente al acreedor por estar obligado por otros contratos más antiguos o recientes... La competencia en el cumplimiento es libre, y ningún acreedor debe tomar en consideración a los demás» (29).

En la doble venta obtiene la cosa aquel comprador que obtenga antes en la vía de la protección sumaria una prohibición judicial de disponer o en inmuebles una anotación preventiva (parágrafos 136 ó 883, respectivamente, del BGB). El rango entre varias anotaciones preventivas se rige por el orden de su fecha y no por la antigüedad de los créditos anotados.

Un caso especial del principio de prioridad lo encontramos en el *doble seguro*, esto es, cuando el mismo riesgo es asegurado por dife-

(26) Ogris, art. *Ius ad rem*, HRG (*supra*, n.º 3), II, pp. 490 y ss.; Hofmeister, «Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes» (Wien, 1977), pp. 83 y ss., *passim*.

(27) E. Graf/M. Dietherr, «Deutsche Rechtssprichwörter», (1969, reimpr., 1975), 281, n.º 332 y ss.

(28) «Allgemeines Landrecht», de 1794, parte I, tit. 10, parágrafo 25; parte I, tit. 19, parágrafos 5 y 6.

(29) Mugdan, «Die gesammten Materialien zum BGB», vol. I (Berlín, 1899), pp. 505 y ss. Acerca de la colisión de derechos de crédito, véanse las monografías de Boor (1928), y Zachmann (Basel, 1976), «Die Kollision von Forderungsrechten».

rentes compañías de seguros (parágrafo 60 de la Ley de Seguros). Si el asegurado no lo sabe (o el riesgo disminuye posteriormente), entonces puede sin retraso, tan pronto como lo sepa, exigir la extinción del contrato posterior o que se reduzca el capital asegurado. La resolución del segundo contrato se puede justificar en que la posición del primer asegurado no debe ser empeorada porque él no puede impedir la conclusión del segundo contrato. La segunda aseguradora, en cambio, puede informarse requiriendo declaración sobre eventuales seguros ya existentes.

En la revocación de varias *donaciones* por empobrecimiento del donante responderán por restitución los donatarios posteriores antes que los donatarios anteriores (30). Esto tiene su justificación en la presunción que son las donaciones posteriores las que empobrecen al donante.

3. El BGB no contiene, como tampoco el Código español, reglas generales sobre *colisión de derechos*. Se trata de uno de los típicos temas de la parte general de la Pandectística del siglo XIX (31) (a pesar de que el Derecho romano tampoco las conoció).

La colisión que aquí tratamos entre derechos privados subjetivos fue a menudo confundida con el conflicto de normas del Derecho objetivo. Entre normas contradictorias prevalece inversamente la posterior a la anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Igualmente decide entre las mismas personas el último contrato entre varios («Der jüngste Handel hebt die früheren auf», «vale la última palabra», comp. art. 1204 del Código Civil). Esto rige especialmente también entre varios testamentos. Allí suena la regla: *Cum duo inter se pugnantia reperiuntur in testamento ultimum ratum est*.

4. Preferencia del más antiguo, o en ocasiones (según las circunstancias) del más reciente, o decisión por la suerte, así como finalmente la mencionada regla *melior est condicio possidentis*, son las imaginables soluciones de las colisiones de derechos (en tanto no pueda aceptarse una división).

La preferencia del más antiguo la encontramos en la máxima francesa «Ancienneté a autorité» (32). El reparto de tareas según el turno de la antigüedad (por ejemplo, en una Facultad universitaria) es un

(30) BGB, parágrafo 528, apart. 2; ABGB austriaco, parágrafo 947; «Allgemeines Landrecht prusiano», parte I, tit. 11, parágrafo 1128; cfr. «Código Civil español», art. 656; Stanzl, «Kommentar zum österr. ABGB», ad § 947.

(31) Windscheid, «Lehrbuch des Pandektenrechts», 9.ª ed. por Kipp (1906), vol. I, parágrafo 121; importante es von Tuhr, «Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts», vol. II (1918, reimpr. 1957), parágrafo 94. Para el Derecho antiguo Kaser, RP (*supra*, n.º 13), p. 222; espec. Biscardi, «Il dogma della collisione alla luce del diritto romano» (1935), para esto la recensión de K. Heldrich, «Savigny-Zeitschrift», 58 (1938), pp. 418 y ss.

(32) Roland/Boyer (*supra*, n.º 4), II, 1, pp. 65 y ss.

procedimiento pacífico. En un colegio profesional las votaciones siguen hoy el orden inverso: «Der jüngste stimmt zuerst», «El más joven vota primero» (33). El derecho a votar primero del juez más joven surgió precisamente como contrapeso frente a la autoridad del más viejo dentro de un tribunal en el tiempo de la Ilustración como postulado de la libertad e igualdad. El orden creciente por edad en la votación a mano alzada (esto es, no secreta) debía garantizar la independencia del voto del más joven. Los jóvenes deben emitir sus votos libres y sin influencia de la autoridad de los mayores en rango y dignidad. Su voto obtiene así más fuerza propia y ejerce un efecto más democrático que el orientado autoritariamente por los mayores.

5. Finalmente destacaremos un caso curioso. El principio de antigüedad (Anciennitätsprinzip) rige sin duda con la mayor importancia en la preferencia del *primer nacido* para la sucesión (por ej., en una explotación agraria) y también en la primogenitura en los estados monárquicos (art. 57 de la Constitución española). Especiales dificultades se presentan en el caso de los *partos dobles*. El BGB no contiene para este caso particular ninguna disposición. Por eso un jurista alemán vería como un biólogo aquí dos embarazos *uno actu*, y reconocería a los gemelos los mismos derechos. La pequeña diferencia de tiempo en un parto doble no merece tomarse en cuenta. El artículo 31 del Código Civil, sin embargo, considera primogénito al primer nacido. En épocas anteriores, por el escaso conocimiento sobre la concepción se decidía, para asombro nuestro, a veces al revés. La primogenitura no se le reconocía al primer nacido, sino al último, porque se creía que había sido concebido primero (34). Esto se basaba en la ingenua idea de que el último en salir debía ser el primero en entrar. Como en un horno los últimos panes introducidos deben sacarse primero. Del mismo modo, en los transportes colectivos abarrotados, el último en subir tiene que salir primero. Así disponía efectivamente una antigua ordenanza de carga de buques en Bremen: «El que embarque el último, desembarca el primero». El inglés comercial conoce la voz *lifo*, es decir, «last in, first out», pero en la reglamentación de almacenamientos es preferible el principio opuesto *fifo* = «first in, first out». En todo caso, recuérdense las palabras bíblicas: «Los primeros serán los últimos, y los últimos serán los primeros» o también, en su versión: «Los últimos de hoy serán los primeros de mañana».

El juez que tuviera que decidir un caso de doble parto, antiguamente se encontraba entonces en una situación delicada. A veces se resolvían casos tan intrincados por la suerte, sometiéndose, por tanto,

(33) Gerichtsverfassungsgesetz (Ordenamiento de la constitución de los Tribunales), § 197; Wacke, en «Juristische Arbeitsblätter», 1981, p. 176.

(34) Azzariti, Art. «Parto plurimo», Novissimo Digesto italiano XII (Torino, 1965), pp. 542 y ss; «Nouveau Larousse illustré» (París, s.a., ca. 1910), art. Jumeau.

al destino (35). O, siguiendo un criterio patriarcal, en caso de diferente sexo, se concedía la preferencia al varón. La parte que de un modo u otro al final consigue su derecho puede decirse con gozo: «Quien ríe el último, ríe mejor».

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor betrachtet den Ursprung des Prioritätsprinzips im antiken römischen und mittelalterlichen deutschen Recht, sodann dessen Anwendungsfälle in den unterschiedlichsten Lebensbereichen. Bei den Wirkungen des Prioritätsprinzips unterscheidet er die ausschließende Wirkung bei Ausschließlichkeitsrechten (z.B. beim Schatzfund, bei der Aneignung von herrenlosen Sachen) von der rangordnenden Wirkung an beschränkt dinglichen Rechten, insbesondere im deutschen Grundbuchwesen und beim Pfändungspfandrecht. Die materielle Priorität (z. B. einer Erfindung) ist überdies zu unterscheiden von der formellen Priorität ihrer Anmeldung. Die Grenzen des Prioritätsprinzips zeigen sich bei miteinander kollidierenden Forderungsrechten, wo es keine Anwendung findet. Die Umkehrung als Posterioritätsprinzip begegnet aus wohlüberlegten Gründen (der Wertsteigerung bzw. *versio in rem*) bei den Pfandrechten im Transportrecht. Den Schluß bildet ein Ausblick auf das Anciennitätsprinzip, das im Gegensatz steht zum Erststimmrecht des jüngsten Richters, sowie auf die Regelung der Zwillingsgeburt.

RESUME

L'auteur considère l'origine du principe de priorité dans le droit romain antique et dans le droit allemand médiéval, puis les cas de son application dans les sphères de vie les plus différentes. A l'égard des effets du principe de priorité, l'auteur discerne son effet exclusif en cas de droits d'exclusivité (par ex. la découverte d'un trésor et l'appropriation des biens sans possesseurs) de sa fonction ordonnant le rang des droits réels limités, particulièrement dans l'ensemble des règles juridiques relatives au registre foncier et dans le droit de gage résultant de la saisie. De plus, la priorité matérielle (d'une invention par ex.) doit être discernée de la priorité formelle de sa notification. Les limites du principe de priorité sont visibles en cas de la collision des droits de créance, où ce principe n'est pas appliqué. L'inversion, le «principe de postériorité», peut être trouvé dans le droit de gage dans

(35) ALR (*supra*, n.º 28), parte I, tit. 1, parágrafos 14-16.

le domaine du transport. L'auteur conclut par une réflexion sur le principe d'ancienneté, qui représente une opposition au droit de vote en premier du juge le plus jeune, et par les règles de la naissance des jumeaux.

SUMMARY

The author considers the origin of the «principle of priority» in Ancient Roman and Medieval German Law, furthermore its application in diverse spheres of life. With regard to the consequences of the principle of priority, its excluding effect in case of exclusive rights (e.g. treasure trove and appropriation of ownerless objects) is distinguished from its function to establish order of rank, particularly in German land law and with security rights of executing creditors. In addition, «material priority» (e.g. of an invention) must be distinguished from «formal priority» due to registration. The limits of the principle of priority are shown in the case of colliding obligations, where it is inapplicable. The opposite «principle of posterity» can be found for reasons of value augmentation with transportation liens. The essay is concluded by a survey of the «principle of anciennity», which is contrary to the youngest judge's right to vote first, and of rules concerning the birth of twins.

Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: Introducción. 1. Códigos alemanes del siglo XVIII y Código Civil austriaco. 1.1. Códigos alemanes del siglo XVIII. 1.1.1. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. 1.1.2. Preussisches Allgemeines Landrecht. 1.2. Sistema de cesión del Código Civil austriaco. 1.2.1 Precedente: Codex Theresianus. 1.2.2. Líneas generales del sistema de cesión del Código Civil. 1.2.3. Conflictos típicos de intereses. 2. Sistema alemán de cesión de créditos. 2.1. Antecedentes en el siglo XIX. 2.1.1. Doctrina alemana. 2.1.2. Proceso codificador. 2.2. Líneas generales del sistema de cesión del BGB; la producción del efecto traslativo. 2.2.1. Cedibilidad de los créditos. 2.2.2. La cesión como negocio de disposición. 2.2.3. La entrega del crédito y la notificación al deudor. 2.2.4. La abstracción de la causa en la cesión. 2.2.5. Cesión de crédito ajeno y adquisición de créditos a *non domino*. 2.2.6. Conclusión: intereses en conflicto. 2.3. Principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión. 2.3.1. Delimitación de la regla del § 404 en relación con la del § 407: excepciones que el deudor puede oponer al cesionario. 2.3.2. Esquema del conflicto de intereses deudor/cesionario por razón de la relación cedente/deudor. 2.3.3. Delimitación del ámbito de aplicación del § 404 en relación con el del § 406. 2.3.4. De si de la cesión pueden derivarse facultades para el deudor que antes de ella no tuviera. 2.3.5. Límites de la protección al deudor: la cesión tampoco debe suponerle una mejora en su situación jurídica. 2.3.6. Cesión de crédito ajeno y de crédito inexistente. 2.4. Protección al deudor de buena fe por su no conocimiento de la cesión. 2.4.1. Actos o negocios del deudor con el cedente posteriores a la cesión (§ 407.1). 2.4.2. Eficacia de la sentencia recaída en el pleito entre cedente y deudor (§ 407.2). 2.4.3. Protección de expectativas generadas para el deudor antes de conocer la cesión (§ 406). 2.4.4. Protección al deudor en caso de doble cesión (§ 408). 2.5. El conocimiento de la cesión por el deudor. 2.5.1. Contenido de la confianza en la apariencia: el no conocimiento de la cesión por el deudor y su buena fe. 2.5.2. Protección del deudor frente a la no-cesión (§ 409.1). 2.5.3. La ineficacia y la revocación del anuncio de cesión (§ 409.2). 2.5.4. La prueba de la legitimación del cesionario (§ 410). 2.6. Cuadro general de protección al deudor. 2.6.1. Posibles repercusiones de la protección dispen-

sada al deudor frente al riesgo de no-cesión (§ 409) en su protección frente al no conocimiento de la cesión (§ 406-408). 2.6.2. Cuadro de protección y consideraciones sobre su posible reformulación a partir de una interpretación diferente de la relación entre los §§ 407, 409 y 408. 2.6.3. Acciones que genera la protección al deudor y la facultad de éste de renunciar a ella. 3. Sistema suizo de cesión de créditos. 3.1. Precedentes del Código federal de obligaciones de 1881. 3.1.1. Código de derecho privado del cantón de Zúrich. 3.1.2. Proyectos de Código de obligaciones. 3.2. El Código federal de obligaciones de 1881. 3.3. El Código federal de obligaciones de 1911.

INTRODUCCION

Dada la dificultad que en este ámbito encontró la superación de los esquemas romanistas, quizá no esté de más resumir sucintamente tales esquemas. Existe acuerdo en que en el derecho romano se empezó afirmando la intransmisibilidad *inter vivos* de los créditos, por lo menos en tanto no se produjese una novación, con lo que el deudor debía dar su consentimiento y, además, quedaban extinguidas las garantías y otros derechos accesorios. Tales inconvenientes pudieron salvarse apoderando al «cesionario» como *procurator in rem suam*, con lo que él podía ya exigir el pago al deudor en nombre del «cedente», que seguía siendo el único y verdadero titular del crédito, lo cual entrañaba, sin embargo, otros inconvenientes o riesgos para el «cesionario», tales como la posible extinción del poder por revocación o muerte del «cedente», o también la eventual reclamación del crédito por el mismo «cedente». Estos otros inconvenientes también pudieron, en cierto modo, ser salvados, por una parte, concediendo al «cesionario» una acción útil, mediante la cual podía exigir en nombre propio el pago al deudor, y, por otra, estableciendo que la notificación de la «cesión» al deudor (por el «cesionario») le impedía liberarse pagando al «cedente» (1).

Parece bastante claro, pues, que a pesar de la proclamación de la regla de la intransmisibilidad *inter vivos* de los créditos, sí se logró facilitar alguna vía para alcanzar su resultado práctico. Hay autores (desde Windscheid y Bähr, claramente, pero también otros anteriores, como Bohmer o Salpius) que fueron más allá y sostuvieron que en el derecho justiniano se llegó a admitir una verdadera cesión, superán-

(1) *Vid.* Referencias generales introductorias en J.V. Gavidia Sánchez: «La formación del sistema francés de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes», A.D.C., 1990-IV, pp. 1096-1099.

dose ya entonces el viejo dogma de la intransmisibilidad *intervivos* (2).

Los glosadores, sin embargo, mantuvieron, según unos (3), o revivieron, según otros (4), tal dogma, dándole incluso una formulación más enérgica que la que había tenido en el derecho romano (5).

Por lo que respecta al derecho germánico, parece que tampoco se admitía en un principio la transmisión de los créditos sin el consentimiento del deudor (6). Si no se obtenía éste, era necesario obtener una suerte de representación judicial para que el apoderado pudiese exigir el pago al deudor. Las promesas en favor de tercero, conocidas desde el tiempo de los francos, ofrecieron una vía para conseguir el resultado práctico de la cesión, pues el deudor prometía al acreedor que le pagaría a él o a un tercero, cuya entidad podía no quedar precisada entonces, pudiendo, en tal caso, designarlo el acreedor posteriormente (7). La principal aplicación de esta promesa fue la de los títulos a la orden y al portador. En los documentos a la orden, el deudor se obligaba a pagar al que lo presentare, si éste podía demostrar que se lo había entregado voluntariamente el designado en ellos, mientras que en los documentos al portador no se exigía tal prueba. Documentos alemanes de este tipo aparecen ya desde el siglo XIII (8).

En algunas partes de Alemania ya en el siglo XV parece admitida la cesión de créditos (9). Sin embargo, con la recepción del derecho romano se impuso, por lo menos, en la doctrina, la tesis de la intransmisibilidad a título singular de los créditos elaborada por los glosadores, que dominará la historia de la cesión en los territorios alemanes hasta el mismo siglo XIX, claramente, por lo menos, en la doctrina de los autores (10). El predominio de esta teoría será, no obstante, contestado desde diversos frentes.

(2) Vid. F.C. De Diego y Gutiérrez: *La transmisión de las Obligaciones*, Madrid 1912, nota 1 a pie de p. 168 y p. 178, que, sin embargo, parece no aceptar esa tesis; K. Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Colonia, 1966, p. 142.

(3) De Diego, *op. cit.*, p. 171.

(4) Luig, *loc. cit.*

(5) «Nomina adeo ossibus hominum inhaerent ut nunquam separentur... Non possunt separari a domino sicut nec anima a corpore» (citas del Digesto y del Codex tomadas de De Diego, *últ. loc. cit.*).

(6) Brunner, «Quellen und Geschichte des Deutschen Rechtes», *Encyklopädie de Holtzendorf*, ed. de Kohler, p. 249, cita tomada de De Diego, *op. cit.*, nota 1 a pie de p. 174.

No está del todo claro si, incluso, el heredero del acreedor estaba sin más legitimado para exigir el pago o si para ello era necesario que en el documento del crédito se le hubiera habilitado para ello (*vid.* O. Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, t. III, Berlín, 1878, nota 3 a pie de p. 176, comentando un texto de Brunner).

(7) Brunner, cita de De Diego, *últ. loc. cit.*, y Stobbe, *op. cit.*, p. 177.

(8) Brunner, cita de De Diego, *últ. loc. cit.*

(9) Stobbe, *últ. loc. cit.* y nota 6.

(10) Luig, *últ. loc. cit.*

Por un lado, hay documentos del siglo XVI de los que parece desprenderse que en la praxis siguió admitiéndose la cesión de créditos, bajo la forma o la expresión de transmisión de la propiedad sobre el crédito (*Eigentumsübertragung an der Forderung*) (11). Por otro, desempeñó un importante papel para la explícita admisión de la transmisibilidad de los créditos la doctrina del derecho natural racionalista que, desde el siglo XVII, fue abriendo el camino para ese reconocimiento. Para esta escuela, la obligación no sólo es un *vinculum iuris* entre deudor y acreedor, sino también un valor económico y, en consecuencia, un objeto exterior y autónomo respecto de la persona de su titular. En definitiva, se afirma la objetivación del crédito, que impide considerarlo sólo como algo intersubjetivo para pasar a tener una consistencia propia, análoga a la de las cosas corporales (12). Así, considerando el crédito como una *res incorporalis*, la cesión podía ser presentada como algo análogo a la transmisión de propiedad de las cosas muebles, normalmente, como la *traditio* del crédito (13).

Finalmente, en el siglo XVIII la doctrina alemana presenta ya una corriente que propugna el abandono de los esquemas romanos y el reconocimiento de la transmisibilidad del crédito, de manera que el cesionario fuese abiertamente tenido por el nuevo titular del crédito, dejando de serlo el cedente sin necesidad de *litis contestatio* ni de *denuntiatio*, sino por el solo hecho de la cesión (14).

Manifestaciones o realizaciones positivas de estas ideas, heterodoxas respecto a la doctrina del derecho común, las encontramos en el siglo XVIII en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, en el *Preussische Allgemeine Landrecht* de 1794, así como en la codificación austriaca, cuyo Código Civil data de 1811. En los tres casos se acepta claramente la transmisibilidad de los créditos y se conceptúa la cesión como una *cuasitraditio* de una cosa incorporal.

(11) B. Huwiler, «Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1811», en *Das Obligationenrecht 1883-1983*, ed. de P. Caroni, 1984, nota 40 a pie de p. 219.

(12) Vid. B. Huwiler, *Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht*, Zürich, 1975, pp. 25 y ss., con citas de Puffendorf, Wolff, Kant...

(13) Especialmente, Wolff. Salvando las distancias, esta idea también aparece, aunque de una forma no del todo explícita, en Pothier, al ubicar la cesión de créditos (*transport*) también en el tratado de la posesión y, más concretamente, como si de una forma de *traditio* se tratase, si bien cuando pasa a analizarla deja claro que la entrega o *traditio* del crédito se realiza mediante la notificación de la cesión al deudor. Me remito a lo dicho en el capítulo dedicado a Pothier; vid. Gavila, «La formación del sistema francés...», cit., pp. 1147-1153.

(14) Schilter, en De Diego, *op. cit.*, p. 177. Para aquel autor, en el derecho alemán no se había prácticamente recibido la teoría de la cesión del derecho común, y por esto la cesión se había realizado «*erb- und eigenthümlich*», con renuncia del cedente «*aller weitem An- und Zusprüche*» (así, en Stobbe, *últ. loc. cit.*).

Esto no significó, sin embargo, el arrumbamiento definitivo de las tesis del derecho común. Tanto es así que ya bien entrado el siglo XIX todavía la tesis ortodoxa encontrará importantes apoyos, concretamente, por parte de los autores que, como Mühlenbruch, sólo admiten la cesión del ejercicio del derecho de crédito (*Übertragung der Ausübung*), pero no la del derecho en sí. La superación definitiva de tales esquemas será obra, principalmente, de Windscheid y Bähr, que lograron imponer a mediados del siglo pasado la idea de que la transmisión del crédito en sí y a título singular (*Singularsukzession* o *Einzelnachfolge*) ya había sido admitida en el derecho romano justinianeo, y que no había ningún impedimento para hacer lo mismo en su propia época. Idea que, efectivamente, se verá definitivamente aceptada en los trabajos de elaboración del Código Civil alemán, como ya también antes lo había sido en alguna obra legislativa de algún Estado alemán.

De toda esta evolución, así como del sistema alemán codificado, doy cuenta, a veces, detallada, como también del sistema suizo de cesión, con sus primeras manifestaciones notablemente influidas por el Code.

1. CODIGOS ALEMANES DEL SIGLO XVIII Y CODIGO CIVIL AUSTRIACO

1.1. Códigos alemanes del siglo XVIII

1.1.1. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis de 1756* (15)

En cuanto al sistema traslativo general, se establece que la entrega legítima produce la transmisión de la propiedad, pero que para poder ser calificada como legítima y, en consecuencia, producir el efecto traslativo, se requiere que el *tradens* pueda disponer y el *accipiens* aceptar, y que exista un título traslativo de dominio o causa de la transmisión (15 bis). Parece, pues, que se adopta el sistema de título y modo.

En cuanto a la cesión de créditos, ésta es abiertamente aceptada como tal, esto es, como transmisión de la titularidad del crédito

(15) He manejado la edición de 1759.

(15 bis) «Eine rechtmäßige Uebergab oder Einraumung wodurch das Eigenthum von einem auf den anderen gebracht wird, erfordert daß der Uebergeber zur Auslieferung und der andere Theil zur Acceptation befugt seye... Soll ein Titulus Dominii translativus, das ist, eine solche Ursach, wodurch man das Eigenthum auf andere zu bringen pflegt z.B. ein Tausch, Kauf, Darleien, Schankung, u. vorhanden seyn...» (Codex, 2.ª parte, cap. 3.º, § 7).

(16) y no solamente como cesión de la acción para exigirlo, con rechazo explícito de la doctrina romanista medieval de la intransmisibilidad a título singular (17). La calificación del crédito como un derecho o una *res incorporalis* (unkörperliche Dinge) es también explícita, lo que revela su consideración como un elemento más del patrimonio del acreedor. Lo que sucede es que la transmisión parece estar sujeta a reglas que, cuanto menos, podrían ser calificadas como específicas respecto a la general de transmisión mediante título y modo.

Parece establecer la siguiente ecuación: la cesión es a los bienes incorporales lo que la entrega legítima a los corporales, teniendo en cuenta que aquéllos no sólo se transmiten por cesión sino también por el uso efectivo que el cesionario hace del derecho que se le cede (18). Parece, por tanto, y así se reconoce, que la *cessio* no es más que una forma de *traditio*, en concreto, de *quasi-traditio* (19), como también lo sería el uso del derecho por parte del cesionario. Según esto, el término cesión no designaría tanto el resultado o efecto traslativo cuanto el acto (*Handlung*) que la produce (20). De lo que ahora se trata es de precisar en qué consistía ese acto de cesión y cuáles eran sus requisitos.

En principio, parece que consistía en el mero acuerdo entre cedente y cesionario en producir la transmisión del crédito (acuerdo traslativo) (21),

(16) Por cesión se entiende «jene Handlung darunter, da wir unsere Gerechtsame an jemand anderen eigenthümlich überlassen und abtreten», de manera que «wird derjenige, an welchen die Abtretung geschieht, Cessionarius, der abtretende Theil aber cedens, und der Abgetretende Debitor cessus genannt» (Kreittmayr: Anmerkungen Über den Codicem Maximilianum Civilem, 2.^a parte, Múnich, 1761, n.º 1, p. 1035, donde cita, entre otros, a Wolff, *Inst. Juris naturae* § 338).

(17) «Tritt Cessionarius in alle Rechten des Cedenten, welche durch Gesaß oder Geding nicht besonderes ausgenommen seynd, durchgehends ein, und ist der disfalls in Römischen Rechten gemachte Unterchied zwischen dem Domino vel Exercitio Juris, dann der Actiones directa vel utili, nach teutsch und landüblichen Rechten als eine unnötige Subtilität aufgehoben. Beedes kommt dem Cessionario nach beschehener Zession zu...» (Codex, *loc. cit.*, § 8.8.º).

(18) «Durch obbemelte Uebergab werden nur körperliche Dinge von einem auf den anderen gebracht, uncörperliche Dinge pflegt man per Cessionem, oder soviel die Servitutes und andere dergleichen Gerechtigkeiten betrifft durch deren wirklichen gebrauch zu übergeben...» (Codex, *loc. cit.*, § 8. pr.).

(19) «Was in rebus corporalibus traditio ist, das ist in incorporalibus quasi traditio» (Kreittmayr, *loc. cit.*).

(20) De la pluralidad de significados de la palabra *Cessio* se era plenamente consciente: «Das Wort *Cessio* hat zwar unterschiedliche Bedeutungen» (Kreittmayr, *loc. cit.*).

(21) La consideración del acuerdo traslativo como contenido de la cesión o de la *traditio* es clara: «*Cessio* hat verstandenermassen vim Traditionis, beede Kommen daher in den meisten Haupt-Requisits, sonderbar aber darin übereins, daß sowohl eine als die andere mutua voluntate & consensu cedentis ac cessionarii sufficienter declarato zu Stand Kommt» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 4, p. 1038, con cita, entre otros, de Wolff).

lo cual podría suponer una cierta contradicción con el sistema general de transmisión, puesto que para los créditos bastaría, pues, la acorde voluntad de las partes para producir tal efecto traslativo (22).

De no tener en cuenta ulteriores aclaraciones, resultarían posibles, por lo menos, tres interpretaciones de esta regla de la suficiencia del acuerdo para producir la transmisión y de la contradicción que esto podría suponer frente a la regla general. La primera sería que el sistema de cesión de créditos no deja de ser el título y modo, pero con la particularidad de que ahora el modo (*traditio*) no consiste en la entrega sino en un acuerdo en transmitir, cuya eficacia traslativa depende, como en la regla general, del poder de disposición del cedente y de la capacidad de ambas partes, como también de la previa existencia de un título. La segunda sería que el sistema de cesión es el consensualista, donde basta con un solo acuerdo, el relativo al título o causa de la cesión, en el que estaría implícito el acuerdo en producir la transmisión. Y la tercera sería que el sistema de cesión era ya el del acuerdo abstracto traslativo, donde la eficacia transmisiva no depende de la causa o título de la cesión, sino sólo del propio acuerdo de cesión.

La cuestión, sin embargo, queda algo más clara en la interpretación que Kreittmayr hizo de este pasaje del Codex. Si no cabe la menor duda de que la cesión, como acto equivalente a la *traditio*, consistía en el acuerdo entre cedente y cesionario en producir la transmisión, tampoco debe haberla en la subsistencia de la exigencia de un título o causa, de lo que parece depender también la producción del efecto traslativo (23), con lo que parece excluirse la tercera hipótesis antes apuntada del carácter abstracto del acuerdo traslativo. Parece, pues, que teóricamente al menos el sistema de cesión sigue siendo el general de título y modo, pero con la particularidad de que no se requiere entrega como actividad material, sino que basta con el acuerdo en producir la transmisión, el cual debe ir precedido o acompañado de otro acuerdo creador del título o causa de la cesión. Lo que sucede es que basta con que en el segundo acuerdo, el de cesión, se haga una referencia implícita al título e, incluso, con indicar que la cesión es contraprestación de algo previamente recibido por el cedente, sin

(22) «Solchem nach ist hierunter das nemliche wiederum zu beobachten, was... geordnet ist, die Cession insonderheit belangend, kommt es hiermit lediglich auf den Willen des Cedentens und Cessionarii an. Sobald diese beede über den Transport miteinander verstanden seyn, hat die Cession ohne weiteren Zuthun seine vollständige Richtigkeit» (Codex, *loc. cit.*, § 8. pr. y 1.^o).

(23) «Titulus vel causa wird in Cessione ebenso, wie in Traditione vera, requirirt» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*, pág. 1039).

necesidad de especificar cuál es la causa de tales prestaciones recíprocas (24).

Entonces, si en teoría parece seguirse el sistema de título y modo, en la realidad, como puede apreciarse, la cesión se producía sin más elementos que el acuerdo de voluntades, presuponiendo, claro está, la capacidad de las partes y el poder de disposición del cedente. En este sentido, el sistema se aproxima bastante al consensualista, pues si eran necesarios dos acuerdos (uno para crear el título y otro para producir la transmisión), mientras que en el consensualista basta con uno sólo, no es menos cierto que ambos acuerdos podían producirse en un mismo acto. En cualquier caso, lo claro es que bastaba con el consenso (25). Por otra parte, no se deje de tener en cuenta que es en el acuerdo traslativo en el que más hincapié se hace, reconociendo, si no la posibilidad de un cierto grado de abstracción, sí de un cierto oscurecimiento o ensombrecimiento del título o causa de la cesión, y es, como sabemos, en esta dirección en la que se avanzará en el siglo XIX, hasta desembocar en un sistema general abstracto de transmisión de bienes y derechos, basado en el acuerdo traslativo.

Si hubiera de calificar el sistema de cesión de créditos del Codex, por lo analizado hasta aquí, diría que sus esquemas teóricos son todavía los del título y modo, propios del derecho común, pero que está basado en el consenso y que apunta hacia la abstracción de la causa.

No se requiere para la validez ni para la eficacia de la cesión el consentimiento del deudor, pudiendo producirse aquélla aún contra la voluntad de éste (26), como también sin su conocimiento (27). Parece claro, pues, que no se requiere la notificación de la cesión al deudor.

(24) El requisito del título podía entenderse cumplido «zwar explicite mit ausdrücklicher Benennung des Tituls, oder wenigst implicite, da nemlich solcher aus der Handlung selbst gnugsam erscheint, z. b. da wir jemand unsere Forderung um eine gewisse Summam Geld überlassen, welchenfalls sich ziemlich deutlich äussert, daß die Cession titulo empti venditi geschehen seye... oder da es in Instrumento heißt: gegen erhaltener Vergnügung, dann die Satisfaction ist Species solutionis seu liberationis, folglich auch sufficiens titulus Cessionis, ohne daß man sich hierunter näher zu expliciren nöthig hat, wie und was Art solche geleistet worden seye» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*).

(25) Por lo demás, la suficiencia de la voluntad para producir la transmisión concuerda plenamente con las doctrinas del derecho natural racionalista y, especialmente, con Wolff, citado por Kreittmayr al reconocer al eficacia traslativa de la cesión en la titularidad del crédito (*op. cit.*, n.º 1, p. 1035) y al establecer que la cesión consiste en el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario (*op. cit.*, n.º 4, p. 1038).

(26) «Die Miteinwilligung des Debitoris cessi ist hierzu nicht nötig, sondern das Recht was man gegen ihn hat, kan auch wider seinen Willen an andere cedirt und überlassen werden...» (Códex, *loc. cit.*, § 8.2.º).

(27) «Wasgestatten Debitoris cessi Einwilligung in die Cession nicht vonnöthen seye, einfolglich dieselbeauch ohne seinen Wissen und Willen geschehen könne...» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 8, p. 1044).

Objeto de cesión pueden ser, en principio, cualesquiera derechos o acciones, incluso, los futuros, con tal que no se hayan extinguido y cuya cesión no haya sido especialmente excluida (28).

La cesión debe ser probada, por cualquier medio de prueba, por aquél que pretenda hacerla valer (29), no bastando la posesión del documento del crédito, ni siquiera cuando en él constase la cláusula por la cual el deudor se obligaba a pagar a su tenedor (30).

Desde el acto mismo de cesión el crédito en sí y no solamente la acción para hacerlo efectivo se transmite al cesionario que, desde entonces, será el nuevo acreedor al que se ha transferido todo el contenido del crédito con sus accesorios (31). Con esto quedan explícitamente abandonados los esquemas romanistas de la teoría de los glosadores (31 bis). Coherentemente con esta plena adquisición del crédito por el cesionario, se produce la simultánea extinción del derecho del cedente (32). Así pues, tras el acto de cesión todo el poder de disposición sobre el crédito pasa al cesionario, de forma que éste es el único que puede hacer todo lo que el cedente hubiera podido hacer (33), mientras que éste queda realmente deslegitimado para hacerlo. Ahora bien, por la

(28) «Können regulariter alle sowohl gegenwärtig als zukünftige Jura vel Actiones, soweit nicht ein beondere Ausnahm gemacht wird, cedirt werden» (Codex, *loc. cit.*, § 8.5.º).

«Regulariter Können Actiones und Jura cedirt werden, sie seyen gleich real, personal, petitorisch, gegenwärtig oder Künftig,... soweit sie nicht schon wirklich erloschen, oder sonst specialiter ausgenommen seynd» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 3, p. 1037).

(29) «Cessio ist Facti, wie Traditio, und will mithin auf allenfallige wiederrednungsam bewiesen seyn» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 5, p. 1039).

(30) «Muß die Cession von dem, der sich darauf beruft, erwiesen werden, und ist auch der blosser Briefs-Innhaber, wenn er sich nicht in anderweg dazu legitimiren kan, von diesem Beweis nicht befreiet, ohngeacht der Brief die Clausulam, jedem Briefs Innhaber, in sich hat, weil sich solches nur von rechtmäßigen Briefs-Innhabern versteht» (Codex, *loc. cit.*, § 8.6.º).

(31) «Seynd bei Ueberlassung einer Principal-Action auch die Accessoriae vel Preparatoriae allzeit stillschweigend mit darunter verstanden» (Codex, *loc. cit.*, § 8.7.º).

(31 bis) Vid. texto transcripto en nota 17.

(32) «Jus & Praxis hodierna womit auch unser Codex einstimmig ist, nimmt die Sach etwas natürlicher, setzt obige subtile Distinctiones beyseit, und stehet das Jus, welches Cedens einmal auf einen anderen transferirt hat, seines Orts für gänzlich erloschen an, so daß er gar nichts mehr damit zu thun, sondern alles dem Cessionario schlechterdings zu überlassen hat, ...» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 6, p. 1041).

«Unsere teusche Reichs und Lands-Praxis wie auch unser Codex gehetüber diese Römische Spitzfindigkeiten hinaus, und raumt dem Cessionario alle Jura cedentis, welche durch Gesetz oder Beding nicht besonders ausgenommen seynd, in re ipsa durchgehends ein» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 7, pp. 1042-1043, con cita de Lauterbach).

(33) «[...] kan er (el cesionario) selbst oder durch andere frey hierum klagen, compromittiren, transigiren, und alles was Cedens selbst hätte thun mögen, nach Belieben verfügen, den Eid kan er allenfalls deferiren, referiren, und in seine eigene Seel abschwören... es stehet ihm ferner frey, ob er die Schuld weiter cediren und transportiren wolle» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*, p. 1043).

misma razón y del mismo modo que se transmiten al cesionario todos los aspectos positivos el crédito, también éste ha de soportar todas las limitaciones que pesaban sobre el derecho de crédito (34).

Por lo que respecta al deudor, ya sabemos que ni su consentimiento ni su conocimiento de la cesión eran requisitos para su validez ni para su eficacia (35). Esto no quiere decir, ni mucho menos, que tal conocimiento fuera irrelevante. Y no lo era porque el deudor, aún después de la cesión, podía pagar al cedente con efecto liberatorio o negociar con él sobre el crédito sólo en tanto no tuviese conocimiento de la cesión, pues de lo contrario debía tener al cesionario por su nuevo acreedor (36); esto último entendido, a mi modo de ver, en el sentido de que si el deudor actuaba con el cedente lo hacía a su propio riesgo una vez que conocía la cesión. Así, correspondía al cesionario probar la cesión, por lo que el deudor podía entre tanto negarse a pagarle o a negociar con él sobre el crédito, aunque tuviese conocimiento de la cesión. La notificación no era irrelevante, no estaba desprovista de efectos: creo que si la había habido y, a pesar de ella, el deudor hubiera pagado o negociado con el cedente, tales actos no serían oponibles al cesionario sin que éste tuviese que probar que el deudor había conocido la cesión (37). Por lo demás, el deudor podía oponer todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente, salvo las que sólo concierne a la persona, a la cualidad o al estatus de éste (38).

En caso de conflicto entre acreedores del cedente y el cesionario parece claro que la solución debía venir dada por la fecha de la cesión, esto es, del acuerdo de la transmisión. Demostrada por el cesionario la cesión, ya los acreedores del cedente no podían embargar el crédito, a menos que ésta fuese rescindida por fraude de acreedores. Creo que la ausencia de una disposición específica sobre este

(34) «[...] hat sodann Cedens mit dem Jure cesio gar nichts mehr zu thun, dahingegen stehen dem ersten alle Exceptiones im Weg, welche Cedens selbst von Rechtswegen zu leiden gehabt hätte. Es kan sich und muß die Sach mit allen darauf haftehenden Bürden übernehmen» (Codex, *loc. cit.*, § 8.9.º, 10.º y 12.º).

«Wie weit Cessionarius in Jura cedentis personalia eintrette... und da nun derselbe mit dem Cessionario quo ad activa rei cessae gleichsam einen Mann ausmacht, so ist billich, daß solches auch quo ad onera & passiva ejusdem rei geschehe» (Kreittmayr, *últ. loc. cit.*).

(35) Vid. notas 26 y 27.

(36) «Haftet auch Debitor cessus von der Zeit an, da er Nachricht von der Cession hat, dem Cessionario dergestalt, daß er von dem Cedenten weder belangt noch der Oligation mehr entbunden werden mag» (Codex, *loc. cit.*, § 8.13.º).

(37) Esta puede ser la explicación del siguiente comentario: «Jus hodiernum aber weist ihn wenigst von der Zeit an, da ihm die Cession intimirt worden ist, lediglich an Cessionarium mit gänzlichen Ausschluß des Cedentis allein an» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 8, p. 1044). Es decir, que el cesionario sólo podía estar seguro de que el deudor no se liberaría pagando al cedente si se le había notificado la cesión.

(38) Vid. Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 7. pp. 1043 y 1044.

conflicto de intereses se debía a que era innecesario establecerla, pues bastaba con aplicar las reglas generales.

Sí había en cambio alguna regla sobre la doble o múltiple cesión de un mismo crédito por el mismo cedente a diversos cesionarios. Se establecía que el deudor debía dirigirse a aquel cesionario, cuya cesión fuese más antigua. Pero si el deudor, no conociendo otra cesión, pagase a otro cesionario cuya cesión hubiera sido posterior, quedaría liberado de la obligación, pues podía oponer tal pago al verdadero adquirente, entendiéndose por tal aquel cesionario cuya cesión fuese más antigua (38 bis). Aunque expresamente no se diga —quizá, por ser innecesario—, si el conflicto se planteaba entre cesionarios sin intervenir el deudor, entiendo que prevalecía a falta de disposición contraria, aquél cuya cesión fuese la más antigua. Por esto es por lo que se establecía que el deudor debía dirigirse a él, porque era el verdadero adquirente.

Parece, pues, bastante claro que tras la cesión era el cesionario el único que podía exigir el pago y disponer del crédito. El cedente no sólo no debía sino que tampoco podía disponer de él, a menos que la cesión primera hubiese sido inválida o ineficaz. Como esta solución es la que corresponde a la eficacia plenamente traslativa del acuerdo de cesión, debió considerarse innecesario insistir en ello. Lo que más preocupaba era proteger al deudor por su no conocimiento de la cesión, lo cual le llevaba a pagar a otro cesionario no adquirente. Ante esta situación cabía adoptar dos posturas. Una, liberar al deudor de la obligación, haciendo recaer sobre el adquirente el riesgo de quedar insatisfecho, pues sólo podía dirigirse contra el cedente y, acaso, contra el cesionario que recibió el pago si éste era de mala fe. Otra, reconocer la liberación del deudor si paga o negocia con el cedente no conociendo la cesión, pero no si trata con un cesionario que no ha adquirido el crédito, por entender que antes debió asegurarse el deudor de que no había una cesión anterior, con lo cual el riesgo recaería, en este caso, en el deudor, pues no podría oponer al adquirente lo realizado con el no adquirente. Pues bien, en el *Codex Maximilianus* se optó por la primera solución, más favorable al deudor, aunque parece que la cuestión era bastante debatida en la doctrina (39).

Finalmente, por lo que respecta a los casos de cesión de crédito ajeno, creo que su ineficacia era la solución más coherente con lo

(38 bis) «Wenn aber zewey unterschiedliche Cessionarii sich bey ihm angeben, so muß er sich an jenen halten, der die ältere Cession vor sich hat, und da er etwan aus Unwissenheit sich bey dem letzteren abfindet, so ist er der Obligation loß...» (*Codex, loc. cit.*, § 8.14.^o).

(39) «Falls sich von der nemlichen Schuld-Forderung mehr Cessionarii bey ihm um die Bezahlung angeben, so ist er jenen, welcher die ältere Cession vor sich hat, zu bezahlen schuldig, den jüngern angeblichen Cessionarium oder kan er nur auf den Fall, wann ihme die ältere Cession unbekannt geweßt, mit Fug bezahlen, wenigst bringt es unser Codex also mit sich, de Jure communi aber seynd die Meinungen der Authorum hierüber nicht allerdings einstimmig...» (*Kreittmayr, op. cit.*, n.º 8, pp. 1044 y 1045).

visto hasta aquí. Si el cedente volvía a acordar la cesión de un mismo crédito ya cedido previamente, nada podía transmitir al segundo cesionario, por lo que éste no adquiriría tal crédito, la misma solución debería propugnarse para los demás casos de cesión de crédito ajeno, es decir, también cuando el crédito nunca había pertenecido al cedente. Y creo que la lógica del sistema hacía innecesaria una regla en este sentido: basta con que no haya una en sentido contrario. En el supuesto de una cadena de cesiones en la que el cesionario luego cede el crédito, la invalidez o la ineficacia de una de las cesiones anteriores daba lugar a la ineficacia de todas las posteriores, pues éstas lo habían sido de crédito ajeno, y tales cesionarios nada habían adquirido (40). Al cesionario correspondería una pretensión indemnizatoria contra el cedente cuando el crédito no perteneciera a este último.

1.1.2. *Preussisches Allgemeines Landrecht (1794) (40 bis)*

El Código prusiano dedica a la cesión el capítulo en que se contienen los §§ 376 a 444. Abiertamente reconoce la transmisibilidad a título singular inter vivos de los créditos y derechos en general, con tal que no sean personalísimos (ligados a la persona del titular) (41). Y lo que puede transmitirse es todo el crédito, esto es, incluidos sus accesorios, de forma que el cesionario adquiere la condición de nuevo acreedor y no sólo el poder de exigir su cumplimiento, puesto que se coloca en la misma posición que la que tenía el cedente (42). Por su parte, éste deja de tener cualquier poder sobre el crédito cedido. Se aparta, pues este sistema de cesión de los esquemas romanísticos del derecho común.

El sistema de cesión parece seguir siendo el del Codex Macmilianeus. Así, se exige título y modo: el primero consiste en el contrato del que surge la obligación de transmitir la titularidad

(40) «[...] fals dieselbe (la primera cesión) ungültig ist, all weitere Cessiones gleichfalls für mangelhaft zu achten hat, weil sie alle zusamm auf der ersten beruhen» (Kreittmayr, *op. cit.*, n.º 7, p. 1043).

(40 bis) He manejado el texto de REHBEIN-REINCKE: ALLGEMEINES LAN-DRUCHT FÜR DIE PREÜSSISCHEN STAATEN, t. I, 5.ª ed., Berlín 1894.

(41) «Alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, Können Anderen abgetreten werden» (§ 382 ALR).

(42) «Durch die Cession tritt der neue Inhaber in alle abgetretenen Rechte und damit verbundenen Pflichten des Cedenten» (§ 402 ALR).

«Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über» (§ 403 ALR).

(43), y el segundo es el acto de cesión, que hace las veces de *traditio* y que consiste en un acuerdo de voluntades en producir la transmisión (44). La regla general es, pues, la de que bastan los acuerdos para que se produzca la transmisión, pudiendo coincidir en un solo acto el contrato y el acuerdo traslativo. Cuando el crédito que se va a ceder está documentado es necesario que la cesión (el acuerdo traslativo) conste igualmente por escrito (45). No se requiere, pues, para la validez ni para la eficacia traslativa de la cesión el consentimiento del deudor (46), ni tampoco que la cesión le sea notificada.

El efecto traslativo de la cesión válida hace del cesionario el nuevo acreedor. Dado el carácter derivativo de su adquisición, éste ocupa la misma posición del cedente, esto es, puede hacer y obtener lo mismo que aquél (47), pero también tendrá que soportar todas las excepciones que el deudor hubiera podido oponer a aquél. Y por la misma razón y al mismo tiempo el cedente deja de ser acreedor y, con ello, pierde el poder de disponer del crédito y de exigir su cumplimiento al deudor.

En cuanto al deudor, se proclama que su situación jurídica no debe quedar empeorada por la cesión (48), como consecuencia de su no intervención en ella (49), lo que también se rodea de alguna garantía cautelar (50). Consecuencia de esto es que el deudor puede oponer

(43) «Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einen Anderen das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung, zu überlassen» (§ 376 ALR).

«Wird ein Recht ohne Vergeltung abgetreten, so ist die Handlung als eine Schenkung anzusehen» (§ 378 ALR).

(44) «Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Anderen wirklich übertragen wird, wird Cession genannt» (§ 377 ALR).

«Durch die Erklärung des Cedenten, das der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung, geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über» (§ 393 ALR).

(45) «Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt, so muß auch die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich erfolgen» (§ 394 ALR).

Sin embargo, nada de esto se requería si el crédito estaba incorporado a un título al portador (§ 401 ALR).

(46) «Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig» (§ 409 ALR).

(47) §§ 402 y 403 ALR, transcritos en nota 42.

(48) «Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Anderen niemals erschwert werden» (§ 408 ALR). Vid. § 411.

(49) § 409 ALR, transcrito en nota 46.

(50) «Hat der Schuldner, besonderer Umstände wegen, Grund, zu besorgen, daß er von seinen Einverdenungen oder Gegenforderungen wider den Cedenten, gegen den Cessionarium nicht werde Gebrauch machen können; so ist er, wegen dieser Einverdenungen und Gegenforderungen, Caution von dem Zedenten zu verlangen berechtigt» (§ 410 ALR).

al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente (51), a menos que aquél hubiese reconocido al cesionario como acreedor (52). Por lo demás, parece claro que no podía oponerle excepciones surgidas contra el cedente después de la cesión, como se verá a continuación. Y es que el cedente, lógicamente, no debe, tras la cesión, disponer del crédito ni exigir el pago al deudor, ni negociar con él sobre tal crédito, puesto que ya no es su acreedor. Ahora bien, se sigue protegiendo al deudor que, sin tener conocimiento de la cesión, paga o trata con el cedente, de forma que luego podrá oponer al cesionario las excepciones que se deriven de tales tratos.

La notificación de la cesión al deudor tiene como efecto invalidar el pago al cedente o lo negociado entre éste y aquél, después de que el deudor ya conoce la cesión (53). La notificación del cedente o la emitida por un órgano judicial es suficiente para que el deudor no deba ya pagar ni tratar sobre el crédito cedido con el cedente (54), por lo que parece que ya puede con seguridad pagar o negociar con el cesionario, sin asumir riesgo de la inexistencia o ineficacia de la cesión. En cambio, si el autor de la notificación fue el cesionario, éste debe demostrar la cesión, bien acompañando el documento del crédito y el de la cesión, bien de cualquier otra forma, teniendo en cuenta que si no lo hace dentro de los tres días siguientes al de la notificación y el cedente, por propia iniciativa o por la del deudor, niega que se haya producido la cesión, el deudor puede seguir tratando con el cedente, esto es, considerándole como su acreedor (55).

Lo dicho hasta aquí no debe hacernos creer que la notificación al deudor era lo decisivo para excluir al eficacia frente al cesionario de lo actuado entre deudor y cedente, sino que lo era el conocimiento que el

(51) «Der Schuldner einer cedirten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen konnte, auch dem Cessionario entgegen setzen» (§ 407 ALR).

(52) «Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zu setzen» (§ 412 ALR).

(53) «So lange dem Schuldner die geschehene Cession noch nicht gehörig bekannt gemacht worden, sind alle zwischen ihm und dem Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des Schuldners gültig» (§ 413 ALR).

(54) «Jede von dem Cedenten oder von Gerichtswegen erfolgte Bekanntmachung ist hinreichend, den Schuldner zu verpflichten, daß er sich über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten nicht weiter einlasse» (§ 414 ALR).

(55) «Geschieht aber die Bekanntmachung durch den Cessionarium, so muß dieser die Richtigkeit seiner Angabe, durch Vorzeigung des cedirten und gehörig überschriebenen Instruments, oder sonst, innerhalb dreier Tage bescheinigen» (§ 415 ALR).

«Wird diese Frist nicht innegehalten, und der ursprüngliche Inhaber der Forderung leugnet die Richtigkeit der vorgebliehen Cession; so kann der Schuldner gültige Verhandlungen über die Forderung mit Letzterem vornehmen» (§ 416 ALR).

deudor tuviera de la cesión. Y tanto vale el que éste adquiere por la notificación como el que pudiera haber obtenido por otras vías (56).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, algo más cuando se trata de la cesión de créditos que nacen de un acto jurídico que está documentado. Como ya he dicho, se requería que su cesión constase también por escrito (57). La inobservancia de este requisito de forma no acarrea, sin más, la invalidez ni la ineficacia de la cesión, sino que se establecía que si el deudor pagaba al cesionario el cedente había de soportar tal pago, es decir, ya no podía exigirle el cumplimiento, con tal que la cesión fuera demostrada de cualquier manera (58). Lo que sucedía es que el deudor podía negarse a considerar al sedicente cesionario como su nuevo acreedor si, estando documentado el crédito, aquél no le presentaba el documento de cesión y el del crédito. Y es que sólo con la presentación de tales documentos podía el deudor estar seguro de que el supuesto cesionario estaba legitimado para exigirle el pago (59). Es más, podía negarse a pagarle en tanto no le hiciese entrega del documento del crédito (60). Esto no significa que la entrega del documento del crédito al cesionario fuese otro requisito de la cesión (61). Lo que sucede es que si el cesionario poseía este documento y el de la cesión veía notablemente mejorada su situación, puesto que tenía a su favor la apariencia de titularidad, puesto que ya el deudor no podía negarse a pagarle. Y también podía evitar que el cedente frustrase su adquisición, puesto que si éste retenía el documento y volvía a ceder el mismo crédito y al cesionario posterior sí entregase el documento del crédito éste sería el que prevalecería si fuese de buena fe (61 bis). No es de extrañar, pues, que se considerase que el documento del crédito era uno de sus accesorios que, como los demás, correspondían al cesionario, el cual podía exigir su entrega al cedente (62).

Si el deudor pagase al cesionario sin que éste le entregara el documento de cesión cuando éste es preciso, y el cedente le exigiese el pago, para evitar tener que volver a pagar tendría que probar la cesión o que ésta le había sido notificada por el mismo cedente (63). El deudor, pues, se colo-

(56) «Doch sind alle Verhandlungen zwischen dem Cedenten und Schuldner, nach wirklich erfolgter Cession, ungültig, wenn klar erhellet, daß der Schuldner die Cession gewußt, und nur, um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, in diese Verhandlungen sich eingelassen habe» (§ 417 ALR).

(57) § 394, transcrito en nota 45.

(58) «Der Schuldner kann nur einem solchen Cessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments, und einer schriftlichen auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt» (§ 395 ALR).

(60) § 396 ALR.

(61) Stobbe, *op. cit.*, nota 24 a pie de página 182.

(61 bis) Stobbe, *op. cit.*, nota 25 a pie de pág. 182, aunque con cita del proyecto de Código Civil alemán, que es ya bastante posterior al Código prusiano.

(62) Nota 236 al texto del § 395 ALR.

(63) Así se desprende de los §§ 398 y 414 ALR.

ca en una posición difícil si acepta pagar a un cesionario que no le entrega el documento del crédito, puesto que también podría verse obligado a pagar a otro cesionario, sí éste, aún siendo posterior su cesión a la del *accipiens*, era de buena fe y si poseía el documento del crédito y el de su propia cesión (64). Y, claro está, frente a este cesionario de buena fe tampoco vale al deudor demostrar que ha pagado a quien el cedente le había indicado en la notificación, puesto que se trataba de créditos documentados.

Así, puede decirse que poseedor del crédito y, en principio, acreedor aparente, cuando el crédito estaba documentado, era el acreedor originario o quien presentase el documento del crédito y el de cesión. Si el crédito no estaba documentado, lo era el acreedor originario o quien éste indicase al deudor como nuevo acreedor. Y cuando el deudor pagaba a persona distinta del poseedor del crédito (acreedor aparente) lo hacía a su propio riesgo.

Parece, pues, que el requisito de que la cesión constase por escrito cuando el crédito que se cedía estaba documentado, así como la facultad del deudor de negar el pago en tanto no se le entregase el documento del crédito, iban dirigidos a reforzar la seguridad del deudor, aún en el caso de que por el mismo cedente o judicialmente se le hubiese notificado al cesión. En tanto que el cesionario que pretendía el pago no satisficiera tales exigencias del deudor, éste podía o bien pagar al cedente (si el cesionario ha notificado la cesión sin demostrarla y el cedente la ha desmentido) o consignar la prestación (si el cedente le ha notificado la cesión o si no ha desmentido la notificada por el cesionario que no la acredita documentalmente) (65).

En cuanto a los acreedores del cedente, parece claro que no podían embargar el crédito tras la cesión, pues éste ya no pertenecía al cedente. Y en cuanto a los casos de doble cesión, la regla general era la de que sólo la primera era eficaz y el primer cesionario era el adquirente del crédito, puesto que el cedente perdió el poder de disposición con la primera cesión. El deudor, por tanto, se liberaba pagando al primer cesionario. No he encontrado en este caso previsión alguna relativa al supuesto en que el deudor hubiese pagado de buena fe a otro cesionario de un crédito no documentado cuya cesión resultara no ser la más antigua, en el sentido de si podía oponer al adquirente tal pago o si sólo se protegía al deudor que de buena fe pagaba al cedente (66).

(64) «Hat der Schuldner diese Vorschriften (§ 395, 396) vernachlässigt, so kann er sich mit der geleisteten Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht schützen» (§ 397 ALR).

(65) Así se desprende de los §§ 394 a 398 y 414 a 416 ALR.

(66) Sin embargo, más tarde se sostuvo una solución semejante a la prevista por el *Codex Maximilianeus*: si el deudor pagase de buena fe al cesionario cuya cesión le hubiera sido notificada se liberaría, aunque resultase que había habido una cesión anterior, cuyo cesionario sólo podría dirigirse contra el cedente, no contra el deudor y tampoco contra el cesionario que cobró si éste actuó de buena fe (Stobbe, *op. cit.*, p. 181, con cita de diversos autores y cuerpos legales, entre los que no se encuentra el Código prusiano).

La doble cesión de crédito documentado daba lugar a soluciones especiales, justificadas en la exigencia de forma para la cesión y en el importante papel que entonces juega la entrega del crédito, como se ha visto. Si la primera cesión no estaba documentada y la segunda sí, parece que, en principio, prevalecía el segundo porque la primera cesión no reunía todos los requisitos, de manera que podía decirse que sólo la segunda era una verdadera cesión. Y si el deudor pagó al primer cesionario es claro que lo hizo a su propio riesgo. Si ambas cesiones constaban por escrito y es el segundo cesionario el que poseía el documento del crédito y era de buena fe, estaba legitimado para recibir el pago y también para exigirlo aunque el deudor hubiese pagado ya al primer cesionario (67).

Obsérvese que cuando las cesiones constasen por escrito la prevalencia del cesionario de buena fe que poseyera el documento del crédito podía llevar a admitir cesiones de crédito ajeno o, si se prefiere, a adquisiciones de crédito a *non creditore*: si el que lo posee es un segundo cesionario el cedente ya no era titular del crédito al ceder por segunda vez, pues había dejado de serlo con la primera cesión, si es que manenemos que sólo la forma escrita y no la entrega del documento del crédito era requisito de la cesión (68). Imagino que de esta forma se protegía al que había confiado en la apariencia que la posesión del documento del crédito creaba en favor del cedente, o se sancionaba la negligencia del primer cesionario que no había exigido la inmediata entrega de tal documento.

Por mi parte, creo que esta conclusión no es del todo convincente. Y es que el *Allgemeine Landrecht* no la imponía taxativamente. Lo que en él se establecía era que si el deudor pagase a un cesionario cuya cesión no constase por escrito o no que no le presentase ni entregase el instrumento en que constaba documentado el crédito, podría verse obligado a pagar al poseedor de buena fe del crédito (69). Por tanto, no se ocupaba esa regla del conflicto entre diversos cesionarios de un mismo crédito antes o con independencia de que el deudor hubiese pagado a uno de ellos, sino del conflicto entre el deudor que ya ha pagado a uno que no era poseedor del crédito y otro cesionario que sí es poseedor del crédito, decidiendo que prevalezca este último. El conflicto que se plantea exclusivamente entre cesionarios porque ninguno de ellos ha cobrado no estaba, pues, explícitamente, al menos, resuelto aquí, por lo que podría sostenerse que era de aplicación la regla de la prioridad de la cesión más antigua entre las que constasen por escrito: éste sería el adquirente del crédito y tendría derecho a exigir la entrega del documento del crédito para, de esta forma, poder dirigirse contra el deudor para hacerlo efectivo o

(67) § 397 ALR, transcrito en nota 64.

(68) §§ 393 y 394 ALR, transcritos en notas 44 y 45.

(69) § 397 ALR, transcrito en nota 64.

negociar sobre él, con la seguridad de que éste no le va a poder negar su legitimación para hacerlo. Y, de esta forma, tal cesionario estaría también en condiciones de destruir la posible apariencia de titularidad en favor de otro cesionario de fecha posterior (70).

La solución que propongo es, pues, la de circunscribir la preferencia del poseedor del crédito al conflicto entre él y el deudor que pagó o negoció con otro que no lo era, sin hacerla extensiva al conflicto entre cesionarios, a menos que así se estableciera expresamente. Y no se pierda de vista cuáles eran los requisitos para ser considerado poseedor de un crédito documentado: poseer el documento del crédito y el documento de cesión.

Finalmente, parece que, dejando a un lado el caso de una segunda cesión de un crédito documentado y con entrega al segundo cesionario del documento del crédito, la cesión de crédito ajeno carecía de eficacia traslativa, debiendo, en consecuencia, el cedente indemnizar al cesionario por ello (71).

1.2. Sistema de cesión del Código Civil austríaco

1.2.1. *Precedente: Codex Theresianus* (71 bis)

El sistema traslativo era el de título y modo. Se requería una causa suficiente y un modo de adquirir (72), consistiendo este último en la entrega, si de bienes muebles se trataba, o en la inscripción del título en el registro correspondiente, si de inmuebles (73).

(70) *Quid*, si no lo hace a tiempo y el deudor ya hubiera pagado al poseedor del crédito. ¿Quedó el deudor liberado de la obligación, aunque sólo si desconocía la existencia de una cesión documentada de fecha anterior, es decir, si ignoraba que otro era el verdadero adquirente? Esta exigencia de buena fe en el deudor para que su pago al que estaba en posesión del documento del crédito y del de cesión sea liberatorio no estaba expresamente impuesta en el § 395 (vid. nota 59), aunque sí se exigía que no conociese la cesión para quedar liberado pagando al cedente en los §§ 413 y 417 (vid. notas 53 y 56). De aceptar tal exigencia de buena fe, resultaría que el primer cesionario con cesión documentada podría destruir la apariencia de titularidad ostentada por otro cesionario de fecha posterior pero poseedor del documento del crédito, notificando su propia cesión al deudor y mostrándole el documento en que se contiene, de fecha anterior a la del poseedor del crédito. El deudor ya no actuaría de buena fe si, sabiendo esto, pagase o negociase sobre el crédito con el poseedor del documento del crédito, puesto que la apariencia de titularidad que de la posesión de este último documento resultaba había quedado destruida para el deudor.

(71) «Der Cedent ist dem Cessionario für die Richtigkeit und Rechts gültigkeit der abgetretenen Forderung zu haften verpflichtet» (§ 420 ALR).

(71 bis) He utilizado la edición de Ph. Harras, Viena, 1884.

(72) Arts. 12 y 13, § II, cap. III, t. II, p. 46 y arts. 32 y 33, § III, cap. VI, t. II, p. 102.

(73) Arts. 43 y 44, § IV, cap. VI, t. II, p. 103.

En cuanto a los créditos no sólo admitía que el acreedor atribuyese a otro poder para cobrarlos, sino también clara y abiertamente que podía transmitir el derecho de crédito en sí, pasando a ser el cesionario el nuevo acreedor y dejando de serlo el cedente (74), con lo cual parece que también se abandonaban los esquemas romanistas de la doctrina del derecho común. Podían ser cedidos, por lo demás, cualesquiera derechos, por lo menos como regla general (75).

El sistema de cesión también parece, en principio, ser el de título y modo. Por lo que respecta al modo de la cesión o a la entrega misma, parece suficiente el acuerdo entre cedente y cesionario (76). Este acuerdo en transmitir se suponía distinto al del título o causa de la cesión, que también debía existir. Además, a los efectos de poder probar la cesión se requería la observancia de ciertas formalidades: la entrega del documento del crédito (instrumento donde quedó documentado el acto del que nació el crédito)

(74) «Die Abtretung und Uebergabe an Andere ist eine Handlung, wodurch ein Recht oder Forderung auch ohne Wissen und Willen des Schuldners an einen Anderen übertragen wird, also daß zwar der nemliche Schuldner bleibe, die Peron des Gläubigers aber dabei verändert werde, woraus sich der Unterschied sowohl von der Anweisung der Schuld, als von Anweisung der Zahlung ergibt» (art. 49, § IV, cap. XXIII, t. III, p. 394).

«Durch die andere Art der Anweisung aber wird nur die Befugnuß, die Zahlung einzutreiben, nicht aber das Recht und die Verbindlichkeit übertragen, mit welcher der angewiesene Schuldner dem Anweisenden noch allezeit verfangen bleibt; wo in Gegentheil durch die Abtretung das ganze Recht, was dem Abtretenden zugestanden, aus einer zu Übertragung des Eigenthums hinreichenden Ursache dem Anderen übergeben wird» (art. 51, *últ. loc. cit.*), p. 395).

(75) «Alle sowohl dingliche als persönliche Rechten, Forderungen und Schulden können abgetreten werden, doch mit Ausnahm jener Gerechtsamen und Gebühren, welche von der Person des Berechtigten dergestalten unzertrennlich sind, daß sie von niemand Anderen ausgeübet, bezogen oder genossen werden mögen» (art. 54, *últ. loc. cit.*).

(76) «Die Art und Weis der Abtretung oder Uebergabe einer Forderung ist nach Verschiedenheit deren dinglichen und persönlichen Rechten und Haftungen unterschieden; zur Abtretung deren persönlichen ist die Einwilligung beider Theilen, als nemlich Abtretenden und Uebernehmenden genug» (art. 56, *últ. loc. cit.*).

Sin embargo, también se entendía entregado el crédito mediante su ejercicio por el cesionario con el consentimiento del cedente:

«Unkörperliche Dinge hingegen, als Rechten und Gerechtigkeiten, woferne sie nicht körperlichen Sachen ankleben und mit denenselben übergeben werden, können für sich allein aus Mangel sichtlicher Anzeige und leiblicher Berührung eigentlich nicht übergeben werden, sondern diese werden an eigenen Sachen durch den Gebrauch des Einen und Duldung des Anderen bestellt, und an fremden Sachen durch Verzicht und Begebung dessen, deme sie gebühren, abgetreten» (art. 4, § 1, cap. VI, t. II, pp. 98 y 99).

y la constancia documental de la cesión o de la entrega o la declaración de dos testigos (77). Además, había de hacerse mención en el documento de cesión de la causa o título para que éste fuese eficaz (78).

La producción del efecto traslativo no sólo dependía de la concurrencia de título y modo y de las formalidades requeridas para la prueba de la cesión por el cesionario. Por lo menos, no bastaba con ello para que el deudor quedase desvinculado del cedente y quedase obligado frente al cesionario. Es decir, para que la cesión fuese oponible al deudor había de serle notificada por escrito o judicialmente (79). Aunque, ciertamente, el cedente no podía desconocer la cesión, en el sentido de que había quedado vinculado frente al cesionario, esto no impedía reconocerle la facultad de exigir del deudor el cumplimiento o de concluir con él otros acuerdos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, puesto que él seguía siendo el titular del crédito, si bien debería entonces indemnizar al cesionario (80). Parece, pues, que si antes de la notificación no podía el deudor negarse a pagar al cedente oponiéndole la cesión, porque éste seguía siendo titular del crédito para el deudor, pues seguía vinculado frente a él, si el deudor pagaba al cesionario, en principio, pagaba mal y, en todo caso, a su propio riesgo. Mientras que si la cesión le había sido notificada se desvanecía el vínculo del deudor frente al cedente y ya debía tener al cesionario como su nuevo acreedor, por lo que si el deudor pagaba al

(77) «Damit aber der Uebernehmende die ihm gemachte Abtretung zu erweisen im Stande sein möge, wird nebst der Ausantwortung des Schuldscheins..., annoch die Ausfertigung einer besonderen Abtretungs- oder Uebergabsurkunde oder die Aussage zweier geschworener Zeugen erfordert...» (art. 57, § IV, cap. XXIII, t. III, p. 395).

(78) Art. 61, úl. loc. cit., p. 396.

(79) «Ohnerachtet aber der Abtretung oder Uebergabe einer Rechts oder Forderung auf den Uebernehmenden kann jedennoch die Verbindlichkeit des Schuldners, mit welcher derselbe dem Abtretenden verfangen ist, anderer Gestalt nicht getilget werden, als wann..., die Abtretung persönlicher Forderungen dem Schuldner entweder schriftlich oder durch eine geschworne Gerichtsperson bedeutet worden» (art. 75, últ. loc. cit., pp. 397 y 398).

«In Absicht auf den Uebernehmenden wirkt die Abtretung eines Rechtes oder Forderung, daß derselbe..., bei persönlichen Forderungen durch die dem Schuldner gemachte Ankündigung das volle Recht hieran erwerbe und Eigenthümer der abgetretenen Forderung werde, also daß er Fug und Macht habe, damit als mit seinem eigenen Gut zu schalten und zu walten» (art. 18 últ. loc. cit.).

(80) «Solange daher nach Verschiedenheit dieser zweierlei Gattungen von Forderungen Eines oder das Andere nicht mehr widerrufen, doch bleibet er noch allezeit Eigenthümer der abgetretenen Forderung, also und dergestalten, daß ihm bis dahin nicht allein von dem Schuldner die Zahlung sicher und gültig geleistet werden möge, sondern auch der dem Schuldner hieran gemachte Nachlaß bestehe, obschon er dem Uebernehmen für das, was er an der abgetretenen Schuld von dem Schuldner eingehoben oder demselben nachgelassen, gerecht werden muß» (art. 76, últ. loc. cit.).

cedente lo había ya a su propio riesgo (81), a riesgo de que la cesión hubiera sido eficaz.

Por lo demás, el deudor debía quedar en la misma situación jurídica, que no se veía mejorada ni empeorada por la cesión. Y, una vez que le había sido notificada, podía oponer al cesionario las excepciones que le correspondían contra el cedente, a menos que hubiese acordado la novación con su nuevo acreedor (82).

En caso de doble cesión de un mismo crédito, prevalecía aquel de los cesionarios cuya cesión fuese probadamente la de fecha anterior a las demás, aunque otra hubiese sido notificada antes al deudor (83). La cesión de fecha anterior debía probarse, como sabemos, documentalmente o mediante testigos, y el cesionario debía estar en posesión del documento del crédito. Esta regla cedía ante la prueba del fraude cometido por el cesionario cuya cesión hubiese sido la primera en ser documentada (84). Pero repárese en que el criterio para resolver este conflicto (prioridad de la fecha) no coincidía con el adoptado para decidir la vinculación del deudor (la notificación), por lo que podía suceder que habiendo recibido éste sólo la notificación de una cesión, hubiera pagado al supuesto cesionario, con lo que habría que ver si tal pago fue o no liberatorio. Sin embargo, habiendo recibido el deudor noticia de varias cesiones hechas por el mismo cedente, parece que debería antes de pagar comprobar cuál de ellas era de fecha anterior.

En relación al conflicto entre los acreedores del cedente y el cesionario, ninguna regla específica se contenía, quizá, porque se con-

(81) «Wann aber die Abtretung... dem Schuldner bedeutet worden, hat der Abtretende hieran weiters kein Recht, sondern alle Verbindigkeit des Schuldners gegen ihm ist andurch für den abgetretenen Betrag gänzlich erloschen, folglich, was etwan sonach ihm an Capital oder Interessen abgeführt wird, zahlt der Schuldner auf seine Gefahr» (art. 77, úl. loc. cit.).

(82) «In Absicht auf den Schuldner hat die Abtretung die Wirkung, daß sobald solche... demselben angekündet worden, er von dem vorigen Gläubiger für den abgetretenen Betrag befreit und dagegen dem Uebernehmer in eben derjenigen Maß, als er dem Abtretenden verstricket ware, dafür verbunden werde» (art. 85, últ. loc. cit., p. 399).

«Es bleiben ihm dahero alle Einreden und Einwendungen, welche demselben der abgetretenen Schuld halber wider den Abtretenden gebühret hätten, auch wider den Uebernehmenden bevor, maßen er zu nichts Wenigeren und auch zu nichts Mehreren, als was er dem Abtretenden schuldig ware, dem Uebernehmenden verbindlich wird, soferne zwischen disem und ihm keine absonderliche Erneuerung der Schuld gepflogen worden, als wornach sondann die neue Verbindlichkeit abzumessen ist» (art. 86, úl. loc. cit.).

(83) «Würde jedoch einerlei Forderung an Zweie abtreten, so ist..., hingegen Derjenige, dem die Abtretung erweislich zuerst geschehen, dem Anderen vorzuziehen, obgleich dieser dem Schuldner die Abtretung ehender bedeutet hätte» (art. 78, últ. loc. cit., p. 398).

(84) Art. 79, últ. loc. cit.

sideraba innecesario, si la solución debía ser la que se desprendía de las reglas generales ya vistas. Lo que sucedía era que esas reglas eran dos: en relación al deudor, lo decisivo era la notificación de la cesión, mientras que entre diversos cesionarios lo decisivo era la fecha y la prueba de la cesión. Creo que debía ser también este último el criterio a seguir para decidir el conflicto en el que intervinieran acreedores del cedente: podrían embargar el crédito en tanto no se acreditase que había sido cedido.

Finalmente, en relación a la cesión de crédito ajeno, parece que el cesionario nada adquiriría, como no fuera el derecho a ser resarcido por el cedente, sanción que expresamente se imponía al que conscientemente hubiera cedido el mismo crédito una segunda vez, pues esta segunda sería ya una cesión de crédito ajeno si la primera había sido eficaz (85). El cedente de crédito ajeno respondería por la garantía de la *veritas nominis* (86).

1.2.2. Líneas generales del sistema de cesión del Código Civil

El sistema traslativo adoptado con carácter general por el ABGB es el de título y modo. Y parece ser que no sólo es el aplicable a los derechos reales (*dingliche Rechte*), sino también a cualesquiera bienes patrimoniales, ya que se habla de transmisión de riqueza (*Eigentum*) en el sentido de contenido o valor patrimonial de un bien o derecho. Y la propia ley prevé la existencia de excepciones, en el sentido de supuestos en los que el efecto traslativo se producía sin necesidad de entrega (87). Por tanto, parece preverse que el general vaya a ser el sistema de título y modo y que el consensualista sólo excepcionalmente se admitía, es decir, sólo para aquellos casos en que una disposición legal así lo admitiese. Las formas de entenderse producida la entrega abarcan tanto la material como la simbólica o mediante signos y mediante una simple declaración en la *traditio brevi manu* o en el *constituto posesorio* (88).

De lo anterior parece resultar que, a menos que una norma estableciese algo distinto, el sistema de cesión de créditos sería también

(85) «Welcher jedoch wissentlich eine forderung an Zweie abtreten würde, ist so wie Jener, der eine schon wissentlich dem Anderen abgetretene Forderung an sich löset, nach Gestalt der Sachen an Leib oder Gut zu bestrafen, und solle über das, was von diesem Letzteren dafür gegeben oder zu geben versprochen worden, an Unsere Kammer verfallen sein» (art. 80, últ. loc. cit.).

(86) Arts. 69 y 70, últ. loc. cit., p. 397.

(87) «Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dinglichen Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden» (§ 425 ABGB).

(88) §§ 426, 427 y 428 ABGB.

de título y modo. Lo que sucede es que en el § 1392 (89) se establece que la transmisión del crédito se produce con el acto de cesión (*Abtretung/Zession*), el cual existe desde que el cesionario acepta la transmisión. Y, ahora, de lo que se trata es de precisar si este acto de cesión es el título o el modo y, caso de ser el título, si está o no necesitado de la posterior entrega del crédito.

La cuestión de si el acto de cesión es el título o el modo no es fácil de resolver, puesto que los términos empleados no son todo lo expresivos que sería de desear; es más, se puede poner de manifiesto la existencia de una cierta contradicción. Así, mientras en el § 1392 se califica la cesión como de acto (*Handlung*), en el § 1395 se habla de contrato de cesión (*Abtretungsvertrag*). Siendo el término *Handlung* poco definitorio en sí acerca de si la cesión es o no el título (contractual), sin embargo, si lo referimos al término *Abtretungsvertrag*, parece que la respuesta debía ser la de que, efectivamente, el acto de cesión era el título contractual. De ser así, o se exige la entrega del crédito si se entiende que el § 1392 no contiene una excepción al sistema traslativo general de título y modo porque con el solo contrato de cesión nos falta el modo (90), o el sistema de cesión es el consensualista y basta con el contrato de cesión. Pero si atendemos al proceso de elaboración del precepto contenido en el § 1392, queda claro que el propósito del legislador fue el de no considerar la cesión como un título, como un contrato del que surgen obligaciones, sino como un modo de adquirir (91), esto es, como un acto jurídico con efecto traslativo, como un negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*), que es el cumplimiento de una obligación previa de transmitir el crédito (92).

Parece, pues, que en este punto el ABGB no se separó del derecho alemán del siglo XVIII, en el que la cesión hacía las veces de *traditio* en el seno de un sistema de título y modo. El acto de cesión seguía consistiendo en un acuerdo traslativo. Por esto, aunque en otros pre-

(89) «Wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen, und von dieser angenommen wird; so entsteht die Umänderung des Rechtes mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers. Eine solche Handlung heißt Abtretung (Zession) und kann mit oder entgelt geschlossen werden» (§ 1392 ABGB).

(90) Así, Zeiller, para quien del acto de cesión sólo nacían obligaciones, en concreto, para el cedente la de entregar el crédito, tras lo cual se producía el efecto traslativo (F. E. Zeiller, *Kommentar über das ABGB*, t. IV, 1813, pp. 84 y 85).

(91) Esto es lo que se desprende de la sustitución del término *Abtretungsvertrag*, que aparecía en el proyecto del Código Civil al definir la cesión, por el término *Handlung*, como explícitamente se declaró en la motivación de tal sustitución: «... weil Cession die Handlung selbst, der Modus aber kein Vertrag ist» (J. Ofner, *Der Ur-entwurf und die Beratungs-Protokolle des oesterreichischen ABGB*, t. II, Viena, 1889, p. 445).

(92) *Vid.*, por todos, V. Hasenöhr, *Das österreichische Obligationenrecht*, t. II, 2.ª ed., Viena, 1899, pp. 184, 185 y 189.

ceptos no se modificó la expresión contrato de cesión (Abtretungsvertrag), como, por ejemplo, en el § 1395, éste debía entenderse no en el sentido de que la cesión fuese el título, sino el negocio dispositivo, consistente en un acuerdo de voluntades en producir la transmisión, no en obligarse a llevarla a cabo (93). Este acuerdo traslativo no es, sin embargo, abstracto, sino que su eficacia depende de la validez y eficacia de la causa de la cesión, es decir, del título o negocio obligacional que le sirve de fundamento (Grundgeschäft) (94).

Creo, por tanto, que el § 1392 no establece tanto una excepción al sistema traslativo general de título y modo del § 425, cuanto una especialidad, pues el modo consiste en el acto de cesión y resulta del acuerdo en producir la transmisión. Esto hace que el sistema austriaco de cesión se aproxime bastante al consensualista: si el título consiste en un contrato y el modo en un acuerdo traslativo, resulta que la transmisión del crédito es, en realidad, el resultado del acuerdo de voluntades, si bien se diferenciaría de un sistema propiamente consensualista en que no basta con un solo acuerdo, el que perfecciona el título. Con todo, poca diferencia es ésta si se tiene en cuenta que el título o negocio obligacional y el modo o negocio de disposición pueden coincidir en el mismo acto (95): cuando así suceda la diferencia real con el sistema consensualista será poco apreciable.

Es claro que para la producción del efecto traslativo no se requiere el consentimiento del deudor. Sin embargo, se discutió, sobre todo en los años que siguieron a la publicación del ABGB, si era necesaria la entrega del crédito. Algún autor así lo sostuvo (96), porque entendió que el acto de cesión era el título o negocio obligacional y que estaba, por consiguiente, necesitado del modo para la producción del efecto traslativo, entendiendo por modo la entrega del crédito, concretamente, su entrega simbólica mediante signos que lo representasen, con arreglo al § 427 (97). La mayor parte de la doctrina, en

(93) Vid. H. Krasnopolski, *Österreichisches Obligationenrecht*, Viena, 1910, p 262.

(94) Por todos, vid. F. Geschnitzer, *Österreichisches Schuldrecht*, parte general, Viena y Nueva York, 1985-86, p. 178. A favor del carácter abstracto de la cesión en relación al deudor sólo he encontrado la opinión de un autor, H. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. II, 1.ª parte, 2.ª ed., Viena, 1928, p 258.

(95) La admisión de esta posibilidad es general. Es más, parece ser lo más frecuente que las cosas sucedan así. Por todos, vid. Geschnitzer, loc. cit.

(96) Por todos, Zeiller, loc. cit.

(97) «Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit auch keine körperliche Übergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Warenlager oder einer andern Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Übergabe durch Zeichen; indem der Eigentümer dem Übernehmer die Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, anschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist» (§ 427 ABGB).

cambio, se decantó claramente por la consideración del acto de cesión como un negocio de disposición no necesitado de la entrega del crédito para la producción del efecto traslativo, por entender que en el § 1392 se contiene una excepción o regla específica para la cesión de créditos, que hace inaplicable la exigencia de entrega del § 425; exigencia que debe quedar circunscrita a la transmisión de derechos reales y a la cesión de créditos incorporados a títulos valores o, por lo menos, a títulos de legitimación. A estos créditos solamente, y no a los demás, se ha entendido aplicable la exigencia de entrega para su transmisión, pero no a aquellos créditos que no están documentados, ni tampoco a aquellos que sí lo están, pero no en un título valor (98).

Por mi parte, sigo pensando que no era necesario poner las cosas tan difíciles y complicadas. El § 425, al prever que la ley puede establecer excepciones a la exigencia de modo, es lo suficientemente flexible como para entender que en el § 1392 se contiene, no ya una excepción a la exigencia de modo, sino una especialidad: para la transmisión del crédito sigue siendo necesario el modo, pero éste ya no consiste en la entrega simbólica prevista por el § 427, sino en un acuerdo traslativo. De esta manera, se mantiene formalmente la unidad del sistema traslativo, a la vez que se consigue que los créditos no incorporados a títulos valores circulen con el acuerdo de voluntades, causalmente justificado, de cedente y cesionario.

1.2.3. Conflictos típicos de intereses

Por lo que respecta a la situación jurídica del deudor frente al cedente y al cesionario, del tenor de los §§ 1395 y 1396 se desprende una posible contradicción en torno a la cuestión de si la notificación de la cesión al deudor es requisito para que ésta despliegue su eficacia (favorable o desfavorable) en relación a él o si para ello basta con que el deudor haya tenido conocimiento de la cesión, aunque por otras vías.

Y es que en el § 1395 se empieza estableciendo que el contrato de cesión (99) sólo crea una nueva vinculación entre las partes, cedente y

(98) De la polémica da cuenta suficiente Krasnopolski, *op. cit.*, pp. 263 y 264. Vid. también la diferente consideración de los Gestaltungsurkunden y los meros Beweisurkunden en K. Wolff, *Kommentar zum ABGB*, editado por H. Klaus, t. II, Viena, 1935, pp. 291 y 292.

(99) Téngase en cuenta que por contrato de cesión se entiende, según el § 1392, el acuerdo traslativo, que hace las veces de modo de adquirir, y que presupone la existencia de una causa o negocio obligacional que le sirve de fundamento.

cesionario, y no entre este último y el deudor (100). De aquí parece desprenderse que la cesión por sí misma es ineficaz para el deudor, el cual no está todavía vinculado al cesionario, como si éste no fuese todavía su acreedor, es decir, como si todavía no hubiese adquirido el crédito, como si la cesión, al igual que en el sistema francés y en el Codex Theresianus, no tuviese plenos efectos traslativos sin la notificación al deudor. Pero ha existido acuerdo en señalar que lo establecido en el primer inciso del § 1395 no es más que una explicación o fundamento de lo establecido en el resto del precepto (101), es decir, de la eficacia liberatoria o de la validez del pago o de cualquier trato entre deudor y cedente en tanto la identidad del nuevo acreedor no sea conocida (*nicht bekannt wird*) por el deudor (102). Por tanto, con la cesión (título más acuerdo traslativo), el cesionario adquiere el crédito a todos los efectos, sin necesidad de que haya habido notificación al deudor, el cual sólo por su buena fe queda protegido si paga o trata con el cedente, esto es, no porque siga vinculado a él, sino en la medida en que no sepa que otro es ya su acreedor (103).

Las cosas, sin embargo, vuelven a oscurecerse cuando en el § 1396.1 se establece que desde que al deudor le ha sido dado a conocer (*bekannt gemacht worden ist*) el cesionario, no puede ya aquél tratar o pagar válidamente al cedente (104). Ahora parece volver a requerirse la notificación de la cesión y de la identidad del cesionario. Hay, pues, una posible contradicción entre la frase ser conocido y haber sido dado a conocer (*bekannt wird/bekannt gemacht worden ist*), pues la primera no exige notificación y la segunda parece que sí. Esta discordancia ha venido siendo superada haciendo prevalecer el significado de la primera expresión, entendiendo que la segunda nada añade (105), o bien —y esto me parece mejor— entendiendo que la

(100) «Durch den Abtretungsvertrag entsteht nur zwischen dem Überträger (Zedent) und der Übernehmer der Forderung (Zessionar), nicht aber zwischen dem Letztem und dem Übernommenen Schuldner (Zessus) eine neue Verbindlichkeit» (§ 1395, pr. ABGB).

(101) Por todos, *vid.* Wolff, loc. cit., p. 316.

(102) «Daher ist der Schuldner solange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird, berechtigt, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden» (§ 1395, *in fine*, ABGB).

No parece suficiente, pues, con que el deudor tenga noticia de que se ha producido una cesión, sino que ha de conocer también la identidad del cesionario. Algún autor ha sostenido, en base a esto, que el deudor podía liberarse pagando al cedente si no conociese la identidad del cesionario, aunque sí supiese que había habido una cesión (Wolff, loc. cit., p. 317).

(103) Por todos, *vid.* Hasenöhr, loc. cit., pp. 197-199.

(104) «Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Übernehmer bekannt gemacht worden ist; allein es bleibt ihm das Recht, seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen» (§ 1396, pr. ABGB).

(105) Hasenöhr, loc. cit., pp. 197 y 198.

diferencia entre esas expresiones no refleja un diferente contenido o regulación de la cuestión, sino una diferente perspectiva. Así, en el § 1395, donde está claro que no se exige notificación, se estaría señalando cuál es el elemento a partir del cual el deudor ya no puede pagar ni tratar sobre el crédito válidamente con el cedente: no es el momento de la cesión sino cuando el deudor sabe que se ha producido la cesión y quién es el cesionario. Y en el § 1396.1 se estaría pensando en el tema de la prueba: si el deudor paga o negocia sobre el crédito con el cedente, el cesionario, que reclama la ineficacia de tales actos, puede obtenerla probando que el deudor conocía la cesión y el cesionario (§ 1395), prueba ésta bastante difícil, o bien, simplemente, que estos datos le habían sido notificados (§ 1396), sin tener en este caso que demostrar además que el deudor llegó a conocerlos realmente (106).

Parece claro, pues, que con la cesión el cedente deja de ser titular del crédito y, por consiguiente, que ya no debe exigir el pago al deudor ni negociar con él sobre el crédito. Sin embargo, si el cedente actúa como si la cesión no hubiese tenido lugar y exige al deudor el pago, o concluye con él un acuerdo sobre el crédito, se protege al deudor que actuó de buena fe, es decir, que no sabía que otro era su acreedor. De forma que en esta situación no es que el deudor tenga derecho a pagar o tratar sobre el crédito con el cedente, puesto que éste ya no es su acreedor, sino por su buena fe (107), puesto que no tiene por qué conocer la cesión. Por esta misma razón, el deudor que ya conoce la cesión puede y debe negarse a pagar o negociar con el cedente, aunque no haya habido todavía notificación (108). Si, a pesar de conocerla, el deudor no hace caso de ella y actúa con el cedente, lo hará a su propio riesgo.

Por su parte, el cesionario, que es el verdadero titular del crédito desde la cesión, puede exigir el pago al deudor o negociar con él sobre el crédito. Sin embargo, el deudor puede negarse a pagarle o a negociar con él en tanto no esté seguro de que él es su nuevo

(106) Téngase en cuenta que en el derecho austriaco rige la teoría de la recepción y no la del conocimiento por el destinatario, por lo que basta la prueba de la recepción de la notificación. Pero si no se prueba la notificación al deudor hay que demostrar entonces el conocimiento efectivo de la cesión por el deudor, así como el de la identidad del cesionario (Wolff, loc. cit., pp. 317 y 318).

(107) No creo que del carácter liberatorio del pago hecho de buena fe al cedente quepa deducir, sin más, que éste ha sido un pago debido y que por esta razón es válido. Tal pago es indebido porque el *accipiens* no está legitimado para exigirlo. Lo que sucede es que al *solvens*, por su buena fe, se le permite oponer ese pago al cesionario, su verdadero acreedor. Pero sin que esto impida al deudor pagar al cesionario y exigir al cedente la devolución de lo indebidamente cobrado (en contra, Wolff, loc. cit., p 317).

(108) Por todos, Hasenörhl, loc. cit., pp. 198-200.

acreedor (109). Lo más fiable para el deudor es la notificación de la cesión y la indicación de la identidad del cesionario, hecha por el cedente (110). La notificación hecha por el sedicente cesionario no puede ser tan fiable, y el deudor pagaría a su propio riesgo si hiciese caso de ella sin exigir pruebas de su veracidad. Pero esto no significa que pueda el deudor no tener en cuenta la notificación del cesionario y pagar al cedente, porque esta notificación sí era suficiente para excluir la buena fe del deudor. Por tanto, si éste tiene dudas sobre la realidad de la cesión notificada por el sedicente cesionario actúa a su propio riesgo, tanto si lo hace con el cedente, pues ya no puede decir que no conociese la cesión si ésta existió, como si lo hace con el cesionario, puesto que no tiene una prueba suficiente de la cesión que le permita hacerla valer después contra el cedente si resulta que la cesión no tuvo lugar o fue ineficaz, por lo que puede liberarse consiguiendo la prestación (111).

Cuando el deudor paga de buena fe al cedente y queda liberado de la obligación, al cesionario no queda otra posibilidad que la de dirigirse al cedente, si es que éste no le ha entregado lo recibido del deudor, para que le indemnice los daños y perjuicios por su incumplimiento del contrato. Si el deudor que pagó al cedente no quedó liberado de su obligación porque tal pago no es oponible al cesionario, éste puede exigir el cumplimiento al deudor, y si éste paga por segunda vez, podrá dirigirse contra el cedente para recuperar lo indebidamente cobrado por éste; y si el deudor no paga al cesionario éste puede dirigirse contra el cedente por incumplimiento de su obligación de no exigir el crédito al deudor (112).

En cuanto al conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente, parece claro que tras el acto de cesión no puede ser ya el crédito embargado por tales acreedores, pues ya no pertenece al cedente, aunque todavía no se haya notificado la cesión al deudor o aunque éste todavía no la conozca (113).

En caso de doble cesión de un mismo crédito por el mismo cedente, hay dos posibles conflictos a resolver. Uno es el que existe entre los diferentes cesionarios para decidir cuál de ellos ha adquirido el crédito. El otro es el que puede plantearse entre el deudor que ya ha pagado o negociado sobre el crédito con un cesionario no adquirente y el adquirente.

(109) Por todos, Zeiller, loc. cit., pp. 87 y 88.

(110) Vid. M. von Stubenrauch, *Kommentar zum österreichischen ABGB*, t. II, 8.^a ed., Viena, 1903, p. 813, nota 2, con apoyo en el derecho alemán. El deudor puede confiar en la notificación que le hace el cedente y se libera pagando al indicado por éste como cesionario, aunque la cesión no haya tenido lugar o sea ineficaz.

(111) Vid. Wolff, loc. cit., p. 319.

(112) A. Ehrenzweig y H. Mayrhofer, *Schuldrecht*, parte general, 3.^a ed., Viena, 1986, p. 494.

(113) Por todos, Wolff, loc. cit., p. 292.

En relación al primero ha habido acuerdo en señalar que adquiere el crédito el cesionario cuya cesión fuese la más antigua (114), porque una vez producida una cesión, el cedente ya dejó de ser titular del crédito y, por consiguiente, no podía ya transmitirlo (115) a un segundo cesionario. Esta segunda cesión sería ineficaz, puesto que se trata de una cesión de crédito ajeno, cuyo significado no puede ser, aparte del fraudulento, otro que el de que nazca el compromiso para el cedente de adquirirlo —en este caso, readquirirlo— para no incumplir su obligación de transmitirlo al segundo cesionario (116). Para decidir este conflicto es la fecha de la cesión lo que se tiene en cuenta, y no la notificación al deudor (117) ni el conocimiento que éste tuviera de la cesión.

Más complicada se presenta la segunda cuestión. Hubo acuerdo en admitir que si el deudor, no conociendo ninguna de las cesiones, hubiese pagado al cedente, habría quedado liberado de la obligación ex §§ 1395 y 1396, debido a su buena fe. También ha habido acuerdo en señalar que si el deudor paga al cedente o a uno de los cesionarios sabiendo que otro es su nuevo acreedor, no se libera y puede verse obligado a pagar una segunda vez, ésta al verdadero adquirente (118). También ha habido acuerdo en admitir que si son varias las cesiones de las que tiene noticia el deudor y no está claro cuál de los cesionarios ha adquirido el crédito, puede liberarse consignando la prestación (119). En cambio, no todos han estado de acuerdo en decidir si es o no liberatorio el pago que el deudor hubiere hecho de buena fe a uno de los cesionarios no conociendo la existencia de una cesión anterior. La mayoría de los autores parece inclinarse por la respuesta afirmativa, aplicando la misma solución que al supuesto de pago de buena fe al cedente cuando el deudor no conoce la cesión (120). Algún autor ha sostenido, por el contrario, que el deudor no se libera pagando a un cesionario no adquirente, a menos que el cedente le hubiese notificado esa cesión e indicado el pago a ese cesionario y que el deudor siguiese sin saber en el momento de pagar a ese cesionario que no era él el adquirente (121).

(114) Sin embargo, cuando se trata de bienes corporales la regla es la prevalencia de aquel que antes entró en posesión de la cosa, según el § 430 ABGB.

(115) Por todos, L. R. von Kirchstetter, *Commentar zur österreichischen ABGB*, Viena, 1894, p. 681.

(116) Wolff, loc. cit., p. 293.

(117) Por todos, Krasnopolski, *op. cit.*, p. 270.

(118) Por todos, Hasenöhrl, loc. cit., pp. 200 y 201.

(119) Por todos, Krasnopolski, *op. cit.*, p. 271.

(120) Por todos, Hasenöhrl, loc. cit., p. 201.

(121) Así, Wolff, loc. cit., p. 320. De esta opinión se desprende que, a falta de notificación por parte del cedente, el deudor paga a su propio riesgo si paga al sedicente cesionario, por lo que la forma de quedar a cubierto de tal riesgo es dirigirse al cedente para que le confirme si el sedicente cesionario ha adquirido o no el crédito o si hay otro de fecha anterior.

Por su parte, el cesionario o los cesionarios que no hayan podido hacer efectivo el crédito podrán dirigirse contra el cedente por incumplimiento. El adquirente que no lo ha podido cobrar puede, además, optar por dirigirse contra el deudor, si éste no se liberó al pagar a otro cesionario o al cedente; pero sólo tendrá acción contra el otro cesionario que cobró indebidamente si éste actuó ilícitamente, pero no si era de buena fe, puesto que el adquirente no es el propietario de la prestación, sino tan sólo del crédito (122). Parece, pues, que esta pretensión de resarcimiento del verdadero adquirente del crédito contra el cesionario *accipiens* de mala fe sería, más bien, un supuesto de tutela aquiliana del crédito.

Finalmente, por lo que respecta a la cesión de crédito ajeno, ha habido acuerdo en afirmar su ineficacia adquisitiva para el cesionario. No se consideran aplicables a los créditos no incorporados a títulos valores las reglas de protección al adquirente de buena fe que actuó confiando en la apariencia, por lo que no cabrían, en este sentido, adquisiciones *a non creditore*, sino que para el cesionario tan sólo surgiría una pretensión indemnizatoria contra el cedente (123).

2. SISTEMA ALEMAN DE CESION

2.1. Antecedentes en el siglo XIX

2.1.1. *Doctrina alemana*

Ha de ser tenido en cuenta, en primer lugar, Mühlenbruch (124), pues cuando parecía que se iba consolidando la admisión de la transmisibilidad *inter vivos* de los créditos sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor e, incluso, sin que fuese necesario que se le notificase (125), este autor provocó que, por algún tiempo, imperase otra vez la tesis contraria.

Así, partiendo de los esquemas romanos que contemplaban al cesionario como un mandatario en cosa propia o como beneficiario de una acción útil, elaboró una teoría unitaria de la cesión (126). El punto de partida se encontraba en una consideración estrictamente subjetiva y relativa del crédito, que no era considerado más que como

(122) Wolff, *últ. loc. cit.*

(123) *Vid.* Wolff, *loc. cit.*, p. 293, y Geschnitzer, *loc. cit.*, p. 186.

(124) C. F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte*, 3.ª ed., Greifswald, 1836, unas veces citada directamente y otras por medio de Luig, *Zur Geschichte...*, *cit.*

(125) Recordemos los códigos alemanes del s. XVIII y el austriaco.

(126) *Vid.* resumen en Luig, *op. cit.*, pp. 51-54.

una relación jurídica o *vinculum iuris* entre acreedor y deudor, no susceptible de ser cosificado u objetivado como derecho de una persona distinta al acreedor originario, por lo que éste no podía disponer de la relación, ya que él era sólo una de las partes: el contenido del *vinculum iuris* no puede ser objeto del derecho de cualquiera, esto es, de persona distinta al acreedor, porque consiste en facultades de actuación de una persona determinada y en personales deberes del deudor (127).

El resultado al que se llegaba era que efecto de la cesión no podía ser otro que el de conferir al cesionario la autorización para hacer efectivo el crédito, que seguía siendo un crédito ajeno al cesionario (128). De aquí se desprende que éste pudiera hacer valer ese crédito sólo en la misma medida en que pudiera hacerlo el cedente, esto es, con las mismas preferencias, pero también con las mismas limitaciones (129). Esta idea era difícilmente conciliable con la consideración del cesionario como *singularis successor iuris alieni* (130), que podía transmitirlo a otro (131), y que en el proceso frente al deudor era tenido como verdadera parte a todos los efectos, es decir, como si se tratase de un derecho propio del cesionario (132).

Parece, pues, que ni siquiera en principio se derivaban diferencias prácticas sustanciales de considerar que objeto de la cesión no era la titularidad del crédito, sino sólo el derecho a ejercitarlo. Es decir, por ejemplo, no por ello el cesionario recibía mayores facultades prácticas de actuación que cuando se le consideraba como nuevo titular del crédito. Al cesionario sólo no le eran transferidos aquellos derechos del cedente que no tenían una conexión directa con el crédito, tales como los privilegios procesales o el derecho de retención (133); y en esto nada difiere de lo visto hasta aquí en aquellos códigos que sí admitían la transmisión a título singular del derecho de crédito. Tampoco es argumento decisivo los mayores poderes de actuación del cedente sobre el crédito en la teoría de la cesión del derecho a ejercitarlo (exigir el pago al deudor, volverlo a ceder), puesto que éstos no eran tanto consecuencia de la intransmisibilidad de la titularidad, cuanto de la exigencia de notificación al deudor, como requisito para reasegurar la situación del cesionario, como sucede en el sistema francés de cesión, por más que el derecho francés hacía siglos que había admitido la transmisión de créditos sin contar con el deudor.

(127) Vid. en Luig, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

(128) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 503.

(129) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 552 y 554.

(130) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 552.

(131) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 491.

(132) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 495 y 496.

(133) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 574 y 575.

La cesión no creaba, por sí sola, una relación jurídica entre deudor y cesionario, que asegurase la situación jurídica de este último frente al cedente, sino que esto resultaba de la notificación de la cesión al deudor (134), sin que el conocimiento que éste tuviera de ella por otras vías o, incluso, la notificación del cedente valieran para ello, pues se requería que partiese del cesionario (135). Antes de tal notificación podía el cedente exigir el pago al deudor y éste no podía oponerle la cesión, sino que debía pagarle, quedando liberado de la obligación (136). En caso de doble cesión, el segundo cesionario no adquiría más derechos que aquellos que todavía tuviese el cedente, por lo que prevalecía este segundo cesionario sobre el de fecha anterior si cobrase el crédito o si acordase con el deudor su modificación o extinción antes de que el primer cesionario hubiese notificado su cesión al deudor (137). Una vez producida esta notificación, carecía de eficacia liberatoria el pago que el deudor hiciese al cedente, pudiendo aquél oponer a éste la *exceptio doli* y debiendo negarse al pago o a concluir con él cualquier acuerdo sobre el crédito, en tanto que se liberaba pagando al cesionario y podía negociar válida y eficazmente con él sobre el crédito (138). Y si, a pesar de todo esto, pagase al cedente, podría verse obligado a pagar al cesionario, si bien tendría derecho a dirigirse contra el cedente mediante la *condictio sine causa* (139). Y si hubiera habido otras cesiones, la notificación de la cesión por el cesionario de

(134) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 491.

(135) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 492 y 493.

(136) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 501, donde se reconoce al cedente también la facultad de impedir que el deudor pague al cesionario, advirtiéndole que no lo haga, siempre que esta advertencia tuviera lugar antes de que el cesionario hubiera notificado la cesión al deudor.

(137) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 502. Pero, ¿se entendía que este segundo cesionario había notificado la cesión al deudor? Nada de esto se dice, por lo que resulta un tanto chocante que se concediera efecto liberatorio y validez a lo actuado por el deudor con un cesionario cuya cesión no era de fecha anterior y que podía no haber sido notificada al deudor, mientras que no se afirmaba el carácter liberatorio al pago hecho al único cesionario o al de la cesión más antigua, si no le había sido notificada esa cesión al deudor. Y, por otra parte, parece que no era la notificación de la cesión por el segundo cesionario lo que le aseguraba su posición en relación al deudor, sino el cobro o los negocios modificativos o extintivos de la obligación realizados con el deudor: si el segundo cesionario sólo notificaba pero no cobraba ni acordaba algún cambio en la relación obligatoria, prevalecía el primer cesionario, aunque éste hubiese notificado después su cesión. Por tanto, parece que lo que aseguraba la adquisición del cesionario no era siempre lo mismo, sino que dependía de que se tratase del primero o de otro posterior: el primero la aseguraba con la notificación, en tanto que otro posterior, con o sin notificación, la aseguraba con el cobro o el acuerdo modificativo o extintivo de la obligación concluido con el deudor.

(138) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 491, 492 y 592.

(139) Mühlenbruch, *op. cit.*, p. 492.

fecha anterior impedía al deudor liberarse después pagando al cedente o a otro cesionario.

Finalmente, por lo que respecta al sistema de cesión, decir que éste seguía siendo, en línea de principio, el de título y modo. El primero consistía en un negocio básico obligacional, en tanto que el segundo sería el dispositivo o traslativo, y consistía en una declaración de voluntad del cedente de producir efectivamente la cesión, declaración que normalmente se encontraría contenida en el negocio que servía de base a la cesión (140). Se mantenían, por tanto, las líneas generales de los códigos anteriormente analizados: título y modo, donde, sin embargo, no hay más que declaraciones de voluntad, que podían coincidir en un solo acto. El negocio dispositivo o cesión en sentido estricto seguía siendo causal, puesto que su eficacia seguía dependiendo de la existencia y validez del negocio obligacional, recayendo en el cesionario no sólo la carga de la prueba de la cesión (declaración de voluntad del cedente de producir la transmisión), sino también la de la validez del título en el que se fundamenta la cesión (141). Sin embargo, esta exigencia probatoria estaba bastante aligerada, puesto que se admitía la suficiencia de la prueba de un acto de adquisición formalmente válido, recayendo en el deudor demandado la carga de la prueba contraria a la adquisición, como una excepción más (142).

El siguiente hito en la evolución de la teoría de la cesión en la doctrina alemana del siglo XIX parece ser el representado por la obra de Windscheid. Parece haber acuerdo en atribuirle el mérito principal, aunque no exclusivo, de haber sostenido la transmisibilidad del derecho de crédito, y ello no sólo porque las necesidades del tráfico así lo exigían, o porque en el derecho alemán o en la conciencia jurídica de la época ya había sido aceptada, sino también como desarrollo y evolución «natural» del derecho romano.

Así, frente a la tesis de que la cesión sólo atribuía al cesionario el derecho a ejercitar y disponer del crédito permaneciendo la titularidad de éste (la *obligatio*) en el mismo cedente, por lo que la acción útil que podía ejercitar el cesionario era una acción ajena, esto es, del cedente, como ajeno era el derecho de crédito, Windscheid sostuvo que si bien el derecho romano nunca abandonó el dogma de la intransmisibilidad singular del derecho de crédito, el cesionario no ejercitaba la acción útil en nombre del cedente, sino en el suyo propio, pues se trataba de una acción propia del cesionario, por medio de la cual exigía del deudor la prestación como si él fuese su verdadero acreedor y no como si fuese representante del

(140) Vid. resumen en Luig, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

(141) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 603 y 604.

(142) Mühlenbruch, *op. cit.*, pp. 604 y 605.

acreedor: la ficción en que se basa la acción útil no consistía, pues, en que el cesionario-demandante actuara como si fuese representante (*procurator in rem suam*) del acreedor, sino en que él fuera el acreedor (143). Como, además, Windscheid insistía en la autonomía de la acción respecto del derecho material, en general, y, en concreto, de la acción del cesionario frente a la *obligatio* (titularidad del crédito subsistente a favor del cedente), y entendía que el derecho material o pretensión (*Anspruch*) resultaba de la acción, el resultado era que el cesionario adquiría con la propia acción o, mejor, en virtud de ésta, un derecho (144) propio, si bien en el derecho romano no se dejó de afirmar que el cedente seguía siendo el titular del crédito.

El siguiente paso, esto es, el reconocimiento explícito de la transmisión del crédito al cesionario y la consiguiente extinción de la titularidad del cedente, no se dio en el derecho romano, pero sí que se llegó a ese mismo resultado en la práctica. Windscheid consideraba que ya ese resultado era susceptible de ser asumido también en el plano teórico. Ya no podía ser un obstáculo la afirmación de que el cambio de acreedor provocaba una modificación de la relación jurídica que hacía que no fuera ya la misma, porque también sucedía esto con el cambio de titularidad en una relación jurídico-real, y todos lo admitían (145). Además, sostenía que el crédito sólo debía ser intransmisible si el contenido de la prestación debida perteneciera a la esencia del mismo, lo cual no sucedía desde el momento en que se admitía su sustitución por la indemnización de daños y perjuicios cuando su cumplimiento en la forma prevista no era posible, por lo que con mayor razón había de permitirse el cambio de acreedor permaneciendo la misma prestación inicialmente prevista (146). Por ello, Windscheid no sólo no veía inconvenientes insuperables, sino que entendía perfectamente posible reconocer explícitamente la transmisibilidad del derecho de crédito sin tener que contar con el consentimiento del deudor, pretensión que basaba tanto en las necesidades del tráfico, cuanto en la conciencia jurídica alemana, que ya lo había asumido, por lo que era ya algo conforme al derecho consuetudinario. Es decir, que el derecho romano no debía constituir un obstáculo insuperable al reconocimiento explícito en el plano teórico y principal de algo

(143) B. Windscheid, «Die Singularsukzession in Obligationen», en B. Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, editado por P. Oertmann, Leipzig, 1904, p. 209; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. III, 1.^a parte, Düsseldorf, 1865, notas 6 y 7 a pie de pp. 224 y 225.

(144) *Vid.* resumen en Luig, *op. cit.*, pp. 91-93.

(145) Windscheid, *Die Singularsukzession...*, cit., p. 208.

(146) Windscheid, *Lehrbuch...*, cit., nota 10 a pie de p. 226.

que ya era previamente admitido socialmente, por lo que consideraba que el fruto ya estaba lo suficientemente maduro y listo para ser cogido (147).

Por lo que respecta al sistema de cesión, ésta consistía en una declaración de voluntad del cedente de transferir el crédito, que había de ser aceptada por el cesionario, pudiendo aquél revocar su declaración en tanto que éste no la hubiese aceptado (148). Este acuerdo traslativo era equiparado a la *traditio* en la transmisión de los bienes corporales y, como ésta, estaba desligado de la causa de la adquisición. Por tanto, ya aparece la cesión configurada como un negocio abstracto de disposición, puesto que su validez y eficacia no dependían del negocio causal obligacional, sino de la existencia de una clara voluntad de transferir el crédito (149).

Con el acuerdo de cesión, el cesionario adquiría el crédito y podía no sólo cobrarlo, sino también disponer *inter vivos* y *mortis causa* de él (150). Sin embargo, el acto de cesión no era suficiente por sí solo para que el cedente dejase de ser acreedor, pues también él podía cobrarlo y exigir su pago al deudor, el cual no podía oponerle la cesión producida; como también podía compensarlo o darlo en prenda al cedente (151). Por tanto, con el acto de cesión, tanto el cedente como el cesionario eran acreedores, titulares del crédito, en una situación que Windscheid presentaba como un supuesto de obligación correal (152).

El cesionario podía excluir al cedente y quedar como único titular del crédito tomando posesión de su derecho, lo cual se realizaba notificando simplemente la cesión al deudor (153), sin que a la notificación del cesionario se pudiera equiparar en su eficacia el conocimiento que el deudor tuviese de la cesión, si lo había obtenido por otras vías, incluida la notificación de la cesión por el ceden-

(147) «Wir brauchen nur die Frucht abzuschüteln» (Windscheid, *Die Singularkzession...*, cit., p. 210).

(148) Windscheid, *Lehrbuch...*, cit., p. 227.

(149) Windscheid, *últ. op. cit.*, nota 5 a pie de pp. 227 y 228. Lo que sucede es que la separación entre negocio básico obligacional y negocio abstracto de disposición no siempre existe; por ejemplo, en la compra está la declaración misma de transmisión, por la que el vendedor declara ceder lo vendido (Luig, *op. cit.*, p. 129).

(150) Windscheid, *últ. op. cit.*, p. 229.

(151) Windscheid, *últ. op. cit.*, pp. 229 y 230.

(152) En un primer momento, Windscheid entendió que el cesionario no adquiría el crédito con el solo acto de cesión, pero después sí le reconoció esa suerte de titularidad compartida con el cedente hasta la notificación (Windscheid, *últ. op. cit.*, nota 8 a pie de pp. 231 y 232).

(153) Windscheid, *últ. op. cit.*, p. 231. A la notificación de la cesión se equipara la *litiscontestatio*, la aceptación de un pago parcial, así como una reclamación judicial o extrajudicial del crédito (*vid. Luig, op. cit.*, p. 93).

te (154). Es decir, tras la notificación del cesionario, el deudor ya no podía pagar al cedente ni negociar con él sobre el crédito con eficacia frente al cesionario, que quedaba ya como único titular del crédito.

Por lo que respecta a la doble cesión del mismo crédito, en un primer momento entendió Windscheid que prevalecía el cesionario que primero hubiera tomado posesión del crédito, es decir, que primero hubiera notificado la cesión al deudor. Esto era coherente con su idea inicial de que el cesionario no pasaba a ser titular del crédito por la sola cesión, sino que para esto era necesaria la toma de posesión. Cuando después entendió que el cesionario sí adquiriría el crédito desde la cesión y que la toma de posesión sólo tenía como efecto excluir la cotitularidad del cedente, quedando el cesionario como único acreedor, lógicamente dirá que entre los diferentes cesionarios prevalece aquel cuya cesión fuera de fecha anterior (155). La razón de esta solución era que nadie (el cedente) podía transmitir más derechos de los que él mismo tenía; con la primera cesión el cedente transfirió al cesionario el derecho a disponer del crédito, por lo que si el cedente ya no podía excluir al cesionario, aunque éste no hubiese todavía notificado la cesión al deudor, tampoco iba a poder hacerlo un ulterior cesionario, aunque este último notificara antes su cesión al deudor (156).

Por tanto, si el conflicto se planteaba entre los diversos cesionarios, prevalecía aquél cuya cesión fuese anterior. Sin embargo, parece que hay que reconocer el carácter liberatorio del pago, así como la eficacia de lo tratado entre el deudor y otro cesionario de fecha posterior. Y es que si el cedente, hasta la notificación de la primera cesión, conservaba el derecho a exigir y cobrar el crédito y a acordar su modificación con el deudor, este derecho también podía ser ejercitado por un segundo cesionario en tanto el primero no hubiese notificado su cesión. Esta notificación excluía las facultades que tanto el cedente como sus causahabientes tenían sobre el crédito, y hacía del primer cesionario el único acreedor. Y lo mismo que se decía para el primer cesionario valía para los causahabientes de éste, tanto frente al cedente como frente a otros cesionarios (157).

Excepcionalmente, no se requería la toma de posesión del crédito por el cesionario cuando la cesión era consecuencia de la transmisión de todo un patrimonio, como sucedía con la venta de la herencia. Aquí, el transmitente dejaba de ser titular del crédito al perfeccionarse la transmisión global, por lo que desde entonces el adquirente del

(154) Windscheid, *últ. op. cit.*, pp. 232 y 233.

(155) Windscheid, *últ. op. cit.*, p. 233.

(156) Windscheid, *últ. op. cit.*, nota 10 a pie de pp. 233 y 234.

(157) Windscheid, *últ. op. cit.*, pp. 233 y 234.

patrimonio pasaba a ser el único acreedor. Y el deudor, por su parte, se liberaba pagando al cesionario y sólo si no tenía conocimiento de la cesión se liberaba haciéndolo al cedente, por tanto, exclusivamente por su buena fe (158).

Finalmente, se imponía al cesionario la carga de la prueba de la cesión (al notificarla al deudor), y también la de poner al deudor en situación de poder probar la cesión frente al cedente, pudiendo optar para esto el cesionario por garantizar (*Realsicherheit geben*) al deudor que le defendería frente a eventuales pretensiones del cedente (159). Por su parte, el cedente, que tras la notificación de la cesión por el cesionario, discutía el derecho de éste, había de dar al deudor al que reclamaba el pago las mismas garantías de que le defendería frente a las eventuales pretensiones del cesionario (160). Se trataba, pues, de permitir al deudor negarse a pagar al cesionario que le había notificado la cesión en tanto no quedase aquél a cubierto de las pretensiones del cedente, que podían ser perfectamente legítimas si la cesión no había tenido lugar; y también de que si el cedente discutía la cesión notificada por el cesionario, el deudor pudiera negarse a pagarle en tanto aquél no le pusiera a cubierto frente a las posibles pretensiones del cesionario.

El tercero de los autores cuya referencia resulta obligada es Bähr. Su teoría de la cesión (161) contenía ya las líneas principales de lo que sería el sistema codificado alemán de cesión.

En cuanto a la producción del efecto adquisitivo se entendían aplicables las reglas propias del sistema del acuerdo abstracto traslativo. Esto, como ya sabemos, significa que la cesión era el acto por el que el cedente declaraba ceder el crédito, lo que presuponía un negocio jurídico básico que sirve de fundamento al de disposición en que aquélla consistía, si bien carecía de eficacia sobre la producción del efecto traslativo, pues la irregularidad del negocio obligacional sólo proporcionaba al transmitente una pretensión personal de enriquecimiento contra el adquirente (162). La cesión, por tanto, seguía siendo equiparada a la *traditio* (163). No obstante, esto no significaba que fuera necesaria la existencia de dos actos separados, uno el obligacional y otro el de disposición, sino que normalmente el segundo se encontraba embebido en el primero, no porque el obligacional contuviese ya, por sí mismo y sin más, el de disposición, sino solamente

(158) Windscheid, últ. *op. cit.*, pp. 234 y 235.

(159) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 235.

(160) Windscheid, últ. *op. cit.*, p. 236.

(161) O. Bähr, «Zur Cessionslehre», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. I, 1857, pp. 351 y ss.

(162) Bähr, *op. cit.*, p. 396.

(163) Bähr, *op. cit.*, pp. 396 y 397.

cuando tácitamente reflejase la voluntad del cedente de transmitir el crédito al cesionario (164).

Bähr adoptó una visión patrimonialista y objetivada del crédito, esto es, no tanto como si se tratase de una relación personal entre acreedor y deudor, cuanto de un bien o riqueza (*Eigenthum an Forderungen*) con un determinado valor de cambio, lo cual le llevaba a reconocer su plena transmisibilidad (165). Sin embargo, también afirmaba que no era posible equiparar los créditos a los bienes corporales. Desde luego, no los consideraba equiparables en cuanto a su posesión (166), pero es que, según él, tampoco se daba el mismo grado de abstracción en la transmisión de unos y de otros. Entendía Bähr que la cesión era más causal o ,si se prefiere, menos abstracta que la transmisión de bienes corporales, puesto que la adquisición del cesionario era impugnable por causas que no permitían impugnar la adquisición de otros bienes. El decía esto pensando en lo que denominaba defectos de la causa (167), lo cual le llevaba a afirmar que la cesión era una transmisión imperfecta (*unvollkommene*) (168).

Si, en concreto, lo que se quería poner de manifiesto con ello era que el deudor podía oponer al cesionario excepciones que se derivaban del acto de donde nacía el crédito, no sé hasta qué punto esto sea expresión de una mayor causalización de la cesión respecto de otro tipo de transmisiones. El acto de cesión seguía, a mi entender, siendo abstracto, en la medida en que las vicisitudes del negocio obligacional supuestamente subyacente no afectaban a la producción del efecto traslativo. Lo que sucede es que el deudor, que permanecía completamente ajeno a la cesión, no podía ver empeorada su situación tras ésta, por lo que podía oponer al cesionario las excepciones que le correspondiesen contra el cedente, máxime cuando éstas se derivaban del acto mismo de donde nació el crédito. La conservación por el deudor de tales excepciones nada tenía que ver, pues, con el carácter causal o abstracto de la cesión. Y es que había que distinguir entre la causa de la cesión y la del crédito: la primera es el negocio obligacional que se presupone subyace en la cesión y cuyos defectos no puede el deudor hacer valer contra el cesionario, como corresponde al sistema abstracto de cesión; la segunda, en cambio, es la fuente de donde nace el crédito que es objeto de la cesión, es decir, de lo que puede depender la existencia o la exigibilidad del crédito, así como la validez de la propia cesión como negocio de disposición, pues no sería válida si el crédito se ha extinguido antes de la cesión, lo cual sí

(164) Bähr, *op. cit.*, p. 397.

(165) Bähr, *op. cit.*, p. 401.

(166) Bähr, *op. cit.*, pp. 401 y 402.

(167) Bähr, *op. cit.*, p. 409.

(168) Bähr, *op. cit.*, p. 414.

puede ser hecho valer por el deudor tanto frente al acreedor originario como frente a sus causahabientes.

Tras el acuerdo o declaración abstracta de cesión se producía el efecto traslativo, sin que, según Bähr, fuese necesario un acto posterior de toma de posesión por el cesionario. Esta fue la principal aportación del citado autor a la teoría de la cesión, y donde radica la principal diferencia con Windscheid. La cesión en Bähr no sólo era abstracta sino también consensual. Esto significa que el cedente dejaba de ser titular del crédito a partir del acto de cesión y que, también desde entonces, era el cesionario su nuevo titular, sin necesidad de que la cesión fuese notificada al deudor (169).

Por lo que respecta al cedente en su relación con el deudor, la consecuencia lógica de lo anterior era que aquél, al dejar de ser titular del crédito, dejaba de estar legitimado tanto para exigirlo como para acordar con el deudor la modificación o la extinción de la relación obligatoria, de forma que el deudor podía negarse a ello oponiéndole la cesión, aunque ésta no le hubiese sido todavía notificada (170). El deudor, por su parte, debía oponerle la cesión, pero sólo podía hacerlo si tenía conocimiento de ella; si de buena fe pagase al cedente quedaría liberado, pero no porque el *accipiens* estuviera legitimado para cobrarlo, sino por la buena fe del *solvens*, para así evitar que el deudor de buena fe resultara perjudicado por una cesión que ignoraba (171).

La cuestión, verdaderamente difícil, que ahora se planteaba era la de si cualquier información o noticia que el deudor tuviese de la cesión le impedía considerar al cedente como a su verdadero acreedor. Bähr consideraba que había de tratarse de una información tal que el deudor actuaría con dolo si pagase o negociase sobre el crédito con el cedente (172). Apremiar esto era una cuestión de hecho a valorar en cada caso concreto, si bien podía decirse que el deudor tenía conocimiento seguro de la cesión y una situación asegurada frente a eventuales reclamaciones del cedente, cuando el cesionario le hubiera notificado la cesión y él mismo se hubiera obligado a responder frente al cedente, pues sin la asunción de este compromiso no sería exigible que el deudor se encargase luego de demostrar la cesión frente al cedente. Y también se conseguía este conocimiento con la notificación de la cesión por el cedente, así como con la entrega al deudor del documento de cesión que le sirve de prueba (173). Así, pues, la notifi-

(169) Bähr, *op. cit.*, p. 414.

(170) Bähr, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

(171) Bähr, *op. cit.*, p. 415.

(172) Bähr, *op. cit.*, pp. 416 y 417.

(173) Bähr, *op. cit.*, pp. 417 y 418. La influencia de esta idea en los §§ 409 y 410 BGB es clara.

cación de la cesión era sólo un medio de prueba para excluir la buena fe del deudor que pagase o negociase después con el cedente. Por otra parte, cuando el deudor hubiera reconocido al cesionario como nuevo acreedor, no podría luego, sin más, pagar o negociar con el cedente como si nada hubiera pasado; en este caso, si el cedente reclamaba el pago al deudor, que había reconocido al cesionario como nuevo acreedor, la buena fe exigía del deudor hacer saber esto al cesionario, al objeto de que éste pudiera defender y hacer valer sus derechos (174).

Una excepción admitía a la regla según la cual el deudor podía dejar de considerar al cedente como acreedor sólo cuando tenía conocimiento cierto y seguro de la cesión, pues entendía que si el deudor obtenía del cedente la condonación total o parcial de la deuda, no podía oponerla al cesionario, aunque el deudor hubiese actuado de buena fe, esto es, aunque no hubiese tenido conocimiento seguro de la cesión (175).

Por lo que respecta al cesionario, hay que decir que éste adquiriría el crédito a partir del momento de la cesión, pudiendo hacer valer su derecho desde entonces, sin la necesidad de notificar previamente la cesión al deudor (176). Hay que decir, sin embargo, que Bähr consideraba que frente al deudor el cesionario era como un representante procesal del cedente, punto en el cual coincidía sorprendentemente con Mühlenbruch (177). Esta afirmación era matizada enseguida, diciendo que esto sólo se entendía así en beneficio del deudor, concretamente, para justificar que éste pudiera oponer al cesionario no sólo las excepciones que se desprendían de su relación con él como tal, es decir, como nuevo acreedor, sino también las que tuviese contra el cedente (178).

Lo que mayor atención mereció a Bähr en la relación deudor-cesionario fue el deber de éste de poner a aquél a salvo de las eventuales reclamaciones del cedente, para lo cual el cesionario había de responder de su legitimación para exigir y cobrar el crédito, lo que le llevaba a asumir los costes de la defensa del deudor frente a esas posibles reclamaciones (179). Es por esto que el cesionario que exigía el pago al deudor estaba obligado admostrarle su adquisición y, si no podía, a darle una efectiva seguridad de que no se vería reclamado de pago por segunda vez. Como prueba de la cesión se admitía un documento que contuviese el reconocimiento de la cesión por el cedente,

(174) Bähr, *op. cit.*, p. 420.

(175) «Causa lucrativa *pro dolo est*» (Bähr, *op. cit.*, p.

(176) Bähr, *op. cit.*, p. 421.

(177) «Der Cessionar gilt dem Schuldner gegenüber einem prozessualischen Vertreter des Cedenten gleich» (Bähr, *op. cit.*, p. 445).

(178) Bähr, *últ. loc. cit.*

(179) Bähr, *op. cit.*, p. 462.

así como también un documento público cuyo original o copia legalizada debía ser entregado al deudor. En defecto de lo anterior, la seguridad material que el cesionario debía prestar al deudor para el caso en que otro le reclamase el pago podía consistir tanto en el afianzamiento como en una prenda, o en la consignación de la prestación a costa del cesionario (180). En tanto el deudor no viera asegurada de alguna de estas formas su situación frente a posibles reclamaciones ulteriores, podía negarle el pago a consignar la prestación (181) a costa del cesionario, pues era éste el que debía probar su legitimación para cobrar el crédito, es decir, su adquisición, por lo que debía soportar los costes que la falta de esa prueba ocasionase al deudor (182), que tampoco podía pagar al cedente una vez que ya tenía conocimiento de la cesión. Ahora bien, del mismo modo que la carga de la prueba recaía en el cesionario, se reconoce que en el cedente recaía la de probar la ineficacia de una cesión que él no negase que hubiera tenido lugar (183).

Puesto que el cesionario había de probar la cesión para hacer efectivo su derecho frente al deudor y, para ello, necesitaba de un documento de cesión, entendía Bähr que el cedente estaba obligado por la buena fe contractual a entregárselo. Por tanto, actuaría dolosamente el cedente que se negase a facilitar al cesionario la prueba de la cesión, no habiendo en ello perjuicio alguno para él, ya que los gastos que supusiera la expedición de dicho documento debían correr a cargo del cesionario (184).

En los casos de doble cesión prevalecía el cesionario cuya cesión hubiese sido anterior, puesto que él fue el único que adquirió el crédito, mientras que los cesionarios posteriores nada adquirieron ya que el cedente nada tenía (185). Es decir, las cesiones posteriores serían de crédito ajeno, si la primera fue eficaz. Esto por lo que respecta al conflicto entre varios cesionarios. Por lo que se refiere al conflicto entre el deudor que hubiera pagado erróneamente a un cesionario que no fuese el verdadero adquirente, regían las mismas reglas que para el caso del pago al cedente: si el deudor sólo tiene conocimiento de una cesión y paga a ese cesionario, paga bien y se libera, aunque éste no fuese su verdadero acreedor (186). En tal caso, el verdadero adquirente del crédito, a quien el deudor no había pagado, podría, según Bähr, dirigirse contra el *accipiens*, bien de forma directa con una suerte de

(180) Bähr, *op. cit.*, pp. 462-464.

(181) Bähr, *op. cit.*, p. 464.

(182) Bähr, *op. cit.*, pp. 473 y 474.

(183) Bähr, *op. cit.*, pp. 476 y 477.

(184) Bähr, *op. cit.*, pp. 481 y 482.

(185) Bähr, *op. cit.*, p. 436.

(186) Bähr, *ult. loc. cit.*

subrogación o cesión de la *condictio indebiti* que el deudor tenía contra tal *accipiens*, bien por la consideración del que cobró como una suerte de gestor de negocios ajenos sin mandato que debía responder frente al *dominus negotii*, que era el verdadero adquirente (187). Sin embargo, entendía que al cesionario adquirente no sería oponible la condonación o remisión total o parcial de la deuda concedida a título gratuito por el otro cesionario al deudor, siendo indiferente si el deudor actuó de buena o mala fe (188).

Por lo demás, el deudor podía exigir de cada uno de los cesionarios que pretendían cobrar el crédito, que demostrasen su adquisición y la fecha de la cesión, pues prevalecía la de fecha anterior, y también que le garantizasen (prenda, fianza, consignación) su posición frente a ulteriores reclamaciones de cobro por parte del cedente o de otro cesionario (189).

Quedan dos conflictos típicos de intereses que parecen no preocupar a Bähr, como tampoco a la doctrina alemana de la época, como eran los que podían existir entre los acreedores del cedente y el cesionario, por una parte, y la cesión de crédito ajeno, por otra. Creo que lo que sucedía era que para su solución no había criterios especiales sino simplemente aplicación de las reglas generales del sistema de cesión. Concretamente, una vez producida la cesión ya no podían los acreedores del cedente embargar el crédito, y que el cesionario de un crédito que no pertenecía al cedente nada adquiriría, como no fuera el derecho a que el cedente lo adquiera y se lo transmita, de lo cual éste habría de responder.

2.1.2. *El sistema de cesión a lo largo del proceso codificador*

La tesis de la intransmisibilidad singular del derecho de crédito inspiró obras como el proyecto de Código Civil de Hesse (1841-53) (190), que es quizá su más claro exponente. Explícitamente se configuraba la cesión como un mandato en cosa propia, que el cedente concedía al cesionario (191). El cedente seguía siendo titular del crédito porque se entendía que la obligación no era sino una relación

(187) Bähr, *op. cit.*, pp. 440 y 441. Considero poco lógica esta solución, por más que es la que se recoge en el § 816.2 BGB.

(188) Bähr, *op. cit.*, p. 442. recordemos que tampoco debían perjudicar al cesionario lo convenido a título gratuito entre el deudor y el cedente (vid. nota 175).

(189) Bähr, *op. cit.*, pp. 477, 483 y 484.

(190) Lo cito a través de Huwiler, *Der Begriff der Zession...*, *cit.*, pp. 159-161.

(191) «Es steht jedoch in der Regel dem Gläubiger frei, seine Forderung einem Dritten mit der Ermächtigung zu überlassen, daß dieser solche an seiner, Gläubigers, statt selbständig für sich und zu eigenem Vortheile geltend mache (Abtretung der Forderung)» (art. 261.3).

jurídica entre personas determinadas, cuyo cambio suponía una nueva obligación, por lo que el cesionario sólo adquiriría el ejercicio del derecho y no su titularidad (192). Encuanto al sistema de cesión, se mantenía el de título y modo, en el que la cesión era un acuerdo traslativo causal (193).

Obra relevante en el proceso codificador fue también el Código Civil sajón (1865) (194). El sistema de transmisión de bienes es ya el del acuerdo abstracto traslativo, donde las vicisitudes del negocio obligacional subyacente no impiden la eficacia traslativa del *modus acquirendi*. (195). Y la cesión era contemplada como el modo de adquirir consistente en la declaración de voluntad del cedente de conferir al cesionario la autorización para hacer valer el crédito (196).

Parece, pues, que tampoco aquí, aunque no de forma tan clara como en el proyecto de Hesse, se admitió que la cesión tuviera como efecto la transmisión de la titularidad del crédito, sino que el cesionario sólo adquiriría la acción para hacerlo efectivo. Lo que sucedía era que al lado de afirmaciones como la de que el cedente sólo autorizaba al cesionario a hacer efectivo el crédito, o de otras como que con la cesión se han de considerar como cedidos (*als abgetreten*) (197) —luego no lo eran realmente, sino en virtud de una ficción—, había otras que parecían admitir la plena transmisión de la titularidad del crédito, como sucedía al regular los efectos de la cesión, donde se decía que el cedente dejaba de ser el acreedor y que desde entonces lo era el cesionario (198). Con independencia de que esta contradicción pudiera deberse a alguna indecisión, el caso es que se entendía que las afirmaciones favorables a la plena transmisibilidad del crédito podían y debían ser interpretadas a la luz de la idea básica de que lo que el cedente daba al cesionario era una

(192) Vid. Huwiler, *últ. op. cit.*, pp. 159 y 160.

(193) «Die Abtretung kann im Gefolge eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrages, wie eines Kaufes, Tausches oder einer Schenkung, oder auf den Grund einer letztwilligen Verfügung oder gesetzlichen Bestimmung geschehen, und mit dem Rechtsgeschäfte selbst, auf dessen Grund sie stattfindet, verbunden sein» (art. 267.1).

(194) He manejado el texto de la edición de Leipzig de 1892.

(195) §§ 253 y 256.

(196) «Forderungen gehen von dem zeitherigen Gläubiger auf einen neuen Gläubiger durch Abtretung über..., wenn ein die Abtretung enthaltendes Rechtsgeschäft vorliegt, gleichviel ob der Gläubiger dasselbe zu Folge gesetzlicher Verpflichtung, oder freiwillig vorgenommen hatte» (§ 953).

«Die Abtretung einer Forderung durch ein Rechtsgeschäft erfordert eine Willenserklärung des Gläubigers, welche einem Anderen die Befugniß giebt, die Forderung für sich und zu eigenem Nutzen gelten zu machen» (§ 962 pr.).

(197) «Mit einer Forderung sind auch die Nebenrechte, welche zu ihrer Sicherheit dienen oder sonst dazu gehören, ohne Weiteres als abgetreten zu betrachten» (§ 954).

(198) §§ 968, 969 y 970.

autorización para cobrar el crédito (199), operando a partir de entonces por medio de ficciones. Así, se ha dicho que de la exposición de motivos se desprendía que el autor de este código no había admitido la transmisibilidad de la titularidad y que sólo concedía la de su ejercicio (200).

Tras la cesión ya no podía el cedente exigir el crédito ni disponer de él, ni volverlo a ceder, ni acordar con el deudor su modificación o extinción. El cesionario era, sin embargo, tras las cesión, el único legitimado para exigirlo y disponer de él (201). El cedente estaba obligado a facilitar al cesionario todos los medios de prueba de la cesión, de manera que éste pudiera acreditar su legitimación ante el deudor, como también a entregarle lo que hubiera recibido del deudor tras la cesión (202).

El deudor, por su parte, se liberaba pagando al cesionario, si bien se preveía que si la cesión no le había sido notificada se liberaba pagando al cedente (203). Parece ser, pues, que la notificación era lo decisivo para la situación del deudor. No obstante, no sabría decir si el deudor que conociese la cesión sin que le hubiese sido notificada, se liberaría pagando al cedente, puesto que en otros preceptos lo decisivo era el conocimiento de la cesión por el deudor y no tanto su notificación. Era lo que sucedía con la situación del deudor en los casos de doble cesión. Entre los cesionarios prevalecía el de la cesión más antigua, pero si el deudor, no teniendo conocimiento de la existencia de una cesión anterior, pagase a un cesionario

(199) § 962, transcrito en nota 196.

(200) Vid. Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsche Reich, t. II, ed. oficial, 2.^a ed., Berlín 1896, p. 118.

(201) «Die Abtretung hat die Wirkung, daß der Abtretende aufhört, Gläubiger zu sein, die Erfüllung der Forderung nicht mehr verlangen, über die Forderung nicht weiter verfügen, sie nicht noch ein Zweites Mal abtreten kann, überhaupt aber die Aufhebung der Forderung durch einem ihn oder einem Anderen... gegenüber wirksamen Erlösungsgrund ausgeschlossen ist... Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des Abtretenden; er hat das Recht, über die Forderung zu verfügen, sie anderweit abzutreten und gegen den Schuldner geltend zu machen» (§ 968).

(202) «Die Abtretung verpflichtet den abtretenden Gläubiger, dem neuen Gläubiger die Verfolgung der Forderung, soweit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen und zu erleichtern, ihm die erforderliche Aufklärung über die Forderung zu geben und die etwaigen Rechtsbehelfe gegen die entgegenstehenden Einwendungen mitzuthemen, die auf die Forderung bezüglichen Beweismittel anzuzeigen, die Schuldurkunde auszuantworten, Das, was er nach der Abtretung vom Schuldner erhalten hat, herauszugeben und auf Verlangen eine Urkunde über die Abtretung auszustellen» (§ 970).

(203) «So lange der Schuldner weder durch das Gericht, noch durch den Abtretenden, noch durch den neuen Gläubiger von der Abtretung der Forderung benachrichtigt worden ist, kann er sich durch Erfüllung an den Abtretenden Gläubiger und durch Vertrag mit demselben von seiner Schuld befreien» (§ 972).

posterior, quedaría liberado (204). Está claro, pues, que la ausencia de notificación no permitía al deudor que conocía la cesión anterior, liberarse pagando a otro cesionario, a menos, claro está, que se entendiese que sólo vinculaba al deudor el conocimiento que de la cesión tuviera por medio de la notificación. Y el cesionario adquirente del crédito no podía dirigirse contra el deudor que de buena fe hubiese pagado a otro cesionario, ni tampoco contra éste si era también de buena fe; en tal caso, sólo le quedaría dirigirse contra el cedente (205).

Para evitar al deudor el riesgo de tener que pagar dos veces es por lo que se le permitía negarse a pagar al cesionario en tanto no hubiese recibido notificación judicial de la cesión o del mismo cedente o en tanto el sedicente cesionario no le demostrara su adquisición. Y también podía consignar judicialmente la prestación (206) a costa del cesionario.

Otra manifestación de interés para el estudio de los precedentes del Código Civil alemán es el proyecto de Código Civil de Baviera (1861). El sistema traslativo general era el del negocio abstracto de disposición que, como *modus acquirendi*, no tiene su eficacia traslativa supeditada a la validez del negocio obligacional subyacente (207). Coherentemente con esta regla, se establecía el carácter también abstracto de la cesión, como modo de adquirir y transmitir los créditos (208). Además, en los motivos se reconocía explícitamente el abandono de la idea de cesión del ejercicio sin cesión de la titularidad, aceptando, en cambio, la plena transmisión a título singular inter vivos del crédito (209).

(204) «Hat der Gläubiger die Forderung mehrere Male abgetreten und der Schuldner von der früheren Abtretung keine Kenntniß erhalten, so wird der Schuldner durch Erfüllung an Denejenigen, welchem die Forderung später abgetreten worden ist, und durch Vertrag mit demselben von der Schuld frei» (§ 973 pr.).

(205) «Demjenigen, welchem die Forderung früher abgetreten worden war, steht ein Anspruch an den Anderen, welcher die Forderung vermöge der späteren Abtretung in redlichen Glauben erhoben hat, auf Herausgabe des Erhaltenen nicht zu, es bleibt demselben vielmehr blos der abtretende Gläubiger verpflichtet» (§ 973 *in fine*).

(206) «Der Schuldner kann, wenn er nicht durch das Gericht oder durch den abtretenden Gläubiger von der Abtretung der Forderung benachrichtigt worden ist, von dem neuen Gläubiger Nachweisung der an ihn erfolgten Abtretung verlangen und, bis diese erfolgt ist, von ihm nicht durch Mahnung in Verzug gesetzt werden, auch den geschuldeten Gegenstand zurückhalten oder gerichtlich hinterlegen» (§ 974 pr.).

(207) Art. 94.

(208) «Der Gläubiger kann seine Forderung ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund und gleichviel, ob sie bereits fällig ist oder nicht, an einen Dritten auch ohne Einwilligung des Schuldners durch ein Veräußerungsgeschäft oder durch Vermächtigung übertragen (Abtretung oder Cession der Forderung)» (art. 145 del libro I de la 2.^a parte).

(209) «Motive», p. 98.

El deudor podía pagar con efecto liberatorio al cedente en tanto no se le hubiese notificado la cesión (210). No se aclara si el conocimiento que de ella tuviera el deudor por otras vías le impedía pagar al cedente con efecto liberatorio. Sin embargo, en los motivos se negaba dicha eficacia a tal pago (211). El deudor podía negarse a considerar al cesionario como su nuevo acreedor en tanto éste no le demostrase mediante documento público o privado pero legalizado (212) que había adquirido el crédito, a los efectos de tener así una mayor seguridad (213). Para facilitar al cesionario esa prueba es por lo que imponía al cedente la obligación de entregarle todos los documentos relativos al crédito cedido que obrasen en su poder y le hiciese saber todo lo necesario para hacer efectivo el crédito (214). Fijémonos en la posibilidad de que el deudor no pueda actuar con garantías de eficacia con el cedente ni con el cesionario: si le ha sido notificada la cesión por el cesionario, no podrá ya estar seguro dirigiéndose al cedente, sin que tampoco pueda estarlo con el cesionario, en tanto éste no le haya acreditado debidamente la cesión. Y es que en esa situación, el cedente ha perdido la apariencia de titularidad del crédito, y el cesionario no la ha ganado.

Hito fundamental y punto de no retorno en la evolución de la cesión de créditos en Alemania lo constituye el proyecto de derecho de obligaciones de 1866, también llamado Proyecto de Dresde (215). Y es que si bien el sistema del acuerdo abstracto traslativo ya había sido claramente asumido anteriormente y la cesión era considerada como un negocio de disposición, recuerdo de la *traditio* de los bienes muebles (216), todavía no estaba definitivamente asumida completamente la transmisibilidad a título singular de los créditos, ni tampoco estaba claro si la notificación al deudor debía ser requisito o condición de eficacia de la cesión o si, por el contrario, no debía serlo y

(210) «Solange nicht dem Schuldner die geschehene Abtretung durch den abtretenden oder durch den neuen Gläubiger gerichtlich oder außsergerichtlich angezeigt ist, kann er an den ersteren noch rechtsgiltig leisten» (art. 151.1, loc. cit.).

(211) «Motivos», p. 99.

(212) «Der abtretende Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die in seinen Händen befindlichen, auf die Forderung bezüglichlichen Urkunden auszuliefern, und die zur Geltendmachung der Forderung nöthigen Ausschlüsse zu ertheilen» (art. 153.2, loc. cit.).

(213) «Motivos», p. 99.

(214) «Der abtretende Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die in seinen Händen befindlichen, auf die Forderung bezüglichlichen Urkunden auszuliefern, und die zur Geltendmachung der Forderung nöthigen Ausschlüsse zu ertheilen» (art. 153.2, loc. cit.).

(215) Las citas están tomadas de «Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes», editado por W. Schubert, t. II, Frankfurt-Maguncia, 1984, pp. 954 y ss. y 1863 y ss.

(216) Lo cual se reitera también ahora, vid. «Protocolle...», cit., p. 982.

bastaba con que el deudor tuviese conocimiento de ella, cualquiera que fuese la vía por la que lo obtuvo, para no poder ya liberarse pagando al cedente ni poder oponer al cesionario lo acordado entre aquéllos. Pues bien, en el Proyecto de Dresde estas cuestiones fueron decididas en un sentido coincidente sustancialmente con la regulación definitiva del BGB.

Se admitió explícitamente la transmisión a título singular de la titularidad del crédito, siendo el cesionario el nuevo acreedor (217). En las deliberaciones hubo acuerdo en abandonar la tesis del derecho común, que limitaba la cesión al ejercicio del derecho y que la presentaba en términos de mandato en cosa propia, superación que se presentó como algo ya asumido por la conciencia jurídica del pueblo alemán (*Rechtsbewußtsein des Volks*), añadiendo que el deudor al obligarse frente a su acreedor, debía ser consciente de que éste podía ceder el crédito a otro, por lo que el deudor ya desde el primer momento reconocía su *vinculum iuris* en favor de cualquier otro que pudiera adquirir la posición acreedora (218). Con esto último parece querer decirse que el deudor, al contraer la obligación se estaba obligando frente al acreedor originario o frente a quien éste cediera el crédito. Ahora bien, como la cesión es posible y no requiere del consentimiento ni del conocimiento del deudor, se partía del reconocimiento de una suerte de cláusula general de salvaguardia del interés del deudor, consistente en afirmar que su situación jurídica no debía verse empeorada por la cesión. Es por esto que, como el cesionario no podía ser tenido como representante del cedente sino que ejercitaba un derecho propio, adquiría el crédito en las mismas condiciones en que éste perteneciera al cedente, puesto que había habido una adquisición derivativa, de lo cual se desprendía que el deudor podía oponer al cesionario las excepciones que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión o de conocerla (219).

En cuanto a la situación jurídica del deudor hubo acuerdo en no seguir el modelo francés en cuanto al papel de la notificación de la cesión al deudor, por lo que sería su conocimiento lo que impediría al deudor pagar o negociar eficazmente con el cedente. No planteó problema alguno admitir que desde el momento de la cesión el cedente dejaba de ser titular del crédito cedido y que, por tanto, ya no estaba legitimado para exigir el pago al deudor ni para acordar con él la modificación

(217) «Der Gläubiger kann Forderungen durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf den Todesfall ohne Einwilligung des Schuldners an einen Andern veräußern (abtreten, cedieren).

Mit der Veräußerung der Forderung hört der Veräußerer auf, Gläubiger zu sein und der Erwerber tritt als neuer Gläubiger in die Forderung ein» (art. 322).

(218) «Protocolle», *cit.*, p. 955.

(219) «Protocolle», *cit.*, p. 956.

o extinción de la relación obligatoria. Así las cosas, tampoco el deudor se liberaría pagándole, si bien por razones de equidad basada en la buena fe de éste, se concedía efecto liberatorio a ese pago aunque el *accipiens* ya no estaba legitimado para exigirlo ni para recibirlo (220). Hay, por lo demás, un claro matiz de excepcionalidad en el reconocimiento de eficacia liberatoria al pago hecho de buena fe al cedente, lo cual llevaba a limitar tal consideración a los actos con causa onerosa llevados a cabo entre deudor y cedente, y a negarlo a la condonación total o parcial de la deuda (221), como ya Bähr había sostenido.

También hubo acuerdo en señalar que la buena fe del deudor desaparecía si, al tiempo del pago o de concluir un negocio sobre el crédito con el cedente, ya tenía conocimiento de la cesión, cualquiera que hubiese sido la forma en que lo hubiese sabido, pues se entendía que el deudor carecía ya de base para seguir considerando al acreedor originario como su actual acreedor. Por esto se propuso añadir en el texto inicial del proyecto el adjetivo *verläßliche* o *zuverlässige* al sustantivo *Kenntnis* (222), como finalmente apareció en el texto definitivo del proyecto (223). Por consiguiente, la notificación de la cesión no era condición de eficacia de la cesión ni tampoco la única vía para que el deudor tuviese un conocimiento seguro de ella, ni tampoco la única prueba de la mala fe de éste si pagó al cedente: en defecto de notificación, si se demostrase que el deudor había tenido conocimiento cierto de la cesión (por ejemplo, por documentos), su buena fe quedaría excluida si, a pesar de esto, pagó o negoció sobre el crédito con el cedente (224). Prevalció, pues, claramente la tesis de Bähr, frente a la de Windscheid, en cuanto al valor de la notificación.

Finalmente, en relación a la doble cesión, se mantuvo el criterio de que la primera cesión válida era la que hacía a ese cesionario nuevo titu-

(220) «Protocolle», *cit.* pp. 955 y 994.

(221) «Protocolle», *cit.*, pp. 994 y 995.

(222) «Protocolle», *cit.*, p. 995.

(223) «Der Schuldner, welcher nach gültig erfolgter Veräußerung der Forderung an der Veräußerer zahlt, wird hierdurch von seiner Verbindlichkeit nur dann befreit, wenn er von der erfolgten Veräußerung zur Zeit der Zahlung noch keine zuverlässige Kenntniß hatte» (art. 331.1).

(224) Alguna discusión hubo en torno a la prueba de la mala fe del deudor (vid. «Protocolle», *cit.*, pp. 995-997). Para alguno, en defecto de notificación judicial o del cedente, había que entender liberado al deudor que hubiera pagado al cedente, porque en este caso la mala fe sería muy difícil de probar. Otro consideraba insuficiente la inexistencia de notificación para justificar la buena fe del deudor, puesto que éste también podía haber obtenido conocimiento cierto de la cesión no notificada si supo de ella por medio del documento de cesión. Se propuso también presumir la buena fe del deudor en defecto de notificación, aunque sin excluir la prueba de la mala fe. Finalmente se consideró que esto nada nuevo añadía y que era mejor agregar simplemente el adjetivo «zuverlässige» al conocimiento excluyente de la buena fe del deudor que, a pesar de él, hubiera pagado al cedente.

lar del crédito (225). Las posteriores serían de crédito ajeno, por lo que carecían de eficacia traslativa, pues para que ésta tuviese lugar sería necesario que el cedente readquiriera el crédito previamente cedido (226).

2.2. Líneas generales del sistema de cesión del BGB: la producción del efecto traslativo

De la cesión de créditos (*Übertragung der Forderung*) se ocupa el cap. IV del libro II del BGB, §§ 398-413.

Creo que son, fundamentalmente, dos las cuestiones en torno a las que gira este sistema de cesión. Por un lado, la decisión sobre la producción del efecto traslativo. Y, por otro, los mecanismos de protección al deudor. En este epígrafe me ocupo del primer punto, y en los siguientes analizó la protección al deudor.

2.2.1. *Cedibilidad de los créditos*

En el § 398 se contempla la llamada cesión negocial (*Abtretung*). Se reconoce la transmisibilidad del derecho de crédito, hecha por el acreedor a otra persona, produciéndose el efecto traslativo con la conclusión del contrato (227).

Lo primero a señalar es la admisión de la plena transmisión del crédito, esto es, de la titularidad, y no sólo de la acción para hacerlo efectivo, sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor. En esto se siguen las ideas que se habían ido consolidando desde mediados del siglo pasado. Además, esta decisión no planteó discusión alguna a lo largo del proceso de elaboración de la norma, de forma que parecía ser algo asumido ya sin contradicción (228).

(225) «Hat ein Gläubiger die nämliche Forderung zu verschiedener Zeit an Mehrere veräußert, so hat Derjenige den Vorzug, an Welchen die Forderung zuerst veräußert worden ist» (art. 330.1).

(226) «Protocolle», *cit.*, p. 992.

(227) «Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (*Abtretung*). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers» (§ 398).

(228) «Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsch Reich», t. II, ed. oficial, 2.ª ed., Berlín 1896, p. 118.

«Die Beratung des BGB», por H. H. Jakobs y W. Schubert, «Recht der Schuldverhältnisse», I (§§ 241-432), Berlín-Nueva York, 1978, pp. 740-769.

Sin embargo, cuando se discutió el proyecto en el Bundesrat, por el Land Sachsen-Altenburg se propuso rechazar la admisión de la cesión sin el consentimiento del deudor, propuesta que, por supuesto, no prosperó («Die beratung...», *cit.*, p. 769).

Esta regla general de transmisibilidad de los créditos sólo va a tener como excepción, según el § 399, la de aquellos en los que el contenido de la prestación cambiaría por el hecho de ser otro el acreedor, así como la de aquellos en que se hubiera excluido convencionalmente su transmisión (*pactum de non cedendo*) o cuando se tratase de créditos inembargables (229).

Esta decisión sobre la transmisibilidad no sólo respondía, obviamente, a la aceptación de su posibilidad teórica, sino a exigencias de orden económico. La ampliación del mercado a la riqueza futura, la creación de un mercado secundario de capitales debieron pesar bastante al decidir en favor de la credibilidad de los créditos el conflicto de interés entre deudor y acreedor. Este está objetivamente interesado en poder transmitir el crédito, realizando así anticipadamente, incluso, su valor; en tanto que el deudor está objetivamente interesado en controlar los cambios en la posición acreedora, para evitar tener por acreedor a alguien más exigente o menos dispuesto a negociar el contenido del crédito o la forma de hacerlo efectivo.

Y es que revelaría una preocupante ingenuidad decir y, sobre todo, creerse que al deudor es indiferente la identidad del acreedor. Nada más lejos de la realidad, como creo haber ya puesto de manifiesto, o como se podrá constatar. Lo que está detrás de la transmisión de los créditos sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor es una decisión consciente en favor del acreedor y, mientras no se complementa con medidas de protección suficientes, en contra del deudor (230). No es que ésta sea una manifestación más del favor *creditoris*, sino más bien una satisfacción de la exigencia de una más amplia circulación de la riqueza y una mayor extensión del mercado, esto es, a la mayor cantidad posible de bienes (231).

(229) «Ausschluß der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung. Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist» (§ 399).

«(Ausschluß bei unpfändbaren Forderungen) Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist» (§ 400).

Sí fue, en cambio, discutida la aceptación del *pactum de non cedendo* en cuanto a su eficacia excluyente de la transmisibilidad con eficacia *erga omnes*, que parece que sólo al final se admitió (vid. «Motive...», *cit.*, pp. 122 y 123; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 770-774).

(230) Vid. H. Dörner: «Dynamische Relativität», Múnich, 1985, pp. 269 y 270; E. von Olshausen: «Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß», Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1988, pp. 28 y 29.

(231) Fueron todo menos infrecuentes las invocaciones que a lo largo del proceso de elaboración legislativa se hicieron a las necesidades del tráfico (Rechtsverkehrsbe-

2.2.2. La cesión como negocio de disposición

Con el término cesión (*Abtretung*) no se designa al efecto traslativo, sino al acto jurídico cuya conclusión producía tal efecto, según el § 398. Para referirse al efecto se emplea la expresión *Übertragung der Forderung*, que es como se intitula todo el capítulo relativo a la cesión.

La idea es sencilla: la transmisión (*Übertragung*) es el efecto de un contrato (*Abtretung*) o de una disposición legal que expresamente la impone (*gesetzliche Forderungsübertragung*), o de una resolución judicial (232).

La cesión convencional (*Abtretung*) es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*) o contrato real (*dinglicher Rechtsgesthäft*) (233). Este consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión o, si se prefiere, en la declaración de ceder por parte del cedente y su aceptación por el cesionario, negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional (*obligatorisches Rechtsgeschäft*), que sería la causa última de la cesión, y que puede consistir tanto en un contrato (*pactum de cedendo*) de compraventa, permuta, donación, transacción..., cuanto en una promesa unilateral, en los casos en que ésta sea admitida, o en una disposición *mortis causa* (234), como también

dürfnisse), como explicación de la aceptación de la plena transmisibilidad del crédito, sin contar con el deudor («Motive...», *cit.*, pp. 118-123; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 740-774). Explicación que, por lo demás, era la que estaba detrás de las tesis iusnaturalistas del siglo XVIII, que hablaban de *Eigentum an Forderungen*, en apoyo de la objetivación de los créditos para hacer presentable su plena transmisibilidad.

(232) Así, «Motive...», *cit.*, p. 119; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 740, 742, 753, 764 y 765, de donde se desprende que en el texto del proyecto se mantuvo explícitamente una disposición relativa a las diversas clases de cesión (§ 294), convencional, legal o judicial, hasta que en comisión se decidió suprimir esa referencia por considerarla superflua («Die Beratung...», *cit.*, p. 766). En el texto definitivo, con todo, las diferentes clases de cesión sí aparecen mencionadas: la judicial en el § 407.2 y la legal en el § 412.

(233) «Motive...», *cit.*, p. 120; «Die Beratung...», *cit.*, p. 763.

(234) Así en la redacción de la primera comisión («Motive...», *cit.*, *últ. loc. cit.*). Sin embargo, en las primeras redacciones del texto de la segunda comisión el término *Abtretung* quedó referido a la cesión convencional que tenga por causa un negocio inter vivos, puesto que se entendió que su extensión al negocio *mortis causa* dependía de la no admisión de los legados por *vindicationem* («Die Beratung...», *cit.*, pp. 740, 742, 745, 758, 759). Al final, y sin prejuzgar la solución que se fuera a tomar sobre tales legados, puesto que en éstos el legatario adquiriría sin necesidad de cesión hecha por el heredero, se suprimió del texto la referencia que limitaba la cesión como modo de adquirir a los negocios obligacionales inter vivos, pasando a estar referida, de momento, a cualquier título consistente en una declaración de voluntad («Die Beratung...», *cit.*, pp. 763-765). Al final, como tales legados no se admitieron (§ 2174), el texto del § 398 quedó tal cual.

podía tratarse de una obligación de ceder nacida de la ley cuando ésta sólo la impone pero sin atribuir la titularidad al que tiene derecho a adquirir el crédito (235). Ambos negocios pueden producirse separadamente, pero también pueden coincidir en un mismo acto (236), lo cual no impide que cada uno de ellos tenga su propio régimen jurídico.

El acto de cesión, como contrato real o negocio de disposición fue contemplado, como ya había venido sucediendo según hemos visto en los antecedentes, como algo equiparable a la *traditio*, es decir, el acuerdo (*abstracto ahora*) traslativo para los bienes corporales (237). Quizá, fuera conveniente preguntarse hasta qué punto es cierto que el efecto traslativo en la cesión está sometido a los mismos requisitos que rigen la transmisión de los bienes corporales.

En el caso de los inmuebles se requiere el acuerdo (*abstracto*) traslativo (*Einigung*), seguido de la inscripción en el registro de la propiedad, como resulta de los §§ 873 y 925. Por lo que respecta a los muebles, el efecto traslativo depende, según el § 929, de la entrega de la cosa al adquirente cuando hay acuerdo en que ésta debe producir la transferencia de propiedad, es decir si hay acuerdo (*abstracto*) traslativo más entrega al adquirente, o sólo tal acuerdo si éste ya la poseía.

Si, además, tenemos en cuenta el negocio obligacional subyacente, vemos cómo son tres los actos que podrían ser tenidos en cuenta en la producción del efecto traslativo: el negocio obligacional subyacente, el acuerdo traslativo y la inscripción en el registro (inmuebles) o la entrega al adquirente (muebles). Sin embargo, como de los preceptos antes citados se desprende, las vicisitudes del negocio subyacente no afectan *per se* a la producción del efecto traslativo y, si el adquirente había transferido el bien a título oneroso a un tercero, tampoco el mantenimiento de tal eficacia (de una y de otra transmisión), depende de lo que suceda con el negocio obligacional subyacente a la

(235) «Motive...», *cit.*, últ. loc. cit.; K. Larenz: «Schuldrecht», t. I, 14.^a ed., p. 571.

(236) Esta posible coincidencia de ambos negocios en un mismo acto, en concreto, que el de disposición (*Abtretung*) esté contenido en el obligacional, ya fue admitida en las primeras redacciones del texto del proyecto en la segunda comisión («Die Beratung...», *cit.*, pp. 742, 753 y 758), aunque al final se suprimió esa referencia a propuesta de von Schmitt («Die Beratung...», *cit.*, pp. 759 y 760), si bien con esta supresión no se pretendió negar la posible coincidencia de ambos negocios en un mismo acto, sino tan sólo porque no hacía falta reconocerlo explícitamente.

(237) A lo largo del proceso de elaboración legislativa esto se puso de manifiesto en varias ocasiones, equiparando en cuanto a su naturaleza jurídica la cesión a la *traditio* o al acuerdo abstracto traslativo (*Auflassung*), como contratos reales o de disposición («Motive...», últ. loc. cit.), o diciendo que la cesión era un negocio jurídico a considerar como la *traditio* de las cosas corporales, diferente del negocio obligacional que se le presupone, pudiendo aquélla estar contenida en éste («Die Beratung...», *cit.*, pp. 745 y 753).

primera transmisión. Es decir, que si resulta que el desplazamiento patrimonial no está justificado por una causa (negocio obligacional) que sirva de fundamento al acuerdo traslativo, el adquirente deberá restituir o, si no le es posible, indemnizar el valor, pero sin que esto afecte a transmisiones posteriores, por lo menos, no a la onerosa, como se desprende de los §§ 812, 818.2 y 822. En este sentido y dentro de estos límites es posible hablar de abstracción de la causa en el sistema traslativo alemán de derechos reales.

La producción del efecto traslativo en la cesión de créditos depende, como dice el § 398, del convenio de cesión, sin que, además, sea necesario un acto jurídico posterior equivalente a la entrega. Este convenio de cesión consiste, como sabemos, en la declaración del cedente de transferir el crédito, aceptada por el cesionario. Con esto, y sin necesidad de observar una forma específica (237 bis), se produce la transmisión. De esto se desprende, por un lado, que no se requiere la entrega del crédito, como tampoco la notificación de la cesión al deudor y, por otro, que dadas las reglas generales sobre desplazamientos patrimoniales sin causas antes citadas, también la cesión será un acuerdo abstracto traslativo.

2.2.3. *La entrega del crédito y la notificación al deudor*

Es claro que ni la una ni la otra son requisitos para que se produzca el efecto traslativo. En cuanto a la entrega, a juzgar por la equiparación del acto de cesión a la *traditio*, parece como si se entendiera que en él se da tanto el acuerdo traslativo (*Einigung*) como la investidura posesoria, lo cual es discutible porque, a diferencia de la transmisión de derechos reales, el efecto traslativo ya no depende de la creación de un signo exterior que lo ponga de manifiesto, como pueda serlo la inscripción en un registro público o la entrega (238). En definitiva, como ya se vio en los precedentes, en la cesión de créditos la transmisión es el resultado del consentimiento, del acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario, bien de un doble acuerdo (sobre negocio obligacional y sobre el de disposición) cuando el sistema era causal, bien de un acuerdo abstracto de cesión (*Abtretung*), como sucede ahora.

Las obligaciones que los §§ 402 y 403 imponen al cedente, por un lado, la de hacer entrega al cesionario de los documentos probatorios

(237 bis) Para la cesión de créditos hipotecarios sí se exige forma escrita o inscripción en el registro, conforme al § 1154.

(238) Es más, claramente se dice en la exposición de motivos que para la producción del efecto traslativo no se requiere toma alguna de posesión o investidura posesoria (*Besitzergreifung*) del cesionario («Motive...», *cit.*, p. 118).

del crédito y, por otro, de expedir, a requerimiento y a costa del cesionario, un documento con firma legalizada, que acredite la cesión (239), no son requisitos ni condiciones de eficacia de la transmisión, como tampoco lo es la obligación del cedente de informar al cesionario de todo lo que le sea útil para hacer efectivo el crédito. Se trata, tan sólo, de un efecto del contrato, cuya finalidad es la de facilitar al cesionario la prueba de su adquisición para poder reclamar el pago al deudor sin que éste le pueda oponer que no le acredita su titularidad, y también para tener más fácil la enajenación del crédito. Además, se ha venido entendiendo que esta obligación no deriva del negocio obligacional, sino de la cesión, por lo que tampoco queda afectada por las vicisitudes de aquél (240).

Que tampoco sea necesaria la notificación de la cesión al deudor para que se produzca la transmisión era algo que ya desde el Proyecto de Dresde había sido asumido y, es quizá, la nota más conocida del sistema alemán codificado de cesión frente al francés. Desde el primer momento se impuso el parecer de quienes excluyeron la notificación al deudor como requisito de su eficacia (241), lo cual no impidió que en algún momento del proceso de elaboración de la norma (§ 398) se propusiera que tal eficacia dependiera de la notificación de la cesión al deudor, aunque tales propuestas chocaron con el parecer mayoritario de evitar cualquier referencia a la notificación en este parágrafo, destinado a todas luces no sólo a proclamar la transmisibilidad de los créditos sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor, sino también a excluir tajantemente la notificación al deudor como requisito para la producción del efecto traslativo (242).

La no exigencia de forma alguna de investidura posesoria ni de signo externo reconocible, así como la no exigencia de notificación

(239) «Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern» (§ 402).

«(Pflicht zur Beurkundung) Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzustellen» (§ 403).

(240) Vid. «Motive...», *cit.*, p. 128; R. Schmidt, en BGB de Soergel-Siebert, t. I, pp. 1211 y 1212.

(241) «Motive...», *cit.*, pp. 118 y 119.

(242) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 745, 746, 748 y 755 (se rechaza seguir el Código de Sajonia, en el que la notificación de la cesión al deudor era lo que excluía su buena fe si pagaba al cedente), 753, 756 y 759 (propuesta de Johow de exigir la notificación para excluir la buena fe del deudor), 760, 766 y 767 (propuesta de Drittmar de exigir la notificación al deudor para que la cesión fuese eficaz frente a terceros, o de que el deudor la reconociese), 768 (propuestas de von Rügel y de Wolffson, aunque la de éste más matizada, de hacer depender la eficacia de la cesión para el deudor o la eficacia liberatoria de su pago al cedente de la notificación), 769.

para la producción de efecto traslativo tienen como explicación realista el interés en favorecer la rapidez del tráfico jurídico, en facilitar la rápida circulación de los créditos, restando requisitos ulteriores a la perfección del acto de cesión, tras el cual ya no es el cedente sino el cesionario el nuevo titular del crédito, y no sólo inter partes sino frente a todos (deudor, acreedores del cedente, otros cesionarios) (243). Concretamente, la no exigencia de notificación parece explicarse por el interés en no limitar el poder de disposición del cesionario y no dar lugar a situaciones inconvenientes cuando sin notificación de una primera cesión se ha producido una serie de cesiones ulteriores que, de otra forma, habrían de ser notificadas al deudor (244).

Es, por tanto, no sólo para satisfacer exigencias de orden teórico o técnico, sino sobre todo exigencias prácticas del tráfico (*Ansprüche des Verkehrs*) por lo que se entiende que el cedente debe dejar de ser acreedor y, por tanto, carecer de facultades para disponer eficazmente del crédito, para que no coexistan dos titularidades o poderes de disposición (el del cesionario como adquirente y el cedente hasta la notificación) (245). Esta fue, pues, borrada de entre los requisitos de eficacia de la cesión, lo cual fue presentado como la eliminación de un obstáculo indeseable para la rapidez y seguridad de la circulación de los créditos (246).

Lo dicho no significa que la notificación al deudor esté desprovista de eficacia. Muy al contrario, como veremos, en los §§ 409 y 410 se le reconoce una nada despreciable relevancia como uno de los medios de protección al deudor. Esto me confirma en la idea de que lo que se pretendió fue hacer desaparecer cualquier referencia a la misma en sede de efectos de la cesión, manteniéndola o postergándola, según se mire, al campo de la protección al deudor. Así, ciertamente, el efecto traslativo no está condicionado por ella (247), pero sí puede permitir al deudor negar la prestación al cedente o al cesionario o a ambos.

Como consecuencia de la decisión de reconocer eficacia traslativa al acto de cesión, sin requerir otro acto posterior (entrega o notificación), tras la cesión ya no es el cedente sino el cesionario el titular del crédito. De esto se deriva, lógicamente, una serie de consecuencias

(243) «Motive...», *cit.*, pp. 118 y 119.

(244) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 759 y 760.

(245) «Die Beratung...», *cit.*, nota 3 a pie e p. 759.

(246) Tanto es así que se rechazó una propuesta de Johow de imponer al cedente la obligación de notificar la cesión al deudor, aunque del cumplimiento de esta obligación no dependiese la producción del efecto traslativo, por considerar la mayoría que era suficiente con la obligación de expedir un documento acreditativo de la cesión con firma legalizada a requerimiento y a costa del cesionario («Die Beratung...», *cit.*, pp. 789 y 790).

(247) «Motive...», *cit.*, p. 120.

posteriores. Por un lado, que ya no es el cedente sino el cesionario el legitimado para exigir el pago al deudor o para negociar con él sobre el crédito. Por otro, que son los acreedores del cesionario los que pueden embargar el crédito, y que el conflicto entre diversos cesionarios en caso de doble cesión prevalece aquel cuya cesión fue la primera eficaz, según la fecha.

2.2.4. *Abstracción de la causa en la cesión*

Ha habido y hay acuerdo en señalar que el negocio de cesión es abstracto, tanto como pueda serlo el acuerdo traslativo en la transmisión de bienes corporales (248). Esto va a significar, entre otras cosas, que la cesión, al igual que los demás negocios abstractos de disposición, no necesite que en ella ni en el documento que, según el § 403 está obligado a expedir el cedente a requerimiento del cesionario, se haga constar cuál es la causa o negocio obligacional. Además, lógicamente, el deudor no va a poder oponer al cesionario excepciones relativas al negocio obligacional, sino solamente las que se refieran al de disposición (249). Además, es claro, que también las otras consecuencias de la abstracción ex §§ 812, 818.2 y 822 operan: la desaparición o la no existencia de la causa (negocio obligacional) obliga al cesionario a restituir el crédito que ha adquirido al cedente y, si esto no fuera ya posible (extinción o transmisión ulterior del crédito), a indemnizarle por su valor, salvo que lo haya cedido a otro a título gratuito, en cuyo caso este cesionario del cesionario deberá restituir el crédito o su valor, como hubiera debido hacerlo su dante causa.

El sentido o el interés protegido al decidir la abstracción de la causa ha sido el de la seguridad del tráfico, puesto que al tercero (adquirente del adquirente) que adquirió a título oneroso se le va a mantener en su adquisición aunque la adquisición de su dante causa no esté justificada. Además, también favorece al mismo cesionario, al privar al deudor de ciertas excepciones, como son las relativas al negocio obligacional.

(248) «Motive...», *cit.*, últ. lo. cit.; «Die Beratung...», *cit.*, p. 818; *vid.*, por todos, Larenz, *op. cit.*, pp. 571, 575, 579 y 588.

(249) En algunas redacciones del texto del proyecto o en alguna de las fases del proceso de elaboración de la norma se explicitaron estas consecuencias de la abstracción de la causa en la cesión, si bien se optó por su supresión, por entender innecesario explicarlas («Die Beratung...», *cit.*, pp. 743, 757, 816, 818, 828 y 829), y es por esto por lo que ya no aparece dicho que el deudor no puede oponer al cesionario excepciones relativas al negocio obligacional, ni que en el documento de cesión no sea necesario mencionar la causa.

2.2.5. Cesión de crédito ajeno y adquisición de crédito a non creditore

Estamos ante un supuesto de cesión de crédito existente pero ajeno cuando al tiempo de concluir el acuerdo traslativo de cesión el crédito no pertenece al cedente, bien porque nunca le ha pertenecido, bien porque ya lo ha cedido previamente, no estando autorizado en uno ni en otro caso a disponer de él por su verdadero titular actual. Entre los preceptos relativos a la cesión ninguno se ocupa de esta cuestión (250), por lo que se hace necesario acudir a las reglas generales sobre transmisión de bienes. Y entiendo que tales reglas no son otras que aquellas que nos confirman que nadie puede transferir más derechos de los que él mismo tiene, como se recoge, entre otros en los §§ 873, 925 y 929. Por consiguiente, si entre los preceptos relativos a la cesión de crédito no se contiene una regla en la que se formule una excepción, consistente en admitir la adquisición a *non creditore* en favor del cesionario, no hay más remedio que entender que, en principio, nada adquiere el cesionario si el cedente nada tenía al tiempo de la cesión.

Las reglas contenidas en los §§ 892 y, sobre todo, 932, que contemplan supuestos de adquisición a *non domino* de bienes inmuebles y de muebles, respectivamente, son consideradas como no susceptibles de aplicación a la cesión de crédito ajeno, por lo menos, no a los no incorporados a títulos valores. Que tales preceptos no sean aplicables directamente a la cesión es algo indiscutible, pero es que tampoco lo son por analogía porque se entiende que falta identidad de razón. Y falta porque se considera que en los créditos no incorporados a títulos valores no hay un signo exterior que, como el que supone la inscripción en un registro público o la posesión, cree una apariencia suficiente de titularidad en favor del sedicente titular del crédito (251). Así, pues, en principio, ni la posesión de un documento en el que se refleja el acto de donde nace supuestamente un crédito, ni la de un documento en que se dice hacer cesión de un crédito en favor de su sedicente titular, y ni siquiera la afirmación del deudor de que esa

(250) En la comisión del Ministerio de Justicia von Mandry propuso la introducción de un precepto en el que se admitiese la adquisición a *non domino* de los créditos documentados, cuando la cesión hubiese sido hecha con la presentación del documento en el que el cedente aparecía como titular del crédito, exigiendo la buena fe del cesionario, que no adquiriría el crédito si sabía o debía saber que no era del cedente. Esta propuesta fue rechazada, si bien se dijo que la decisión definitiva al respecto dependía de lo que se acordase al tratar de las adquisiciones a *non domino* de bienes corporales, aunque ya se decía que la cesión no podía ser considerada como una situación jurídico-real («Die Beratung...», *cit.*, pp. 833 y 834).

(251) La contenida en el § 405 no contempla un supuesto de cesión de crédito ajeno.

persona es su acreedor constituyen apariencia suficiente de titularidad como para que el cesionario de un crédito que no pertenecía al cedente y del que no estaba autorizado a disponer, prevalezca frente al verdadero acreedor (252).

Así las cosas, la cesión de crédito ajeno es, en principio, ineficaz, esto es, no tiene como resultado la expropiación al verdadero titular del crédito y su adquisición por el cesionario. Con arreglo al § 185 no hay por qué considerarla inválida: el cedente quedó vinculado en virtud del negocio obligacional a hacer del cesionario el titular de dicho crédito y este efecto obligatorio subsiste. El traslativo se producirá también, a pesar de todo, si el verdadero titular de dicho crédito da su consentimiento a esa cesión, o si el cedente adquiere el crédito con posterioridad (253). En los motivos se defendió esta solución con base en el llamado principio de convalencia (Konvaleszenzprinzip) de la cesión de crédito ajeno (154). Con todo, el cesionario que no llega a adquirir el crédito tiene acción contra el cedente para hacer efectiva la garantía legal de la *veritas nominis* si la cesión fue onerosa, conforme al § 437 (255).

Excepcionalmente, se admite en el § 2366 la adquisición de créditos a *non creditore* cuando el cedente es el heredero aparente en virtud de un certificado sucesorio (Erbschein), siempre que el cesionario sea de buena fe (256). En este caso, el cesionario adquiere el crédito a

(252) Vid Larenz, *op. cit.*, p. 576.

(253) «(Verfügung eines Nichtberechtigten) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam» (§ 185).

(254) «Motive...», *cit.*, pp. 139 y 140. En el caso de que el verdadero titular del crédito autorizase *ex post* la cesión, se entendía que su eficacia se retrotraía, aunque sin perjuicio de terceros adquirentes del verdadero titular del crédito anteriores al consentimiento de la cesión por éste. Si el cedente adquiría el crédito después de la cesión era entonces cuando ésta adquiría plena eficacia. Y si varias hubieran sido las cesiones hechas prevalecería la autorizada por el verdadero titular o la realizada por el cedente que (antes) hubiese adquirido el crédito.

(255) «(Gewährleistung bei Rechtskauf) Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes» (§ 437.1). Precepto que es aplicable también a otras cesiones onerosas, conforme al § 493.

(256) «(Öffentliche Glaube des Erbscheins) Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermutung des § 2365 reicht, als richtig, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat» (§ 2.366).

costa del verdadero heredero, lo cual quiere decir que no lo adquiere si tal crédito no pertenecía a la herencia, en lo cual hay una importante diferencia respecto a las adquisiciones a *non domino* de cosas ex §§ 892 y 932, en las que el adquirente de buena fe adquiere en perjuicio de cualquiera que fuera el verdadero propietario (257).

Finalmente, a la excepción anterior habría que sumar las que el principio de buena fe (§ 242) pudiera, quizá, permitir, como sucedería cuando resulte contraria a éste la pretensión del verdadero titular del crédito frente al cesionario de un cedente no titular del crédito, si resulta probado que el demandante había creado con su propia actuación la apariencia de que el cedente estaba legitimado para disponer del crédito (257 bis).

2.2.6. *Conclusión: intereses en conflicto*

Nos encontramos, visto el tratamiento de las cesiones de crédito ajeno, ante una relativa limitación de la protección al tráfico: cuando el interés perjudicado fuese el del verdadero titular del crédito, las exigencias de seguridad y de protección al adquirente se doblegan. En esa solución pesaría también la tradición de no admitir ese tipo de adquisiciones, pero imagino que, sobre todo, existiría el propósito de no sacrificar el interés de los acreedores actuales, que, de otro modo, a sus espaldas, podrían resultar expropiados de sus créditos en favor de un tercero de buena fe. Sólo cuando, como sucede en el supuesto del § 2366, la apariencia de titularidad ha sido creada con la intervención del poder público mediante la expedición del certificado sucesorio a favor del heredero aparente, prevalece el interés del adquirente de buena fe frente al del verdadero heredero. Sólo en este supuesto y en el de créditos incorporados a títulos valores se consideraba protegible, por razonablemente creíble, la apariencia.

En lo demás, resulta bastante clara la opción del legislador alemán de favorecer el tráfico, en este caso, la circulación de los créditos. En primer lugar, con el apartamiento del deudor, cuyo consentimiento no se requiere, se opta por la ampliación de los bienes comer-

(257) Vid. Olshausen, *op. cit.*, p. 23.

(257 bis) Como tal apariencia no se admite la notificación que de una cesión hiciese al deudor el supuesto cedente. Es decir, si el acreedor notificase una cesión al deudor y el supuesto cesionario cediese el crédito a otro, si luego resultase que la cesión notificada no había tenido lugar o era ineficaz, se entiende que el cesionario del cesionario no adquiriría el crédito. Y es que se entiende que el § 409 no contempla esta cuestión, sino que sólo protege al deudor que hubiera hecho caso de esa notificación, pero no al tercero que pretende haber adquirido en base a esa apariencia. Por tanto, la apariencia a la que me refiero en el texto debería desprenderse de una actuación del acreedor directamente dirigida al tercero de buena fe, y no al deudor.

ciables y se facilita su circulación eliminando esa traba y reforzando el poder de disposición del acreedor. En segundo lugar, al no requerir toma de posesión o investidura posesoria ni notificación al deudor, se apuesta por la rapidez del tráfico, en interés, sobre todo, del cesionario, pues ni para consolidar su adquisición ni para disponer del crédito necesita de un acto posterior ni diferente al convenio de cesión. Y, en tercer lugar, se favorece también la seguridad del tráfico, al restar posibles causas de impugnación de la cesión (las del negocio obligacional que el deudor no puede hacer valer), lo cual favorece al cesionario y, al eliminar también causas de impugnación de la adquisición basadas en la falta de causa de otras adquisiciones anteriores, se refuerza la protección del cesionario del cesionario, es decir, la seguridad del tráfico.

Me parece, pues, evidente que todas estas decisiones sobre la producción del efecto traslativo favorecen claramente la circulación de los créditos, haciendo posible que ésta sea lo más amplia, rápida y segura posible, lo cual es una manifestación más de la tendencia a la objetivación del intercambio que, como se ha señalado (258), alcanzó en el BGB un grado importante de expresión, a lo que la cesión de créditos no se sustrajo.

De terminarse las cosas aquí, el resultado sería el de una total desprotección y desconsideración del interés del deudor: no se necesitaba de su consentimiento ni de su conocimiento de la cesión para que ésta tuviese lugar y fuese eficaz para todos. Por el momento, los intereses protegidos son los del cedente (libertad para disponer del crédito sin contar con el deudor), del cesionario (rápida y segura adquisición del crédito, al no ser necesaria la entrega ni la notificación y al reducir las excepciones que el deudor puede oponerle) y el de los sucesivos causahabientes (seguridad frente a la falta de justificación de las anteriores transmisiones).

Pero esto no significa que el interés del deudor no haya sido tenido en cuenta en la regulación que de la cesión hace el BGB. No lo ha sido, desde luego, al regular la producción del efecto traslativo, pero sí al decidir cuándo le es oponible la cesión o, como también se verá, la no cesión. En los §§ 404-410 se establece un conjunto de reglas, que no me atrevería a llamarlo sistema, de protección al deudor, aunque sin alterar lo decidido en el § 398 y reglas generales sobre transmisión de bienes en relación a la producción del efecto traslativo.

Creo que son, fundamentalmente, tres los puntos en torno a los que se articula la protección al deudor. En primer lugar, la regla

(258) Vid. F. Galgano: «Il diritto privato fra codice e costituzione», 2.^a ed., Bologna, 1983, pp. 69-75.

según la cual la situación jurídica del deudor no debe resultar empeorada por la cesión, a menos, claro está, que el deudor la consienta de algún modo. Los §§ 404 y 405 parecen responder a esta idea. En segundo lugar, estaría la regla según la cual el deudor no debe resultar perjudicado por una cesión de la que no tenía conocimiento, si de buena fe actuó con persona distinta del verdadero adquirente. A esta idea parecen responder los §§ 406, 407 y 408. Y, en tercer lugar, estaría la regla según la cual el deudor que ha tenido conocimiento de la cesión por ciertas vías especialmente previstas por la ley (anuncio de cesión del cedente, básicamente), puede actuar conforme a lo anunciado sin que la inexistencia o la ineficacia de la cesión así conocida le puedan perjudicar. Esta idea parece estar detrás de los §§ 409 y 410.

Estas previsiones de protección al deudor han sido presentadas como una especie de compensación frente a las desventajas y peligros que un sistema de cesión como el adoptado, tan favorable a las exigencias del tráfico, entraña para aquél (259). No obstante, hay que ser consciente de que, como hemos de comprobar, esta suerte de protección compensatoria no le va a poner a cubierto de todos los riesgos que para él puede suponer el cambio de la titularidad del crédito sin su necesaria intervención. Por ejemplo, en modo alguno se le va a proteger de la eventualidad de que el nuevo acreedor sea más exigente que el anterior o menos dispuesto a negociar con él. Y, como veremos, en una medida no tan grande como parece o se pretende hacer ver, se le protege frente a las consecuencias desfavorables que para él se pueden derivar del riesgo de equivocarse y haber pagado o negociado con quien no es o ya no es su acreedor.

Hay aquí, sin embargo, un cierto margen que permite interpretar la norma en un sentido más seguro para el deudor de lo que ha venido siéndolo hasta ahora por la doctrina alemana y que, como intentaré hacer ver, depende de qué se entienda por buena o mala fe del deudor y de la eficacia que se conceda al anuncio de cesión del cedente.

Sí quiero advertir antes de iniciar el análisis de la protección al deudor, que los tres grupos de preceptos o las tres reglas a las que antes me he referido constituyen mecanismos que funcionan con una autonomía sólo relativa, pues continuamente se entrelazan, de manera que no es posible analizar uno sin tener en cuenta a los otros. Permiten identificar los problemas y ordenar las ideas, pero no pueden funcionar enteramente por separado.

(259) Claramente así puede verse en «Die Beratung...», *cit.*, pp. 759 y 760. Vid. también Dörner, *op. cit.*, pp. 269 y 270, y Olshausen, *op. cit.*, p. 28.

2.3. La cesión no debe suponer un empeoramiento de la situación jurídica del deudor

Esta es la regla que se deduce, principalmente, de los §§ 404 y 405. En éstos se trata de proporcionar al deudor la facultad de oponer al cesionario lo existente antes de la cesión o, mejor, lo que tiene su origen o fundamento en algo ya existente al tiempo de producirse la cesión. El punto de partida parece coincidir con el principio de sucesión a título singular (*Grundsatz der Sondernachfolge*) que, ante todo, supone que el cesionario subentra en la posición jurídica del cedente o, si se prefiere en términos de transmisión, que el cesionario no adquiere más de lo que el cedente tenía, puesto que nadie puede transferir más de lo que tiene. Finalmente y, en cierto modo, como corrector o límite en la aplicación de esta regla de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor, estaría también el principio o criterio de que la cesión tampoco debe dar lugar a una mejora en su situación jurídica.

2.3.1. Delimitación de la regla del § 404 en relación a la del § 407: excepciones que el deudor puede oponer al cesionario

Por lo que respecta al § 404, en él se establece que el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que pudiera haber opuesto al cedente con tal que ya estuvieran fundamentadas (*bregründet*) al tiempo de la cesión (260). Antes de entrar en detalles creo conveniente dejar claro que este precepto no agota las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario. En él sólo se trata la cuestión de si el deudor puede y en qué medida oponerle excepciones que, de no haberse producido la cesión, habría podido hacer valer contra el cedente. La regla es que no sólo puede oponer al cesionario las que ya al tiempo de la cesión hubiera podido hacer valer contra el cedente, sino también aquellas cuyo supuesto de hecho se hubiera realizado o completado después de la cesión, con tal que la causa o situación jurídica en la que tales excepciones tuvieran su fundamento ya existiese al tiempo de la cesión. Pero, además, también puede el deudor hacer valer frente al cesionario, sin necesidad de que un precepto específico así se lo reconozca, todas aquellas excepciones que se deriven de las relaciones jurídicas anteriores o posteriores al momento de la cesión que puedan existir

(260) «Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren» (§ 404).

entre ellos dos, así como las relativas al negocio (dispositivo) de cesión (261), pues tales posibilidades se dan por supuestas. Como también se da por supuesto que no pueda oponer al cesionario la invalidez o ineficacia del negocio obligacional, como consecuencia del carácter abstracto de la cesión.

Centrándonos, pues, en el ámbito del § 404, esto es, en las excepciones que habrían podido ser opuestas al cedente de no haberse producido la cesión, hay que señalar que ha venido existiendo acuerdo en determinar cuál es el espíritu y finalidad de esta norma. Desde el primer momento, quedó claro que la intención de us redactores fue la de permitir al deudor hacer valer frente al cesionario no sólo aquellas excepciones que ya al tiempo de la cesión eran oponibles al cedente, sino también aquéllas que sólo después habría podido hacer valer si la cesión no se hubiera producido, con tal que tales excepciones estuviesen fundadas al tiempo de producirse la cesión. Es decir, que también podría hacer valer frente al cesionario aquellas que al tiempo de la cesión no hubiera todavía podido oponer al cedente por no haberse todavía realizado o completado su supuesto de hecho, el que directamente las hace efectivamente oponibles, con tal que la posibilidad jurídica de hacerlas valer naciese de la relación jurídica existente al tiempo de la cesión.

La razón de ser de esta interpretación está, precisamente, en impedir que la situación jurídica del deudor empeore indebidamente como consecuencia de la cesión, en la que él no ha sido parte y cuyo consentimiento tampoco se requiere para llevarla a cabo. Es decir, si es indiscutible que el cesionario adquiere el crédito con los «defectos» que ya existiesen al tiempo de la cesión y que el deudor podía hacer valer por el principio *nemo plus iura...*, no debía serlo menos que la cesión no debía impedir al deudor valerse frente al cesionario de excepciones que se derivan de la relación jurídica anterior a la cesión, puesto que ésta no debe impedir que tales medios de defensa del deudor lleguen a materializarse y hacerse efectivos si se dieran más tarde los elementos de su supuesto de hecho, pues sólo de esta forma se evita que el deudor se vea obligado a llevar a cabo una prestación en favor del cesionario que, de no haberse producido la cesión, habría podido negar al cedente (262).

En concreto, como ejemplo se citaba el de la condición resolutoria, cuya realización tras la cesión podía ser hecha valer por el deudor al cesionario, o la facultad resolutoria que el deudor podía ejercitar también después de la cesión si es entonces cuando, por

(261) Por todos, vid. B. Planck: «BGB», t. II, Berlín, 1900, p. 187, n.º 3.

(262) Por todos, vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

ejemplo, se producía la evicción de lo recibido por el deudor (263). La situación del deudor quedaría notablemente empeorada sin razón si la cesión impidiese al deudor oponer al cesionario excepciones que, como las mencionadas, no eran ejercitables al tiempo de la cesión sino después, si bien estaban ya fundadas antes de ésta.

Pues bien, si esta finalidad aparece perfectamente reconocible en el tenor literal del § 404, no siempre sucedió así a lo largo del proceso de elaboración de la norma (264). En las primeras redacciones y durante buena parte de ese proceso, el texto de esta disposición, su tenor literal, más bien parecía conceder al deudor sólo la facultad de oponer al cesionario aquellas excepciones que ya al tiempo de la cesión hubiera podido hacer valer (265). A pesar de ello y ante las críticas u observaciones por su carácter excesivamente restrictivo — téngase en cuenta que el deudor no hubiera podido oponer excepciones oponibles efectivamente sólo después de la cesión, aunque estuviesen fundadas antes de ella (266)—, se afirmaba que no era ésa la finalidad de la norma, sino que con ella tan sólo se pretendía negar al deudor la posibilidad de hacer valer frente al cesionario excepciones estrictamente personales (*höchstpersönliche Einreden*), o aquellas que se fundamentaban en negocios o relaciones jurídicas establecidas por el cedente después de la cesión, cuando ya no tenía poder de disposición sobre el crédito, pero que no se trataba de excluir las demás (267).

En lo relativo a la exclusión de las llamadas excepciones estrictamente personales, que en algún momento se explicitó en el texto de la disposición (268), se consideró innecesario expresarlo, según se dijo, porque en el derecho civil alemán ya no se reconocen tales excepciones (269). En cuanto a aquellas que el deudor tampoco podía oponer al cesionario porque nacían de negocios jurídicos celebrados por el cedente cuando ya no tenía poder de disposición sobre el crédito, hay que admitir que se trataba de excepciones cuyo fundamento estaba o está en relaciones o negocios jurídicos que no existían antes de la cesión, sino que eran posteriores, puesto

(263) Vid. «Motive...», *cit.*, p. 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 794 y 795.

(264) La redacción actual procede de una propuesta de Struckmann («Die Beratung...», *cit.*, p. 798).

(265) Vid. «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 744, 750, 756 y 757. Se habla de excepciones que competiesen (*zustanden*) al deudor frente al cedente al tiempo de la cesión, en tanto que en el texto definitivo se habla de excepciones que estuviesen fundamentadas (*begründet*) entonces.

(266) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 750, 793 y 794.

(267) «Motive...», *cit.*, pp. 128 y 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 794 y 795.

(268) «Die Beratung...», *cit.*, p. 796 y 797.

(269) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 797 y 798.

que es tras ésta cuando aquél ya no tiene la facultad de disponer del crédito.

En esto último creo conveniente profundizar algo más. Y es que pudiera pensarse que, según el § 404, las excepciones no sólo cuyo nacimiento (oponibilidad), sino incluso su fundamento (causa, negocio del que derivan como posibles) creado por el cedente o por éste y el deudor es posterior a la cesión son inoponibles al cesionario. Y así sería, sin más, si se admite la interpretación a contrario del § 404. Ahora bien, admitir que el deudor puede oponer al cesionario las excepciones ya fundamentadas (aunque todavía no fueran efectivamente oponibles) frente al cedente al tiempo de la cesión, no tiene por qué significar, sin más, que las fundamentadas después son inoponibles al cesionario. Desde luego, no lo serán si nos limitamos a considerar el § 404, pero si atendemos a otros preceptos nos encontramos con que sí pueden serlo. Esos otros preceptos son, fundamentalmente, los contenidos en los §§406-408. De éstos se desprende que el deudor puede hacer valer frente al cesionario negocios concluidos con el cedente después de la cesión si el deudor no tenía conocimiento de ella: las excepciones que de ello se derivan son, con esa condición, oponibles al cesionario —pensemos en un aplazamiento o en el perdón de la deuda—, aunque no tengan su fundamento en un acto anterior a la cesión.

Así pues, el § 404 no admite, sin más, una interpretación a contrario, sino que, al ponerlo en relación con el §407, resulta que la primera conclusión es que en aquél es irrelevante el momento en el que el deudor tuviera conocimiento de la cesión (270). Es decir, tratándose de excepciones del deudor contra el cedente que tengan su fundamento en un negocio o en relación jurídica anterior a la cesión el § 404 permite al deudor oponerlas al cesionario, aunque el completo supuesto de hecho de tales excepciones no se realice hasta después de la cesión e, incluso, hasta después de que el deudor tuviese conocimiento de ella (271). Sin embargo, de los §§ 406 y 407 se desprende que si se trata de excepciones cuyo fundamento se encuentra en negocio relativos al crédito, concluidos por el cedente después de la cesión, esto es, cuando ya no tiene poder de disposición sobre aquél, sólo serán oponibles si al tiempo de llevarse a cabo tales negocios no tenía el deudor conocimiento de la cesión. No dejemos de tener presente que es la cesión y no su conocimiento por el deudor lo que priva al cedente de su poder de disposición sobre el crédito. Por tanto, lo que hace tal conocimiento es impedir al deudor oponer al cesionario

(270) Vid. Dörner, *op. cit.*, p. 276.

(271) Por eso se decía en este tipo de excepciones era irrelevante el tiempo en el que se produjeron los hechos que complementan el supuesto de hecho de tales excepciones («Motive...», *cit.*, p. 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 794 y 795).

excepciones derivadas de negocios realizados por el cedente después de la cesión.

2.3.2. *Esquema del conflicto de interés deudor/cesionario a partir de la relación cedente/deudor*

Así pues, el conflicto de interés entre, por un lado, el cesionario objetivamente interesado en que no le sean oponibles aquellas excepciones del deudor contra el cedente y cuya existencia aquél desconoce y, por otro, el deudor interesado objetivamente en poder oponer al cesionario todas las excepciones que habría podido oponer al cedente si la cesión no hubiera tenido lugar, es decidido a favor del deudor. Tenga o no el cesionario conocimiento de éstas, el deudor, según el § 404, le va a poder oponer las que al tiempo de la cesión ya estuviesen fundamentadas contra el cedente aunque todavía entonces no fueran oponibles.

Desde luego, las que al tiempo de la cesión ya hubiera podido el deudor oponer al cedente sigue pudiendo hacerlas valer frente al cesionario. Lo contrario sería injusto porque la cesión es un acto en el que el deudor no interviene, se cede sin necesidad de contar con su consentimiento ni con su conocimiento, por lo que el deudor no puede perder excepciones que ya podía efectivamente oponer. Pero es que tampoco puede decirse que el cesionario, una vez adquirido el crédito, queda a cubierto de excepciones derivadas de la relación cedente/deudor y que son oponibles por hechos posteriores a la cesión, por más que derivan de una relación jurídica extraña al cesionario.

Y es que si se trata de impedir que el deudor se vea obligado a pagar al cesionario en casos en los que habría podido negarse a ello si el cedente hubiera continuado siendo su acreedor, en orden a que la cesión no empeore la situación del deudor, éste también podrá oponer al cesionario excepciones que derivan de la relación deudor/cedente establecida antes de la cesión aunque sólo después de ésta sea cuando concurren todos los requisitos para hacer valer la excepción. Así, podría suceder que el cesionario se encontrase con que el deudor le niega justificadamente el pago de una deuda que al tiempo de la cesión era exigible y que ahora no lo es por un hecho derivado de una relación a la que el nuevo acreedor es ajeno.

Téngase en cuenta que si el crédito cedido nacía de una relación obligatoria sinalagmática entre cedente y deudor, éste podrá justificadamente negarle la prestación, si el cedente no ha cumplido por su parte lo que le correspondía (excepción de contrato no cumplido ex § 320 o la del § 321), o si la relación obligatoria se ha extinguido como consecuencia de la resolución por incumplimiento (§§ 325 y 326), o por imposibilidad sobrevenida de la prestación (§ 323), o si el

contrato del que nace el crédito ha sido resuelto o anulado (272), aunque la causa de la resolución haya tenido lugar después de la cesión. Y es que en estos casos, además, el cesionario no puede realmente sostener que el crédito que ha adquirido sea extraño a la relación cedente/deudor, ya que la sinalagmaticidad de la relación obligatoria de donde nacía ese crédito hace que las vicisitudes del contracrédito (el del deudor contra el cedente) afecten al funcionamiento del cedido porque, en el fondo, la idea es que cada prestación es la causa de la otra. Y este vínculo causal no se rompe a favor y, mucho menos, en contra o en perjuicio del deudor (273).

Lo que sucede cuando se dice que el deudor puede hacer valer frente al cesionario la extinción del crédito o el incumplimiento del cedente es que se está admitiendo algo que, en principio, puede parecer chocante: no coincide el pasivamente legitimado o destinatario de tales excepciones (el cesionario) con la persona contra la que el deudor tiene el derecho o la pretensión material al cumplimiento o a la reciprocidad (el cedente). Disociación que es necesario admitir para conseguir que el deudor no vea empeorada su situación (garantías, por qué no, de la estructura misma de la relación obligatoria de la que nace el crédito y el contracrédito) por un acto, como el de cesión, al que él es ajeno, en principio, por completo (274).

Además, como una prueba más de la escasa tranquilidad que, en principio, puede tener el cesionario en lo relativo al nacimiento de excepciones después de la cesión derivadas de la relación cedente/deudor, no nos olvidemos de que el deudor también puede oponerle, conforme al § 407, aquellas que, no estando ni tan siquiera fundamentadas al tiempo de la cesión, nacen de negocios realizados por el cedente después de ella si el deudor no conoce la cesión.

Finalmente, pudiera pensarse que el cesionario sí puede quedar tranquilo una vez que ha cobrado el crédito, respecto de eventuales reclamaciones o pretensiones ulteriores del deudor basadas en la relación de éste con el cedente. Pues bien, aún en este caso, creo que no podría excluirse trajantemente la posibilidad de que el cesionario se vea obligado a restituir la prestación al deudor, como consecuencia, por ejemplo, de la resolución, rescisión o invalidez de la relación obligatoria entre cedente y deudor. Es decir, si bien parece poco discutible que el cesionario no podrá ser demandado para que resarza al

(272) Por todos, vid. Olshausen, *op. cit.*, p. 34.

(273) Esta referencia a la causa no desmiente el carácter abstracto de la cesión, puesto que no se trata de la causa de la cesión (negocio obligacional subyacente) sino de la relación jurídica entre cedente y deudor de donde nace el crédito cedido, cuyas vicisitudes sí son oponibles al nuevo acreedor.

(274) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

deudor los daños y perjuicios que el incumplimiento del cedente le ha ocasionado y que sólo éste debe indemnizar (275), sí me parece discutible que el deudor no disponga de una pretensión por enriquecimiento injusto contra el cesionario a título gratuito, pues en los §§ 822 y 818.3 puede haber base suficiente para admitir tal posibilidad (275 bis).

Notablemente protegido parece estar, pues, el interés del deudor en que la cesión no le prive no sólo de los derechos o excepciones existentes contra el cedente al tiempo de la cesión, sino también de facultades que se adquieren efectivamente después de ella, si derivan de su relación con el cedente y estaban fundadas antes de la cesión (§ 404), y también aunque deriven de negocios posteriores entre cedente y deudor si éste no tenía conocimiento de la cesión (§ 407). En este punto es el interés del cesionario en la seguridad y efectividad de su adquisición el que se sacrifica en favor del deudor, quedando eso sí a aquél la facultad de dirigirse contra el cedente para exigirle la correspondiente indemnización. Lo que está claro es que en este punto y a estos efectos el riesgo lo soporta el cesionario y no el deudor.

2.3.3. *Delimitación del ámbito de aplicación del § 404 en relación al del § 406*

El tratamiento especial que la excepción de compensación por créditos del deudor contra el cedente parece merecer según el tenor del § 406 merece alguna reflexión por lo que de discordante puede tener con lo dispuesto en el § 404, que estoy analizando. Según el § 406, el deudor puede oponer al cesionario la excepción de compensación no sólo por créditos que tiene contra el cesionario, sino también por los que tenga contra el cedente, con tal que no se dé una de estas dos circunstancias: que el crédito del deudor contra el cedente haya sido adquirido por el deudor después de conocer la cesión, o que el crédito venza después del cedido y también después de conocer la cesión. Aunque del § 406 me ocuparé específicamente después, al analizar la protección del deudor por su no conocimiento de la cesión, junto a los §§ 407 y 408, no está de más delimitar ahora su ámbito de aplicación respecto del § 404.

Lo primero a tener en cuenta es que el § 406 no agota la regulación de la excepción de compensación que el deudor puede oponer al

(275) *Vid.* Olshausen, *op. cit.*, p. 36.

(275 bis) *Vid.* También § 327, que permitiría entender aplicable lo arriba indicado a ciertos supuestos de resolución.

cesionario por créditos que tiene contra el cedente. Así, si al tiempo de la cesión ya se dieron todos los requisitos de la compensación, entre los que, según el § 388, se encuentra la declaración de compensación hecha por una de las partes, pues aquélla no opera *ipso iure*, el deudor podrá ex § 404 negarse a pagar al cesionario, puesto que éste nada ha adquirido si el crédito ya se había extinguido al tiempo de la cesión (276). Y si el contracrédito ya existía al tiempo de la cesión pero todavía no se daban todos los requisitos de la compensación porque, por ejemplo, no había sido declarada todavía, y el deudor, no conociendo la cesión, la declarase frente al cedente, también podría negarse a pagar al cesionario, en base al § 407 por tratarse de un negocio entre cedente y deudor (la declaración de compensación) posterior a la cesión (277). Y si el deudor, tras conocer la cesión, declarase la compensación frente al cesionario, hay también acuerdo en admitir que podía negarse al pago, si bien lo que se discute es si esto resulta de la aplicación del § 404 o del § 406. Quienes afirman que es el § 404 el que concede esta posibilidad es porque entienden que la sola existencia del contracrédito al tiempo de la cesión, aunque no fuera todavía exigible o sí lo fuera pero la compensación no hubiera sido todavía declarada, permite considerar que la excepción de compensación ya estaba fundada al tiempo de la cesión, que es lo que exige el § 404 (278). Quienes entienden que lo que fundamenta tal excepción no es la situación objetiva de compensabilidad sino su declaración por una de las partes, acuden al § 406 para que el deudor pueda negar el pago al cesionario (279).

Aceptado que la excepción de compensación no sólo tiene su regulación en el § 406, lo verdaderamente problemático es decidir si tal precepto sólo se aplica a esta excepción o si también se puede aplicar a otras del deudor contra el cedente. Si sólo se aplicase a la compensación las demás deberían regirse por el § 404. Si así fuera, nos encontraríamos con que el § 404 sería el precepto que con carácter general regula la oponibilidad o no al cesionario de excepciones nacidas de la relación cedente/deudor, mientras que el que se contiene en el § 406 sería una regla especial o, quizá, excepcional para la de compensación. El problema se plantea porque el § 406 es más exigente o más restrictivo que el § 404. Y es que, como he explicado, el § 404 sólo exige que la excepción esté fundamentada al tiempo de la cesión, siendo irrelevante el momento en el que esa excepción llega a ser

(276) Por todos, vid. R. Scheyhing: «Die Zession», en *Singular Sukzessionen*, de K. W. Nörr y R. Scheyhing, Tübinga, 1983, p. 105.

(277) Por todos, vid. Scheyhing, *op. cit.*, pp. 105 y 106.

(278) Es la opinión de Dörner, *op. cit.*, p. 279.

(279) Esta es la opinión mayoritaria, vid. Sheyhing, *op. cit.*, p. 106; Olshausen, *op. cit.*, p. 86.

efectivamente oponible, esto es, que lo sea antes o después e la cesión, o antes o después de que el deudor la conozca, o antes o después de que venza el crédito cedido. Sin embargo, el § 406 excluye la oponibilidad de la excepción si el crédito del deudor contra el cedente vence después de conocer aquél la cesión y después también de vencer el crédito cedido.

La cuestión podría plantearse ante, por ejemplo, un derecho de retención del deudor, derivado de un crédito que éste tenga contra el cedente al tiempo de la cesión. No se trata de si el deudor puede o no negarse a pagar al cesionario alegando la compensación con el crédito del deudor contra el cedente (podría no hacerlo si las prestaciones no son homogéneas), sino de si el deudor puede negarse a pagarle haciendo valer su derecho de retención, que deriva de su crédito contra el cedente. Pues bien, si el crédito que fundamenta este derecho de retención del deudor ya ha vencido pero lo ha hecho después de que éste tuviera conocimiento de la cesión y también después de que haya vencido el crédito cedido, de aplicar el § 406 el deudor no podría hacer valer tal derecho de retención frente al cesionario, mientras que de aplicar el § 404 sí podría porque ya estaba fundamentado al tiempo de la cesión. ¿Qué criterio es el que permite deslindar su respectivo ámbito de aplicación?

Uno podría ser el de distinguir en función del tipo de excepción. Así, resultaría que el § 406, sólo se aplicaría a la de compensación, en tanto que las demás se regirían por el § 404. Lo cual parece poco consistente, ya que no se aclara en virtud de qué razón la compensación debe recibir un trato más restrictivo que las demás. Porque así lo quiere la ley no es algo definitivo, cuando es posible encontrar una interpretación más razonable. Y, efectivamente, esta idea la proporciona o resulta del mismo proceso de elaboración y discusión de la norma del § 404. De lo entonces discutido se desprende que este precepto y no el del § 406 fue el pensado para excepciones que se derivan de la misma relación obligatoria de la que nace el crédito cedido (280). Y el caso más claro es el de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, en las que las vicisitudes de uno de los créditos afectan al otro: el vínculo causal que impregna la génesis y la estructura misma del crédito y del contra-crédito no debe romperse ni relajarse sino mantenerse hasta la total satisfacción de ambos, sin que la cesión de uno pueda afectar negativamente esta vinculación estructural. Es por esto que cualesquiera excepciones, incluida la de compensación, que para el deudor puedan derivarse de su relación con el cedente, cuando ésta es la misma relación obligatoria de donde nace el crédito cedido, si son excepciones ya fun-

(280) «Motive...», *cit.*, p. 129; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 793-795. Lo que sucedió es que se consideró innecesario explicitarlo en el texto.

dadas al tiempo de la cesión (y en las relaciones sinalagmáticas sí lo están), con base en el § 404 pueden ser hechas valer contra el cesionario aunque lo que complete el supuesto de hecho de esta excepción se produzca tras la cesión, después de que el deudor la conozca y aunque sea después del vencimiento del crédito cedido (281).

En cambio, las excepciones contra el cedente que se derivan de una relación con el deudor distinta de aquélla de la que nace el crédito cedido no están regidas por el § 404 y, por tanto, conforme al § 406 no podrán ser opuestas al cesionario si sólo tras el conocimiento de la cesión por el deudor y tras el vencimiento del crédito cedido llegan a ser efectivas, como tampoco si derivan de negocios entre deudor y cedente realizados una vez que el deudor tiene conocimiento de la cesión, como se desprende no sólo del § 406 sino también del § 407.

Por tanto, no es el *nomen* o el tipo de excepción lo que debe decidir la aplicación del § 404 o la del más estricto § 406, sino la relación obligatoria de la que nace: si es la misma que aquélla de la que deriva el crédito cedido se aplica el § 404; si es distinta, el § 406 y, en tal caso, el grado de protección del deudor es menor.

2.3.4. *De si de la cesión pueden derivarse excepciones para el deudor, que antes de ella no tenía*

Pudiera suceder que para impedir un empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión fuese necesario reconocerle excepciones que no habría tenido contra el cedente.

Si se había pactado la incedibilidad del crédito, la negativa del deudor a pagar al cesionario sería un ejemplo: su situación jurídica no puede empeorar con la cesión sin su consentimiento, teniendo que pagar o tratar con un acreedor distinto de aquél con quien pactó la incedibilidad. Y lo mismo si el *pactum de non cedendo* había sido establecido entre el acreedor y un tercero cuando, a pesar de esto, se cede el crédito. En este caso, lo que sucede es que el titular del crédito afectado por tal incedibilidad no tenía poder de disposición del crédito *inter vivos*. Parece algo obvio que el deudor no pueda oponer esta excepción más que cuando ha habido una cesión.

No tan obvio puede parecer el caso en el que el deudor cedido tiene un crédito contra el cedente y otro contra el cesionario. Si resul-

(281) Por todos, vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1213, n.º 2. Con más detalle, vid. Ols-hausen, *op. cit.*, pp. 40-46, que en favor de esta solución cita la jurisprudencia, que ha elaborado el principio según el cual las incidencias o cambios que afectan a la misma relación obligatoria de la que deriva el crédito cedido, afectan y deben ser soportadas por el cesionario hasta la completa realización del crédito. Reservas a este criterio parece tener Dörner, *op. cit.*, pp. 278 y 279.

ta que el crédito contra el cedente está prescrito pero es todavía compensable ex § 390, mientras que el que tiene contra el cesionario no está, prescrito si el cesionario declarara la compensación frente al deudor éste difícilmente podría ver satisfecho su crédito contra el cedente, con lo que la cesión habría supuesto un empeoramiento de su situación jurídica: de no haberse producido la cesión el deudor habría podido declarar la compensación con el crédito (prescrito) contra el cedente y conservar su crédito realizable contra el cesionario.

Pues bien, la única posibilidad de lograrlo es permitiendo al deudor oponerse ex § 396 a la compensación declarada por el cesionario. El problema surge porque este precepto contempla la situación en la que el que se opone a la compensación tiene varios créditos contra el que la declara, mientras que en el supuesto que nos ocupa ni antes ni después de la cesión tiene el deudor varios créditos contra el antiguo ni contra el nuevo acreedor.

No podría el deudor ampararse para lograrlo en el § 404 porque antes de la cesión no tenía la facultad de oponerse a la compensación: si el deudor tuviese varios créditos contra el cedente sí habría tenido la posibilidad de oponerse a la compensación declarada por el cedente si le hubiera sido perjudicial, posibilidad que conservaría tras la cesión. El problema es que antes de ella el deudor no la tenía. Tampoco le ampara el § 406, porque lo que este precepto le permite es oponer al cesionario la compensación del crédito cedido con un crédito del deudor contra el cedente. Pero si el cesionario se le ha adelantado y ha declarado la compensación del crédito cedido con la deuda que él tiene con el deudor, nada puede hacer ya el deudor con base en el § 406.

Ante esta situación, si se desea evitar ese resultado perjudicial para el deudor como consecuencia de la cesión, habría que aplicar no el § 404 o el § 406 por separado, sino el principio que subyace en ambos, por el cual el deudor no debe ver empeorada su situación jurídica por un acto al que, como sucede con el de cesión, él ha sido ajeno, aunque para lograr este resultado sea necesario reconocer el deudor una facultad (la del § 396), que no tenía ni habría tenido de no haberse producido la cesión (282).

2.3.5. *Límites de la protección del deudor: la cesión tampoco debe suponerle una mejora en su situación jurídica*

El principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor por la cesión requiere de una serie de matizaciones que eviten que

(282) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 84-88.

se produzcan resultados injustos. En primer lugar, hay que tener presente que es a la situación jurídica y no a las condiciones fácticas del deudor a las que va referido. Así, el deudor no puede evitar que su nuevo acreedor sea más exigente o menos dispuesto que el anterior a concederle aplazamientos, aceptar pagos parciales, rebajas de la deuda, etc. Y ante el incumplimiento del deudor éste no puede pretender que el importe de su prestación resarcitoria no sea mayor del que habría resultado si el perjudicado hubiese sido el acreedor anterior (283). Pero, por otra parte, parece bastante razonable entender que no es justo que la cesión suponga una mejora en la situación jurídica del deudor, aunque nada habría que objetar a que lo que mejorase fuese su situación fáctica, como tampoco pasaba nada si empeoraba.

Así, manifestación de este correctivo al principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor, que es en lo que consiste el postulado de no mejora de ésta, sería la admisión de que si el deudor hace valer frente al cesionario una excepción nacida de su (del deudor) relación con el cedente, el cesionario podrá replicar haciendo valer por su parte todo aquello que el cedente hubiera podido hacer valer si él hubiera sido el destinatario de tal excepción. El caso más claro es el de la compensación que el deudor hace valer frente al cesionario por un crédito contra el cedente: el cesionario podría apoyar su pretensión de pago frente al deudor con los mismos argumentos que hubiera podido emplear el cedente para negar la compensación (no vencimiento o previa extinción del contracrédito, no homogeneidad de prestaciones...) (284). Es decir, el cesionario que debe soportar algo que nace de la relación cedente/deudor ha de tener las mismas posibilidades de defenderse que habría tenido el cedente.

Otra manifestación no menos evidente del principio de que la cesión no debe mejorar la situación jurídica del deudor es la conservación por parte del del cedente de la excepción de contrato no cumplido al objeto de poder negar el pago al deudor cuando el crédito cedido nace de una relación obligatoria sinalagmática: si el deudor no paga al cesionario y, sin embargo, reclama el cumplimiento del cedente, éste podrá negarse. Y lo mismo sucederá si el cedente tiene un derecho de retención derivado de un crédito contra el deudor. La razón para reconocer al cedente estas posibilidades no es la reciprocidad, es decir, el reconocer al deudor esas mismas posibilidades, ya que la situación de uno y de otro no es la misma. Al deudor se permite oponer al cesionario esas y otras excepciones porque su situación no debe verse empeorada por la cesión, en el sentido de que puede así negar al cesionario una prestación que habría podido negar también al

(283) Vid. Olshausen, *op. cit.*, p. 52.

(284) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 76-78.

cedente si la cesión no se hubiera producido. En cambio, el cedente, por un acto propio, ha dispuesto del crédito y voluntariamente ha provocado la ruptura formal de la reciprocidad, por lo que no podría él invocar el principio de no empeoramiento de su situación por la cesión, ya que él podía haberlo evitado no cediendo. La razón por la que, a pesar de esto, el cedente puede negarse a pagar al deudor si éste, por su parte, no lo ha hecho al cesionario, no es otra que la de evitar que la situación jurídica del deudor resulte indebidamente mejorada (285).

En este mismo sentido, pero sin acuerdo sobre la solución concreta, se contempla la cuestión de si el cedente puede por sí sólo o con el consentimiento del cesionario resolver el contrato (sinalagmático) del que deriva el crédito cedido, por incumplimiento del deudor. Parece indiscutible que la cesión no puede entrañar la pérdida de la facultad resolutoria por incumplimiento del deudor. Del mismo modo que éste conserva dicha facultad para el caso de incumplimiento del cedente, mejoraría injustamente la situación del deudor y se rompería en su favor la sinalagmaticidad si el cedente no pudiera resolver si el deudor no paga al cesionario (286). La duda y la falta de acuerdo surgen al decidir si incumbe al cedente o al cesionario o a ambos decidir sobre el ejercicio de la facultad resolutoria.

Parece haber acuerdo en que esta facultad no corresponde en exclusiva al cesionario. Lógicamente, si a tenor del § 326, tras el incumplimiento definitivo el acreedor puede optar por el mantenimiento de su propia obligación con derecho a percibir del incumplidor una indemnización, o por la resolución con restitución, en su caso, de la prestación ya realizada por su parte, parece que cuando el titular del crédito es un cesionario éste mismo puede, claro está, exigir una indemnización al deudor por incumplimiento, pero no la resolución porque esto supondría poner fin a un contrato del que aquél no es parte. Lo que sucede es que esta consideración no debe hacernos olvidar que la facultad resolutoria es, por lo menos, en sentido económico, una garantía del crédito, por lo que por esta vía podría entenderse que también pasa al cesionario y que deja de competere al cedente. Lo que sucede es que en el BGB el precepto relativo a la transmisión de garantías no se pronuncia en términos muy amplios al mencionar en su texto, no claramente con carácter no exhaustivo, a la hipoteca, a la prenda y a la fianza (286 bis). Como soluciones debati-

(285) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 65-68.

(286) La resolución, tras la cesión, del contrato sinalagmático entre deudor y cedente por decisión de aquél y su consiguiente negativa a pagar al cesionario, permite a éste dirigirse contra el cedente, a mi modo de ver, para hacer efectiva la garantía por la existencia y consistencia del crédito ex § 437, si la cesión fue onerosa.

das quedan, al parecer, la de que sólo el cedente o ambos puedan ejercitar dicha facultad (287).

2.3.6. Cesión de crédito ajeno y de crédito inexistente

En caso de una adquisición a *non domino* de un crédito ex § 2.366 las cosas no cambian para el deudor. Se entiende que puede oponer al cesionario las mismas excepciones que hubiera podido oponerle si hubiera adquirido el crédito a *domino*. Téngase en cuenta que la aplicación del citado precepto sólo debería entrañar perjuicio para el verdadero heredero y no para el deudor, puesto que la protección de la apariencia jurídica en favor del cesionario y que resulta del certificado sucesorio sólo afecta a la titularidad de la persona a cuyo favor se ha expedido y no al contenido del crédito. La conservación de excepciones por el deudor se basa tanto en los §§ 404 y 405, según los cuales la situación jurídica del deudor no debe empeorar con la cesión ya que él no ha intervenido en ella (§ 404) ni en la creación de la apariencia de titularidad del cedente (§ 405), como del mismo § 2.366, cuya finalidad es permitir al cesionario la adquisición del crédito, como si el cedente hubiera sido su verdadero titular (288).

En el § 405 se contempla el supuesto de cesión de un crédito inexistente o incédible en virtud de un pacto entre deudor y acreedor. La solución que en él se da al conflicto de interés entre el cesionario y el deudor es que éste no podrá oponer a aquél la excepción de simulación o el pacto de no ceder si la cesión tuvo lugar mediante la presentación de un documento sobre el crédito expedido por el deudor, a no ser que el cesionario conociese o debiese conocer la inexistencia o la incedibilidad del crédito (289).

La primera conclusión que de este precepto se extrae es que en todos los demás casos el cesionario no es protegido en su buena fe cuando se le cede un crédito inexistente o incédible: el deudor puede negarle el pago. Así, pues, la protección de la confianza del cesiona-

(286 bis) «Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über» (§ 401.1).

(287) Por todos, Vid. Larenz, *op. cit.*, pp. 578 y 579.

(288) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 21 y 22, donde comenta las teorías sobre si tal adquisición a *non domino* es derivativa u originaria.

(289) «Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte» (§ 405).

rio en la existencia del crédito y/o en el poder de disposición del cedente sólo excepcionalmente recibe protección, y ello aunque el cedente haya entregado al cesionario el documento del crédito y el de cesión a los que se refieren los §§ 402 y 403, lo que demuestra que la posesión de tales documentos, a diferencia de lo previsto en los §§ 892 y 932 para los bienes corporales, no haya garantía de seguridad alguna frente al deudor en favor del cesionario de buena fe en relación al contenido o a la exigibilidad del crédito. A éste no le queda otro recurso que dirigirse contra el cedente si resulta que el crédito no existía o era incedible. Así, pues, la protección al deudor sólo le es retirada cuando él mismo dio lugar con un acto propio a la creación de la apariencia de existencia y de credibilidad del crédito y el cesionario es de buena fe. Sin esta actuación propia del deudor sería injusto que él se viera obligado a satisfacer una deuda que no ha contraído o que quedó extinguida o que sólo una determinada persona puede exigirle (290).

El supuesto de hecho de la protección excepcional que en el § 405 se dispensa al cesionario de buena fe está constituido por dos requisitos. En primer lugar, ha de tratarse de créditos documentados, aunque no sean títulos valores: basta con que el deudor haya expedido un documento (*Schuldschein*) en el que se refleja el acto jurídico de donde se dice nacer el crédito o en el que reconoce la deuda (291). En segundo lugar, la cesión ha de llevarse a cabo mediante la exhibición de dicho documento (292), lo cual ha de tener lugar en el acto mismo de la cesión (293). Además, se requiere la buena fe del cesionario, entendiendo por ésta que no conociese o no tuviese que conocer (comportamiento diligente) (294) que el crédito no existía o que era incedible, puesto que se está protegiendo su confianza en la apariencia. Sobre el cesionario recae la carga de la prueba de que le fue presentado dicho documento en el acto de cesión, en tanto que al deudor correspondería la prueba de la mala fe de aquél (295), o de que tal documento fue falsificado, o de que lo expidió con violencia (*vis*

(290) Vid. J. Esser y E. Schmidt: «Schuldrecht», t. I, parte general, 6.ª ed., Heidelberg, 1984, p. 605.

(291) Larenz concreta más y exige que el deudor al expedir tal documento fuera consciente de que el crédito no existía o de que no era dedible, y de que la entrega de tal documento al acreedor podía inducir a error a un tercero (*op. cit.*, p. 576).

(292) Ninguno de estos dos requisitos aparecía en el texto de la primera propuesta de von Cuny, sino que fueron añadidos a lo largo de la discusión («Die Beratung...», *cit.*, pp. 799 y 800).

(293) Vid. Planck, *op. cit.*, p. 188, n.º 3; Schmidt, *op. cit.*, p. 1214, n.º 3. No es suficiente con que el cesionario lo haya visto antes o que esté en posesión de él.

(294) en la propuesta de von Cuny sólo se hablaba de buena fe del cesionario, no de su falta de diligencia (*Kennenmüssen*) («Die Beratung...», *cit.*, p. 799).

(295) Vid. Planck, *últ. loc. cit.*

ablativa o Zwang), o que lo entregó no voluntariamente al cedente (robo, pérdida) o que carecía de capacidad de obrar cuando lo otorgó o cuando lo entregó (296).

La consecuencia jurídica es que el deudor no puede oponer al cesionario la simulación del acto de donde nace el crédito ni el pacto de no cederlo (297). Si el crédito no existía porque había sido el resultado de una simulación acordada por el deudor y el cedente, resultará que el crédito se habrá constituido y habrá nacido (*¿ex lege?*) como consecuencia de la cesión a un cesionario de buena fe (298). Y si se había pactado su incredibilidad, el deudor ha de ser consciente de que la documentación del crédito o su reconocimiento por escrito y la entrega del documento al acreedor sin haber incluido mención alguna del pacto de no ceder, hará que tal pacto no sea oponible a terceros de buena fe, y ello aunque la incredibilidad haya sido pactada después de otorgar y entregar dicho documento (299).

El carácter excepcional del precepto contenido en el § 405 impide extender su aplicación a excepciones diferentes de las de simulación del § 177 y de incredibilidad del § 399. Es decir, las demás no quedan afectadas por la excepción, lo cual significa que aunque el deudor haya expedido y entregado al acreedor o a un supuesto acreedor un documento sobre el crédito, que luego es exhibido a la hora de cederlo, no por ello el cesionario va a poder obtener el pago del deudor si resulta que el crédito no existía, pero por una razón diferente a la simulación (300).

Finalmente, habría que advertir que para los causahabientes del cesionario que logra la protección del § 405 no rigen los requisitos en él establecidos, puesto que ellos ya adquieren de quien había adquirido el crédito.

(296) Vid. Schmidt, *últ. loc. cit.* En cambio, según este mismo autor, no podría negar el pago si hubiese sufrido un vicio de la voluntad o si su capacidad de obrar sólo estuviese limitada.

(297) La propuesta inicial de von Cuny sólo se refería a la excepción de simulación, pero también es cierto que fue él mismo quien al final propuso extender la solución al *pactum de non cedendo* («Die Beratung...», *cit.*, pp. 799 y 801).

(298) Vid. Planck, *op. cit.*, pp. 188 y 189. Por ello el deudor podrá oponer al cesionario, por ejemplo, la compensación por créditos que tiene contra el cedente (vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1214, n.º 4).

(299) Vid. Planck, *op. cit.*, p. 188, n.º 2.

(300) Sobre posibles extensiones del § 405 vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1214, n.º 1.

El pago de los intereses no estipulados

(Sobre el sentido del artículo 1756 del Código Civil)

LORENZO PRATS ALBENTOSA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Consideración general. 2. El artículo 1756 en los Proyectos del Código Civil español. 3. Precedentes del artículo 17 del Capítulo II del Título «...» del Libro IV del Anteproyecto de Código Civil de 1888-89. 4. La Ley III del Título XXXII del *Corpus Iuris Civilis*. 5. La distinción en Derecho Romano clásico entre pacto y estipulación. 6. Sentido de los artículos 1906 del *Code Napoleon* y 1756 del Código Civil español desde la interpretación histórica. 7. Interpretación del artículo 1756 en la doctrina española. 8. Interpretación del precepto que se propone.

1. CONSIDERACION GENERAL

Tras la escueta norma contenida en el artículo 1755 del Código Civil, en la que se exige para el nacimiento de la obligación de pago de intereses la necesaria existencia de un pacto expreso, en que tal obligación se establezca, el codificador entiende justificada, en el precepto siguiente, la entrega de bienes en concepto de intereses sin que haya mediado previamente un convenio que haya dotado de causa a la atribución patrimonial.

Consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1756 será que, de un lado, el prestamista podrá retener justificadamente en su patrimonio aquellos bienes que le fueron entregados en concepto de intereses y que, de otro lado, el prestatario que los entregó no tendrá acción para obtener la restitución de aquellos intereses que pagó sin que existiese una estipulación que los hiciese debidos, después de haberse percatado de este extremo, ni tampoco podrá intentar que la cantidad entregada sea aplicada a fin de reducir la deuda nacida del contrato de préstamo.

Desde luego el supuesto contenido en el precepto en estudio carece de relevancia práctica, dado que no siendo ya fácil que el presta-

mista obtenga el pago de aquellos intereses que sí le son debidos, tanto más difícil será que le sean entregados sin que a ello se encuentre obligado el prestatario. Así parece confirmarlo la consulta de los repertorios jurisprudenciales, al dar como resultado un índice de litigiosidad del precepto nulo.

No obstante lo anterior, parece que los contenidos de los artículos 1755 y 1756 resultan antinómicos, puesto que si no hay deuda de intereses sin una estipulación expresa que los establezca ¿cómo puede entenderse bien hecho el pago de una deuda no existente?, ¿cómo es posible que tal atribución patrimonial, aparentemente sin causa, pueda ser retenida justamente por el prestatario en su patrimonio? En suma ¿cuál es la causa de tal atribución patrimonial?, ¿cuál es el título en virtud del cual adquiere el prestamista la propiedad de los intereses no pactados?

Los términos empleados en la redacción del precepto alteran el esquema lógico de constitución de las relaciones obligatorias, ya que si premisa inicial de la existencia de un derecho de crédito es su previa constitución en virtud de alguna de las llamadas fuentes de las obligaciones (la cual operará como razón y justificación del derecho del acreedor a recibir una cierta atribución patrimonial, o del poder jurídico a exigirla coactivamente), y condición necesaria para que una atribución patrimonial sea calificada por el Ordenamiento jurídico como justamente realizada, es que haya de ser cumplimiento de un deber jurídico, emanado de una obligación preexistente, hemos de concluir que en el precepto en estudio, formalmente, no existe ni la causa de la atribución ni la causa de la obligación de realizar tal atribución. A no ser que entendamos que en el artículo 1756 se contempla un supuesto excepcional, no encuadrable en el esquema típico del artículo 1755. Un supuesto en el que la transmisión de la propiedad se realiza en virtud de la previsión legislativa contenida en el propio precepto en estudio —pues en otro caso nos encontraríamos en el imposible jurídico de una transmisión de la propiedad sin título—, y en el que, sin embargo, la obligación de transmitir la propiedad no deriva de ninguna de las causas consideradas por el Ordenamiento como generadoras de obligaciones, o al menos si deriva de alguna, ésta permanece elíptica.

En consecuencia, de no entenderse de este modo, la entrega de intereses deberá calificarse sin causa, por falta de un negocio que, mediatamente, la pueda justificar y, por ende, indebida y, asimismo el cobro recibido por el prestamista tendrá idéntica calificación, por lo que debería restituir los réditos al mutuuario, que realizó la atribución patrimonial sin causa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1895.

Esta no es, sin embargo, la calificación que se realiza de la *datio* en el artículo 1756, ni tampoco aquel efecto restitutorio el que se pre-

viene en la norma. En ella la entrega se considera debida en virtud, evidentemente, de una causa distinta de la del artículo 1755 y que no se expresa de modo manifiesto en el tenor literal del precepto, pero que, de hecho, existe jurídicamente. Así a tal entrega se la califica de pago, esto es, como acto debido, y el efecto lógico derivado de esta calificación será la imposibilidad de que el mutuuario pueda repertirlos del mutuante, con base en argumentos causales extraídos del artículo 1755, puesto que tales argumentos serán alegables sólo cuando el supuesto fáctico responda a las previsiones de este precepto.

En el artículo 1756 se contempla un supuesto de hecho distinto al de su artículo precedente, en éste la deuda de intereses trae su causa de la conclusión de una estipulación entre prestamista y prestatario, mientras que en el artículo 1756 no ha existido una previa estipulación que la haya establecido y, sin embargo, el prestatario entrega al prestamista una cantidad de bienes y justifica expresamente tal entrega como realizada en concepto de intereses. El prestamista, ante la entrega y calificación de la misma, no se opone sino que acepta, expresa o tácitamente, la atribución patrimonial que se le realiza, y la recibe en las condiciones en que se le ofrece. De este modo adquiere la propiedad de aquellos bienes que le han sido transmitidos en virtud del citado concepto, y de este modo nació y se extinguió la deuda de intereses. El cobro recibido por el mutuante resultará debido y, en consecuencia, irrepetible, sin que sea posible la prueba dirigida a demostrar la no existencia de tal deuda.

Así se puede concluir inicialmente que en el artículo 1756 se presume *iuris et de iure* que cuando el deudor entrega ciertos bienes al acreedor, y se los atribuye llamándolos réditos —sin que exista una previa estipulación expresa que establezca la obligación de pago de intereses—, y el acreedor los recibe sin oponerse a la atribución patrimonial, en tal momento y de tal modo se ha perfeccionado un convenio que se convierte en causa mediata de la atribución patrimonial y en título de la transmisión dominical.

En todo caso, esta interpretación, que apunto ya en este momento inicial, no sólo no es pacífica sino que tampoco es la única posible en nuestra doctrina. Del mismo modo que tampoco lo es en la francesa, que cuenta con idéntico precepto —desde luego causa de nuestro artículo 1756—, en el artículo 1906 del *Code civil*, en el cual se dispone que:

L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les repeter ni les imputer sur le capital.

Ni tampoco lo fue en la doctrina italiana que interpretó el *Codice Civile* de 1865, en cuyo artículo 1830 se preveía que:

Il mutuuario, che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli, né imputarli al capitale.

A fin de ofrecer una interpretación del precepto, lo más clarifica-

dora posible, considero necesaria una incursión en su historia, a fin de conocer desde ella la razón de la norma en el Ordenamiento jurídico que la creó.

2. EL ARTICULO 1756 DEL CODIGO CIVIL EN LOS PROYECTOS DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

El artículo 1756 es un precepto inexistente en los diversos proyectos del Código Civil español, no habiendo en ninguno de ellos norma que obedezca a la *ratio* del citado artículo, salvo en el Anteproyecto de 1882-88.

En los proyectos de 1834 y 1851 se consideró suficiente la referencia al pacto de intereses y su cumplimiento con un solo precepto, antecedente del actual 1755. De lo en él previsto, la obligación de pago de intereses tiene su origen en una estipulación expresa y por escrito concluida por prestamista y prestatario. Así, no existirán más intereses que los estipulados. El mutuuario, por su parte, sólo podrá realizar un pago en concepto de intereses cuando una previa estipulación haya establecido tal obligación.

Así las cosas el 14 de marzo de 1856 se publica la Ley en virtud de la cual se abole en España la tasa sobre el interés del capital. En su artículo segundo se dispone que:

«Podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este pacto será nulo si no consta por escrito.»

Completando esta disposición, en el artículo tercero se estableció que:

«Se reputa interés toda prestación pactada a favor de un acreedor.»

En consecuencia no era posible el nacimiento de la deuda de intereses ni en virtud de un pacto tácito, ni de modo presunto. El pacto sería nulo *a radice*.

A pesar de ser estas las normas que regulaban lo referente al pacto de intereses (y tal la explicación que cabe realizar de las mismas), en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-88 aparece, por vez primera, el texto del precepto que se convertiría en el vigente artículo 1756.

El precepto se introduce silenciosamente en la regulación del préstamo mutuo, sin que quede constancia de que sobre él existiera discusión o desacuerdo alguno en la Comisión, antes bien parece que sobre el precepto hubo unanimidad en su intención y redacción ya que, de la formulación dada en el Anteproyecto (1), hasta la redacción

(1) Respecto del Anteproyecto manejo la edición preparada por Peña Bernaldo de Quirós, secc. IV, vol. 1.º, Madrid, 1965, p. 675.

que se vertió en el texto aprobado definitivamente, y publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, no fue alterada ni la única coma que existe en las tres escasas oraciones que componen el texto del artículo.

El precepto quedó encuadrado sistemáticamente en el Anteproyecto en el Capítulo II, del Título ..., del Libro IV, con el ordinal 17 del citado Capítulo, su redacción fue la siguiente:

«El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.»

3. PRECEDENTE DEL ARTICULO 17 DEL CAPITULO II DEL TITULO DEL LIBRO IV DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1882-1888

Respecto de este precepto, tanto en la obra de Peña Bernaldo de Quirós (2), como en la de Lasso Gaité (3), se realiza una escueta concordancia: «1984 Laurent», que parece que deba servir al lector para desentrañar el sentido de la norma.

En la edición de Peña, en nota a pie de página, se ofrece una información más detallada respecto de tal concordancia, aclarándose, en primer lugar, que la referencia se realiza respecto del Anteproyecto del Código Civil belga preparada por Laurent y contenida en su obra *Avant-Projet de Révision du Code Civil*. Esta obra se presentó en Bruselas en el año 1879 y estaba compuesta por seis tomos, cada uno de los cuales era comprensivo de un cierto número de preceptos, que fueron publicándose en años sucesivos. El artículo 1984, que es el precepto señalado como concordante con el artículo 17 del Anteproyecto de Código Civil español, estaba ubicado en el tomo quinto, en el cual se trataban desde el artículo 1430 al 1998, y fue publicado en Bruselas el año 1884. El texto del precepto fue el siguiente:

«El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.»

No puede por menos que sorprender, en este caso, no sólo la identidad normativa, sino también la rapidez con la que los miembros de la Comisión General de Códigos tuvieron noticia exacta del contenido de la obra de Laurent, que se publica justo en pleno período de trabajos de elaboración del que sería ya definitivamente Código Civil español.

De este modo hallamos un precedente inmediato al artículo 1756 del Código Civil que, sin embargo, no debe conducir a la creencia de

(2) *Op. et loc. cit.*

(3) *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación Civil (génesis e historia)*, Madrid, 1970.

que la norma fue un producto original del jurista belga, puesto que este autor ya conocía y había estudiado detalladamente el precepto en forma y contenido, al comentar el artículo 1906 del *Code Napoléon* en su obra *Principes de Droit Civil français* (4), publicada en el año 1878, un año antes de la presentación de su *Avant-Projet*...

Así nos encontramos ante el origen mediato del artículo 1756 del Código Civil español.

En el artículo 1906 del *Code* se establece que:

L'emprunteur qui a payé des interets qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital.

La redacción del precepto coincide, por tanto, con la dada al artículo 1756 y, en principio, sabiendo su origen debería poder obtenerse su verdadero y auténtico sentido, mas en la Doctrina francesa existe una controversia de talante parecido a la existente en al Doctrina española, sobre cuál sea la razón de la disposición. ¿Cuál es el motivo de la falta de unidad interpretativa respecto de la causa que dio origen a la disposición contenida en el artículo 1906 del *Code Civil français*.

La causa hay que encontrarla en el proceso de formación y elaboración del *Code Napoléon* (5).

Los trabajos de elaboración del proyecto de *Code* en materia de préstamo, comienzan con la lectura de la ponencia, elaborada por Galli, del Título XV, del Libro III, cuya materia regulada es *Du Pret á intérêt*. Este Capítulo comprende desde el artículo 32 al 40, en el artículo 33 se dispone, empleando la ya conocida fórmula, que:

L'emprunteur qui a payé des intéréts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital.

El artículo 33 fue adoptado sin discusión por el Consejo de Estado, sin más justificación. Concluida la discusión del Proyecto por el Consejo, se ordenó por el Cónsul la *Communication Officiouse á la section de Législation du Tribunat* el 30 de enero de 1804, para que realizase las observaciones que tuviere por convenientes sobre el texto. El 22 de febrero siguiente fue librado el contenido del examen de la sección, en el cual no se contenía precisión ni referencia alguna al texto del artículo 33.

Tras este trámite, el primero de marzo de 1804 es nuevamente presentado el texto al Consejo de Estado para la adopción de la redacción definitiva del Título relativo al Préstamo y, evidentemente, la redacción del artículo 33 no contiene variación alguna. Galli, como redactor originario del texto, es nombrado para presentar ante el *Corps Legislatif, dans sa séance du 11 Ventose an XII* (2 de marzo de 1804), *le titre XV du livre III du projet de Code Civil, intitulé du pret,*

(4) T. XXVI, n.º 522 y n.º 523, pp. 543 a 546.

(5) Fenet, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T. XIV, reimpresión de la edición de 1827, realizada por Zeller, O., 1968, pp. 425 y ss.

et pour soutenir al discussion dans celle du 18 du meme mois de Ventose (9 de marzo). En su comparecencia expuso, en primer lugar, los motivos de cada uno de los preceptos que comprendía el Título XV, mas cuando le tocó el turno a nuestro precepto, no hizo la más mínima referencia del mismo, simplemente realizó, al comentar el artículo 32, una exposición justificativa de la necesidad del pacto de intereses a los efectos de soslayar las reticencias seculares sobre la usura.

Finalizado el informe por Galli, el Cuerpo legislativo transmitió el Proyecto y la Exposición de Motivos al *Tribunat* el 3 de marzo de 1804, en el cual Boutteville fue el encargado de realizar la crítica y objeción al Proyecto que se presentaba a la Asamblea General. En su discurso no existió referencia alguna al contenido del artículo 33. Son los artículos 32 y 34 —que establecían, uno la posibilidad de la estipulación de intereses y el otro la permisión de que el interés convencional pudiera exceder la tasa del interés legal, siempre que la Ley no lo prohibiese—, los que acaparan los comentarios y la atención del Tribuno en su intervención, tras la cual el Tribunado votó la adopción del Proyecto y encargó para que representaran su voluntad ante el Cuerpo Legislativo a Boutteville, Portiez y Albisson. Este último fue quien pronunció el discurso de representación de la voluntad del Tribunado ante el Cuerpo Legislativo, sobre la adopción del Proyecto de Ley relativo *au Pret*, que formaría el Título X del Libro III del Código Civil.

En su intervención presenta al Cuerpo Legislativo el texto del Proyecto íntegramente, realizando la lectura de casi todos los preceptos y añadiendo un breve comentario a las normas, de mayor o menor extensión según su relevancia. Tras defender la necesidad de permitir la posibilidad de que convencionalmente sean estipulados intereses so pena de multiplicar los usureros y paralizar la industria (6), opina el Tribuno que *Mais s'il est permis de stipuler des intérêts, á plus forte raison doit-il etre permis de retenir á ce titre ceux qui auraient été payés sans stipulation; et c'est aussi ce que déclare l'article 33, qui porte que, L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital; doctrine d'ailleurs reçue jusqu'ici dans les provinces régies par le Droit écrit, d'après la maxime usurae non repetuntur, puissée dans la Loi 3, au Code de usuris, et cela, dans le temps même où la stipulation d'intérêts y était défendue?* (7).

Esta no es sólo la única opinión auténtica que cabe aportar sino también, a pesar de la brevedad del comentario, la que ofrece una vía

(6) Fenet, *op. cit.*, p. 472; *Voulez-vous multiplier les usuriers? proscrivez indéfiniment l'intérêt. Voulez-vous paralyser l'industrie que manque des moyens? fermez lui toutes les bourses qui pourraient l'aider...*

(7) Fenet, *op. cit.*, p. 472.

de investigación que permite continuar ahondando en la búsqueda de la *ratio* de la norma, y que posibilita ofrecer una explicación de lo que con ella se pretende conseguir por el Legislador, guiando el comportamiento de los sujetos mediante la atribución de vigencia a una norma procedente de un Ordenamiento Jurídico lejano en el tiempo.

4. LA LEY III DEL TITULO XXXII DEL *CORPUS IURIS CIVILIS*

Albisson, en la defensa del artículo 33 del Proyecto, apunta que la norma contiene una disposición jurídica, cuyo fundamento se encuentra en la máxima latina *usuræ solutæ non repetuntur*. Esta máxima, dice el autor, se encuentra en la Ley III del Código de *usuris*, ciertamente la cita está mal realizada, o al menos no es el modo común de efectuarla, pues de la información que transmite parece que existiese un Código, especial por la materia, destinado a regular las cuestiones relativas a las usuras en algún momento de la historia del Derecho francés o en el propio Derecho romano, cosa que evidentemente ni existió, ni el Tribuno quiso decir. La referencia que realiza es al *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano, Título XXXII, de *usuris*, Ley III (8), en virtud de la cual:

Idem AA. Iuliano.—Quamvis usuræ foenebris pecuaniane citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventionione solutæ neque ut indebitæ repetuntur, neque in partem accepto ferendæ sunt (9).

Dat, non. Iul. Geta et Plautinao Conss (10).

Este texto del *Corpus* de Justiniano se presenta interpolado y, por ende, no en estado puro. En la redacción que comento aparecen conceptos jurídicos que revelan un tiempo posterior a la época de Justiniano, no obstante estas apreciaciones se perciben de modo más claro, tras su comparación con el correlativo texto de los *Basílicos* de contenido más puro que el del *Corpus Iuris Civilis*, así:

B.23, 3, 52 = C.4, 32, 3:

Οι απο υμῶννοι τοχοι χατα βλη θεντε? οι δυνατι
αναλαμβανεσθαι, μγ χαταβληθεντε? δε οιχ απαιτουνται

(8) Utilizo en el texto la edición traducida al castellano del latín por García del Corral, I, sobre el texto publicado por Kriegel, Hermann y Osembruggen, Barcelona, 1892, p. 482 y ss.

(9) Vid. *index interpolationum quæ Iustiniani Codice Inese dicuntur*, p. 80.

(10) Los mismos Augustos a Juliano, aunque sin el vínculo de la estipulación no se pueden pedir intereses del dinero prestado, sin embargo, los pagados en virtud de la convención de un pacto ni se repiten como indebidos, ni han de ser aplicados para el pago del capital. «Dada las Nonas de Julio, bajo el consulado de Geta y Plauciano.»

«Los intereses que fueron pagados en virtud de un pacto no pueden ser repetidos ni pueden imputarse al capital, mas no habiendo sido pagados no pueden ser exigidos.»

Estos textos son los antecedentes remotos del artículo 1906. Es evidente, con una expresión quizá menos perfecta jurídicamente, la identidad de contenido y efectos entre todos estos pasajes, la única diferencia que existe entre ellos es el tiempo, el distinto cuerpo social al que van referidos y un sistema jurídico más evolucionado, en el que ciertas distinciones, el sentido de determinadas instituciones y sus efectos no son comprendidos, o bien han quedado superados y subsumidos en figuras jurídicas más complejas. Es más, en el caso en estudio, es apreciable tal evolución aún dentro del mismo Derecho, así si bien el texto del *Corpus* distingue entre intereses estipulados e intereses pactados, donde tal diferenciación tiene su genuino sentido es en el Derecho romano clásico, pues incluso en el Derecho romano justiniano la distinción posee un carácter residual.

5. LA DISTINCION EN DERECHO ROMANO CLASICO ENTRE PACTO Y ESTIPULACION

En el Derecho romano clásico (11), a partir del *genus conventiones* se apreciaba como especies integradas en ellas aquéllas:

a) *Quae improprium nomen contractus transeunt*, como por ejemplo la compraventa, la *locatio conductio*, el mandato, etc.

b) *Quae in proprium nomen contractus non transeunt, subsit tamen iusta causa*. Formando esta especie de *conventiones* los llamados contratos innominados, generados a partir de un *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

c) *Quae iusta causa carent*. En este caso nos encontraremos ante un nudo pacto, del cual no se genera una obligación sino una excepción; así lo dice Cyrillos en el comentario a *Basilicos XI; 1, 7*:

ει δε μη υπεπιν αυτιοι, ιοιε νοιδον εστι παχτον και οι τυχτει ωνοχγν αλλα παραγραφ γν.

El texto de *Basilicos (XI; 1, 7)*, que Cyrillos comenta, dice así:

«Mas si inicialmente no hay causa es decir, en las *conventiones* que no son sancionadas por la Ley ni cambian al nombre propio del contrato, si no existe causa, es decir, si no precedió una *datio* en razón de otra *datio* o en razón de un *Factum*, o un *factum* en razón de un

(11) En el tratamiento y fundamentación teórica de la distinción entre pacto y estipulación me apoyo en la excelente Tesis Doctoral de Gómez Royo, E., *El negocio crediticio en los Basilicos*, Valencia, 1986.

“factum” o en razón de una *datio*, no se genera acción... Así pues, si alguien pregunta qué es el nudo pacto, hay que decir, que es nudo pacto el pacto que no es sancionado como propio por Ley alguna o senadoconsulto, que no cambia al nombre propio del contrato, el que no permanece en su propio género al haber precedido primero una *datio* o un *factum*, teniendo una justa causa los que convinieron. Eso es el nudo pacto. El nudo pacto, como se ha dicho, no da lugar a una acción, mas genera una excepción. Pues el que alcanza tal pacto, por ejemplo, que no se reclame la deuda, no podrá emplear acción caso de que el pacto fuese vulnerado puesto que el nudo pacto por propia naturaleza no genera acción (mas) al ser demandado por parte del que hizo el pacto utiliza la *exceptio pacti*. Como frecuentemente se ha dicho, el nudo pacto no genera acción pero favorece con la excepción derivada del pacto al que ha conseguido el pacto cuando es demandado en contra del pacto.»

Los pactos se distingúan según el momento de su celebración, tomando como punto de referencia el momento de la celebración del contrato, entre pactos *ex intervallo* y *ex continenti*.

Los pactos *ex intervallo* no son simultáneos a la celebración del contrato, sino que se realizan después, por tanto no eran inherentes al mismo. Esto implica que no servirán a aquél que emplee la acción que procede del contrato, ya que el pacto no se encuentra dentro del contenido contractual, y la acción que de éste surja sólo facultará al actor a solicitar el cumplimiento, respeto y observancia del contenido contractual. En ningún caso este tipo de pacto ampliará el contenido contractual, de tal modo que, el incumplimiento de lo en él previsto, pudiera ser exigido por el ejercicio de la acción derivada del contrato, por que si así fuera se estaría sentando el principio, contrario al verdadero, de que el pacto genera acción, lo cual sería totalmente inexacto, ya que los pactos no producen, ni de ellos se desprende, una acción que permita a los sujetos pactantes intentar coactivamente la realización del contenido del pacto, sino que, frente a quien esto pretenda, el pacto ofrece un potente medio de defensa: la *exceptio pacti*, en favor de aquél que sufra la acción procesal, del *reus*.

Los pactos *ex continenti* son aquellos que ya se encuentran al inicio del contrato y al cual se adhieren aumentando el contenido contractual, lo cual favorece las posibilidades de ejercicio de la acción derivada del contrato, beneficiando, por tanto, la posición del actor. Son pactos que por ello forman la acción de derecho estricto y que pueden alterar, modificar o restringir, la naturaleza del contrato. Nota diferencial de este tipo de pacto es que de él no se deriva, en favor de ninguno de los sujetos en el pacto, la facultad de oponer frente al actor —demandante que funde su pretensión en el contenido del pacto—, la *exceptio pacti*, pues el pacto en sí ha pasado a formar parte del proyecto de comportamiento que el contrato implica y, por

ello, sus previsiones pueden ser exigidas utilizando el mismo medio procesal que cualquiera de las contenidas originariamente en el contrato, sin la posibilidad de paralizar la acción que el pacto *ex intervallo* provoca como efecto sustancial.

Dentro del Derecho romano clásico y en un momento posterior de la elaboración por la jurisprudencia de formas jurídicas, surge una institución, síntesis de figuras jurídicas menos evolucionadas, denominada *stipulatio*, la cual quedó originariamente concebida como un negocio abstracto, solemne, oral y público, en el que revestía especial importancia la ejecución del ritual de formas establecido, hasta el extremo que dependía del cumplimiento de tales formalidades la existencia de la obligación, usualmente unilateral, proyectada por las partes en el convenio anterior a la celebración del contrato público que la *stipulatio* llevaba consigo.

En un momento anterior, el *nexum* es la causa generadora de todos los negocios que, en el ámbito del *ius civile*, eran capaces de producir obligaciones. El contenido de tales obligaciones se concretaba y establecía por el pronunciamiento solemne de determinadas palabras. Como nota característica de esta fuente de negocios cabe destacar que por ella se atribuía un poder real y efectivo sobre la persona del obligado. A diferencia del *nexum*, la *stipulatio* implicaba un vínculo que se materializaba en caso de incumplimiento.

Tras la desaparición del *nexum*, la *stipulatio* recogió de él, el marco formal solemne de la oralidad y la determinación exacta del contenido. La razón de la recepción de tales elementos se encontraba en el principio fundamental de Derecho romano antiguo, en virtud del cual, se establecía que la *conventio* carecía de una forma solemne y rígidamente determinada.

La *stipulatio* viene caracterizada en el ámbito jurídico privado por contener la *sponsio*, en virtud de ella se manifestaba o exteriorizaba, por quien se obligaba, la respuesta que daba al oponente que preguntaba.

La *sponsio* connota el ejercicio solemne generador de obligación de la Roma primitiva que se enraiza en el ámbito sacral público. Peculiar o típico de la *sponsio* es el esquema ritual de pregunta y respuesta junto a una serie de ulteriores solemnidades de carácter sacral. Los romanos concibieron también como *sponsio* los actos solemnes generadores de obligaciones en el ámbito del Derecho privado de la época primitiva y los revistieron de una forma especial que era la *stipulatio*. La pregunta y respuesta que aparecen en al *stipulatio* son originariamente elementos tomados de la *sponsio*, en cuanto manifestación ritual del ámbito sacral público.

Tras el ulterior decaimiento de todo este simbolismo inherente a la *stipulatio* a raíz del progreso negocial, se configura la *stipulatio* como una forma que, en todo caso, mantiene el esquema de pregunta y res-

puesta, que prescinde del juramento y de la utilización de la *spensio* como término por el cual se explicita la manifestación de voluntad. La *stipulatio* se estructura como promesa que genera una obligación vinculada a una forma estrictamente oral, en la que se destaca la prevalencia de la palabra (12).

Teniendo en cuenta el sentido exacto que pacto y estipulación tenían en Derecho romano clásico, sólo resta aplicar la teoría general al caso particular suscitado por el texto de los *Basílicos* y del *Corpus Iuris Civilis* del Justiniano.

Así, en el primero de ellos se cita la existencia de un pacto de intereses que opera como causa de la atribución de los mismos y les impone el carácter de debidos; el tipo de pacto a que se refiere es, evidentemente, el tipo *ex intervallo*, ya que si fuese *ex continenti* el prestamista sí podría exigir al prestatario el pago de los intereses pactados en su caso, haciendo uso de la acción derivada del contrato de mutuo, a cuyo contenido se habría incorporado el pacto. Sin embargo en B. 23, 3, 52, se establece la imposibilidad de exigencia, efecto propio de los pactos *ex intervallo*, pues en ellos no se otorga a los pactantes acción alguna para exigir el cumplimiento del pacto y sí una excepción, a favor de cualquiera de aquéllos contra los que se dirija una acción con pretensiones de realización del contenido del pacto, que paralizaría tales pretensiones.

En el texto del *Corpus Iuris*, se ofrece, en síntesis, el modo de actuación y los efectos que en el Ordenamiento jurídico romano se dispensaban tanto a la *stipulatio* como al pacto, y en concreto, en el caso de la deuda de intereses en el mutuo, cómo públicamente se contrae y es exigible y cómo de modo privado puede ser formada y cumplida y no exigible públicamente. Se hace una perfecta distinción entre ambas figuras jurídicas, tomando como punto de arranque de la diferenciación, la exigibilidad o no de los intereses, según hayan sido estipulados o pactados.

Así sólo pueden ser exigidos por el acreedor aquellos que hayan sido estipulados, según se desprende de la interpretación *a contrario sensu* del primer inciso de la Ley III del Título XXXII del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Por consiguiente sólo se concede acción, como medio de estimular la actuación de los órganos públicos destinados por la comunidad para ofrecer una vía racional de solución de conflictos, a aquellos sujetos que han sometido sus comportamientos a las previsiones dictadas por la comunidad, pues la observancia de tales previsiones opera como premisa necesaria para poder acogerse a la tutela pública.

Por su parte, aquellos intereses concebidos en virtud de un pacto *quae iusta causa carent*, esto es, cuya causa no se encuentra

(12) Gómez Royo, *op. cit.*, p. 546.

en el *ius civile*, y realizado sin sumisión a las formalidades públicas, no podrán ser exigibles a través de una acción, pues, en la forma de convenir la deuda de intereses, se ha prescindido totalmente de los modos públicos de constitución de las obligaciones, a los cuales les está exclusivamente reservada la posibilidad de ser exigido su cumplimiento mediante el empleo de una acción pública. Es por ello que se concede al *reus* la posibilidad de interponer la *exceptio pacti*, en el caso que se le compela al cumplimiento a través del empleo de una acción, pues la excepción paraliza la pretensión procesal y excluye la vía pública de exigibilidad del cumplimiento del pacto por no ser la apta para obtener tal resultado. En consecuencia de un lado, el pacto, impedía la posibilidad de pretender por medio de una acción el cumplimiento de su contenido; mas de otro lado, el Ordenamiento Jurídico romano lo concebía como una causa suficiente para conceptuar como debida la atribución de intereses realizada por el mutuuario, e impedía que éste pudiera pretender recuperar lo pagado, justamente, en concepto de usuras.

Así pues, en el Derecho romano clásico lo estipulado era debido y en todo caso exigible y lo pactado era, asimismo, debido, mas en ningún caso exigible.

6. SENTIDO DEL ARTICULO 1906 DEL *CODE NAPOLEON* Y DEL ARTICULO 1756 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Los textos de los artículos 1906 del *Code Civil français* y del 1756 del Código Civil español, recogen fielmente la terminología empleada en el Derecho romano en el pasaje citado del *Corpus Iuris Civilis*. Así en el artículo 1906 se determina la sola existencia de la deuda de intereses como consecuencia de la estipulación; sin embargo, no hace referencia a los intereses pactados, mas pone de manifiesto cuáles son los efectos del pago de intereses no estipulados para el prestatario, estableciendo que tales intereses *ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital*, esto es, y al decir de los romanos, que *neque ut indebitae repetuntur, neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt*.

Estas consecuencias en el Derecho romano, como ya he puesto de manifiesto, estaban previstas para aquellos intereses que habían sido pagados en virtud de la convención de un pacto, luego en el Código Civil francés se estaba haciendo referencia a una institución jurídica, mediante la mención de los signos externos que la anuncian, es decir, se hacía una recepción del pacto de modo tácito, poniendo el énfasis en los efectos y silenciando la causa remota de los mismos.

En el Código Civil español la recepción del artículo 1906 del *Code Napoleon* en el artículo 1756, provoca una quiebra del recto sentido terminológico de las instituciones a que se se hace referencia en tal artículo y en su inmediato anterior. Así si del análisis del artículo 1756 debería concluirse lo mismo que al examinar el artículo 1906, de la comparación de tal artículo con el artículo 1755 resulta que los intereses deben ser «expresamente pactados», para que sea considerando por el Ordenamiento que el mutuatario debe entregar usuras. Mas si se atiende a la expresión del artículo siguiente se observará que, en tal precepto, se establece que para que el pago, de intereses pueda realizarse deben haber sido previamente estipulados, pues sin estipulación no puede en rigor existir obligación de pago, por falta de causa del negocio jurídico originario del que emanan obligaciones para una o ambas partes.

Además, del examen del segundo inciso del artículo 1756 se aprecia la recepción por el legislador de los efectos que se atribuían en Derecho romano al pago de intereses pactados, que no estipulados. Sin embargo en el artículo 1755 se reconoce la existencia de la deuda de intereses por el hecho de la conclusión de un pacto expreso, lo que significa que, si el Ordenamiento le atribuye el carácter de deuda, hace que sean exigibles por el acreedor los intereses en el momento del vencimiento de la obligación y que el deudor no pueda paralizar la acción amparándose en el pacto, destruyendo el efecto primordial del mismo en este precepto, para reasumirlo plenamente y con todas sus consecuencias en el artículo siguiente, lo cual resulta incongruente y hace pensar que ante este galimatías jurídico probablemente tenga razón Lorenzo Benito, quien escribió que:

«Es verdaderamente notable la prescripción del artículo 1756, que contradice abiertamente lo preceptuado en el 1895 del propio Código... ¿Por qué razón, no debiéndose los intereses cuando no se han pactado expresamente (arts. 1755 del Código Civil y 324 del de Comercio), ni puede reclamarse su devolución, ni pueden imputarse como pago del capital? ¿Es qué el legislador se arrepintió de su declaración respecto a la gratuidad del préstamo y pensó que, ya que éste no es gratuito naturalmente; el que no pagó en las indicadas condiciones ha rendido tributo a una obligación natural? ¿O es qué copió uno y otro precepto de los artículos 1906 y 1376 del Código Civil francés, sin percatarse de la flagrante contradicción que hay entre ambos? De suponer es que fue lo último y no lo primero» (13).

Realmente la génesis del precepto en la etapa de codificación de nuestro Derecho Civil, rodeada del silencio del legislador —salvo la referencia al *Avant Projet du révision du Code Civil* de Laurent—, es

(13) Benito, Lorenzo, *Manual de Derecho Mercantil español*, T. II, Madrid, 1924, nota a pie de p. 447.

realmente oscura y bien podría proceder la norma, por la confusión estructural que se provoca con el artículo 1755, de un repentino e inflamado espíritu de emulación, nacido tardíamente en la Comisión de redacción del Anteproyecto de 1882-1888, respecto del patrón de los Códigos decimonónicos, y en concreto de un precepto dentro de la regulación del préstamo que en nuestra legislación histórica no existía y que, probablemente, podría inducir al legislador a pensar que, su introducción en nuestro Código, añadiría un elemento probable de innovación, en la regulación del Derecho Civil castellano, en materia de usuras; dándose esto sin producirse una adecuación sistemática de los efectos que la norma provocaría en relación con los preceptos adoptados provenientes de Proyectos de Código Civil anteriores, o los aceptados incluso por la Comisión que elaboró el Anteproyecto, antes de llegar a la discusión de la normativa del préstamo mutuo.

Fuere cual fuere el motivo que impulsó al legislador a introducir este precepto, pienso que es preciso ofrecer, sin embargo, una interpretación acaso reparadora de los graves inconvenientes exegéticos que suscita la norma y que permita obtener un conocimiento preciso de cuál pueda ser su cometido, si posible fuera encomendarle alguno, en nuestro Ordenamiento jurídico civil sustantivo.

El artículo 1756, como he señalado anteriormente, entronca con una Ley del *Corpus Iuris* de Justiniano proveniente del Derecho romano clásico. Teniendo presente el sentido de la Ley en tal Derecho y aplicando su significado a las normas del Código Civil español referentes al pacto de intereses, podría llegarse a la siguiente interpretación:

Sólo son debidos intereses en el contrato de préstamo mutuo cuando formalmente las partes en él, por medio de una estipulación, acuerdan que el mutuuario los entregará en un determinado momento y bajo ciertas circunstancias; caso de no cumplir con su obligación el deudor, el acreedor tendrá acción para exigir ante los Tribunales el cumplimiento ejecutivo de tal obligación.

Asimismo, deben considerarse debidos los intereses cuando las partes en el contrato de préstamo mutuo acuerdan, sin respeto a forma ni solemnidad alguna, pactar privadamente que el mutuuario deberá entregar en determinado momento una cantidad cierta en concepto de intereses, mas el cumplimiento de este pacto no público no puede ser exigido por acción pública alguna, pues la comunidad no ha tenido noticia de su celebración y, por tanto, no puede facilitar sus medios coactivos para obtener del mutuuario un comportamiento satisfactorio con su deber. Por ello, si el acreedor intentara estimular la acción del Poder Judicial, el deudor podrá interponer una excepción que paralice la actividad del Organismo jurisdiccional, pues no tiene competencia para conocer de un convenio realizado fuera de las previsiones, requisitos y formalidades del *Ius civile*. Sin embargo, sí previene el

Ordenamiento Jurídico las consecuencias del cumplimiento voluntario del deudor en el pacto de la obligación derivada de él; así, si se realiza el pago se tendrá por bien hecho jurídicamente y, por tanto, será irrepetible y, con mayor motivo, inimputable, por voluntad del mutuatario, al pago de la deuda principal.

En el hipotético caso que en nuestro Derecho actual fuera aceptable esta solución, en el artículo 1755 la referencia al pacto expreso de intereses debería ser entendida como realizada a la estipulación expresa de los mismos. Así, tal artículo diría que:

«No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen estipulado.»

De este modo los problemas de conexión que plantean los artículos 1755 y 1756 quedarían parcialmente resueltos y su sentido en cierto modo desentrañado, pues se le habría atribuido a cada institución el cometido que le era propio y los efectos consustanciales a su naturaleza, según y como el Derecho que las concibe estimó en su momento, lo cual sería deseable y quizá en cierta medida pueda contribuir a alcanzar la solución interpretativa del precepto, sin embargo, hay un factor que no debe ser olvidado en este momento: Las categorías *stipulatio* y *pactum*, tal y como las he mostrado, pertenecen al Derecho romano clásico, mas tales categorías fueron evolucionando a lo largo del Derecho romano posclásico, del Derecho Medieval, del Derecho Canónico, del Derecho Moderno y del Contemporáneo.

Así «a finales de la etapa clásica se opera una modificación en la estructura de este acto jurídico, al ser desplazada la forma oral consistente en pregunta-respuesta por la formación y relevancia que en la praxis negocial adquirieron los negocios escritos».

«En todos los negocios jurídicos la *voluntas* o *conventio* va a aparecer libre de la forma solemne y los efectos jurídicos van a depender básicamente de aquélla. Este fenómeno implica como consecuencia que la *stipulatio* al haber perdido la solemnidad formal que la caracterizaba, va a encontrarse estructuralmente confundida con los actos generadores de obligaciones propios del *ius gentium*, y que se forman por medio del solo consenso, con la consecuencia que *pacto* y *stipulatio* van a formar una única categoría; *spondere*, *promittere*, *polliceri*, significarán cualquier promesa, pero carecen dichos términos de significación técnica, apareciendo en su lugar: *cautio*, *instrumentum*, *documentum*, *chirographum*, *syngrapha*. Forma regular de aparición de la estipulación fue la promesa escrita. No obstante fue una cuestión vivamente controvertida, el proceso que se materializó en la estipulación escrita y basándose en el estado de las fuentes no se puede obtener una respuesta segura, pero con todo, en orden a la seguridad del contenido de la estipulación oral, se convirtió en usual recogerla por escrito fundamentalmente cuan-

do el acuerdo negocial era complejo o contenía bastantes determinaciones» (14).

Con lo que, de este modo, un negocio puramente formal abandona paulatinamente las solemnidades rituales, desviando el punto de atención en el modo de generación de obligaciones, pasando de la forma al consenso puro, asimilándose lentamente las figuras jurídicas naturales (15) del *ius gentium* con las originariamente formalistas y solemnes del *ius civile*, hasta el punto que llegan a confundirse en un único Derecho. Esta evolución se producirá a lo largo de la historia jurídica y obtiene un considerable impulso, como señala Messineo, en la Edad Media al escribir que:

«Por otro lado, el nudo pacto evoluciona durante la Edad Media, bajo la influencia del pensamiento de los canonistas, de secuaces de la escuela del Derecho natural y de mercantilistas, en el sentido de que, lentamente la “voluntad” de las partes adquiere el valor de elemento básico, que triunfa sobre el formalismo antiguo y basta para dar vida al contrato» (16).

Así, y en este ambiente interpretativo, debe ser entendida la Ley única, Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, en la que se estableció el principio de que de cualquier modo que apareciera que uno se quiso obligar quedará obligado. Respecto de esta Ley Gómez de la Serna escribió que:

«Introdujo una notable diferencia entre nuestro Derecho y el Romano respecto a las materias que he expuesto en el presente Título. Con arreglo a esta innovación no hay ninguna diferencia entre los pactos y los contratos: todos son igualmente obligatorios: todos producen acción eficaz para compeler a su cumplimiento al que lo rehusa: basta que se hagan seriamente: basta que conste de un modo positivo en qué y hasta qué punto quisieron obligarse los otorgantes, para que la obligación surta los mismos efectos que el contrato producía entre los romanos» (17).

La interpretación del precepto, desde su sentido histórico, no es aplicable en el Derecho español vigente. En nuestro Derecho tanto el pacto como la estipulación son generadores igualmente de relaciones jurídico obligatorias. Ambos son convenios a los que la Ley otorga efectos idénticos, y el cumplimiento de los deberes jurídicos nacidos a su amparo es exigible mediante el ejercicio ante la Jurisdicción de la acción personal.

(14) Gómez Royo, *op. cit.*, pp. 564-565.

(15) Empleo en el texto el adjetivo «natural» atendiendo al sentido del término dado por los juristas bizantinos, en el que natural, referido a una obligación, implica que ésta se encuentra técnica y esencialmente formada pero que civilmente no es exigible (vid. Lib. XXIII, Basílicos, así como el aparato de escolios al *De rebus creditis*).

(16) Messineo, *Doctrina general del contrato*, Trad. castellano de Fontanarosa, Sentís y Volterra, de la 3.^a ed. del original de 1948, Buenos Aires, 1952, T. I, pp. 50 y s.s.

(17) Gómez de la Serna, P., *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, T. II, Madrid, 1874, p. 124.

En consecuencia, o la norma contenida en el artículo 1756 debe considerarse no aplicable en nuestro Derecho, pues los principios histórico-jurídicos sobre los que se asienta no tienen correspondencia con los vigentes en el Ordenamiento jurídico-civil español contemporáneo, o el Codificador fue plenamente consciente del sentido del precepto, al introducir en el Código Civil el artículo 1908 del *Code Napoleon*, sentido que, sin embargo, no ha logrado descifrar indubitablemente la doctrina tras el último siglo de vigencia del precepto.

7. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1756 EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Desde la existencia del artículo 1756 en nuestro Código Civil, un sector de la doctrina española, siguiendo a la doctrina francesa (18), ha sostenido que en él se contempla un caso de *obligación natural*. Consiguientemente la atribución patrimonial que realizaría el mutuuario en concepto de interés, sin que exista un pacto previo que los haya establecido, tendría su justa causa en el cumplimiento de un deber moral (19).

Esta interpretación plantea mayores problemas para su aceptación en nuestro Derecho que en el francés pues, en éste, el artículo 1235 del *Code Civil* dispone que:

Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

A partir de este precepto, al menos, es posible encuadrar, dentro de una categoría reconocida por el Derecho, un determinado efecto dispuesto por la norma. En el Derecho español, en cambio, no existe norma paralela (20), por tanto, habrá que concluir que no se admite por la Ley la

(18) Vid. Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil français*, 4.^a ed., T. IV, p. 4 y ss.; Rippert, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1927; Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif contemporain et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers, 1926; Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. II, París, 1917, p. 653.

(19) Vid. en este sentido De Buen, D., nota al n.º 373 del *Curso elemental de Derecho Civil* de Colin, A. y Capitant, H., trad. al castellano por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1924, p. 156; De Buen, D., *Derecho Civil español común*, vol. I, Madrid, 1931, p. 659; Clemente de Diego, F., *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1930, pp. 70 y 267; Rocamora, P., «Contribuciones al estudio de las obligaciones naturales», *Revista de Derecho Privado*, 1954, p. 485; Lacruz Berdejo, J. L., *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, pp. 168 y ss., y *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 1, Barcelona, 1977, página. 23 y ss.; Martínez y Gómez Calcerrada, *Problemas de las obligaciones naturales*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, pp. 326 y ss; Puig Peña, *Compendio de Derecho Civil*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1966, p. 62 y vol. 2, p. 796; Albaladejo, M., *Derecho Civil de obligaciones*, T. II, vol. 2, p. 381.

existencia de un vínculo obligatorio cuya causa se encuentre en reglas morales de conducta. Consiguientemente, sólo será irrepitable el pago realizado en virtud de una causa entendida por el Ordenamiento jurídico, y en él mismo, como justa causa de la atribución patrimonial. Así, tanto en el precepto en estudio, como en aquellos otros casos en los que la irrepitibilidad de una *datio* se ha querido fundar en el cumplimiento de un deber metajurídico (p. ej., artículo 1798), debe hallarse la razón de tal efecto dispuesto por la norma en alguna de las fuentes del Ordenamiento.

Otro sector doctrinal, más positivista en su interpretación del precepto, entiende que «al declarar la Ley que el prestatario no pueda repetir los intereses que ha pagado sin previa estipulación, implícitamente decide que ha pagado lo debido, suponiendo que los intereses estaban debidos en virtud de una convención que, si pudo ser tácita en sus principios, conviértese en expresa, merced a los actos realizados por las partes posteriormente, que exteriorizan de un modo que no deja lugar a dudas el mutuo consentimiento de su voluntad, una de ellas pagando los intereses la otra recibéndolos. Dedúcese aquí la consecuencia de que siendo debidos los intereses, lógico es que no pueda el prestatario ni reclamarlos ni imputarlos al capital...» (21).

La explicación que así se ofrece de la norma (22) aisla el convenio como causa mediata de la justificación de la *soluti retentio* que en la

(20) Aun cuando haya querido interpretarse como tal la expresión final del artículo 1901 del Código Civil «... o por otra justa causa». Vid. en este sentido Albaladejo, *op. cit.*, T. II, vol. 2, p. 381.

(21) Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, Madrid, 1905, pp. 622 y 623. Este autor, en la interpretación que ofrece del precepto, sigue la expuesta por Laurent en su obra *Principes de Droit Civil français*, al comentar el art. 1906 del Code Civil français (n.º 522), quien escribió: *En disant que l'emprunteur ne peut pas repeter les intérêts qu'il a payés, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés, la loi decide implicitement que le debiteur a payé ce qu'il devait: ce qui suppose que les intérêts étaient dus en vertu de la convention des parties, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés à l'acte, en d'autres termes, la loi suppose une convention tacite, qui est prouvé par l'execution que les parties lui donnent l'emprunteur en payant les intérêts et le preteur en les recevant.*»

(22) También defienden esta interpretación del precepto Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español común y foral*, T. IV, revisado y puesto al día por Ferrandis Vilella, J., Madrid, 1977, p. 439; Roca Sastre, R. M.ª, *Doctrina de las obligaciones naturales, Estudios de Derecho privado*, T. I, p. 290; Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933, p. 67. Para quien el artículo 1756 es una excepción a la doctrina del cobro de lo indebido y que, a parte de los efectos que el precepto produce, además supone que, hecha expresa la convención tácita se genera la obligación de seguir pagando en adelante intereses, dado que «ya tenemos el pacto expreso que exige el art. 1755 y, a tenor de él, podrán ser exigidos intereses en lo sucesivo»; Marín Pérez, P., *Comentario al art. 1756, Código Civil de Quintus Mucius Scaevola*, T. XVII, Madrid, 1952, pp. 173 y 219.

En contra de esta interpretación escriben Albaladejo, M., *op. cit.*, T. II, vol. 2.º, p. 381, y Díez Picazo, L., «Fundamentos del Derecho Civil patrimonial», vol. I, Madrid, 1983, p. 350.

misma se establece. Los inconvenientes de esta interpretación surgen del carácter necesariamente expreso que debe tener el convenio en que se establezca la obligación de pago de intereses, según el artículo 1756, y del inusual modo tácito de constitución de la relación obligatoria.

Si el legislador hubiese querido que para el nacimiento de la deuda de intereses rigiera también el principio de libertad de forma, le hubiese bastado eliminar del artículo 1755 el adverbio «expresamente», sin necesidad de redactar una norma con tal finalidad, ni provocar con ella una excepción al principio básico que permite la repetibilidad de lo pagado indebidamente, sentando una norma de sentido contrario a la contenida en el artículo 1901 del Código Civil, pues impide demostrar al que realizó la entrega que no la efectuó ni a título de liberalidad, ni por cualquier otra justa causa, sino que pagó por error, para poder recuperar aquellos bienes dados en concepto de intereses. El artículo 1756 presume *iuris et de iure* que no hubo error, que tal pago solucionó una deuda que existió y que, consiguientemente, es irrepetible.

Resultado de tal previsión, y de su efecto, se da lugar a la siguiente paradoja: el mutuario, tras haber solucionado la deuda principal, podrá alegar que, por error, entregó más de lo que debía y, después de la prueba que así lo demuestre, solicitar su restitución. Restitución que tendrá lugar si el mutuante no puede probar «que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa». Cuando el mutuario entregue, en cambio, cierta cantidad al mutuante en concepto de réditos, no existiendo pacto expreso de intereses, no cabrá la demostración de que se pagaron por error, siempre se considerarán debidos, cualquiera que sea su cuantía y, en consecuencia su entrega irrepetible.

Un segundo inconveniente a esta interpretación del artículo 1756 surge al reflexionar sobre la exigibilidad del convenio tácito de intereses, que se entiende que existe en la norma en estudio. Si desde el momento de constitución de la relación jurídica de préstamo, o bien durante el tiempo de vigencia de tal relación, las partes convinieron —tácitamente pero, desde luego, convinieron—, que el mutuario resultaba obligado a pagar intereses —¿en una cuantía tácitamente establecida o en virtud de un tipo de interés tácitamente fijado?—, cuando llegado el día predeterminado —¿tácitamente?—, para el pago no se realice ¿tendrá acción el prestamista para reclamar el cumplimiento de tal convenio tácito de pago de intereses? Si la respuesta fuese afirmativa, el Ordenamiento jurídico estaría brindando igual protección al acreedor de intereses en virtud de pacto expreso que tácito y, de otro lado, se estaría olvidando cuál es la razón por la que se exige que el pacto de intereses conste expresamente.

La Ley de 14 de marzo de 1856, que liberalizó el tipo de interés, por razones de orden público y en aras de la seguridad jurídica y de la

protección de la parte más débil en la relación contractual (23), exigió no sólo que el pacto de intereses fuese expreso sino que, además constase por escrito. El legislador de 1888-89 dispensó de la forma escrita, ahora bien no parece que en su intención estuviese permitir una deuda tácita de intereses, al contrario, la obligación de pago de los mismos sólo existe en virtud de pacto previamente establecido por las partes, según dispone el artículo 1.756. En consecuencia el Ordenamiento jurídico sólo concede acción para exigir el pago de aquellos réditos debidos en virtud de pacto expreso, pues sólo en tal caso existe deuda de intereses.

En conclusión, no creo que pueda admitirse en nuestro Derecho la existencia de tal deuda en virtud de un convenio tácito de pago de los mismos entre las partes. Además admitir el nacimiento de una deuda de intereses, en virtud de esta clase de convenio, puede acabar fortaleciendo la posición del acreedor, al hurtar del control de legalidad al pacto hasta el momento en que ha sido cumplido, en que se ha hecho expreso. Así, aquel que solicita ciertos bienes en mutuo, puede verse constreñido por el mutuante a aceptar condiciones absolutamente desfavorables para él antes de perfeccionar el contrato. La no prestación de su consentimiento respecto de ellas determinará su no perfección, y debe tenerse en cuenta que quien acude a solicitar la conclusión de un préstamo se encuentra en una especial situación de necesidad. Bastará no dejar constancia expresa de las circunstancias que rodean a la deuda de intereses, y tomar una sola precaución en el momento en que el mutuuario cumpla con su deber de restitución: que a una parte de lo entregado, aquella cantidad que en primer lugar reciba el acreedor, se le dé el nombre de intereses.

¿Cómo demostrar, entonces, que lo «voluntariamente» entregado por el deudor —pues aquello que entregó lo hizo, desde luego, voluntariamente dado que no le era exigible—, es resultado de un pulcro proceso coercitivo? El Derecho lo entenderá debido, la Doctrina también lo entenderá así y en virtud de un pacto tácito. Inducir el contenido de tal pacto no será tarea fácil y, en todo caso, conocido el tipo de intereses, tras las operaciones aritméticas pertinentes, resta contestar una cuestión ¿por qué razón entregó el mutuuario lo que no le era exigible?

Si fue por intimidación, violencia o dolo el convenio tácito, que resultará expreso por la entrega, será anulable y, el mutuuario, podrá solicitar la restitución de lo dado más los intereses, durante los cuatro

(23) No debe tampoco olvidarse que el contrato de mutuo es un contrato gratuito, de beneficencia; cuya conclusión se solicita por una persona en estado de carencia temporal de liquidez, para hacer frente a necesidades de consumo cuya regulación en toda la historia del contrato se encuentra presidida por la máxima *mutuum date nihil inde sperantes*.

años siguientes al día en que la violencia o la intimidación hubiesen cesado, o la de la consumación del contrato. Así pues sólo la acción de anulabilidad se constituye en el único medio de defensa que queda al prestatario que hizo entrega de intereses en la situación descrita.

De modo aislado en la Doctrina se sostuvo por Bonel (24) que el pago de los intereses no estipulados, podía ser entendido como una donación realizada por el mutuuario al prestamista. Para este autor los artículos 1755 y 1755 estarían relacionados «armónicamente», son, a su juicio, preceptos complementarios pues a la disposición contenida en el artículo 1755 «no pugna ni contradice en manera alguna el que el prestatario haya pagado intereses no estipulados al prestamista en agradecimiento del obsequio que del mismo cree recibir por el mero hecho del préstamo, sin que por esto se obligue en lo sucesivo a repetir el obsequio o hacer pagos análogos durante los demás años que tuviera en préstamo la cosa objeto del contrato cuando no hubiese estipulado interés alguno, por más que los ya pagados voluntariamente y sin obligación, no pueda reclamarlos, porque equivaliendo entonces a una verdadera donación y no pudiendo rescindirse éstas sino por justas causas, vendría con dicha reclamación a efectuarse una verdadera rescisión de la donación espontáneamente hecha y aceptada por el prestamista sin faltar a la Ley».

Esta interpretación del precepto ha sido, asimismo, objeto de crítica (25). En primer lugar, se señala lo ajenos que son al Derecho los motivos de conciencia, para que sean considerados como fundamento del precepto; en la hipótesis de la norma el prestatario habría dado intereses movido por un sentimiento de gratitud más, como escribe Manresa (26) «en tal hipótesis, no por ingeniosa más jurídica, se opone el texto mismo del artículo 1756 donde ni remotamente cabe la idea de donación...».

En segundo lugar, si el sentido del precepto es decir que aquellos intereses que resultan entregados por el prestatario sin estar estipulados son transmitidos en virtud de donación, y que la irrepetibilidad de la entrega es efecto de la irrevocabilidad de las donaciones, el legislador muy bien podría no haber introducido el precepto, la mera aplicación de las normas de este contrato darían lugar a la misma consecuencia prevista en el artículo.

En tercer lugar, de ser entendido que tal atribución en concepto de intereses se realizó *donandi causa*, vendría afectada por todos aque-

(24) Bonel y Sánchez, L., *Código Civil español*, T. IV, Barcelona, 1891, pp. 771 y 772.

(25) Vid. Manresa y Navarro, J. M., *op. cit.*, p. 623, quien argumenta en contra de la interpretación de Bonel reproduciendo las razones con que Laurent la rebate en su obra *Principes...*, *cit.*, n.º 522.

(26) *Op. et loc. cit.*

llos casos en que la donación resulte revocable o bien reducible, lo cual se encuentra en contradicción con la irrepetibilidad de la entrega proclamada en el artículo.

Finalmente, Díez-Picazo (27) entiende que en el artículo 1756 se contiene una norma interpretativa de la voluntad de las partes, interpretación que, a su juicio, se realiza a través de la vía de una presunción de voluntad. Así si en virtud del artículo 1755 no se deben intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado, esta regla quedaría limitada por el precepto siguiente, en el cual se dispone que los intereses también se deben cuando, aún sin pacto expreso, el deudor los paga. En consecuencia, y desde el punto de vista de la exigibilidad del pago, sólo podrán ser reclamados por el mutuante los intereses debidos en virtud de pacto expreso, mientras que aquéllos a que se refiere el artículo 1756 no podrán ser reclamados en caso alguno, mas la ley presume, cuando el mutuuario los ha pagado voluntariamente, la existencia del pacto.

8. INTERPRETACION DEL PRECEPTO QUE SE PROPONE

Entiendo que, de los preceptos que han sido objeto del presente estudio, cabe ofrecer una explicación distinta de las hasta el momento expuestas. Considero que cada una de las normas hace referencia a un modo diverso de constitución de la deuda de intereses: Así mientras en el artículo 1755 se contempla la forma que el Codificador entendió como aquélla a través de la que, propiamente, debe constituirse la obligación de pago de intereses. Consiguientemente, al tiempo de convenir las condiciones del contrato de mutuo o, en todo caso, antes de la fecha señalada para la devolución por el mutuuario del objeto del préstamo, las partes han acordado los contenidos de las cláusulas del pacto anejo de intereses. La relación obligatoria ha surgido, consecuencia de lo cual el prestamista-creedor del pago de unos intereses, tendrá derecho a que le sean entregados en el día señalado o, de no serle entregados, podrá exigir coactivamente al deudor que cumpla con su deber de prestación mediante el ejercicio de la acción personal ante la Jurisdicción.

En el artículo 1756 se previene una norma que tendrá aplicación cuando la deuda de intereses se constituya de forma distinta a como se establece en el precepto anterior. El supuesto de hecho, que da pie a la norma, deberá ser el siguiente: Las partes ni en el momento de la celebración del contrato de préstamo, ni en un momento anterior al día en que el mutuuario debe cumplir con su obligación de restituir

(27) *Fundamentos...*, cit., p. 350.

ción, han estipulado, ni expresa, ni tácitamente, nada relativo al pago de intereses. El préstamo, por tanto, se ha constituido de forma gratuita —que tal es uno de los caracteres básicos del contrato en nuestras Leyes del Derecho privado, aun cuando resulte paradójico—. Llegado el día del cumplimiento, el prestatario comunica al prestamista que ha decidido entregarle o bien que le entrega, además de aquéllo que le debía restituir, cierta cantidad de bienes en concepto de intereses —la calidad en virtud de la cual realiza la entrega es, desde luego, determinante para la aplicación de los efectos previstos en el precepto— y le ofrece su entrega o se los entrega efectiva y simultáneamente.

Ante el ofrecimiento o la entrega el mutuante puede rechazarlos, oponiéndose a la entrega o devolviéndolos, esto es, no prestando su consentimiento ni respecto de la *datio*, ni respecto del concepto en virtud del cual se pretende realizar o se ha realizado la atribución patrimonial. En segundo lugar, puede aceptar aquello que se le entrega y se le llama intereses, es decir puede prestar su consentimiento respecto de la cosa que se le oferta y la causa en virtud de la cual se realiza la atribución patrimonial, y de este modo queda perfecto «desde luego» el convenio, cuya ejecución se confunde temporalmente con el mismo momento de la perfección.

El consentimiento, y éste sí, puede ser prestado tanto de modo expreso como *per facta concludentiae*; así será bastante para entender que la obligación de pago existió y que los intereses recibidos por el prestatario lo fueron en virtud de una deuda que se satisfizo con la entrega, siempre que el prestatario no los reciba con oposición o bien no los devuelva. Así lo entiende y presume la norma *iuris et de iure* y, consiguientemente, dispone, como para cualquier pago regular —y éste lo es, dado que el deudor entrega la cantidad que estima justa, y que no le era exigible, y en virtud del concepto que él declara como justificativo de su conducta—, el efecto de la irrepetibilidad propio de todo pago no erróneo.

De este modo, y entendida así la norma, considero que puede ser deshecha la antinomia que, aparentemente, parece existir entre los artículos 1755 y 1756 de nuestro Código Civil.

Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)

RAMON CASAS VALLES

Titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Regulación actual. 2.1. Los precedentes del art. 24 LPI. 2.2. Derecho vigente. 3. El Proyecto de Ley. 3.1. Las propuestas de reforma. 3.2. Texto del Proyecto. 4. Comentario. 4.1. El problema de la transmisión «mortis causa»: *a)* admisión; *b)* beneficiarios y duración del derecho. 4.2. Porcentaje y precio mínimo: *a)* porcentaje; *b)* precio mínimo; *c)* el expediente de revisión. 4.3. Los deberes instrumentales: *a)* sujetos obligados; *b)* deber de informar; *c)* deber de retener y responsabilidad solidaria; *d)* deber de poner a disposición y condición de depositario; *e)* prescripción trienal. 4.4. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes: *a)* el Fondo y la justificación del derecho de participación; *b)* el Fondo y la prescripción trienal; *c)* el Fondo y la idea de «*domaine public payant*». 4.5. Otras cuestiones: *a)* la remisión a normas reglamentarias; *b)* sobre la justificación del derecho de participación; *c)* la distinción «*ventas públicas-ventas privadas*»; *d)* el problema de la localización de la obra; *e)* el papel de las Entidades de gestión. 4.6. Los intentos de armonización en el ámbito de la CE. 5. Anexo documental.

1. PRELIMINAR

En el acto de apertura del Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid, 28-31 de octubre de 1991) se hizo público el deseo del Ministerio de Cultura de proponer la introducción de algunas reformas parciales en la vigente Ley de 1987 (LPI). La idea, muy avanzada en aquel momento, ha tomado definitivamente cuerpo mediante la reciente publicación del correspondiente Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno el 13 de diciembre de 1991 (1).

(1) «Modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, IV Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 76-1, 30 de diciembre de 1991. Corrección de errores de 22 de enero de 1992.

Vista con ojos de profano, es posible que la iniciativa ministerial resulte un tanto sorprendente. ¿Para qué, se preguntará más de uno, reformar una Ley tan nueva? ¿Es acaso peor que la de 1879, cuya vigencia pudo prolongarse durante más de un siglo?... Estos interrogantes resultan comprensibles, pero sería un error precipitarse en las conclusiones. Dejando a un lado el hecho de que la LPI de 1879 no pudo evitar la necesidad de promulgar leyes especiales al margen de ella, la de 1987 es un texto que destaca por sus méritos en el concierto internacional y que, sin ser perfecto, ha recibido elogios tanto de sus destinatarios naturales —los autores y titulares de derechos conexos— como de los juristas especializados en la materia.

No obstante, que una Ley sea buena no significa que no pueda mejorarse, sobre todo en aspectos adjetivos para aumentar su eficacia o, eventualmente, para adecuarse a los avances tecnológicos respecto de los cuales tan estrecha es la dependencia de la propiedad intelectual. Teniendo en cuenta que el problema suele ser el contrario (envejecimiento de las leyes sin que nadie ponga remedio), debemos felicitarnos de la agilidad del Ministerio de Cultura, a la que sin duda no es ajena la existencia de una Subdirección General de Propiedad Intelectual.

La reforma afecta a unos pocos preceptos (arts. 24, 25, 103, 119, 127, 140 y DDAA LPI). Algunos tratan cuestiones básicas que reclamaban atención inmediata. En este sentido, el logro de la plena efectividad del derecho de reenumeración compensatoria por copia privada (art. 25 LPI) o la eliminación de las incertidumbre surgidas en relación con la adopción de medidas cautelares (art. 127 LPI) bastarían por sí solos para justificar el proyecto de Ley.

Pero, una vez surgida la ocasión, era lógico que la reforma se extendiera a otras disposiciones. Tal es el caso del artículo 24 LPI, que regula el derecho de participación de los artistas plásticos en el mercado secundario de sus obras. Cuando se decidió introducirlo en nuestra legislación, se hizo con un prudente planteamiento gradualista que ya anunciaba reformas futuras. Además, tratándose de una novedad absoluta, era de esperar que la experiencia de estos años pusiera de relieve algunos puntos débiles. Por último, el texto vigente incluye, al menos, un grave defecto de concepción (la intransmisibilidad «mortis causa»), cuya subsanación había sido reclamada con insistencia desde diferentes ámbitos. En cualquier caso, es probable que esta reforma no sea la última. Con independencia del propio ritmo evolutivo de la legislación española (no se olvide que el Proyecto actual se concibe sólo como un paso más), existe una notable presión favorable a una unificación normativa en el ámbito de la Comunidad Europea.

Las presentes Notas no tienen por objeto un análisis exhaustivo de la institución y se limitan a un comentario de las reformas propuestas, precedido de la exposición de los antecedentes y de la actual normativa. En particular se omite la que, sin embargo, debiera ser la cuestión previa: ¿Por qué el «droit de suite»? Entre nosotros ese debate prácticamente no ha existido, suplido por una adhesión en cierto grado mimética a la decisión favorable adoptada en países como Francia o Alemania. Tarde o temprano

habrá que abordarlo, y no por simples razones doctrinales ya que de él depende el futuro del derecho (2).

2. REGULACION ACTUAL

2.1. Los precedentes del artículo 24 LPI

La idea del llamado derecho de participación nació, como es sabido, en los últimos años del siglo XIX. Su caldo de cultivo fue la «bohemia» del París de la época. Un mundo en el que —según las descripciones al uso— los artistas vivían en pequeñas buhardillas, pasando frío, comiendo mal y vistiendo peor, mientras producían auténticas obras maestras que luego se veían obligados a vender por precios irrisorios para pagar al casero, comprar pinturas y lienzos o adquirir medicinas para sus hijos enfermos... De esta situación sacaban provecho avispados marchantes y coleccionistas que, con una inversión mínima, lograban espectaculares plusvalías revendiendo, a veces al poco tiempo, las obras adquiridas. Este sombrío panorama se completaba con el triste fin del artista, recluido por caridad en un hospicio o, peor aún, quitándose la vida abrumado por sus desventuras.

El caso de Constantin Guys (1805-1892), vendiendo un lote de 300 dibujos por 200 francos para costear su ingreso en una casa de salud, la triste estampa de la viuda de Stanislas Lepine (1836-1892) empujando trabajosamente su carrito de vendedora ambulante frente al local en que se exponían los cuadros de su marido o la miseria en que quedó la mujer de Alfred Sisley (1834-1899) obligada a recurrir a la piedad de los amigos para no morir de hambre tras el fallecimiento del artista, son algunos de los muchos ejemplos que —presididos por la inevitable referencia al «Angelus» de Jean-François Millet (1814-1875)— pueden encontrarse en muchas de las obras sobre el derecho de participación de los artistas plásticos. A este muestrario ha venido a añadirse, en fecha más reciente, la imagen del pintor Robert Rauschenberg (1925-), dirigiéndose airadamente al coleccionista Robert Scull después de que éste, en una importante subasta, lograrse vender por 85.000 dólares una obra de aquél adquirida por tan solo 960 dólares. Esta escena, que fue filmada, desempeña en los EUA un papel

(2) Para una visión general acerca del actual art. 24 LPI, *vid.* el comentario al mismo de M. Valles, en «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual» (coord. R. Bercovitz), Madrid, 1989, pp. 443 y ss. Para una primera aproximación al derecho de participación en general, *vid.* W. Duchemin, «Le droit de suite», *RIDA*, 1974, pp. 5 y ss. Más ampliamente, pueden consultarse las monografías de J. L. Duchemin («Le Droit de suite des artistes», París-Thuillies, 1948), y en particular, P. Katzenberger («Das Folgerecht im Deutschen un Aüsländischen Urheberrecht», München, 1970). De este último autor, *vid.* asimismo el comentario correspondiente en «Urheberrecht Kommentar (G. Schrickler)», München, 1987, pp. 379 y ss. Breve, pero útil por su anexo legislativo, es también el Informe elaborado por la OMPI en 1983 («Derecho de participación », *Droit de Suite*, *Boletín de Derecho de Autor*, n.º 3/1983).

análogo al que en su día correspondió en Francia al famoso dibujo de Jean Louis Forain (1852-1931) en el que aparecían unos niños desharrapados asistiendo a la venta millonaria de un cuadro de su difunto padre.

Estos y otros ejemplos semejantes han servido para persuadir a la opinión pública y a la clase política de bastantes países, entre ellos el nuestro, de la necesidad del «droit de suite». Pero su uso y abuso ha provocado vicios de origen en algunas legislaciones y ha expuesto al propio derecho a objeciones muy serias y en buena parte fundadas (3).

Fuese o no exacta, la imagen del genio incomprendido e infravalorado resultó determinante para que, a principios del siglo XX y tras una activa campaña de prensa, algunos países europeos reconociesen el derecho de los artistas plásticos a participar en el mercado secundario de sus obras. Esta propuesta tuvo que vencer el obstáculo que suponían las concepciones imperantes en la época acerca del contrato (eficacia *inter partes*) y la propiedad (carácter absoluto). En particular, se le opuso con fuerza el conocido principio de que «les meubles n'ont pas de suite par hypothèque» (art. 2119 del Código Civil francés). Es jurídicamente inadmisibile —se decía— que el artista pueda ostentar sobre la obra —bien mueble— un derecho oponible frente a cualquier propietario. Precisamente por ello, asumiendo la crítica, los promotores del derecho creyeron conveniente recurrir a una denominación que destacase el carácter de excepción a la regla general. Se pretendía dejar bien claro que, aunque las obras plásticas cambien de manos, el derecho de los artistas «las sigue»; de ahí el nombre «droit de suite» (de «suivre», seguir) (4).

Primero fue Francia (1920), siguiéndole Bélgica (1921) y, algo más tarde, Checoslovaquia (1926) (5). En los años sucesivos, el derecho sería

(3) Puede verse, como muestra, la sarcástica y ya clásica crítica de M. E. Price, «Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of The Droit de Suite», *The Yale Law Journal*, junio de 1968, pp. 1333 y ss.

(4) Es obvio, sin embargo, que con esta defectuosa expresión no se aludía a otra cosa que a la reipersecutoriedad, sin caer en la cuenta de que el derecho de participación no es un derecho real en cosa mueble sino una manifestación de la autoría y que, por tanto, su compatibilidad con la propiedad del objeto o *corpus mechanicum* no necesitaba una declaración específica (cfr. art. 3.1. LPI). Son todos los derechos de los autores —y no sólo el que nos ocupa— lo que «siguen» a la obra. Pese a ello, la terminología francesa está extendida en todos los países, por lo general acompañada de traducciones más o menos afortunadas. De ella se hará uso en estas notas por tratarse de una fórmula consolidada y porque, además, entre los no francohablantes, es difícil que induzca a errores sobre la naturaleza del derecho.

Entre nosotros, a falta de *nomen* legal (cfr. art. 24 LPI), la terminología resulta variada habiéndose empleado, además de la francesa, las expresiones «derecho de continuidad», «derecho de continuación», «derecho de secuencia», «derecho de seguimiento» o incluso «derecho de prosecución» y —más raro aún— «derecho de recuperación» o «de recobrar». Junto a ellas, en un intento de lograr una denominación expresiva del contenido, es igualmente corriente la fórmula «derecho de participación», también usada en estas notas. El proyecto que se comenta tampoco impone un nombre, pero en su Exposición de motivos alude a los dos que —con «droit de suite»— parecen de mayor uso entre los juristas españoles: «derecho de participación o de seguimiento».

acogido en otras legislaciones, entre ellas la de Uruguay (1937), primera de la comunidad Iberoamericana, y la de dos países europeos que constituyen un punto de referencia habitual para los juristas españoles: Italia (1941) y Alemania (1965). En la actualidad, está incorporado a las leyes de propiedad intelectual de bastantes naciones más, si bien en versiones muy variadas (6).

Sin embargo, no hay que dejarse engañar por las apariencias. El derecho de participación dista de gozar de una aceptación unánime. Por una parte, en la lista de países que lo admiten —no pocos de ellos pertenecientes al área de influencia francesa— hay ausencias significativas. Están Francia y Alemania, pero no los EUA, el Reino Unido y el Japón. Esto significa que, a reserva de lo que pueda resultar de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, quedan fuera de su ámbito dos tradicionales plazas fuertes del mercado mundial del arte (Nueva York y Londres) y una que está cobrando importancia por momentos (Tokyo) (7). Por otra

(5) Para la historia de estas primeras leyes —en particular la francesa— *vid.* la *op. cit.*, de J. L. Duchemin.

(6) En 1983, la OMPI (*Informe cit.*) daba la siguiente relación alfabética: Alemania (RFA), Argelia, Bélgica, Brasil, Congo, Costa de Marfil, Checoslovaquia, Chile, Ecuador, Filipinas, Francia, Hungría, Italia, Laos, Luxemburgo, Madagascar, Marruecos, Perú, Portugal, Santa Sede, Senegal, Túnez, Turquía, Uruguay y Yugoslavia. A ellos se añadían Dinamarca e Irlanda como países en los que «existen algunas prácticas al mismo propósito». Asimismo se hacía constar que, por aquellas fechas, la cuestión estaba siendo estudiada en Canadá, España y Japón. Hoy, además de España, la lista incluye a Costa Rica, Dinamarca, Guinea y Mali. Como se ve, ha habido un pequeño aumento.

(7) Las resistencias al «droit de suite» han sido y son notables en el área de la «Common law», en parte por considerarlo —como hasta hace poco sucedía con el derecho moral— una creación de la estéril y teorizante —a su juicio— dogmática jurídica de los países de «Civil Law» (como decía M. E. Price —*op. cit.*, p. 1351— «We have learned that Blackstonian theory may be as misleading in art as in law»). Debido a esa resistencia —en la que, por cierto, han tenido parte activa significados defensores de los derechos de los artistas— el «droit de suite» no se ha aceptado en el Reino Unido ni en los EUA, aunque, en cuanto a éstos, hay que hacer dos importantes precisiones. En primer lugar, que el derecho sí ha sido admitido en uno de los Estados de la Unión (California), al aprobarse en 1976 la «California Resale Proceeds Act» (Cal. Civ. Code, § 986), reformada en 1982 (se reproduce y comenta en J. H. Merryman & A. E. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 2.ª ed., Philadelphia, 1987, vol 1, pp. 232 y ss.; *vid.*, también, L. D. Duboff, «Art Law», 1984, pp. 240 y ss. y recientemente, Neumann, *The Berne Convention and Droite de Suite Legislation in the United States*, IIC, 1/1992, pp. 47 y ss.). En segundo lugar, que está en fase avanzada una propuesta para introducir el derecho, en la legislación federal. La propuesta, patrocinada por el senador E. Kennedy, data de 1987. Sobre ella puede verse, L. D. Duboff *et alii*, «Artist rights: The Kennedy proposal to ammend the Copyright Law», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1989, vol. 7, n.º 2, pp. 227 y ss. La cuestión sigue hoy pendiente, a la espera de que el «Register of Copyrights», en colaboración con la «National Endowment of the Arts», evacue el informe que le fue encomendado por la «Visual Artists Rights Act», de 1990 (cfr. P. H. Karlen *et alii*, Sumario del Informe sobre los EUA presentado en el Symposium sobre «Los aspectos legales del Comercio Internacional del Arte», Madrid, febrero de 1992, inédito). Para Japón y el Reino Unido, cfr. los Informes presentados en el mismo Symposium por

parte, en muchos casos, el reconocimiento del derecho es puramente formal, sin que tenga en la práctica virtualidad alguna. Sea porque no cuentan con un mercado artístico de una mínima importancia, sea por la inexistencia de una infraestructura capaz de controlarlo y recaudar regularmente la participación de los artistas, sea —en fin— por haber puesto en vigor una regulación inadecuada, en la mayoría de países el «droit de suite» es un simple elemento decorativo en sus leyes de propiedad intelectual. Tal es, señaladamente, el caso de Italia. Lo mismo parece suceder con California, aunque en este caso, por extraño que pueda resultar tratándose de hechos, la información disponible es contradictoria. Si a todo ello añadimos que la polémica respecto a la justificación y fundamento de la institución sigue viva, fácilmente se comprenderá que las espadas sigan en alto, incluso en los países que han reconocido el derecho como la propia Francia (8).

España, como es lógico, no fue ajena al movimiento en pro del reconocimiento del derecho de participación. Ya en los años veinte hubo una temprana e interesante iniciativa del Senador Luis Durán y Ventosa (1870-1954) para atribuir a los artistas el derecho a un 10 por 100 del precio obtenido en las ventas sucesivas de sus obras originales. Su Proposición, que no era mera copia de las leyes francesa o belga, preveía una configuración del derecho de participación razonablemente completa y sensata, anticipándose incluso a algunas de las novedades del Proyecto objeto de estas notas. Todavía en 1927 suscitaba comentarios elogiosos en la prensa, aunque pronto quedó sepultada en el olvido (9). Este olvido, sin embargo, no fue

M. Furuki Sato y A. Barr-Smith & A. Mair, respectivamente. Está prevista su publicación en el cuarto volumen sobre «International Trade in Art Law».

(8) La «Chambre Nationale des Commissaires Priseurs» ha pedido reiteradamente su supresión o, como mal menor, su extensión al mayor número posible de países (cfr. «Première résolution sur le droit de suite» de 5 de junio de 1990, inédita). Para una ilustrativa selección de las diversas opiniones, a favor y en contra del «droit de suite», *vid. la op. cit.*, de J. H. Merryman & A. E. Elsen, vol. 1, pp. 217 y ss. En la 1.ª edición de esta obra (1979) se incluye algún material adicional de interés.

(9) Hasta el punto de que sólo se da cuenta de ella en algunas monografías extrajeras, como las ya citadas de J. L. Duchemin y P. Katzenberger. En ambas se alude a un proyecto que habría sido presentado en el Senado por Durán en 1927 y según el cual se reconocería a los artistas plásticos una participación del 2 por 100. Los errores en la fecha y en la cifra son imputables a la fuente utilizada: Una referencia incidental en la revista *Droit d'Auteur* (1928, p. 6), que a su vez se remitía a un artículo aparecido en agosto de 1927 en *La Veü de Catalunya*. Sin embargo, en este artículo, del propio Durán, se decía que el proyecto fue presentado «en el temps en què les Corts es reunien», es decir antes de la dictadura de Primo de Rivera (septiembre de 1923). La «Proposición de Ley sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte» fue presentada en el Senado en noviembre de 1921 (*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, 11 de noviembre de 1921, apéndice) y reproducida, sin éxito, en la siguiente legislatura (*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, 14 de marzo de 1922, apéndice). Su texto —salvo el preámbulo— se recoge en el *Anexo documental*. Es una lástima que no fuese incluida en la, por otra parte muy completa, documentación preparada para la tramitación parlamentaria de la vigente LPI (*Congreso de los Diputados, Documentación*, n.º 46, *Propiedad Intelectual*, 1986). Habría resultado de gran utilidad.

total pues la Proposición de Durán coincide sustancialmente con los correspondientes preceptos de un proyecto privado de Ley de Propiedad Intelectual elaborado en los años ochenta en el seno del Colegio de Abogados de Barcelona (10). Su huella es asimismo evidente en las enmiendas presentadas por algunos parlamentarios catalanes durante la tramitación de la vigente LPI. Como se ve, Durán aún tuvo valedores —seguramente inconscientes— mucho después de su muerte.

Posteriormente, en la segunda República, el «droit de suite» se incluyó en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1934, bajo la denominación «derecho de continuidad» (11). Los acontecimientos históricos impidieron que el Proyecto se convirtiese en Ley; aunque es preciso admitir que de poco habría servido su aprobación, dadas sus características y en particular su opción por el sistema de plusvalía.

A pesar de estos fracasos la idea se mantuvo viva, al menos entre los especialistas en la materia (12). Además de los antecedentes españoles y del ejemplo de otros países, a ello contribuyó, sin duda, la incorporación del derecho a la Convención de Berna —de la que España es signataria— y, en menor medida, su presencia en textos internacionales como la Ley Tipo de Túnez (13).

Finalmente, en 1985, las demandas de los artistas plásticos fueron recogidas en el Dictamen sobre prioridades legislativas en materia de propiedad intelectual de la Comisión senatorial presidida por Carlos Barral, que constituye el antecedente inmediato de la vigente LPI (14). En él se recomendaba «el reconocimiento del derecho de secuencia a los artistas vivos, que

(10) El texto, que amablemente me ha facilitado uno de sus autores, se incluye en el *Anexo documental*.

(11) *Diario de Sesiones de las Cortes*, 28 de junio de 1934. Vid. el texto de los artículos correspondientes en el *Anexo documental*.

(12) Cfr., por ejemplo, J. Molas Valverde («Propiedad Intelectual. Suma Jurídica para la práctica forense», Barcelona, 1962, p. 156).

(13) El «droit de suite» fue introducido como art. 14 bis del Convenio de Berna en la Conferencia de Bruselas (1948), aunque con libertad de los Estados signatarios para incorporarlo o no a su legislación (vid., por todos, W. Nordemann *et alii*, «International Copyright and Neighboring Rights Law», Weinheim, 1990, pp. 150 y ss.). El texto del precepto (hoy art. 14 ter) puede verse en el *Anexo documental*. El «droit de suite» también se contempla —con el mismo carácter facultativo— en la Ley Tipo de Túnez para países en desarrollo, elaborada en 1976 bajo los auspicios de la OMPI y la UNESCO. Su art. 4 bis se reproduce asimismo en el *Anexo documental*.

(14) Cfr. «Dictamen de la Comisión de Educación de Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual» (puede consultarse en *Congreso de los Diputados, Documentación...*, cit., I, pp. 403 y ss.). Aunque resulte llamativo, aún se discute si el «droit de suite» es realmente una exigencia generalizada entre los artistas o, más bien, una demanda de unos pocos, seducidos ante la brillante invención de algunos especialistas en propiedad intelectual. A falta de estudios acerca de la cuestión en España, tendremos que limitarnos a la declaración afirmativa que se contiene en el «Dictamen Barral», en el que, con referencia a las consultas que precedieron a su elaboración, se afirma que los artistas sí reivindicaron el derecho.

consistiría en la participación en el incremento de valor de la obra de arte en los actos de enajenación posteriores a la primera venta que se realizasen por instrumento público o con publicidad».

Como puede verse, las peticiones de los artistas y el mismo Dictamen Barral eran muy prudentes. Tanto que, de haberse acogido en sus propios términos, el «droit de suite» no habría pasado de ser mera teoría sin trascendencia práctica alguna. En este sentido, el Dictamen presentaba tres importantes defectos, algunos de los cuales pasaron luego a la LPI: La opción por el sistema de plusvalía (heredada del Proyecto de la Segunda República), la limitación del derecho a la vida del artista y, por último, aunque este sea el más disculpable por las dificultades que entraña, la imprecisa definición del ámbito del derecho. En concreto, la limitación de la participación del artista a las ventas que se llevan a cabo «por instrumento público o con publicidad» se prestaba a interpretaciones restrictivas, capaces de situar fuera del alcance del derecho buena parte de las transmisiones onerosas de obras de arte (15).

Con esos antecedentes, el «droit de suite» fue incluido en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1 de febrero de 1986 (16). No obstante, la finalización de la legislatura impidió que fuese tramitado e hizo que decayera. Una vez inaugurada la siguiente, fue nuevamente presentado, aunque con algunas diferencias respecto al texto anterior. Entre ellas destaca la decisión de deslegalizar la fijación del precio mínimo, remitiéndola a normas reglamentarias (17).

El texto finalmente aprobado en noviembre de 1987 tan sólo introdujo algunos cambios, que afectan al número 2 del precepto y entre los que sobresale la referencia a las Entidades de gestión, de las que nada decía el Proyecto. La ausencia de mayores modificaciones no significa, sin embargo, inexistencia de debate parlamentario. Al contrario, fueron muchas —y algunas importantes— las cuestiones discutidas o, como mínimo, planteadas. En una apretada síntesis cabe mencionar las siguientes: La separación del «droit de suite» de los derechos de explotación y la conveniencia o no de incluirlo en la categoría residual de «otros derechos»; la irrenunciabilidad; la relación Ley-reglamento; la transmisibilidad a los herederos; el montante del porcentaje y del precio mínimo; el sujeto —¿vendedor o

(15) En otro orden de cosas, en el Dictamen se aludía también a la necesidad de que el derecho del artista pudiera «estimarse razonable». Si con ello se entendía que el «juicio de razonabilidad» sería hecho por el legislador —con carácter general— al configurar el derecho, la cuestión no tenía mayor importancia. Pero quizá se pensaba en una apreciación caso por caso —inevitablemente judicial— de esa «razonabilidad», al estilo de la que se contempla en la legislación de algún país como Checoslovaquia (cfr. art. 31 de la Ley de 25 de marzo de 1965 [RUDA], y, antes, art. 35 de la Ley de 1926, [cit., en J. L. Duchemin, *op. cit.*, pp. 298-299]). Evidentemente, esta segunda opción aún habría hecho más ilusorio si cabe el derecho de participación de los artistas plásticos.

(16) *BQCG, Congreso*, II Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 184-1, 1 de febrero de 1986, pp. 3843 y ss. *Vid.* el texto en el *Anexo documental*.

(17) *BOCG, Congreso*, III Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 14-1, 24 de noviembre de 1986, pp. 1 y ss. *Vid.* el texto en el *Anexo Documental*.

comprador?— obligado con carácter principal; la posible afección de la obra al pago, y, por último, la conveniencia de una exclusión expresa de las obras de arquitectura e ingeniería.

Poco después de la entrada en vigor de la Ley, y con una celeridad en consonancia con la decidida voluntad de que el derecho no quedase en letra muerta, se procedió al desarrollo del art. 24 LPI mediante el Real Decreto 395/88, de 25 de abril (18).

2.2. Derecho vigente

El «droit de suite» ha sido descrito al comienzo de estas notas como el derecho del artista a participar económicamente en el mercado secundario de sus obras. Se trata de una definición deliberadamente amplia e imprecisa. A partir de ella, las opciones son muchas, pudiendo dar lugar a configuraciones legales muy diferentes entre sí.

Los parámetros más importantes manejados para esa ulterior definición afectan: A los sujetos beneficiados (el autor, sus herederos, la comunidad artística en general, instituciones culturales...); al objeto o tipo de obras a las que se aplica el derecho, tanto desde el punto de vista del género al que pertenecen (artes plásticas, artes aplicadas, obras de arquitectura, manuscritos literarios y musicales...) como en atención a su propia naturaleza (originalidad, carácter único, múltiples hasta cierto número...); asimismo, a las condiciones exigidas a la transmisión (onerosidad, realización mediante subasta, carácter público, intervención de profesionales, precio mínimo...); y finalmente —destacándose entre estas últimas, hasta convertirse en el rasgo fundamental— a la necesidad o no de que exista plusvalía en favor del transmitente.

Las opciones básicas del legislador español resultan de la simple lectura del artículo 24 LPI y de los dos artículos del Real Decreto 395/88. En síntesis son las siguientes:

1.^a— El derecho de participación corresponde al autor con carácter irrenunciable, rechazándose su transmisibilidad tanto *inter vivos* como *mortis causa* (art. 24.3 LPI).

2.^a— Se reconoce en relación con todas las «obras de artes plásticas», sin otra excepción expresa en cuanto a éstas que las «obras de artes aplica-

(18) Para mayor comodidad, el Derecho vigente (art. 24 LPI y Real Decreto 395/88) se incluye en el *Anexo documental*.

(19) La posible extensión a los manuscritos se contempla en el Convenio de Berna y en la Ley tipo de Túnez. Asimismo en el art. 54 del Código portugués de Derecho de autor de 1985 (*RUDA*). Sin duda, por ello, A. Chaves («La protección de las obras de arte plásticas», *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1991, I, p. 247), ha criticado el art. 24 LPI aduciendo el ejemplo de recientes subastas (36 hojas de apuntes de Leonardo da Vinci adjudicadas por 2,2 millones de libras, una colección de cartas de Franz Kafka vendidas por 605.000 dólares o el manuscrito de «El Proceso», del mismo autor, valorado en 1,8 millones de dólares). No obstante, sin perjuicio de reconsiderar en el futuro la cuestión, la opción de la LPI es razonable.

das» (art. 24.1 LPI). Obviamente tampoco se extiende a los manuscritos originales de obras literarias y musicales (19).

Téngase en cuenta, no obstante, que la LPI no da una definición de lo que sean «obras de artes plásticas». Su misma terminología es variable: «obras plásticas» [art. 10.1.e)], «obras de arte» [art. 20.2 g)], «obras de artes plásticas» (arts. 24.1 y 56.2), «obras de carácter plástico o figurativo» (art. 32), sin faltar tampoco una referencia subjetiva a los «artistas plásticos» (DA, 3.^a). Podemos admitir la idea de que se trata de obras que expresan un contenido estético mediante líneas, formas, volúmenes o colores. Sin embargo, esa amplísima definición no nos ahorrará la necesidad de precisar más en relación con el «droit de suite». Por lo pronto habrá que aclarar —y tampoco disponemos de un pronunciamiento legal— qué entra dentro del concepto de «obras de artes aplicadas» (desde luego sería absurdo excluir géneros completos como la cerámica, el forjado, la orfebrería o la tapicería, por lo que habrá que considerar cada caso). Asimismo, será preciso pronunciarse acerca de las obras arquitectónicas y de ingeniería (que sería razonable excluir).

Con todo, el problema más importante desde el punto de vista práctico, lo plantean los llamados múltiples (aguafuertes, litografías, pequeñas esculturas hechas a partir de un molde...). ¿Existe para ellos derecho de participación y, en su caso, a cuántos ejemplares se limita? Nótese que el art. 24 LPI no alude de forma expresa a obras «originales», aunque se trata de una exigencia obvia. ¿Se requiere que el artista ejecute los ejemplares por su propia mano, como exigía la Proposición de Durán y Ventosa? ¿Basta que supervise la ejecución? ¿Basta que estampe en ellos su firma? En algún país esas cuestiones vienen resueltas mediante acuerdos de los sectores profesionales interesados (20). Es de suponer que también se alcanzarán entre nosotros, aunque no estaría de más un pronunciamiento legal o reglamentario.

(20) Es el caso de Francia, donde se aplica un «Acuerdo interpretativo», entre la «Chambre des Commissaires-Priseurs» y las Sociedades de Autores, de 15 de enero de 1958. En él se fijan las condiciones (ejecución personal, firma, número de ejemplares...) en que los grabados, litografías, esculturas y tapices pueden beneficiarse del «droit de suite», especificando las consecuencias de la eventual falta de alguna de ellas. Por ejemplo, los grabados deben estar firmados por el artista y no superar los 75 ejemplares (información SPADEM y ADAGP). Cabe señalar que, en el marco de los trabajos para una eventual armonización legislativa en el ámbito de la Comunidad Europea, las «Conclusions de l'Audition du 21-11-91 sur le "droit de suite"» recogen como mayoritaria la opinión de que lo que debe prevalecer para determinar la originalidad de la obra es la opinión del propio artista (cfr. *Infra*, nota 84).

(21) Gráficamente, en un viejo artículo sobre la Proposición de Durán, publicado en el diario madrileño *El Sol* (19 de julio de 1927), se recurría a la imagen —casi inmediata para un jurista— del «laudemio censal» (como, por cierto, ha hecho muchos años después M. Peña y Bernaldo de Quirós, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, V-2, Madrid, 1985, p. 723). M. Valles, *op. cit.*, sugiere hablar de «derecho» y «crédito» de participación para distinguir entre el «droit de suite» y sus frutos.

3.^a— El «droit de suite» es un derecho fructífero (21). Su productividad —no su existencia— depende de que la obra sea objeto de «reventa» (art. 24.1 LPI). Este concepto, de uso bastante común, excluye las transmisiones que se produzcan a título gratuito o *mortis causa*, así como las simples cesiones de uso (entre ellas el alquiler y —por supuesto— la exhibición por precio, a pesar de constituir formas de explotación de la obra por su propietario, de las que hoy el artista está excluido) (22).

En cualquier caso, la expresión «reventa» no está exenta de problemas. En primer lugar, ¿hemos de limitarnos estrictamente a la compraventa o, por contra, podemos incluir cualquier transmisión onerosa de la propiedad de la obra (por ejemplo, dación en pago)? Lo más razonable es lo segundo, aunque admitirlo exige superar dificultades interpretativas y plantea problemas de índole práctica. Piénsese, por ejemplo, en la permuta o en el caso, aún más complicado, de venta de las acciones de una sociedad cuyo patrimonio está constituido por obras de arte.

En segundo lugar, la «reventa» exige una venta anterior o, para ser más precisos, una «primera venta». Esto significa que están sujetas a participación las ventas que efectúan las galerías de arte cuando han comprado al artista las obras que exponen (23). Cabría preguntarse si también nacerá el crédito cuando quien vende la obra la recibió del artista de forma gratuita. En este caso, en rigor, no hay «reventa». La cuestión es dudosa. Los primeros defensores del «droit de suite», quizá observarían que, en este caso, no se dan razones para aplicar el derecho, ya que el artista no se desprendió de la obra malvendiéndola por necesidad. Pero con ello se introduce un factor de confusión. Forzando la interpretación en favor del artista, quizá pudiera resolverse la duda entendiendo que con la palabra «reventa» se alude a toda transmisión onerosa posterior a la primera realizada por aquél por cualquier título *inter vivos* (venta, encargo, donación...).

Por lo demás, supuestos como el anterior y la misma dependencia de una circunstancia (la reventa) de carácter imprevisible y no siempre en relación con el mérito o cotización de la obra, no hacen sino poner de relieve la fragilidad del fundamento tradicionalmente dado al derecho de participación.

En otro orden de cosas, parece oportuno señalar que, resultando el crédito del artista de la reventa, cuanto afecte a ésta debe repercutir en aquél.

(22) Cabe señalar, como notable excepción aunque sin proyección práctica, que en la Ley uruguaya de 1937 el «droit de suite» se configura con una gran amplitud, aplicándose a cualesquiera beneficios que obtengan los sucesivos adquirentes de una obra, sea ésta o no de carácter plástico (cfr. art. 9, *RUDA*).

(23) La «primera venta» es la del artista a la galería. Quizá sería mejor, por esta y otras razones —considérese el caso de quiebra de la galería— que éstas actuaran como depositarias o fiduciarias con mandato de venta. Cabe observar que se ha reclamado la exclusión de estas «reventas iniciales» en las que el marchante o la galería no hacen sino introducir la obra en el mercado. Cfr. «Study on Guiding Principles concerning the operation of “Droit de suite”», elaborado por los Secretariados de la Unión de Berna y de la OMPI (París, junio de 1985, Anexo, p. 33). En sentido análogo, para excluir la actividad promocional de los «dealers», cfr. apdo. b-6 de la Ley californiana. Vid. también las «Conclusiones... cit» infra nota 84.

Así sucederá en caso de nulidad del contrato o de resolución por impago del precio, con los consiguientes problemas derivados de la restitución de obra y precio y de la eventual existencia de compensaciones al vendedor por el uso de aquélla. Parece evidente que la existencia del derecho de participación obligará a que los artistas sean parte en este tipo de pleitos (cfr. art. 1252 del Código Civil), lo que puede constituir una molestia inesperada para ellos.

4.^a— No es necesario que la reventa produzca beneficios al vendedor. La participación del 2 por 100 en el precio existirá aunque éste sea igual o incluso inferior al de adquisición de la obra (art. 24.1 LPI). Por tanto, la LPI, como ya propusiera Durán y Ventosa, ha rechazado el sistema de plusvalía, optando por el de precio (24).

Esta era la cuestión más comprometida y de ella dependía, sin duda alguna, el futuro de la institución entre nosotros. No obstante, la opción hace vulnerable el «droit de suite», entre otras, a la persistente crítica de quienes encuentran injusto que el artista no participe también en las minusvalías. Por supuesto, la solución del problema no es otra que buscar y encontrar una explicación del derecho mejor que las que hasta ahora vienen dándose.

(24) En relación con este punto cabían tres posibilidades:

1.^a—Limitar la participación a los casos en que la reventa se produce con ganancias («sistema de plusvalía»). Esta solución parecía la única posible a partir de la argumentación utilizada por los promotores del «droit de suite», según la cual éste vendría a remediar el injusto enriquecimiento de los propietarios a expensas del artista. Aparte de su frágil fundamentación desde el punto de vista de los principios de la propiedad intelectual, el inconveniente más grande de este sistema reside en la dificultad —de hecho imposibilidad— para ponerlo en práctica, dada la información que requiere (precio anterior, índice de inflación, inversiones hechas por el propietario en seguros o restauración...).

2.^a—Prescindir de la plusvalía y tomar como base para la aplicación del porcentaje el precio de reventa («sistema de precio»). Por él se decidieron las leyes francesa y belga (de ahí que inicialmente se conociese como «sistema franco-belga»), aunque —importa subrayarlo— no por convicción sino por necesidad. Con excepciones, los autores de estos textos legales pensaban que el sistema correcto era el de plusvalía y si se decidieron por el de precio fue sólo porque aquél resultaba impracticable. De hecho, este contradictorio planteamiento está presente en la mayoría de los defensores del «sistema de precio»: Optan por él, pero cuando han de justificar el «droit de suite» aducen, de forma inevitable, la injusticia que supone excluir al artista de los beneficios que produce la reventa de sus obras. En la tramitación de nuestra LPI hay constantes ejemplos de ello.

3.^a—Tomar como referencia el precio, pero admitiendo que el vendedor pueda probar que no ha obtenido beneficios («sistema mixto»). Se intenta con esta solución asegurar la operatividad del derecho, salvando las críticas que provoca la eventualidad de que el vendedor deba ceder parte del precio al artista incluso cuando ha vendido con pérdidas. Este sistema es el previsto en Italia, aunque sólo para la «primera venta pública» (cfr. art. 144 de la Ley de 22 de abril de 1941, *RUDA*) y fue también propuesto en Alemania, pero sin que llegase a ser aceptado (*vid.* Katzenberger, «Das Folgerecht...», *cit.*, pp. 2 y 25).

5.^a — No toda reventa da lugar a participación. Se requieren determinadas condiciones. Para fijarlas, se ha recurrido a dos criterios de uso muy extendido:

En primer lugar, la distinción —tan conocida como arbitraria y difícil de perfilar— entre «ventas públicas» y «ventas privadas». Nuestra LPI ha recurrido a una fórmula un tanto compleja: La reventa deberá producirse «en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial» (art. 24.1 LPI). Se renuncia pues, al menos por ahora, a extender la efectividad del derecho de participación a las reventas que tienen lugar «entre particulares». Pero se va bastante más allá que las leyes de otros países al introducir elementos capaces de ampliar la noción de «venta pública». Nótese que juegan, de forma disyuntiva, tres criterios: La forma de la venta (subasta pública), el lugar en que ésta se produce (establecimiento mercantil), y por último, la intervención de ciertos sujetos (comerciante o agente comercial). Basta con que se dé uno de ellos para que nazca el crédito en favor del artista. Con todo, éste es uno de los puntos menos claros de la vigente normativa y en el que más útil sería un replanteamiento a fondo.

En segundo lugar, la fijación de un precio mínimo, por debajo del cual no hay derecho a participar. En nuestro caso, la cifra alcanzada deberá ser igual o superior a las 200.000 pesetas (arts. 24.1 LPI y 1 Real Decreto 395/88). Oportunamente se aclara que la aplicación del porcentaje legal del 2 por 100 se hará sobre el precio bruto «sin previa deducción alguna» (art. 2 del Real Decreto). Conceptos como costes de la subasta, alquileres, comisiones de intermediarios, impuestos a cargo del vendedor y, en particular, la suma umbral de 200.000 pesetas, no podrán descontarse del precio estipulado. Si una obra se vende por un millón, el artista tendrá derecho a cobrar 20.000 pesetas (25).

6.^a —El deudor es el vendedor (26). No obstante, para asegurar el pago, también se imponen obligaciones de tipo instrumental a otros sujetos: «Subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa.»

(25) Cfr., en cambio, el art. 54 del Código portugués de Derecho de autor, que permite deducir del precio «los gastos de publicidad, representación y otros relacionados con la promoción y venta de la obra».

(26) Esta es la solución casi unánime de las legislaciones que admiten el «droit de suite», aunque en España se discutió al haberse presentado una enmienda en la que se hacía «responsable del pago» al comprador, en la línea de la Proposición de Durán. Es interesante señalar que en el «Study on Guiding Principles concerning the operation of "Droit de suite"», *cit.*, p. 35, se expresa la opinión de que el pago por el comprador «está más de acuerdo con la naturaleza del "droit de suite"», aduciendo que «es lógico que cada nuevo usuario pague por el derecho a usar la obra». Por supuesto si se admitiese que ese, y no otro, es el fundamento del «droit de suite», habría que dejar de hablar de «participación en el precio» y reconocer al artista el derecho a obtener una retribución con ocasión de toda transmisión de la propiedad de la obra por cualquier título, tomando como referencia no ya el precio de venta sino su valor de mercado. Se trataría, desde luego, de un cambio radical en la concepción del derecho que chocaría con numerosos e importantes obstáculos.

Sobre ellos pesan los deberes de informar acerca de ésta y sus condiciones, retener el porcentaje correspondiente del precio y ponerlo a disposición del artista (art. 24.2 LPI). En su deseo de asegurar la posición de éste, la LPI no ha llegado, sin embargo, al extremo de afectar la obra al cumplimiento. Quizá sería una opción a considerar, aunque debe admitirse que de poco serviría si no se apoyase en un buen sistema de publicidad registral (27).

7.^a—Junto a los anteriores rasgos, de carácter sustantivo, deben destacarse otros dos de tipo instrumental, muy importantes para que el derecho de participación sea efectivo: En primer lugar, la previsión —aunque bastante tímida— de un sistema de gestión colectiva. En segundo, la renuncia a una regulación exclusivamente legal, remitiendo ciertos aspectos a normas reglamentarias.

3. EL PROYECTO DE LEY

3.1. Las propuestas de reforma

Si se acepta la conveniencia del «droit de suite», debe admitirse que la configuración del mismo que resulta de las opciones anteriores merece, sin duda, un juicio favorable. Es acertado, ante todo, el rechazo del sistema de plusvalía y la opción por el de precio en su variante de «precio mínimo». Asimismo lo es, pese a los interrogantes que suscita, la amplia referencia general a «obras de artes plásticas». Y otro tanto hay que decir de la voluntad de extender el campo de efectividad del derecho al mayor número posible de reventas.

Hoy, cuando todavía no han transcurrido cinco años desde que el «droit de suite» quedó definido, su puesta en práctica es una realidad entre nosotros. Aún no se ha logrado una plena efectividad, pero la experiencia ha bastado para demostrar la inconsistencia de la vieja crítica de su irrealizabilidad. Nuestro ordenamiento, que ha podido aprender de los errores ajenos, ha compensado así su tardanza en reconocer el derecho, adelantando a otros que en su día se le anticiparon (28).

No obstante, el favorable juicio global que la normativa merece no excluye ciertas objeciones. Algunas —la mayor parte— son resultado del plantea-

(27) Recuérdese que este punto se discutió al tramitarse la Ley. Cfr. también art. 2 de la Proposición de Durán (que, no se olvide, hacía responsable del pago al comprador).

(28) De acuerdo con los escasos datos de que dispongo, facilitados por la entidad de gestión francesa ADAGP, en 1989 se obtuvieron en nuestro país 100.000 FF por parte de la SGAE y 120.000 FF más por parte de ADAGP-España. En 1990 esta última recaudó 156.738 FF. Por supuesto, estas cifras están muy lejos —pero también nuestro mercado— de lo obtenido según la misma fuente en 1990 en Francia (83.303.000 FF) o Alemania (14.566.200 FF). Para más información sobre la evolución del mercado francés (años 1972-1979) y alemán (1982-1985) puede verse, respectivamente, «Informe OMPI», *cit.*, y P. Katzenberger, «Unheberrecht Kommentar (G. Schrickler)», *cit.*, p. 383.

miento conscientemente posibilista al que la Ley responde (así sucede, por ejemplo, con la exclusión de las «ventas privadas» o con lo escaso del porcentaje del 2 por 100). Otras, como el desvaído papel otorgado a las Entidades de gestión, pueden explicarse —aunque sólo hasta cierto punto— por la incertidumbre inicial acerca de su actuación en el mercado de las artes plásticas. Asimismo por tratarse de un derecho nuevo, también es disculpable que no se lograra la deseable precisión al definir los deberes instrumentales impuestos a quienes, sin ser parte, intervienen en la reventa. Quizá la única deficiencia sin justificación posible, la única que no reclama mejoras sino una pura y simple rectificación, sea la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho.

Haciéndose eco de tales objeciones y a partir de la experiencia de estos pocos años, el Ministerio de Cultura elaboró un Borrador de Anteproyecto de reforma, cuyo texto se difundió entre los diversos sectores interesados (artistas, galerías, entidades de gestión, etc.), a fin de recabar su opinión y, en su caso, sugerencias (29). En este «Primer Borrador» estaban ya presentes las novedades más importantes del Proyecto que aprobaría el Gobierno. No obstante, aunque en general su orientación era acertada, incurría en numerosos defectos que, de no haberse superado, habrían supuesto un paso atrás —en cuanto a claridad y precisión— en relación con el vigente art. 24 LPI (30).

Las críticas hicieron que se elaborase, al menos, un «Segundo Borrador», al que también se dio difusión. En él se corrigieron algunos de los

(29) «Borrador de posible proyecto de ley por el que se modifican determinados preceptos de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual» (sin fecha). En adelante, «Primer Borrador», *vid. Anexo Documental*.

(30) A reserva de comentar otros aspectos al analizar el texto del Proyecto de Ley (en particular los que afectan a la transmisibilidad *mortis causa*), El «Primer Borrador» presentaba, a mi juicio, los siguientes defectos:

1. Omisiones inexplicables. Por ejemplo, no decía que el obligado al pago es el vendedor. Tampoco que están sujetas al derecho las ventas «en establecimiento mercantil». Asimismo desaparecían los deberes de informar al artista dentro de plazo y de retener el porcentaje. Y otro tanto sucedía con las Entidades de gestión (a menos que se entienda que se las quiso aludir con la incorrecta fórmula de «representantes legales» del artista). Igualmente llamativo resultaba el silencio en relación con el problema de la revisión del precio mínimo.

2. Imprecisiones y errores terminológicos. Por ejemplo, hablar de participación en «el producto» o en las «transacciones», en vez de en el precio. O fijar el inicio de los tres años para reclamar no en la notificación de la venta sino en su «formalización». O referir las obligaciones del n.º 4 a «los intermediarios», olvidando a otros sujetos aludidos al definir el ámbito de efectividad del derecho.

3. Previsiones de alcance equívoco. Por ejemplo, calificar el porcentaje legal de «mínimo». ¿Qué se pretendía con ello? ¿Permitir pactar porcentajes superiores? ¿Advertir de futuros incrementos, pensando quizá en el recurso a normas reglamentarias? No menos dudas suscitaba la referencia a la determinación reglamentaria de «los elementos necesarios para la efectividad de este derecho», que fácilmente podría haber hecho pensar en una «inefectividad» provisional del mismo.

(31) *Vid. Anexo documental*. Asimismo se recoge en éste, dado su interés para la comprensión del Proyecto de Ley, un «Texto alternativo», elaborado por diversas Entidades de gestión.

defectos del primero, aunque no todos (31). Ya como Anteproyecto, el texto aún experimentaría modificaciones, si bien de poca entidad (32). El Proyecto de Ley, finalmente, se ha limitado a añadir pequeños cambios en la redacción y, sobre todo, en la estructura de la norma, que ha sido sensiblemente mejorada.

3.2. Texto del Proyecto

El texto propuesto en el Proyecto para el artículo 24 LPI es el siguiente:

«1. Los autores de obras plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intermediación de un comerciante o agente mercantil, en la forma que reglamentariamente se determine.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas.

2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3. El derecho establecido en el apartado 1 de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el uno de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán comunicarla a la Entidad o Entidades de gestión correspondientes o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto, retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.

5. La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la comunicación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo

(32) «Anteproyecto de Ley por el que se modifican determinados arts. de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual». *Vid. Anexo documental*. En nota se indican las diferencias entre el texto reproducido y una versión anterior.

de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule.»

Una lectura rápida del precepto permite comprobar que, si bien gana en extensión en relación con el texto vigente, no se introducen cambios verdaderamente esenciales. Con la salvedad de la aparición de un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes como posible beneficiario de las sumas obtenidas, los rasgos básicos de la actual regulación se mantienen: El «droit de suite» sigue consistiendo en una participación en el precio de reventa de las obras originales que el vendedor debe pagar al artista; su objeto continúa limitado a las artes plásticas, con exclusión de las aplicadas, y asimismo se mantiene la renuncia a extenderlo a todas las ventas, recurriendo para ello a los criterios ya conocidos (exclusión de las «ventas privadas» y fijación de un precio umbral). Como se dice en la Memoria que acompaña al Proyecto de Ley, en éste «se respetan [...] las líneas esenciales de la regulación de 1987, por lo que no observarán grandes diferencias [...]. Se trata solamente [...] de corregir una serie de deficiencias, lagunas y contradicciones denunciadas por la experiencia» (33).

Pese a ello, no puede decirse que el Proyecto carezca de importancia. Al contrario, son bastantes las cuestiones afectadas por él. Entre ellas, como más relevantes:

1.^a.—La transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación, que pasa a admitirse, presentándose este cambio como «la razón fundamental que ha motivado la nueva redacción del artículo 24», según destaca la propia Exposición de motivos del Proyecto.

2.^a.—El porcentaje y el precio umbral de reventa, que se incrementan (en un punto y 100.000 pesetas, respectivamente), elevándose asimismo el rango de la norma en que se establece el segundo y remitiéndose la revisión de ambos a la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3.^a.—Los deberes instrumentales a cargo de los sujetos que, sin ser parte, intervienen en la reventa, que se redefinen en un intento de lograr mayor claridad.

4.^a.—El destino de lo recaudado, introduciéndose la posibilidad de que beneficie a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

4. COMENTARIO

4.1. El problema de la transmisión *mortis causa*

El actual artículo 24.3 LPI se limita a establecer que el derecho de participación es «irrenunciable e intransmisible». Nada dice sobre la posibilidad de transmisión *mortis causa* ni, por supuesto, sobre los eventuales beneficiarios de la misma o el límite temporal del derecho en tal caso (34).

(33) «Memoria del Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 22/87, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual.»

(34) Cfr., en el mismo sentido, el art. 54 del Código de Derecho de autor portugués de 1985.

Pese a ello, al principio no faltó quien entendiese que el derecho de participación, tal y como había sido admitido entre nosotros, era transmisible a los herederos con el límite de sesenta años previsto para los derechos de explotación (art. 26 LPI). La suposición no era disparatada si se tiene en cuenta el origen histórico del derecho y la solución que suelen dar al problema la mayor parte de las legislaciones (35). De acuerdo con esta tesis, el artículo 24 LPI, al establecer la «intransmisibilidad», sólo habría querido impedir las cesiones *inter vivos* para proteger al artista de sí mismo, evitando que la cesión del derecho al adquirente de la obra se convirtiese una cláusula de estilo.

No obstante, la anterior interpretación era incorrecta. El vigente 24 LPI no admite la transmisión *mortis causa* del derecho de participación, que se configura como estrictamente vitalicio y se extingue a la muerte del artista (sin perjuicio, por supuesto, de que sí se transmitan los créditos nacidos mientras éste vivió). Los trabajos parlamentarios resultan inequívocos al respecto, ya que la cuestión fue expresamente discutida, rechazándose enmiendas de varios grupos parlamentarios que pretendían extender el derecho a los herederos (36). Ese rechazo —importa subrayarlo— se produjo teniendo a la vista tanto las leyes de otros países que admiten la transmisibilidad *mortis causa* como, en particular, el Proyecto de LPI de la Segunda República que seguía idéntico criterio. No fue, por tanto, una decisión inconsciente como se ha podido creer. ¿Por qué se adoptó? En primer lugar, como sabemos, porque se consideró «prudente» una introducción gradual del derecho en nuestra legislación. En segundo, no se olvide, porque según el «Dictamen Barral» los propios artistas sólo habían pedido

(35) Francia, Alemania, Bélgica e Italia, por ejemplo, reconocen la transmisibilidad *mortis causa* del derecho. *Vid.*, en el mismo sentido art. 14 ter del Convenio de Berna.

(36) Respondiendo a una de ellas, el Diputado P. Jover, defensor del Proyecto por el PSOE, observaba: «Nos encontramos con una (institución) nueva que no se sabe exactamente qué efectos va a producir en el mercado de obras de arte. Parece que debemos ser cautelosos y que, al menos en sus primeras andaduras, esta (institución) se debe aplicar solamente para los autores y no para sus causahabientes (...) es un derecho patrimonial, pero no es un derecho de explotación ... Nos parece que esos derechos, tanto el que está en este art. 24 como el que está en el 25, no deben ser objeto de transmisión *mortis causa* (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 12 de mayo de 1987, pp. 4832 y ss.). Sobre la cuestión hay también un pronunciamiento expreso en la «Memoria», que acompañaba al Proyecto del RD 395/88: «Se trata de un derecho irrenunciable e intransmisible, tanto por actos entre vivos como *mortis causa*. El derecho se extingue con la desaparición —muerte física o declaración de fallecimiento— del autor.»

(37) Cfr. J. Gutiérrez («La gestión de los derechos de autor en las artes plásticas», *I Congreso Iberoamericano...*, cit., I, p. 253) y R. Casas («La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano*, cit., I, p. 278). En idéntico sentido se expresó el propio Subdirector General de Propiedad Intelectual, E. de la Puente («Tendencias en la legislación española sobre propiedad intelectual. Sus perspectivas», *I Congreso Iberoamericano*, cit., I, p. 297.).

un derecho vitalicio. La opción fue muy desacertada y suscitó críticas y lógicas demandas de reforma. La intransmisibilidad «mortis causa» del derecho carece de toda justificación (37).

Por lo pronto, un derecho de participación vitalicio choca abiertamente con los orígenes históricos de la institución. ¿Acaso no se justificó ésta recurriendo a ejemplos de viudas y huérfanos en la miseria, mientras asistían impotentes a subastas millonarias de obras malvendidas en su día por necesidad? Por otra parte, continuando con las razones esgrimidas en favor del «droit de suite» ¿No es con frecuencia a la muerte de los artistas cuando sus creaciones se revalorizan más? ¿Es lógico limitar a la vida del autor un derecho en cuya base —acertadamente o no— está la idea de que la sociedad tarda en reconocer al auténtico genio? Por otra parte, dado que la efectividad del derecho depende de una circunstancia aleatoria, cuanto más breve sea el plazo menos posibilidades hay de que lleguen a producirse beneficios por este concepto. ¿Cuántas reventas en las condiciones exigidas por la ley pueden tener lugar en vida del artista? Sin duda pocas.

No obstante, los argumentos anteriores no son los determinantes. Es más, buena parte de ellos están en estrecha dependencia de concepciones erróneas acerca del fundamento del «droit de suite» que, desdibujando su naturaleza de derecho de autor, llevan a confundirlo con una institución asistencial. Lo que realmente hace inadmisibles la actual solución legal es la discriminación que supone en perjuicio de los artistas plásticos. La intransmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación es una odiosa excepción a la regla general por la que se rigen los derechos patrimoniales de los demás autores (escritores, compositores...) (38). La «prudencia» en la introducción del derecho en nuestra LPI, para evitar perjuicios al mercado español del arte, puede justificar un porcentaje moderado o un precio mínimo alto, o la misma exclusión de las llamadas «ventas privadas», pero nunca la limitación del derecho a la vida del artista.

El Proyecto de Ley viene a enmendar el error, estableciendo de forma expresa la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación (art. 24.3). La justificación que se da en la Exposición de Motivos es la siguiente: «La admisión de la transmisión *inter vivos* de este derecho podría, en determinados casos, eliminar, de hecho, su carácter irrenunciable y perder su finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas. Sin embargo, una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido, por lo que es justo y lógico admitir su transmisión por causa de muerte.» Seguramente habría sido mejor reconocer, sin más, que se trataba de poner fin a una discrimina-

(38) No estará de más observar, aunque otra cosa se haya podido insinuar (cfr. M. Valles, *op. cit.*, p. 450), que el «droit de suite» no es un derecho moral sino patrimonial, por más que no se incluya entre los «de explotación» dadas sus especiales características. *Vid.*, en este sentido, la intervención parlamentaria citada en al anterior nota 36. Asimismo cabe mencionar el art. 123 LPI, en el que se precisa que la actividad de las Entidades de gestión se extiende a los derechos de explotación «u otros de carácter patrimonial», en clara alusión a los reconocidos en los artículos 24 y 25 LPI.

ción, evitando pronunciamientos acerca del fundamento y finalidad del derecho, que siempre son arriesgados y respecto a los que luego es difícil mantener una total coherencia.

Como es lógico, este cambio de criterio abre numerosos interrogantes. Los dos más importantes —beneficiarios del derecho y duración de éste— se resuelven de forma expresa:

a) *Sujetos beneficiarios*. El «Primer Borrador» del Proyecto establecía que, a la muerte del artista, el derecho de participación debía pasar a sus «herederos forzosos». Esta solución suscitó críticas inmediatas pues suponía reconocer la transmisibilidad *mortis causa*, pero no la facultad de decidir el destino del derecho. Es probable que con esta restricción se quisiera beneficiar a viudas y huérfanos, en la línea de algunas legislaciones que someten la transmisión del derecho de participación a reglas especiales (39).

De nuevo nos hallamos ante un malentendido provocado por los argumentos históricos utilizados para conseguir el reconocimiento del «droit de suite» y que llevaron a concebirlo —por lo demás con un optimismo excesivo en cuanto a sus hipotéticos beneficios— como un recurso para satisfacer las necesidades del artista y los suyos.

Aceptar este enfoque, habría supuesto, una vez más, discriminar a los artistas plásticos en relación con el resto de los autores, que pueden disponer *mortis causa* de sus derechos con toda libertad. Nos habríamos encontrado, por ejemplo, con el absurdo de que un artista no pudiese dejar el «droit de suite» sobre sus obras —alguna, varias o todas— a una Fundación o un Museo. Por otra parte, la expresión «herederos forzosos» habría provocado serios problemas aplicada a los distintos Derechos civiles de España (¿quienes tendrían tal condición? ¿Los legitimarios? ¿Los herederos abintestato? ¿Cuáles serían los derechos de la viuda?).

(39) Tal es, señaladamente, el caso de Francia. Sobre las normas sucesorias aplicables en este país al «droit de suite», los problemas que han planteado y la jurisprudencia recaída, *vid.*, por todos, C. Colombet, «Propriété littéraire et artistique et droits voisins», 5.^a ed., París, 1990, pp. 283 y ss.

(40) Cuestión previa será la de determinar qué lugar corresponde al «droit de suite» en el régimen económico del matrimonio. Como ha destacado C. Rogel («Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual en España», *BDA*, 2/1989), la LPI no incluye norma alguna sobre derechos de autor y economía del matrimonio. Sin duda, es lo más correcto, tanto desde el punto de vista sistemático como —sobre todo— de la pluralidad legislativa existente en España en esta materia. Pero ello nos obliga a recurrir a una normativa —estatal o autonómica— que, como es lógico, poco o nada dice acerca de tan importante materia. Por lo que respecta al régimen de gananciales, sin embargo, el art. 1346.5.º del Código Civil sí nos da una respuesta clara para el caso del «droit de suite». Si nos atenemos a la configuración aún vigente, es obvio que el derecho de participación —vinculado a la persona del artista— tiene carácter privativo, pues encaja como pocos en la debatida fórmula «derechos patrimoniales inherentes a la persona». Y la solución no variará de aprobarse el Proyecto, pues en él el derecho continúa siendo «no transmisible *inter vivos*» (art. 1346.5.º del Código Civil). Claro está que los créditos que nazcan en cada reventa sí tendrán carácter ganancial.

Con buen criterio, ya desde el «Segundo Borrador», se optó por admitir la sucesión *mortis causa* —voluntaria o intestada— sin restricciones, remitiéndose, por tanto, a las normas generales de Derecho sucesorio (art. 24.3 Proyecto) (40). Por supuesto, el «droit de suite» se transmitirá aunque se trate de las obras que el artista tenga en su estudio al fallecer (41). Hay que tener presente que en este caso, si el adquirente *mortis causa* de la obra la vende, no se tratará de «reventa» sino de «primera venta», por lo que el titular del «droit de suite» —que bien puede ser otro sujeto— todavía no participará en el precio obtenido.

Hay otra cuestión que acaso no se haya considerado. El Proyecto dispone que el derecho de participación «se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*». Con esta fórmula —que no habla de los «herederos del artista»— se nos ahorran discusiones tanto sobre los títulos sucesorios (herencia, legado) como acerca de la posibilidad de que el derecho sea objeto de varias sucesiones, mientras no venza su plazo de vigencia. Pero al propio tiempo se cierra la posibilidad de que los titulares *mortis causa* puedan transmitirlo a su vez por actos *inter vivos*. Para ellos el derecho sigue siendo intransmisible, salvo por causa de muerte. ¿Es esto lógico? ¿No habrá aquí —otra vez— un residuo del enfoque asistencial que inspiró las primeras iniciativas en pro del «droit de suite»? Si los beneficiarios hubieran de ser necesariamente las viudas y huérfanos, podría entenderse que —como al autor— se les proteja de sí mismos. Ahora bien, una vez admitido que el nuevo titular del derecho de participación puede ser cualquier persona física o jurídica, esa restricción —aunque de escasa trascendencia práctica— no tiene demasiado sentido (42). Huelga decir, por último, que la intransmisibilidad *inter vivos* en nada afectará a los eventuales acuerdos particionales entre los coherederos, que podrán distribuir el derecho de participación sobre las distintas obras como estimen conveniente.

En otro orden de cosas, también hay que tener en cuenta que la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación suscita importantes problemas prácticos que sería muy conveniente resolver, si no se quiere proporcionar nuevos argumentos a sus enemigos. Por ejemplo, los relativos a la identificación de los titulares: ¿Cómo saber quién es el heredero del autor? ¿Qué hacer si éste ha decidido adjudicar el «droit de suite» sobre distintas obras a diversas personas? ¿Y si lo ha incluido en un legado? ¿Y si, para complicarlo más, se trata de un artista extranjero? También planteará dificultades la eventual pluralidad de titulares. Ciertamente que no es una situación nueva, ya que también se da en los supuestos de coautoría. Pero con la transmisibilidad *mortis causa* resultará mucho más frecuente, lo que complicará la gestión del derecho. Sería deseable que todas esas cuestiones

(41) Se podría acaso discutir si el derecho de participación nace con la creación de la obra (en este sentido, M. Valles, *op. cit.*, p. 450) o con su divulgación, pero es indudable que no lo hace con la «primera venta».

(42) La misma Exposición de Motivos del Proyecto de Ley lo admite cuando dice que, tras la muerte del artista, desaparece la razón de ser de la intransmisibilidad *inter vivos*.

se resolvieran sin aumentar las cargas que pesan sobre los sujetos pasivos de las diversas obligaciones resultantes del derecho de participación.

b) *Duración del derecho.* En relación con el límite temporal del derecho de participación, el «Primer Borrador» proponía un plazo de cincuenta años. Afortunadamente, este criterio se abandonó muy pronto en favor del plazo general de sesenta años (cfr. art. 26 LPI). Este es el que se prevé en el Proyecto de Ley. No había ninguna razón para apartarse de él y, caso de haberla, sería más bien para ampliarlo que para reducirlo.

En cuanto al cómputo, el Proyecto se acoge a la regla del artículo 30 LPI, aunque no coincida con él plenamente pues omite considerar el caso de la obra no divulgada. Ignoro si se trata de una omisión consciente o inadvertida, pero puede dar como resultado que también en este caso la duración del «droit de suite» se compute tomando como referencia el momento de «la muerte o declaración de fallecimiento», al margen de que la divulgación pueda producirse más tarde. No obstante, una interpretación rígida de la fórmula del Proyecto tendría la virtud de eliminar la incertidumbre que puede existir en cuanto a la divulgación (nótese que el art. 56.2 LPI admite que ésta puede no haber tenido lugar a pesar de la enajenación de la obra).

Cabe hacer, por último, una precisión en relación con el supuesto de declaración de fallecimiento. El plazo, dice el Proyecto, se empezará a contar «desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo [...] la declaración de fallecimiento». La fórmula es la misma que emplea el artículo 30 LPI y por ello es lógico mantenerla. Pero quizá sería una buena ocasión para aclarar que, en este caso, el plazo no empieza a correr a partir de la fecha de la declaración sino a partir de la establecida en ésta para la muerte (cfr. art. 195, párrafo 2.º del Código Civil). Se llegue o no a decir en forma expresa, esa es la interpretación que hay que dar tanto al artículo 30 LPI como al artículo 24.4 del Proyecto.

4.2. Porcentaje y precio mínimo

La reforma proyectada también afecta a las cifras. Varían el porcentaje establecido en favor de los artistas, el precio mínimo que da derecho a la participación y, por último, el expediente para la puesta al día de uno y otro. Consideremos separadamente las tres cuestiones.

a) *Porcentaje.* La LPI, ya desde el primer Proyecto de Ley, optó por un más que modesto 2 por 100, muy alejado del 10 por 100 que en su día propusiera Durán y Ventosa. Hubo diferentes enmiendas que sugirieron

(43) El diputado P. Jover, por el PSOE, rechazó algunas enmiendas que proponían un 5 por 100, señalando que los efectos del derecho de participación en el mercado del arte no podían preverse y añadiendo algo muy ilustrativo: «Nos parece que en cierta medida el 2 por 100 ya es suficiente y, sobre todo, lo importante es que la ley ha introducido el principio. El porcentaje me parece que, en este sentido, no es demasiado importante en sí» (*loc. cit.*).

cifras más elevadas, pero no prosperaron. La decisión, como otras, se justificó con la necesidad de actuar con cautela en la introducción del «droit de suite», a fin de no causar daños al mercado del arte en España (43).

Ciertamente, una cifra elevada podría retraer la demanda y perjudicar a los propios artistas. Pero, en sentido contrario, un porcentaje demasiado reducido puede comprometer la rentabilidad del derecho, cuya recaudación —no se olvide— implica ciertos costes. En general, se ha coincidido en considerar insuficiente un 2 por 100 (44).

El artículo 24.2 del Proyecto eleva este porcentaje en un punto. Sin duda, el aumento será bien recibido por artistas y Entidades de gestión, aunque sigue quedando por debajo de las peticiones en favor de un 5 por 100 (45). Pese a ello, las críticas han de ser forzosamente moderadas. En primer lugar, porque cada país debe decidir en función de las características de su propio mercado (y hay que suponer que el Ministerio de Cultura dispone de buena información al respecto). En segundo, porque el 3 por 100 no es una cifra definitiva y siempre cabe que, en un plazo razonable, se eleve hasta alcanzar el 5 por 100 si ello se cree oportuno (46).

Hemos de entender, por último, a la vista del silencio del Proyecto en este punto, que seguirá vigente el artículo 2 del Real Decreto 395/1988. Por tanto, como hasta ahora, para la aplicación del porcentaje «se tomará como base el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna».

b) *Precio mínimo de reventa.* El artículo 24.1 LPI establece que el crédito del artista nace cuando el precio de enajenación de la obra fuere «superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca». Como sabemos, el mínimo quedó establecido en 200.000 pesetas por el artículo 1 del Real Decreto 395/88.

En comparación con la reglamentación actual, lo primero que llama la atención del Proyecto de Ley es que eleva el rango de la norma en la que se fija el precio umbral a partir del cual el «droit de suite» cobra virtualidad, su artículo 24.2, párrafo 1.º, ya no se remite a normas reglamentarias sino que establece directamente la suma de 300.000 pesetas. Se vuelve así al planteamiento del Primer Proyecto de LPI. ¿Por qué este cambio de crite-

(44) En este sentido, entre otros, A. Gual («La Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico», *RJC*, IV/1988, p. 50); J. Gutiérrez («La gestión de los derechos...», *cit.*, p. 253); R. Casas («La protección de los artistas...», *cit.*, p. 277).

(45) En el panorama internacional, los porcentajes varían mucho, si bien hay que evitar comparaciones entre los de los países que siguen el «sistema de plusvalía» (más elevados) y los de aquellos que se acogen al «sistema de precio» (más reducidos). En cuanto a éstos, Francia tiene establecido el 3 por 100. En cambio Alemania lo ha fijado en el 5 por 100. Esta cifra se maneja también en las propuestas para la armonización legislativa en el ámbito de la Comunidad Europea, aunque no hay pleno acuerdo (cfr. *infra*, nota 84).

(46) Ese futuro aumento estaba seguramente en el ánimo de los autores del Proyecto de Ley, como revela la fórmula «porcentaje mínimo», que aparecía en los «Borradores».

rio? Sin duda ha pesado la consideración de que, siendo el «droit de suite» una restricción de los derechos del propietario, es mejor que sus caracteres esenciales se establezcan en normas del máximo rango normativo (47). Por otra parte, esa solución hará más fácil mantener la adecuada relación entre porcentaje y precio mínimo. A este respecto, cabe observar que el Proyecto de Ley, que aumenta ambos, desautoriza la pretendida «proporción inversa» entre uno y otro, de la que se había hablado en la «Memoria» del Proyecto de Real Decreto 395/88 (48). Lo que sí cabría plantearse es la posibilidad de fraccionar el precio en tramos, fijando distintos porcentajes progresivamente menores a medida que aquéllos ascienden. Quizá sea una opción a considerar.

El segundo aspecto destacable es el relativo al montante de la cifra. La suma hoy vigente de 200.000 pesetas ha sido objeto de críticas al considerarse demasiado elevada, y ello a pesar de que supuso una rebaja sustancial en relación con las 500.000 pesetas previstas en el Primer Proyecto de LPI. Hay que tener en cuenta que, una vez admitida la razonabilidad del derecho de participación, limitar su campo de aplicación es discriminar a unos artistas respecto de otros (aunque formalmente la diferencia no vaya referida a personas sino a obras, muchos artistas —sea por la calidad de su producción sea por el género que cultivan— difícilmente rebasarán una cifra

(47) Este aspecto del problema pasó inadvertido en el preceptivo dictamen del Consejo de Estado (18-2-1988) al Proyecto del Real Decreto 395/88. No obstante, la propia «Memoria» que acompaña al actual Proyecto de Ley ha venido a reconocer que con éste «se despejan [...] eventuales dudas sobre la constitucionalidad de la Ley de 1987 que remitía a norma reglamentaria tal extremo».

(48) Se decía en ella: «A mayor cuantía en la cifra mínima básica para ejercer el derecho menor habrá de ser el tipo o porcentaje a aplicar. Por el contrario si el listón de la cifra mínima descende habrá de utilizarse un porcentaje más elevado. En la legislación de los países que han adoptado el sistema del precio mínimo como punto de partida para la recaudación de este derecho, se observa la existencia de esta proporción inversa.»

(49) En la «Memoria» del Proyecto de Real Decreto 395/88 se decía: «Es necesario operar con prudencia. No se puede fijar una cifra mínima demasiado elevada, ya que no resulta conveniente excluir de modo total a los artistas noveles o principiantes; pero tampoco se puede fijar una cifra demasiado baja puesto que en este caso los gastos de recaudación y de gestión serían demasiado elevados en comparación con las pequeñas sumas a recibir.» La observación es irrefutable, pero convendría no pasar por alto que la limitación o al menos concentración del «droit de suite» —o, mejor, de su productividad— en artistas prestigiados será inevitable, pues sólo ellos disponen de un *mercado secundario de una mínima entidad*. Según datos correspondientes a 1990 y facilitados por J. M. Guttón (ADAGP), sobre un total de 1.700 artistas que percibieron derechos a través de esta Sociedad, 1.100 obtuvieron de 100 a 10.000 FF, 400 de 10.000 a 100.000 FF, 100 de 100.000 a 200.000 FF y sólo 50 superaron los 200.000 FF. Seguramente si analizásemos un período suficientemente largo veríamos que unos pocos artistas consagrados son los grandes beneficiados por el «droit de suite». Esto puede no cuadrar con el romanticismo de las primeras épocas (ayuda al artista necesitado), pero sí con las reglas del mercado: Los mejores ganan más en cualquier actividad y el Arte no tiene por qué ser una excepción.

demasiado alta). Por supuesto, esa discriminación deja de existir si tiene una causa razonable, como sucede con la necesidad de mantener el equilibrio entre costes y beneficios (49).

En base a consideraciones de este género, eran muchos los que sugerían reducir el precio mínimo a 100.000 o incluso a 6.000 pesetas. Sin embargo, el Proyecto de Ley ha optado por elevarlo. Según su artículo 24.2, párrafo 1.º, el precio tendrá que ser «superior a 300.000 pesetas por obra vendida». ¿Qué juicio merece esta previsión? En relación con la cuantía de la cifra poco cabe decir, salvo constatar que en otros países es muy inferior (50). Al igual que con el porcentaje, habrá que suponer que también esta decisión se ha tomado con un buen conocimiento de las circunstancias del mercado español (51).

También merece una referencia la expresión «precio “superior a”» utilizada en el Proyecto y que ya aparece en el vigente artículo 24 LPI. Por supuesto es del todo correcta. Pero pienso que sería más fácil hablar de «precio “a partir de la cual”», como hace el Real Decreto 395/88 (52). Con la fórmula que utiliza el Proyecto, si una obra se revende por 300.000 pesetas el artista no obtendrá participación alguna. Personalmente, por comodidad y dado que suele hablarse de «precio mínimo», creo que sería preferible que las 300.000 pesetas fuesen la cifra «a partir de la cual» el artista tiene derecho a participar. En este sentido, la fórmula ideal es la propuesta en el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión: «Precio de enajenación “igual o superior a” 300.000 pesetas».

Por último, constituye una mejora que el artículo 24.1, párrafo 1.º del Proyecto, tras señalar el precio umbral, precise «por obra vendida». Para verificar si se supera o no el mínimo establecido, lo que importa no es el

(50) Por ejemplo: Francia (100 FF), Bélgica (1.000 FB), Alemania (100 DM). Nada tiene de extraño, por tanto, la crítica de A. Dietz al mínimo español («Das Urheberrecht in Spanien und Portugal. Rechtsvergleichende Studie erstellt im Auftrag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften»), München, 1989, p. 160. No obstante, en apoyo de la decisión española, cabría citar el caso de California (1.000 dólares).

(51) En la «Memoria» del Proyecto del Real Decreto 395/88, con referencia al actual precio umbral (200.000 pesetas), se decía que «no es producto del azar, sino la resultante de un detenido examen de las características de naturaleza, proporciones, precios de oferta, etc., de una larga relación de obras plásticas, de autores españoles que circularon en el mercado español durante los años 1986 y 1987». Es lógico suponer que ese cuidado del Ministerio en no escoger cifras de forma arbitraria se ha mantenido al sugerir la de 300.000 pesetas. A este respecto resulta significativa su aceptación en el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión. En cuanto a los estudios de mercado hechos o encargados por el Ministerio, sería interesante su publicación, pues, sin duda, constituyen un elemento muy importante para formarse una opinión acerca de la normativa española.

(52) Nótese que entre el vigente art. 24 LPI y el art. 1 del Real Decreto 395/88 hay una pequeña diferencia a este respecto. Aquél habla de precio «superior a» determinada cifra, en tanto que éste lo hace de precio «a partir de la cual» podrá exigirse la participación. La cosa no tiene mayor importancia, pero puede producir malentendidos. Contra lo que induce a creer el art. 24 LPI, para que nazca el crédito del artista no es preciso que la obra se venda por más de 200.000 pesetas: Basta que se alcance esta cifra.

precio del lote sino el de cada una de las obras que lo componen. La aclaración, en la línea de otras leyes (Francia, Bélgica...), solventa las dudas que había planteado el caso —no raro— de la venta conjunta y tiene la virtud de poner de relieve —y, por tanto, obligar a estudiar— un tema de gran importancia práctica (53). Lógicamente, el Proyecto de Ley no solventa todos los problemas. Sobre todo, será preciso establecer cuándo nos hallamos ante un lote de diversas obras —quizá algunas de ellas fuera del ámbito de aplicación del «droit de suite»— o ante una obra única formada por un conjunto inseparable (considérese, por ejemplo, la venta de una carpeta temática de grabados o litografías). También, desde el punto de vista práctico, habrá que conseguir que la fijación del precio de cada obra se haga sin excesivos costes.

c) *La revisión de porcentaje y precio.* El porcentaje es un elemento bastante estable. De hecho, una vez se alcance el óptimo, la modificación será muy excepcional; entre otras cosas por el deseable mantenimiento de la máxima uniformidad internacional, al menos en el ámbito de la Comunidad Europea. Sin embargo, ello no significa que no deban existir mecanismos de revisión.

Como sabemos, los autores de la LPI eran muy conscientes de que, tarde o temprano, habría que elevar el 2 por 100 inicial. Pese a ello, no incluyeron en el artículo 24 LPI ninguna previsión específica con este objeto. En teoría podían haber dejado la cuestión a normas reglamentarias, reproduciendo el expediente establecido para el precio mínimo. Pero, con buen criterio, no lo hicieron. El porcentaje es un componente básico del derecho de participación y su cuantía debe estar fijada en la Ley. Por ello el vigente artículo 24 LPI remite implícitamente la cuestión a futuras reformas legales. La opción tiene, sin embargo, el riesgo de petrificar el porcentaje o, como mínimo, hacer muy difícil su variación. Esta es la razón por la cual, buscando un punto de equilibrio entre el rango normativo deseado y la necesaria agilidad, se ha acabado recurriendo a la Ley de Presupuestos.

El precio mínimo, a diferencia del porcentaje, es un dato que puede resultar mucho más variable. En su determinación juegan factores muy diversos, que van desde la salud del mercado artístico hasta los costes de gestión del derecho, con particular atención a las fluctuaciones monetarias. Por ello es lógico prever un procedimiento específico de revisión dotado de una cierta flexibilidad. En teoría cabría el recurso a criterios automáticos, como el índice de inflación, aumento del coste de vida u otros (54). Pero el Proyecto, en mi opinión con acierto, ha descartado ese sistema.

Como es lógico, una vez quede absorbida por la LPI la fijación del precio mínimo, su variación ya no podrá producirse mediante normas regla-

(53) Sobre él llama la atención J. A. Ballesteros, «El derecho de participación o seguimiento del autor de una obra de arte. Estudio del art. 24 de la LPI», *AC*, 12/1991.

(54) Cfr., por ejemplo, el art. 39 de la Ley brasileña de Derecho de autor de 14 de diciembre de 1973 (*RUDA*), que excluye la participación cuando «el precio obtenido haya sido inferior a cinco veces el valor del salario mínimo más elevado en vigor en el país».

mentarias, salvo nueva habilitación expresa. Esto es lo que se olvidaba en los «Borradores», e incluso en la versión inicial del Anteproyecto, al referir sólo al porcentaje el nuevo mecanismo de revisión. Por supuesto, el silencio de la norma no habría impedido utilizar la Ley de Presupuestos para poner al día el precio mínimo, por lo que el olvido era de hecho irrelevante. No obstante, bien está que se haya subsanado.

Aparte de las consideraciones anteriores, ¿qué juicio merece el recurso a la Ley de Presupuestos Generales? Por lo pronto, hay que decir que el alcance de esta revisión es en realidad bastante reducido. Como es lógico, con ella no se limitan los cauces de reforma del artículo 24 LPI: Cualquier norma con rango de Ley —sea o no la de Presupuestos— podrá modificar tanto el porcentaje como el precio mínimo. Por otra parte, habida cuenta que la remisión se hace a otra Ley, es claro que la revisión no se impone. En resumen, en relación con esta cuestión el Proyecto se limita a expresar un deseo, sin tan siquiera sugerir periodicidad alguna para su ejecución. La revisión del porcentaje y el precio mínimo queda así a la entera discreción del legislador. Pero ello no significa que nos encontremos ante una disposición inútil. Al contrario, es muy oportuno que la LPI llame la atención acerca de la necesidad de que tanto el porcentaje como, sobre todo, el precio mínimo sean revisados cuando las circunstancias lo requieran. Desde este punto de vista, resulta acertado que se indique la vía de la Ley de Presupuestos. Aunque en teoría poco aporta, en la práctica facilitará mucho las cosas al Ministerio de Cultura. Las iniciativas de éste tendrán así —al menos en las cuestiones expresamente mencionadas— una puerta permanentemente abierta.

Es posible, por último, que surjan las inevitables críticas que suscita todo recurso exorbitante a la Ley de Presupuestos. Nadie duda de que, por muchas razones, convendría poner coto al uso y abuso que de ésta se hace para legislar sobre las materias más diversas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, hay una diferencia esencial: no se trata de una intromisión por propia iniciativa de la Ley de Presupuestos en la LPI sino que es ésta misma la que se remite a aquélla, especificando con claridad los extremos afectados.

4.3. Los deberes instrumentales

Tomando como punto de referencia las condiciones exigidas a la reventa, el vigente artículo 24.2 LPI impone una serie de deberes a «los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan» en ella. Como sabemos, tales deberes son: Informar de la reventa y sus circunstancias, retener el porcentaje correspondiente al artista y, por último, ponerlo a su disposición. Huelga decir que de la fidelidad con que se cumplan dependerá en no poca medida el éxito o fracaso del derecho de participación. De hecho éste, en los países en que funciona, se apoya en gran medida en acuerdos entre las Entidades de gestión y las asociaciones profesionales de marchantes y galeristas. Por ello no debe extrañar que el Proyecto de Ley se proponga mejorar en este punto la normativa vigente, haciéndola más detallada y

precisa, aunque —como se verá— ello no se logre del todo. Las novedades propuestas afectan a las siguientes cuestiones:

a) *Sujetos obligados*. Buscando una plena simetría con la definición de las reventas sujetas al derecho de participación, el artículo 24.4 del Proyecto añade a los sujetos sobre los que pesan deberes instrumentales a los «titulares de establecimientos mercantiles», de los que nada dice el actual artículo 24.2 LPI.

La adición resulta lógica. No obstante, plantea un pequeño problema de interpretación. El artículo 24.1 del Proyecto, al igual que el artículo 24.1 LPI, considera que será suficiente que la reventa se produzca en un establecimiento mercantil para que el artista pueda participar en el precio obtenido. El criterio es pues el del lugar, sin ninguna otra exigencia (ni siquiera se requiere que la actividad normalmente desarrollada en ese establecimiento guarde relación directa con el mercado artístico). Ahora bien, en el artículo 24.4 del Proyecto, como en el vigente artículo 24.2 LPI, se condiciona la imposición de deberes a los sujetos allí mencionados al hecho de que «intervengan» en la reventa. Parece caber, por tanto, la posibilidad de que, estando sujeta una reventa al derecho de participación por producirse en un establecimiento mercantil, el titular de éste no asuma deber alguno por no «intervenir» en ella (no parece que facilitar el local sea, por sí, suficiente «intervención»). Por supuesto, si la intención del Proyecto difiriese de la interpretación que aquí se expone, mejor sería optar por una redacción diferente (aludiendo, por ejemplo, a las personas «que hayan intervenido o en cuyo establecimiento se haya producido la reventa»).

b) *Deber de informar*. En el Proyecto la información sigue siendo objeto de un deber, cuyo cumplimiento no requiere una expresa petición del interesado (55). Pero se introducen algunas modificaciones. En primer lugar, en relación con los destinatarios de la información. Por una parte, al admitirse la transmisión *mortis causa*, aparecen los derechohabientes del artista (con los graves problemas de identificación que ello supone y a los que se ha hecho referencia con anterioridad). Por otra, se altera el orden en que se les alude, pasando las Entidades de gestión a ocupar el primer lugar (comp. art. 24.2 LPI y art. 24.4 Proyecto); aunque este cambio carece de consecuencias y sólo constituye una concesión formal a las Entidades, que presionaron en favor no ya de un mayor protagonismo sino incluso de una gestión colectiva obligatoria.

La reforma también afecta al contenido del deber. Como en la regulación vigente, los sujetos «que hayan intervenido en la reventa» deben «comunicarla» en el plazo de dos meses (art. 24.4 Proyecto). Asimismo deben proporcionar los datos necesarios para la liquidación del derecho. Sin embargo, en cuanto a éstos, se ha sustituido la palabra «información» por «documentación». Las razones del cambio son obvias: Se trata de lograr una mayor certidumbre en la liquidación y un mejor control. Ahora bien ¿a qué documentación se alude? ¿A una copia del contrato de compra-

(55) Cfr., en cambio, el § 26.3 y 4 de la Ley Alemana de Derecho de Autor.

venta y, en su caso, del recibo librado por el vendedor? ¿O se trata simplemente de exigir que la información a la Entidad o al artista sea escrita? Sería oportuno que la norma aclarase si se trata de «facilitar documentos» (como induce a pensar al redacción del Proyecto) o de «facilitar información por escrito». Asimismo debería concretarse, en la Ley o en el futuro reglamento, cuál es la documentación a la que se alude y los extremos acerca de los que debe informarse —de los que nada se dice en el vigente artículo 24 LPI ni en el Proyecto— estableciendo además los oportunos mecanismos de verificación (56). Por último, no estaría de más que se aclarase que el plazo de dos meses no sólo afecta al deber de «comunicar» la reventa sino también al de facilitar la documentación.

c) *Deber de retener y responsabilidad solidaria.* El actual artículo 24.2 LPI dispone que los sujetos que intervengan en la reventa deben retener el porcentaje y ponerlo a disposición del artista o la Entidad de gestión correspondiente. Sin embargo, no prevé consecuencia alguna para el eventual incumplimiento del obligado. Por contra, el Proyecto, que introduce un cambio sustancial, establece la responsabilidad solidaria de quienes intervengan «por cuenta o encargo del vendedor», limitando a este caso el deber de retener y calificando, por último, la situación como «depósito». Es evidente que el Proyecto ha acogido aquí las sugerencias de las Entidades de gestión, deseosas de forzar la colaboración de los profesionales que actúan en el mercado artístico (57). Desde este punto de vista, la propuesta es positiva.

La retención sigue configurada como un deber (58). Pero ya no se impone, de forma indiscriminada, a todos los sujetos (como sucede en el actual art. 24.2 LPI) sino, al parecer, únicamente a los que «actúen por cuenta o encargo del vendedor». ¿Por qué esta limitación? Seguramente

(56) La información debiera incluir: Título y características de la obra, autor de la misma, fecha de la reventa, sujeto o sujetos que han intervenido en ella o establecimiento en que se ha producido, vendedor, comprador y precio de enajenación o adjudicación. Posiblemente el único dato que puede suscitar conflictos es el de la persona del comprador, habida cuenta el deseo de reserva que a menudo se da en el tráfico de obras de arte. Sobre ello, más adelante.

(57) Compárense los «Borradores» y el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión (art. 24.3, párrafo 2.º).

(58) Cabe observar que los «Borradores» ni siquiera la mencionaban y que el Anteproyecto inicialmente la concebía como una facultad.

(59) Desde este punto de vista quizá habría que considerar la posibilidad de que el deber de retener y la obligación de pagar se impusieran al comprador. Ello no supondría una alteración sustancial de la configuración actual del «droit de suite», ya que éste seguiría siendo una participación en el precio a cargo del vendedor, que cobraría menos. Tal era el planteamiento de la Proposición de Durán y Ventosa (*vid.* art. 2). En ella, aún consistiendo el derecho en una participación en el precio, se hacía al comprador responsable del pago, lo que obviamente le llevaría a retener en todo caso el porcentaje establecido. Por supuesto, cosa distinta sería establecer que el adquirente de una obra, como deudor, ha de pagar al autor por el disfrute al que accede (cfr. la anterior nota 26).

obedece al hecho de que es éste —y no el comprador— el deudor de la participación. Sin embargo, lo verdaderamente importante no debiera ser por cuenta de quién se actúa sino si realmente se está en condiciones de retener. Cabe que lo esté quien actúa por el comprador y no, en cambio, quien lo hace por el vendedor. Todo depende de cómo se produzca el pago. Y éste a menudo tendrá lugar directamente entre comprador y vendedor, sin que el sujeto teóricamente obligado a retener tenga posibilidad material de hacerlo (consíderense, en particular, casos como los de pago aplazado o mediante letras de cambio) (59).

Si el obligado a retener no lo hace, responderá solidariamente con el vendedor frente al artista. Ahora bien ¿y si la retención se lleva a cabo? De acuerdo con el Proyecto parece que sigue habiendo solidaridad y, por tanto, posibilidad de reclamar el pago al vendedor. Sería más lógico que, una vez efectuada la retención, el artista o la Entidad de gestión sólo pudiesen dirigirse contra quien retuvo, nunca contra el vendedor. La solución contraria (admitir la posibilidad de que el vendedor se vea obligado a pagar, pudiendo luego reclamar a quien retuvo) sería excesiva teniendo en cuenta que la retención no resulta de un acuerdo entre el vendedor y quien actúa por él sino de una imposición legal.

d) *Deber de poner a disposición y condición de depositario.* El Proyecto de Ley califica como depositario del porcentaje debido a quien ha efectuado la retención. Con ello se aumentan sus responsabilidades, que pueden llegar a ser de índole penal.

También aquí nos hallamos ante la aceptación de una sugerencia de las Entidades de gestión, aunque con alguna diferencia. En el «Texto alternativo» de éstas, tras aludir a la responsabilidad solidaria y al deber de retención de quienes actúan por el vendedor, se decía: «En todo caso, dicho porcentaje lo pondrán a disposición de la entidad de gestión, teniendo, mientras tanto, la cualidad de depositarios del mismo.» El Proyecto de Ley es mucho más escueto: «En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.»

Como puede verse, en el Proyecto desaparece el deber de poner a disposición del acreedor la suma retenida. ¿Acaso se ha considerado innecesario? Difícilmente puede ser ésta la razón, ya que es evidente que el acreedor necesita saber que la retención se han llevado a cabo y que el obligado está dispuesto a cumplir. Más bien parece una omisión no intencionada,

(60) Los «Borradores» preveían el deber de «depositar» la suma retenida «a la disposición de sus titulares». El «Texto alternativo» de las Entidades de gestión» (art. 24.3, párrafo 2.º, *in fine*) tampoco olvidaba ese deber, pero —fiel a su idea de una gestión colectiva— lo refería exclusivamente a las propias Entidades, sin aludir al artista: «En todo caso, dicho porcentaje lo pondrán a disposición de la entidad de gestión, teniendo, mientras tanto, la cualidad de depositarios del mismo». Es muy probable que, al eliminar la frase intermedia, el Anteproyecto sólo quisiera suprimir la necesidad de que el porcentaje se pusiera a disposición «de la entidad de gestión». Al prescindir de toda la frase —enlazando abruptamente el «en todo caso» con la calificación de depósito— se fue sin duda más allá de lo pretendido.

resultado de las sucesivas redacciones que precedieron al texto final y, más concretamente, de la no aceptación de la propuesta en favor de una intervención necesaria de las Entidades de gestión (60).

La obligación de poner lo retenido a disposición del artista o, en su caso, de la Entidad de gestión correspondiente debería incluirse de nuevo en la norma de forma expresa. Bastaría con que el artículo 24.4 *in fine* del Proyecto, dispusiera que quienes actúen por cuenta o encargo del vendedor «retendrán del precio la participación que proceda, poniéndola a disposición del artista o de la entidad de gestión correspondiente y siendo considerados depositarios de la misma».

e) *Prescripción trienal*. El vigente artículo 24 LPI, en su apretado n.º 2, establece que «la acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de notificación de la reventa». Esta previsión se prestaba —y se presta— a dos interpretaciones. De acuerdo con la primera, el plazo de prescripción trienal afectaría a cualquier acción que tenga por objeto el cobro de la participación, con independencia del sujeto ante el que se haga valer. Conforme a la segunda, ese plazo más breve sólo regiría para las acciones contra los sujetos que, sin ser parte, «intervienen en la reventa»; frente al vendedor, en cambio, el plazo para reclamar sería el general de quince años de las acciones personales (art. 1964 del Código Civil) (61).

El Proyecto de Ley se ha hecho eco de esta cuestión, resolviéndola al parecer en favor de la segunda de las interpretaciones. Resulta difícil entender otra cosa a la vista de la fórmula empleada, en la que se dispone expresamente que la prescripción de tres años afecta a «la acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes» (art. 24.5). Esta precisión indicaría —por vía de silencio— que para reclamar al vendedor el artista dispondrá de quince años, contados a partir del día en que la acción pudo ejercitarse (art. 1969 del Código Civil).

El deseo de establecer un plazo de prescripción breve en beneficio de quienes intervienen en el tráfico de obras de arte resulta comprensible, dado que se trata de sujetos privados a los que —para asegurar la efectivi-

(61) M. Valles (*op. cit.*, p. 452), tras señalar que el problema es dudoso, se inclina por los dos plazos de prescripción, dando un doble argumento. El primero, de tipo finalista: El art. 24 LPI, como norma tutelar, debe interpretarse en favor del artista. El segundo, de tipo sistemático: El art. 24 LPI regula claramente por separado la relación artista-vendedor (n.º 1, sin mención de plazos) y la relación artista-otros sujetos (n.º 2, donde se establece el plazo trienal, cuyo cómputo además —observa Valles— «se determina por un hecho totalmente ajeno al vendedor: la notificación de la reventa, que corresponde realizar por mandato legal al mediador»). La distinción de dos plazos tiene cierta lógica (sobre todo si se considera que al vendedor no se le impone —¿por qué?— el deber de información). Sin embargo, sospecho que, al fijar un plazo trienal especificando con mayor o menor precisión a qué iba referido, no se pretendía llegar tan lejos sino, simplemente, salvaguardar la imprescriptibilidad del «droit de suite»: el «derecho» es imprescriptible, pero «la acción para exigir el crédito» sí lo hace, en un plazo de tres años.

dad del derecho de participación— se han impuesto obligaciones legales que pueden resultar muy gravosas y que carecen de contrapartidas directas para ellos. Por otra parte, el acortamiento del plazo de prescripción puede estimular el recurso a las Entidades de gestión, lo que en sí es positivo.

Cabe preguntarse, no obstante, hasta qué punto es acertada la existencia de dos plazos en función del sujeto pasivo de la reclamación. Nada impide que la solidaridad exista entre sujetos obligados por plazos distintos (art. 1140 del Código Civil), pero ¿no sería mejor, más simple y claro, establecer un plazo de prescripción común? Y, en ese caso, ¿no debería ser éste algo mayor (por ejemplo, cinco años)? (62). El establecimiento de un plazo único evitaría además las dificultades que —como se verá— provoca la previsión de que, transcurrido el plazo de tres años, el porcentaje sea ingresado en un «Fondo de Ayuda a las Bellas Artes» (63).

4.4. El Fondo de Ayuda a las Bellas Artes

En el artículo 24.5 del Proyecto se prevé que «transcurrido dicho plazo (tres años desde la comunicación de la reventa) sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule». Se trata de una novedad absoluta en relación con la regulación vigente, aunque con precedentes en otras legislaciones y —entre nosotros— en la vieja Proposición de Durán y Ventosa. El artículo 5 de ésta preveía que las cantidades no reclamadas se destinasen «a la adquisición de obras de arte para los Museos nacionales», añadiendo —con una prevención muy propia de un Senador por Barcelona— que el

(62) En principio, la tutela del artista no pasa tanto por un plazo de prescripción largo como por el hecho de que éste sólo empiece a correr cuando se tiene conocimiento de la reventa y sus condiciones. No obstante, la admisión —junto a la colectiva— de una posible gestión individual del derecho por el propio artista, aconseja un plazo mayor que el de tres años. En el mismo sentido aboga el reconocimiento de la transmisibilidad *mortis causa*, que incrementará los problemas de identificación y localización de los titulares del derecho. Cabe observar que la Ley Alemana, que también establece un plazo de prescripción específico para el crédito de participación, lo fija en diez años (cfr. § 24.7).

(63) En favor del plazo común se pronunciaba el «Texto alternativo» de las Entidades de gestión: «La acción para hacer efectiva, del vendedor o de los responsables de su pago, la citada participación prescribirá a los tres años...» (art. 24.3, párrafo 3.º).

(64) El Proyecto español presenta también evidentes analogías con la «Resale Proceeds Right Law» de California. En ella se dispone que si el vendedor o agente es incapaz de localizar y pagar al artista en el plazo de noventa días, el porcentaje del 5 por 100 del precio será transferido al «Arts Council». Si el «Arts Council» tampoco logra localizar al artista y éste no presenta una reclamación escrita en el plazo de siete años a partir de la fecha de la venta, su derecho se extingue transfiriéndose el dinero al Consejo para que sea usado en la adquisición de obras de arte en aplicación del «Art in Public Buildings program» (cfr. § 976, apdo. a núms. 2 y 5).

Ministerio debería procurar que el reparto de las obras se hiciese «equitativamente entre los Museos de las distintas ciudades españolas» (64).

Es de suponer que la importancia práctica de la previsión será muy reducida y cabe pensar que el Fondo se nutrirá también por otras vías, ya que dejar su subsistencia al derecho de participación —a sus residuos, más bien— sería tanto como condenarlo a muerte antes de nacer. Pese a ello, el eventual destino del porcentaje a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes resulta de un enorme interés, por lo que respecta a la configuración del derecho en España. Tanto, que llama la atención el silencio de la Exposición de Motivos del Proyecto, por más que su «Memoria» no deje de aludir a lo que califica como «destino alternativo» del porcentaje.

a) *El Fondo y la justificación del derecho de participación.* La mera existencia del Fondo como posible beneficiario —que no titular— del derecho de participación, obliga a replantearse el fundamento y justificación de éste. Se coincide en afirmar, con pocas excepciones, que constituye una manifestación de la propiedad intelectual de los artistas sobre sus obras, y sólo por ello se ha llegado a admitir que el propietario pierda una parte del precio de reventa en beneficio del autor. El derecho de participación aparece así destinado a la satisfacción de un interés privado (el del artista), en tanto que la de los intereses generales sólo se produce de forma indirecta (en la medida en que toda la comunidad se beneficia si los creadores ven retribuido su esfuerzo). El eventual destino del porcentaje a un Fondo de Ayuda viene a alterar el anterior planteamiento, al colocar como posible beneficiario directo a un ente —hemos de suponer que administrativo— que no guarda relación alguna con el titular del derecho.

La constatación de que la propiedad intelectual tiene una importancia económica considerable dentro del conjunto de actividades de un país, ha atraído la atención de muchos que ven en ella una apetecible fuente de ingresos. Obviamente, me refiero en primer lugar a la Administración que, habiendo asumido un impresionante protagonismo en el mundo de la Cultura, suele encontrar graves dificultades para financiarla. La tentación de recurrir a los derechos de autor es fuerte y así, junto a la tradicional concepción de la propiedad intelectual como reconocimiento y retribución de la labor creadora, empieza a dibujarse la idea de hacer de ella —además—, una fuente de financiación de políticas culturales (65).

La ayuda pública al desarrollo cultural pocas objeciones puede suscitar. Sin embargo, ¿por qué esa financiación debe proceder de los propios artistas en virtud del juego de un plazo de prescripción breve? Si el interés que se quiere satisfacer es general, que sea la comunidad quien lo financie, con cargo a unos Presupuestos Generales a los que los artistas ya contribuyen mediante el pago de impuestos. Se dirá —y es muy cierto— que el Proyecto sólo prevé que lo obtenido se destine al Fondo en el caso de que la suma no sea reclamada y que, de hecho, lo que se pretende básicamente es habi-

(65) *Vid.*, sobre esta cuestión, las observaciones de A. Bercovitz, «La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales», en *I Congreso Iberoamericano, cit.*, I, pp. 323 y ss.

litar un cauce para que los obligados se liberen de sus responsabilidades. Pero la excepcionalidad de la hipótesis y su escasez cuantitativa no restan valor a su significación cualitativa. Habrá que estar pues atentos a la evolución futura de la institución, para impedir posibles desviaciones en perjuicio de los artistas. Por lo pronto, habría que asegurarse de que, al menos, fuese la colectividad de éstos, la directa beneficiaria del Fondo, evitando su aplicación a otros fines que también caben en la expresión «las Bellas Artes» (66).

La propuesta del Proyecto también plantea interrogantes —mucho más serios— desde el punto de vista del vendedor. El derecho de participación no es un impuesto o tasa que éste deba pagar en todo caso. El destino del porcentaje a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes es sólo la consecuencia de la prescripción de la acción para reclamarlo. En la regulación actual, la prescripción juega en favor del vendedor. En la proyectada lo hará en favor del Fondo. ¿Desde cuando la prescripción debe beneficiar a otro sujeto que al propio deudor? ¿Por qué el vendedor debe ceder parte del precio de enajenación para promocionar la Cultura? Esto no sucede en ningún otro sector, pese a haber intereses tan o más atendibles. ¿Acaso los honorarios adeudados a médicos o abogados, una vez prescritos, deben pasar a engrosar un Fondo de ayuda a los enfermos o a los necesitados de asistencia jurídica?

b) *El Fondo y la prescripción trienal.* Al margen de las cuestiones teóricas (que cabría resolver admitiendo una noción parcialmente distinta del derecho), el «destino alternativo» previsto por el Proyecto no es de encaje fácil en la regulación que se hace del crédito de participación.

El primer problema —ya apuntado con anterioridad— es el que resulta de la aparente previsión de dos regímenes distintos para la acción contra el vendedor y contra los sujetos que intervienen por su cuenta o encargo. ¿Qué sucede con la primera de ellas? ¿Acaso no se mantiene durante quince años? Desde luego, sería absurdo que, transcurrido el plazo de tres años e ingresada la cantidad retenida en el Fondo, el artista pudiera aún reclamar del vendedor. Como ya se ha señalado, debe entenderse que la retención exime a éste de responsabilidad y que, tras ella, sólo cabe reclamar a quien la llevó a cabo. Sólo así se elimina la posibilidad —absurda— de un doble pago (al Fondo y al artista) como consecuencia de los diferentes plazos de prescripción. Ahora bien ¿y si no ha habido retención? Aparentemente el pago al Fondo sólo se impone a los sujetos que actúan por el vendedor, no a éste mismo (67). Si la retención no se lleva a cabo —bien por incumplimiento, bien porque no correspondía hacerla— el porcentaje seguirá en

(66) Claro que, en tal caso, el Fondo entrará en concurrencia con las actividades asignadas por el art. 140 LPI a las Entidades de gestión. Me parece significativo, y desde su punto de vista comprensible, que el «texto alternativo» de éstas omita toda referencia al Fondo (*vid.* art. 24.3).

(67) La previsión se incluye en el n.º 5 del art. 24 del Proyecto, que trata de la acción «ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes».

poder del vendedor hasta que le sea reclamado y, si esto no sucede en el plazo de quince años, finalmente lo hará suyo. Por tanto, si hubo retención la prescripción beneficia al Fondo; si no la hubo, al vendedor. Esta diversa solución resulta incoherente. Es posible que, contra la interpretación que aquí se hace, el Proyecto pretenda que también el vendedor —cuando no hay retención— venga obligado a ingresar el porcentaje en el Fondo. Pero, en tal caso, debería decirse con más claridad (quizá convirtiendo la segunda parte del n.º 5 en un n.º 6 independiente).

Todo ello abunda en la conveniencia de unificar el régimen de las acciones frente al vendedor y frente a quienes actúan por él. Asimismo —por idénticas razones— sería lógico que el pago al Fondo se impusiera también a las Entidades de gestión cuando, cobrado por éstas el porcentaje de algún artista, no les fuese reclamado dentro del plazo de prescripción (en este caso, quince años).

En segundo lugar, es preciso no pasar por alto que el ingreso en el Fondo constituye un deber legal. No se trata de que quien retuvo pueda liberarse de sus responsabilidades entregando el porcentaje al Fondo: Ha de hacerlo necesariamente. Pero ello no encaja con el hecho de que se trate de una deuda simplemente prescrita, pues la prescripción no extingue el derecho limitándose a proporcionar una excepción al deudor. Quien paga una deuda prescrita paga bien, por lo que quien retuvo, pese a estar obligado a ingresar la suma en el Fondo, aún podría entregársela al artista después de los tres años.

Por otra parte, el Proyecto nada dice acerca del régimen de la obligación legal de ingreso en el Fondo. Hemos de suponer que éste podrá reclamar la entrega del porcentaje. ¿Pero cómo conocerá la existencia de la retención si, respecto de él, no se impone de forma expresa deber alguno de comunicación? ¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción correspondiente? El silencio de la norma nos lleva al general de quince años, con lo que el Fondo recibe un trato mejor que el propio artista... Es de esperar que estos y otros interrogantes sean resueltos en las normas de desarrollo reglamentario que previsoramente anuncia el artículo 24.5 *in fine* del Proyecto.

Cabe preguntarse, por último, si el «destino alternativo» previsto para el porcentaje una vez consumido el plazo de tres años impide a quien retuvo liberarse antes de sus responsabilidades mediante el expediente de consignación judicial. La respuesta lógica es la negativa. La retención no tiene por qué prolongarse en daño del obligado, sin perjuicio de que finalmente se dé a la suma el destino previsto en la Ley.

c) *El Fondo y la idea de «domaine public payant».* Conforme al art. 41 LPI, la extinción de los derechos de explotación sobre una obra trae consigo la posibilidad de que cualquiera la use libre y gratuitamente. No se ha aceptado, por tanto, un *dominio público de pago* (68). No obstante, la idea de que los rendimientos generados por el uso de las creaciones intelectuales

(68) Cfr. N. Pérez de Castro, «Comentario al art. 41 LPI», en *Comentarios...*, Coord. R. Bercovitz, *cit.*, pp. 633 y ss.

tuales puede servir para financiar políticas culturales no es ajena a la LPI (*vid.*, por ejemplo, el art. 140, relativo a las actividades o servicios de las entidades de gestión y al que también alcanza la reforma proyectada). El Fondo de Ayuda previsto en el artículo 24.5 del Proyecto es un paso más en esta línea, aunque afecta al período en que aún están vigentes los derechos de explotación.

Cabría plantearse —aunque sea sin más alcance que el especulativo— si no podría buscarse una forma distinta de introducción del Fondo. ¿Y si, por ejemplo, éste se nutriese de rendimientos obtenidos tras la extinción del «droit de suite»? ¿Y si se dispusiera que, tras el plazo de sesenta años, el porcentaje hasta entonces debido al artista y sus derechohabientes pasaría a pagarse a un Fondo de Ayuda a las Bellas Artes?

Por supuesto, esta solución exigiría haber resuelto en sentido afirmativo la polémica acerca del «dominio público de pago». Pero, en ese caso, podría ser una solución interesante desde muchos puntos de vista. Por lo pronto, nos ahorraría las complicaciones que plantea un sistema basado en la prescripción de la acción para reclamar. El Fondo tampoco entraría en conflicto con los derechos de los autores (aunque sí con los de los propietarios). Asimismo se acallaría la vieja crítica de que el «droit de suite» provoca un desplazamiento del mercado hacia las obras antiguas en detrimento de las modernas. Además se lograría una cantidad de dinero mucho mayor, con lo que el Fondo no sería meramente testimonial.

Hay que admitir que una iniciativa de este tipo resulta difícilmente viable y, desde luego, al traerla a colación no pretendo sugerir que el Proyecto la incorpore. Entre otras cosas porque, aplicada a un solo país, dañaría gravemente su mercado artístico. Las alternativas son otras: O suprimir el Fondo o proceder a una regulación mejor.

4.5. Otras cuestiones

a) *La remisión a normas reglamentarias.* Como sabemos, el vigente artículo 24.1 LPI contiene una remisión a normas reglamentarias para la cuestión del precio mínimo. El Proyecto hace otro tanto en relación con el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes (art. 24.5. *in fine*). Pero, yendo más allá, también incluye una remisión de tipo general (art. 24.1, párrafo 1.º).

A la vista de los precedentes del Proyecto resulta evidente que esta previsión ha sido objeto de curiosos movimientos dentro del precepto. En los «Borradores» y en alguna versión del Anteproyecto, aparecía como párrafo 5.º del número 1 con la siguiente redacción: «Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho.» En el Anteproyecto definitivo la disposición pasó a ser el número 5 del artículo 24, sin alterarse su redacción. Por fin, en el Proyecto se sitúa como inciso final del número 1, con un redactado diferente.

Por lo que respecta a la redacción hay que felicitar al cambio, pues la anterior, al hablar de elementos «necesarios para la efectividad del derecho» se prestaba a entender que —a pesar de la fijación legal de sus ele-

mentos básicos, incluido el precio mínimo— el derecho de participación carecería de virtualidad antes del anunciado desarrollo reglamentario. En cuanto al alcance de la remisión, la fórmula empleada resulta muy imprecisa. Su ubicación como inciso final de la propia definición del derecho podría inducir a pensar que se trata de una amplia habilitación para regular cualquier cuestión, incluso sustancial. Sin embargo, esa interpretación no sería coherente con la voluntad declarada de elevar el rango de las normas en las que se definen los rasgos fundamentales del derecho de participación. Cabe suponer, por tanto, que la remisión se limita a aspectos adjetivos (69). Pese a ello, no hay que descartar que, al amparo de la vaguedad de la fórmula y quizá presentándose como mera interpretación del precepto legal, acaben introduciéndose cambios de alguna importancia. Puede ser significativo que las Entidades de gestión, en su «Texto alternativo», suprimieran toda referencia a normas reglamentarias, acaso deseando un derecho basado sólo en la Ley y en eventuales acuerdos con las asociaciones profesionales.

En cualquier caso, no hay que olvidar que, además de la previsión que se comenta, el recurso al reglamento goza de un doble apoyo adicional: La habilitación general de la DA 2.^a LPI y la DF 1.^a del propio Proyecto, en la que «se autoriza al Gobierno para dictar las normas de desarrollo reglamentario de la presente Ley».

b) *Sobre la justificación del derecho de participación.* La cuestión del fundamento o justificación del derecho de participación, todavía polémica, dista mucho de ser meramente teórica. De ella depende tanto la interpretación que se haga de la normativa vigente como, sobre todo, el futuro de la misma. Por ello merecen atención —y a ellos me ceñiré— los pronunciamientos expresos o implícitos que al respecto se contienen en el Proyecto de Ley y acerca de los cuales ya se ha hecho algún comentario en estas Notas.

En la Exposición de Motivos del Proyecto se afirma que el derecho de participación «tiene, en parte, su fundamento en el justo derecho del autor a participar en eventuales revalorizaciones de su obra como consecuencia de ulteriores reventas a través de los intermediarios antes señalados». Se recurre así al viejo, persistente y perturbador argumento de la plusvalía, según el cual el «droit de suite» vendría a ser una aplicación del principio de enriquecimiento injusto: Una suerte de correctivo a la lesión en su día

(69) No en vano la norma habla de la «forma» en que se producirá la participación. En el mismo sentido se pronuncia la «Memoria» del Proyecto de Ley: «Por último, hay que destacar el necesario desarrollo reglamentario del precepto legal, también en los aspectos procedimentales, para mejorar y asegurar las relaciones entre los sujetos implicados.»

(70) Esta idea se hacía ya patente en la «Memoria» que acompañaba al Proyecto del Real Decreto 395/88, en la que se explicaba que «el derecho de participación (...) se inspira en razones de equidad», sirviendo «para compensar a los autores plásticos contra la frecuente injusticia que supone la necesidad de tener que vender sus obras originales a un precio muy bajo en las primeras épocas de su vida artística, para atender necesidades inmediatas de subsistencia».

sufrida por el artista al malvender (70). Teniendo en cuenta que nuestra LPI ha optado, con rotundidad, por el «sistema de precio», la referencia a eventuales plusvalías resulta inoportuna. Por supuesto, la precaución de especificar que ese fundamento sólo lo es «en parte» atenúa en gran medida la crítica. Pero no la elimina. El derecho de participación sólo tiene con la idea de plusvalía un vínculo: El histórico, derivado de haber sido el argumento que sirvió para facilitar su introducción. Mantener otra cosa — aunque sólo sea «en parte»— sólo puede ser fuente de malentendidos y causa de fáciles críticas al derecho.

También en la Exposición de motivos del Proyecto, al justificar el rechazo de la transmisibilidad *inter vivos* y la admisión de la *mortis causa*, se dice que lo primero «podría, en determinados casos (hacer que el derecho perdiese) su finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas», mientras que «una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido». En pocas palabras: El «droit de suite» sirve, entre otras cosas, para que los artistas produzcan más y mejor ya que, aumentando su fama, revalorizan su mercado secundario. La explicación puede parecer intrascendente pero no lo es, pues con ella el derecho se conecta al trabajo del artista. En este caso, no tanto al que realizó en su día —al producir la obra ahora revendida— como al desarrollado en otras obras con posterioridad. De nuevo aparece la idea de enriquecimiento injusto: El artista, cuando trabaja, no sólo lo hace en su propio beneficio sino también en el de aquellos que poseen obras suyas. Los propietarios se benefician económicamente del aumento del renombre del artista y, por tanto, deben compensarle. Esta es otra de las explicaciones tradicionales al derecho de participación (71). Sin embargo, se presta a numerosas objeciones (por ejemplo ¿cómo justificar los aumentos de valor una vez fallecido el artista?). En definitiva, al basarse en la misma idea de plusvalía, también debe rechazarse. Por lo demás, es improbable que el artista responda a ese tipo de estímulos económicos. Y si es sensible a ellos, quizá decida rentabilizar su fama por un procedimiento más fácil, que ya ha sido utilizado por algún reconocido pintor: Copiarse a sí mismo, produciendo obras semejantes a las de su etapa más cotizada.

Aunque resulta comprensible que el Proyecto de Ley incluya apreciaciones relativas a la justificación del derecho de participación, es importante no aceptarlas de forma acrítica. Debemos evitar dar por resuelto un debate que dista mucho de estar cerrado y que, en particular, en España ni siquiera parece haberse abierto.

c) *La distinción «ventas públicas-ventas privadas»*. Estrechamente relacionada con la polémica acerca del fundamento del derecho de participación

(71) También estaba presente en la «Memoria» del proyecto de Real Decreto 395/88: «A medida que el autor va adquiriendo prestigio, aquellas obras suyas van incrementado también su valor y cotización en el mercado de obras de arte ampliándose progresivamente su precio, por cada operación de venta pública, a través de coleccionistas, subastas, etc.» Las sucesivas ventas irían así aflorando el valor añadido a la obra por el trabajo diario del artista.

se presenta la relativa a la distinción entre las que, de forma convencional, se ha dado en llamar «ventas públicas» y «ventas privadas» y cuyo origen — conviene no olvidarlo — está asociado a una pura y simple razón de operatividad. La limitación a las «ventas públicas» no viene impuesta por la naturaleza del derecho sino por la dificultad de controlar el mercado de las obras plásticas. Desde su origen éste, y no otro, ha sido el problema a resolver.

Por ello, cualquiera que sea el fundamento que se acepte del «droit de suite», lo coherente sería que todas las reventas, incluidas las «privadas», diesen lugar a una participación del artista en el precio (72). A pesar de esto, es muy comprensible que, por las razones expresadas, se estableciese la distinción entre unas y otras, limitando a las «públicas» el ámbito de aplicación del derecho (73). Ahora bien, de lo que se trata es de ir ampliando de forma progresiva el ámbito del derecho, hasta absorber las reventas que hasta ahora escapan a él por razones puramente contingentes.

Como sabemos, el vigente artículo 24 LPI, aceptando la repetida distinción, ha fijado la frontera reconociendo el derecho a participar en el precio de toda reventa «efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial». Según ha habido ocasión de señalar, la fórmula es compleja y, en cierto modo, no exenta de mérito pues la terminología empleada («subasta pública», «establecimiento mercantil», «comerciante», «agente», «intervención») podría servir para una interpretación extensiva (74). No obstante también se presta a algunas objeciones. Por ejemplo, una reventa sin intervención profesional efectuada mediante documento público, a pesar de la facilidad de control, no dará lugar a participación en el precio. Tampoco la habrá si un Museo —que no es «establecimiento mercantil» ni «comerciante»— vende una obra o la adquiere de un particular de forma directa (75).

En esta cuestión, el Proyecto de Ley es claramente continuista. Prudentemente no ha dado paso alguno para extender el derecho a las «ventas pri-

(72) Cfr., por ejemplo, la Proposición de Ley de Durán y Ventosa, que sólo hablaba de participación en las «ventas que sucesivamente se hagan», sin exigencias adicionales.

(73) La distinción ya aparecía en el Proyecto de LPI de 1934. En una u otra forma la recogen también numerosas leyes extranjeras. Por ejemplo, la francesa, que habla de ventas «en pública subasta o por mediación de un comerciante» (art. 42) o la Ley alemana, que exige que en la reventa participe «un marchante de obras de arte o un perito tasador [...] en calidad de adquirente, vendedor o intermediario» (§ 26.1).

(74) Evidentemente el art. 24.2 LPI se redactó pensando, básicamente, en casas de subastas, galerías de arte y marchantes, es decir, en todos aquellos casos en que la reventa se realice «públicamente o con la intermediación de comerciantes cuya actividad consista precisamente en la compraventa de bienes de esta naturaleza» («Memoria» del Proyecto de Ley de reforma). Pero las expresiones «subasta pública», «establecimiento mercantil» y «comerciante o agente comercial» podrían aplicarse a otros casos.

(75) El caso de las adquisiciones por Museos tiene además el agravante de que, al menos en España, ello puede suponer una suerte de «amortización» de hecho de la obra, haciendo difíciles —aunque no imposibles— nuevas reventas en el período de vigencia del «droit de suite».

vadas». Su artículo 24.1 prácticamente repite las palabras del actual artículo 24.1 LPI. Tan sólo hay un par de diferencias. La primera consiste en sustituir al expresión «agente comercial» por «agente mercantil». La segunda en cambiar «intervención» por «intermediación». Seguramente con ello no se ha pretendido modificar el ámbito de aplicación del derecho de participación. Sin embargo, la modificación se presta a restricciones que constituirían un paso atrás. La palabra «intermediar» (¿y por qué no «mediar»?) sugiere que el «comerciante o agente mercantil» es un tercero que pone en contacto a vendedor y comprador. Esta interpretación conduciría a negar al artista el derecho de participación en muchos casos, algunos de ellos históricos. Por ejemplo, cuando un marchante compra para sí, de un propietario cualquiera, una obra de arte ¿dónde está la «intermediación»? ¿Entre quienes «intermedia»? Lo mismo cabrá preguntarse cuando ese mismo marchante venda a un tercero las obras de las que es propietario.

El Proyecto, para evitar el riesgo de un retroceso debería mantener la expresión «intervención» (como, por cierto, hace en su artículo 24.4). Es evidente que el marchante, cuando compra o vende, «interviene», aunque no «intermedie». Y lo mismo sucede con los expertos o peritos tasadores que «intervienen», aunque sin «intermediar», para establecer la autenticidad o el precio de la obra en muchos casos de venta directa entre particulares.

d) *El problema de la localización de la obra.* La LPI ha supuesto una mejora más que sustancial en la posición de los artistas plásticos a los que, como a los demás autores, se reconoce un amplio elenco de derechos morales y patrimoniales. Sin embargo, ese reconocimiento sigue quedando en ocasiones en pura teoría dadas las peculiaridades de las obras que producen. En la obra plástica, al menos en sus formas tradicionales, creación y expresión se identifican de forma absoluta. A diferencia de lo que sucede con la obra literaria o la musical, en la plástica la obra no tiene vida independiente del medio a través del que se ha expresado. Un libro o un disco no son más que soportes que permiten acceder a la obra. Un óleo en cambio no es un mero soporte: Es la obra misma.

Esta particular condición de la obra plástica hace que, aún hoy, algunos de los derechos reconocidos a los artistas sean sólo nominales. Basta con reparar la enumeración de derechos morales del artículo 14 LPI para constatarlo. El ejercicio de algunos de ellos depende fatalmente de algo que en ningún momento se asegura al autor plástico: Una puntual información acerca de la localización de las obras que ha ido produciendo a lo largo de su vida. El artista puede saber —sabe, salvo en casos excepcionales— quien es el primer adquirente, pero a partir de ahí pierde la pista de la obra. Ni siquiera conoce con certeza en qué país se encuentra. ¿Cómo ejercer en estas condiciones todos los derechos que la LPI le otorga, sean morales (p. ej., integridad de la obra) o económicos (p. ej. reproducción o exhibición si se lo reservó). ¿Cómo hacer, por ejemplo, una «exposición retrospectiva»?

Sin duda sería un gran avance en la posición real de los artistas plásticos que se estableciese un derecho de información relativo a la localización de la obra. Indirectamente, este objetivo lo satisface el derecho de partici-

pación, siempre que —claro está— admitamos que entre los datos que deben proporcionarse al artista se incluye el nombre del adquirente. Aunque en principio esa información no sea imprescindible para la liquidación del derecho, sí puede serlo para eventuales comprobaciones. Por otra parte, la reserva que a menudo preside las transmisiones de obras de arte no es razón para mantener oculto este extremo. Es cierto que con ella no se trata sólo de evadir impuestos y que a menudo responde a intereses legítimos (p. ej., evitar incrementos en el precio una vez conocida la identidad del interesado en adquirir la obra). Sin embargo, una vez realizada la venta, el artista debiera saber en todo caso quien es el nuevo propietario (76).

De todas formas, aún admitiendo lo anterior, la dependencia de la localización de la obra del derecho de participación limita mucho su efectividad. Cuando la reventa tenga lugar a precios inferiores a los establecidos, así como cuando sea «privada», el artista desconocerá el cambio de propietario. Y lo mismo sucederá cuando éste no obedezca a una reventa sino a otras causas (p. ej., donación o sucesión).

Si el derecho de participación se extendiese a las ventas privadas se reduciría el número de casos en los que el artista queda desinformado. Quizá un primer paso pudiera ser el sometimiento de estas ventas al deber de informar al artista o a la correspondiente Entidad de gestión, estableciendo quizá un precio mínimo que podría ser inferior al que da derecho a participar. En este sentido resulta de gran interés —pese a su carácter excepcional en el panorama internacional, lo previsto en la Ley Yugoslava sobre Derecho de Autor de 30 de marzo de 1978, en cuyo artículo 40, invirtiendo el planteamiento habitual, se coloca en primer lugar el derecho de información (77).

e) *El papel de las Entidades de gestión.* No es preciso encarecer la importancia que tienen las Entidades de gestión en la efectiva puesta en práctica del derecho de participación. Hay pleno acuerdo en que ésta resultaría imposible si dependiese de la actuación individual de los artistas o sus derechohabientes. Recaudar el porcentaje, verificar la liquidación y distribuir lo obtenido sólo puede hacerse con eficacia y rentabilidad a través de una gestión colectiva. Así lo acredita la experiencia. Son entidades como

(76) Alguna Ley extranjera permite, sin embargo, que el marchante o perito se niegue a dar este dato, siempre que pague el porcentaje debido (Alemania, § 26.4).

(77) «Los autores de obras originales de artes figurativas, en lo que respecta a esas obras, y los autores de obras literarias, científicas y musicales, en lo que respecta a los manuscritos originales de éstas, tienen el derecho a recibir información de los propietarios o usuarios de esas obras o de esos manuscritos, sobre la identidad del nuevo propietario o del nuevo usuario (derecho de participación). Si se produjese una venta del original de una obra de arte figurativa o de un manuscrito original, el vendedor deberá permitir que su autor perciba un porcentaje determinado del precio de venta.

El propietario o el usuario de las obras de artes figurativas y el propietario o usuario de los manuscritos literarios, científicos y musicales previstos en el primer párrafo del presente artículo están obligados a informar al autor, siempre que éste lo solicite, acerca de la identidad del nuevo propietario o del nuevo usuario, según sean los casos» (cfr. *Informe OMPI*, 1983, *cit.*).

«ADAGP» y «SPADEM» (Francia), «BILD-KUNST» (Alemania) o «SABAM» (Bélgica), las que han logrado que el derecho de participación sea una realidad en estos países. Resulta, por tanto, razonable que en el nuestro se potencie la actividad de Entidades como «VISUAL» y otras que se ocupan de gestionar los derechos e intereses de los artistas plásticos.

Ahora bien ¿hasta dónde debe llevarse el protagonismo de las Entidades de gestión? Hace ya algún tiempo que, por parte de éstas, se viene reclamando una intervención obligatoria, de forma que el derecho de participación sólo pueda ser exigido a través de ellas (78). Los esfuerzos en este sentido se intensificaron durante la preparación del Proyecto de Ley para la reforma del artículo 24 LPI. En el «Texto alternativo» de las Entidades, al que se ha hecho reiterada referencia en estas Notas, se preveía, de forma imperativa, que el autor y sus derechohabientes ejercitarían el «droit de suite» «a través de una entidad de gestión» (art. 24.3). Es evidente, sin embargo, que esa demanda no ha sido atendida. El recurso a una Entidad de gestión sigue siendo voluntario. Acaso se haya pensado que esta era la única solución constitucionalmente aceptable, ya que imponer la gestión colectiva podría vulnerar el derecho de asociación. Pero esto es algo muy discutible.

La gestión colectiva no sólo interesa a los beneficiarios del derecho sino también, de forma muy particular, a los obligados. Para éstos, poder dirigirse a una o dos Entidades para comunicar la reventa y pagar, facilitaría enormemente las cosas. No se olvide que la admisión de la transmisión *mortis causa* del derecho de participación dará lugar a serias dificultades en orden a la identificación y localización de los titulares. De ahí la conveniencia de que la gestión del derecho se encomiende a las correspondientes Entidades.

Por el momento, no hay unanimidad acerca de la conveniencia de una gestión colectiva forzosa (79). Sin embargo, si no *de iure de facto*, debería tenderse a ella. En este sentido, sería razonable que bastara dirigirse a cualquier Entidad —hubiese o no encargo previo del artista— para que los sujetos que intervienen en la reventa pudieran liberarse de sus obligaciones (80).

(78) Este era uno de los reproches que J. Gutiérrez, de «Visual», dirigía al actual art. 24 LPI, afirmando: «En cuanto a la conveniencia de fijar la gestión colectiva obligatoria para este derecho de simple remuneración, decir que así fue entendido por el comité de expertos sobre las «disposiciones tipo» para las diferentes legislaciones en el ámbito de los derechos de autor, de la OMPI, en el Memorándum preparado por el Buró Internacional en la sesión celebrada en Ginebra entre el 20 de febrero y el 3 de marzo de 1989» (*I Congreso Iberoamericano...*, cit., I, p. 253).

(79) Las «Conclusions de l'Audition du 21-11-1991 sur le "droit de suite"», cit., reflejan una discrepancia de opiniones entre los países de la Comunidad Europea favorables a la armonización (cfr. *infra*, nota 84).

(80) Aunque se tratase de un sistema rudimentario en comparación con el de gestión colectiva, era notable la previsión de la vieja Proposición de Durán y Ventosa, que no se olvidaba de establecer un procedimiento específico de consignación para que el comprador pudiera liberarse de su obligación sin necesidad de costosas y complicadas indagaciones.

4.6. Los intentos de armonización en el ámbito de la CEE

Como sabemos, el derecho de participación no existe en todos los países de la Comunidad Europea. En una presentación simplista, suele decirse que lo reconoce una gran mayoría (ocho frente a cuatro). Pero las cifras son engañosas. De los ocho países que lo admiten, sólo funciona con regularidad en tres (Francia, Bélgica y Alemania) (81). En otros, aunque se aplica, aún esta dando sus primeros pasos (España y Dinamarca). Y en el resto carece de efectividad (Italia, Luxemburgo y Portugal). Entre los que lo rechazan, además de Irlanda y Grecia, se incluyen Holanda y, sobre todo, el Reino Unido. Holanda, aparte de ser cuna de cambios sociales estrechamente ligados a la aparición de un mercado artístico en sentido estricto, es la patria de Vincent Van Gogh (1853-1890), el pintor en quien inevitablemente se piensa hoy para ilustrar la aparición histórica del «droit de suite» (82). En cuanto al Reino Unido, su capital, Londres, es uno de los principales mercados mundiales del arte y sede de las más conocidas casas de subastas. Por supuesto, no han faltado intentos para lograr su aceptación. Pero hasta la fecha todos han fracasado ante la decidida y tenaz oposición del mercado (83).

Por tanto, la cuestión no es tan clara como el «ocho a cuatro» sugiere. En la actualidad, los países que han incluido el derecho de participación en sus leyes presionan —con Alemania a la cabeza—, intentando que se extienda a los demás. Su argumento es el de la salvaguarda de la libre competencia en el ámbito del Mercado Común. La inexistencia de derecho de participación en varios países provocaría, según esta tesis, distorsiones inadmisibles. En concreto favorecería al mercado británico,

(81) Sin embargo, hay que señalar que en Alemania al parecer se da un divorcio entre la teoría (5 por 100 del precio en ventas superiores a 100 DM) y la práctica. De acuerdo con la información de la ADAGP, en este país el sistema real consistiría en el pago a la «BILD-KUNST» por parte de los comerciantes de un 1 por 100 del precio de venta de todas las obras posteriores a 1900. Caso de confirmarse este extremo, se estaría dando un argumento más a los críticos del derecho de participación.

(82) Holanda ya se opuso en Bruselas (1948) a la incorporación del derecho a la Convención de Berna. En 1980 la «Vereniging voor Auteursrecht» elaboró un estudio para su introducción en el Derecho holandés, pero fue rechazado. Para el estado de la cuestión —y en favor del derecho—, *vid.* B. J. Van Der Broek, «Het droit de suite in Nederland: einde van een stil leven», *Informatierecht*, nov., 9/1991, pp. 191 y ss.

(83) *Vid.*, por ejemplo, el «Statement by the Society of London Art Dealers» de 1982 (reproducido en J. H. Merryman & A. E. Elsen, *op. cit.*, pp. 227 y ss.). En abril de 1986 el Gobierno Británico volvió a rechazar el «droit de suite» en su documento «Intellectual Property and Innovation», aduciendo las razones habituales (derecho carente de fundamento, dañino, contraproducente, de difícil administración, necesitado de burocracia, con costes superiores a los beneficios...), *cfr.* A. Mair, «Auction sales and the rights (including droit de suite) of artists and their heirs», Ponencia (inédita) en el IV Symposium sobre «Los aspectos legales del Comercio Internacional del Arte», Madrid, febrero de 1992. En ella se contiene un exhaustivo alegato contra el «droit de suite».

estimulando la venta de obras plásticas en Londres, en perjuicio de París, Frankfurt o Madrid.

A resultas de esta queja la Comisión de las Comunidades Europeas decidió emprender un estudio sobre el «droit de suite», dándose de plazo hasta el 31 de diciembre de 1992, para luego decidir si resulta o no oportuna una iniciativa comunitaria sobre la materia. Los resultados de la Audiencia de 21 de noviembre de 1991 sólo demuestran que la división de opiniones entre mayoría (léase Alemania y Francia) y minoría (léase Reino Unido) permanece (84).

(84) En síntesis las «Conclusions de l'audition du 21-11-1991 sur le "droit de suite"» son las siguientes (traducción resumida del texto francés):

1.—La mayoría considera que la armonización en la Comunidad es una necesidad dadas las distorsiones que la diversidad legislativa provoca en la competencia; la minoría entiende que tales distorsiones no obedecen al «droit de suite» sino a otras razones, entre ellas las fiscales, sugiriendo que —en su caso— serían los países que han introducido el derecho los llamados a corregir sus efectos perturbadores.

2.—Una mayoría estima que el «droit de suite» forma parte integrante del derecho de autor y que constituye un derecho esencial para los autores de obras de arte originales, por lo que su introducción en toda la Comunidad es una necesidad; la minoría considera que es un derecho aparte y que los artistas, si participan en las plusvalías, también deberían tener parte en las minusvalías.

3.—Los favorables a la armonización consideran que el derecho debe aplicarse a obras originales, entendiendo una gran mayoría que, una vez una obra ha sido introducida en el mercado, debe estar sujeta al derecho siempre que el propio autor la considere como tal; sin embargo, algunos piensan que un instrumento comunitario debería incluir una definición armonizada; la mayoría considera que debe dejarse a las leyes nacionales o a acuerdos de los interesados. Los ejemplos citados de obras que debieran quedar sujetas al «droit de suite» son: ejemplares únicos, múltiples en número limitado (grabados, litografías, esculturas, tapicerías, fotografías, libros, etc.) y manuscritos.

4.—La mayoría de los que están a favor de la armonización: *a*) coincide en que deben sujetarse las ventas que se producen por medio de comerciantes y las públicas, con exclusión de las que tienen lugar entre particulares y asimismo opina que debería establecerse una exención para las galerías con relación a la primera reventa, cuando han comprado la obra directamente al artista; *b*) está dividida en cuanto al porcentaje (del 3 al 5 por 100) y al umbral de aplicación (de 150 a 1.000 ECU); algunos opinan que el derecho debiera tener un techo o someterse a un porcentaje regresivo, y *c*) se coincide en que la gestión colectiva es muy importante, pero no en si debe hacerse obligatoria.

5.—Problemas específicos que plantea el derecho: algunos señalan que sólo beneficia a los artistas reconocidos; otros que el problema básico es el de obtener información sobre ciertas ventas (obras, identidad de los titulares y precio); la recompra por las galerías de ciertas obras para mantener la cotización de los artistas se ve dificultada por el «droit de suite»; algunos observan que los problemas surgidos a nivel nacional siempre han encontrado solución mediante negociaciones paritarias entre los interesados.

6.—En cuanto al riesgo de «huida de ventas» hacia países terceros en caso de aplicación del derecho en toda la CEE, la gran mayoría considera que no es preocupante pues: El problema sólo se plantearía si la tasa del derecho es tan elevada como para justificar los costes de desplazar la venta a otro país; los grandes centros de ventas son

En su caso, para la armonización, habría que recurrir a los artículos 100 y siguientes del Tratado de Roma. Pero antes se tendría que demostrar que la ausencia de derecho de participación en algunos países «falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse» (art. 100). Y eso es precisamente lo que niegan los británicos. En su opinión, si los propietarios de obras plásticas de otros países europeos acuden a Londres no es sólo por el «droit de suite». En ello influirían otros factores (trato fiscal, posibilidad de lograr mayores precios, presencia de compradores de todo el mundo...). Y, en cualquier caso, aún admitiendo que hubiese alguna distorsión, su escasa entidad nunca justificaría una intervención comunitaria (85). La solución que proponen es simple: Son los otros quienes deben rectificar el error cometido al aceptar un derecho que, además de infundado, daña su mercado.

No parece que a corto plazo la extensión del derecho de participación pueda lograrse por la vía de la acción comunitaria. Téngase en cuenta que si se busca la unanimidad (art. 100 del Tratado de Roma), ésta nunca se alcanzará mientras el Reino Unido se oponga. Y si se intenta la vía abierta por el Acta Unica Europea (art. 100 A), siempre cabrá que los disidentes se excluyan de la decisión (86).

No obstante, la armonización de normativas entre los países que ya reconocen el «droit de suite» sería un paso muy importante. En primer lugar, para lograr su efectiva puesta en práctica en todos ellos. En segundo, quizá, como ejemplo, para persuadir a los otros de su utilidad y realizabilidad.

Al margen de lo que pueda resultar de la iniciativa comunitaria, hay otro aspecto de la cuestión que puede cambiar algo las cosas: La eventual aplicación del derecho de participación a ventas realizadas en Londres en virtud de las normas de Derecho internacional privado. Hay un caso, pendiente de solución definitiva, en el que se ha planteado esta posibilidad.

pocos y el mercado comunitario es suficientemente atractivo; la tendencia de los países terceros también es favorable a introducir el «droit de suite». La gran mayoría insta a la Comunidad a actuar en favor de una mayor armonización internacional del «droit de suite», en particular en el caso de los EUA y Japón que son los lugares de venta más importantes.

7.—Los artistas beneficiarios deberían ser los súbditos comunitarios, así como los de países terceros que otorgan el «droit de suite» sobre una base de reciprocidad.

8.—La mayoría estima que el «droit de suite» debe ser intransmisible en vida del autor e irrenunciable.

9.—Ciertos participantes consideran que el derecho sólo debe beneficiar al autor, su cónyuge y sus descendientes directos en primer grado. Sin embargo, la mayoría se opone.

10.—Una gran mayoría estima que la duración del «droit de suite» debe ser igual a la del derecho patrimonial del autor.

(85) Cfr. en este sentido, A. Mair «Auction sales...», *cit.*

(86) Cfr. en este sentido J. B. Van Der Broek, «Het droit de suite...», *cit.*, pp. 194 a 196.

Los hechos son los siguientes (87). A principios de los años sesenta un ciudadano alemán llamado G. Graubner —de profesión pintor— adquirió a bajo precio tres obras del discutido artista, también alemán, Josep Beuys (1921-1986). Al parecer para eludir el «Folgrecht» alemán, Graubner decidió vender las obras en Inglaterra. Pese a ello el «Landgericht» de Düsseldorf (31 de octubre de 1990) falló en su contra, imponiéndole la obligación de pagar a los herederos de Beuys la suma de 75.881 marcos. Caso de prevalecer finalmente este criterio, es obvio que la inexistencia de derecho de participación en el Reino Unido dejaría de ser —si es que lo es— una razón para llevar a vender las obras a Londres. En cualquier caso, los británicos seguirán teniendo razones para oponerse al derecho pues una buena parte de las obras que se venden en el mercado londinense —según algunos datos hasta un 50 por 100— proceden de países ajenos a la Comunidad Europea.

5. ANEXO DOCUMENTAL

5.1. España

a) *Proposición de Ley de Durán y Ventosa «sobre beneficios de ventas sucesivas de obras de arte» (1921)*. «Art. 1.º.—Los autores de obras de arte tendrán, en adelante, el derecho de percibir un 10 por 100 del precio que por sus originales se satisfaga en las ventas que sucesivamente se hagan de ellas.

Art. 2.º.—El comprador de la obra de arte será responsable del pago al autor de la cantidad representativa de dicho 10 por 100, quedando afecta a dicha obligación la obra objeto del contrato de compraventa.

Art. 3.º.—En el caso de no poder pagar directamente aquella cantidad al autor o su habientederecho, por cualquier causa, el comprador podrá eximirse de aquella responsabilidad consignando aquella suma en la Delegación de Hacienda de la provincia, la que la ingresará en la Caja General de Depósitos, a la disposición del que acredite tener derecho a la misma. El comprador recibirá el correspondiente resguardo para su seguridad.

Art. 4.º.—El derecho reconocido en el artículo 1.º de esta ley tendrá la duración que a la propiedad artística se conceda en las leyes generales de Propiedad Intelectual.

No obstante, el derecho al 10 por 100 del precio de toda venta prescribirá a los cinco años de realizada ésta.

Art. 5.º.—En el caso de que se haya hecho uso del derecho concedido en el artículo 3.º, pasados los cinco años del ingreso de la cantidad mencionada en la Caja General de Depósitos, el Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes podrá disponer de ella, con destino exclusivamente a la adquisición de obras de arte para los Museos nacionales, procurando que el

(87) Los tomo de J. B. Van Der Broek, «Het der droit de suite...», *cit.*, p. 195.

reparto se haga equitativamente entre los Museos de las distintas ciudades españolas.

Art. 6.º.—Para los efectos de esta ley, se entenderá obras de arte las pinturas de toda clase y esculturas, y, en general, todas las obras artísticas en que el pensamiento del autor reviste forma plástica, por virtud del trabajo realizado por su propia mano. Se exceptuarán, no obstante, las joyas y alhajas y, en general, todas aquellas obras en que el valor de la materia en que han sido ejecutadas tiene una influencia notoria en su precio de venta.

Art. 7.º.—El Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes dictará las disposiciones complementarias que puedan ser necesarias para la eficacia de esta ley.»

b) *Proyecto de LPI de la 2.ª República (1934)*. «Art. 22.—El adquirente de obras de arte plástico conserva su propiedad sin limitación de tiempo, pero en las transmisiones de las mismas, a título lucrativo, vendrá obligado a satisfacer al autor o a los herederos antes mencionados [herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge viudo o hermanos] el derecho de continuidad establecido en el artículo 46.»

«Art. 46.—Los autores de obras originales de Pintura, Escultura, Dibujo y Grabado, y su [s] derechohabientes gozan, mientras dure el período de protección legal, de un derecho inalienable, llamado derecho de continuidad», sobre sus obras que sean objeto de venta pública.

Este derecho se traducirá en un 25 por 100 de la «plusvalía».

c) *Proyecto privado del Colegio de Abogados de Barcelona*. «Art. 57.—Los autores de obras de carácter plástico, o sus derechohabientes, gozarán a partir de la entrada en vigor de la presente Ley del derecho a un 5 por 100 sobre el precio de las ventas que sucesivamente se realicen, a partir de la primera.

Art. 58.—Estará obligado al pago del porcentaje establecido en el artículo anterior el comprador de la obra de arte, la cual quedará afectada por dicha obligación.

Art. 59.—En el caso de que no se pueda realizar directamente el pago al autor o a sus derechohabientes, el comprador quedará liberado de tal obligación mediante la consignación en la Caja General de Depósitos de la Delegación de Hacienda de la Provincia o, en su caso, de la correspondiente Comunidad Autónoma, de la oportuna cantidad, a disposición de aquél o de quien legalmente ocupe su lugar o derecho.

Art. 60.—Para los efectos de lo dispuesto en los artículos anteriores, se entenderán como obras de arte, las comprendidas en los apartados g) y d) del artículo 17 de la presente Ley [g) las ilustraciones de cualquier clase; d) las obras escultóricas, bajo relieves y mosaicos, pictóricas, del arte del dibujo, del grabado, del grafismo, tapicería y de las artes figurativas, aplicadas y análogas, incluida la escenografía, aunque estén destinadas a la Industria, y siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del producto al que se encuentren anexas].

Art. 61.—El derecho a que se refieren los anteriores artículos es irrenunciable e intrasferible.

Art. 62.—Las disposiciones anteriores no son de aplicación a las obras de arquitectura, ni a las de ingeniería.

Art. 63.—El Ministerio de Cultura dictará las disposiciones que puedan ser necesarias para la eficacia de lo dispuesto en los artículos anteriores.»

d) *LPI de 1987*

d.1) *Primer Proyecto de Ley.*—«Art. 24.1.—En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, *si éste fuere superior a 500.000 pesetas.*

Las obras *de arte* aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el apartado anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán facilitar al autor la información necesaria para la liquidación de su derecho, exhibiéndole los oportunos justificantes del cobro del precio de enajenación. Asimismo retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá en el plazo de tres años.

3. Este derecho es irrenunciable *por anticipado* e intransmisible» (88).

d.2.) *Segundo Proyecto de Ley.* «Art. 24.1.—En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, *si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca.*

Las obras *de artes* aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán facilitar al autor la información necesaria para la liquidación de su derecho, exhibiéndole los oportunos justificantes del cobro del precio de enajenación. Asimismo retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá en el plazo de tres años, *a partir de la comunicación de la reventa.*

3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible» (89).

d.3) *Normativa vigente.* Artículo 24 LPI (1987).—«1. En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación

(88) Se han destacado las frases o expresiones que más tarde desaparecerían o serían modificadas.

(89) Se han destacado las frases o expresiones que presentan alguna diferencia con el Primer Proyecto.

de un 2 por 100 del precio de enajenación, si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca.

Las obras de artes aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán *comunicarla al autor directamente o por medio de la correspondiente entidad de gestión en el plazo de dos meses* y facilitarle la información necesaria para la liquidación de su derecho. Asimismo, retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de *notificación* de la reventa.

3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible» (90).

Real Decreto 395/1988 de 25 de abril.—«Art. 1.º.—A los efectos prevenidos en el artículo 24.1 LPI, el precio de enajenación en caso de reventa de las obras de artes plásticas, a partir del cual podrá exigirse la participación del autor, se fija en 200.000 pesetas.

Art. 2.º.—Para la aplicación del 2 por 100 establecido en dicho artículo se tomará como base el precio de enajenación de la obra o el de su adjudicación, en el caso de subasta, sin previa deducción alguna.»

e) *Proyecto de reforma*

e.1.) *Borradores*.—Primer Borrador: «Art. 24.1.—Los autores de obras de artes plásticas tendrán un derecho de participación en el producto de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta o con la intermediación de un comerciante o agente dedicado habitualmente a esta actividad mercantil.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

La participación de los autores en las transacciones a que se refiere el párrafo primero será de un mínimo del 3 por 100 del producto de la venta, surgiendo el derecho a aquélla cuando esta última tenga una cuantía superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La adaptación periódica del porcentaje mínimo a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos del ejercicio correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, transmitiéndose únicamente *mortis causa* a los herederos forzosos.

3. El derecho se extinguirá transcurridos cincuenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

(90) Se destacan las expresiones o frases que difieren del Proyecto.

4. Los intermediarios en la reventa de obras que genere el derecho regulado en este artículo, depositarán —en la forma que reglamentariamente se determine— el importe de la participación a que dicho derecho da lugar a la disposición de sus titulares. Estos podrán reclamarlo, por sí o por medio de sus representantes legales, dentro de los tres años siguientes al día en que se hubiese formalizado la venta. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule.»

Segundo Borrador: «Art. 24.1.—Los autores de obras plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intermediación de un comerciante o agente mercantil.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

La participación de los autores en las transacciones a que se refiere el párrafo primero será de un mínimo del 3 por 100 del precio de la venta, surgiendo el derecho a aquélla cuando esta última tenga una cuantía superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La adaptación periódica del porcentaje mínimo a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos del ejercicio correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, transmitiéndose únicamente por sucesión *mortis causa*.

3. El derecho se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los intermediarios en la reventa de obras que genere el derecho regulado en este artículo, depositarán —en la forma que reglamentariamente se determine— el importe de la participación a que dicho derecho da lugar a la disposición de sus titulares. Estos podrán reclamarlo, por sí o por medio de las correspondientes entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, dentro de los tres años siguientes al día en que se hubiera formalizado la venta. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule.

Los intermediarios se considerarán depositarios del importe de dicha participación y deberán informar y comunicar periódicamente a los autores o a las correspondientes entidades de gestión los elementos esenciales para la fijación del mismo.»

e.2.) *Texto alternativo de las Entidades de gestión.* «Art. 24.1.—En el caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a percibir del vendedor una participa-

ción de un 3 por 100 del precio de la enajenación, si éste fuere igual o superior a la cantidad de 300.000 pesetas.

Lo dispuesto en el número anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, transmitiéndose únicamente por sucesión *mortis causa* durante el plazo de vigencia de los derechos de explotación de la obra.

3. El autor y sus derechohabientes ejercerán este derecho a través de una entidad de gestión, que actuará conjuntamente con cualquiera otra autorizada en el mismo sector de administración, quedando exonerados los obligados a su pago de toda responsabilidad en el caso de reclamación por cualquier titular, incluso extraño a la entidad o entidades.

Los subastadores, titulares de los establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes que hayan intervenido en la reventa, deberán comunicarla a la entidad de gestión en el plazo de dos meses y facilitarle la información necesaria para la liquidación del derecho. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio el porcentaje correspondiente. En todo caso, dicho porcentaje lo pondrán a disposición de la entidad de gestión, teniendo, mientras tanto, la cualidad de depositarios del mismo.

La acción para hacer efectiva, del vendedor o de los responsables de su pago, la citada participación, prescribirá a los tres años de la fecha de la comunicación de la reventa.»

e.3.) *Anteproyecto.* «Art. 24.1.—Los autores de obras plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intermediación de un comerciante o agente mercantil.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las obras de artes aplicadas.

La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea superior a 300.000 pesetas por obra vendida.

La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el párrafo anterior se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. El derecho establecido en el número anterior es irrenunciable, y se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*.

3. El derecho se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán comunicarla a la entidad o entidades de gestión correspondientes o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto,

retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.

La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la comunicación de la reventa.

Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule.

5. Reglamentariamente se determinarán los elementos necesarios para la efectividad de este derecho» (91).

5.2. Textos internacionales

a) *Convenio de Berna*. «Art. 14 ter.—1. En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor —o después de su muerte las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

2. La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

3. Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.»

b) *Ley Tipo de Túnez*. «Art. 4 bis.—1. Los autores de obras gráficas y plásticas (y de manuscritos) tendrán, no obstante una cesión de la obra original, un derecho inalienable de participar en el producto de toda venta de esa obra (o de ese manuscrito) hecha en pública subasta o por conducto de un comerciante, cualesquiera que sean las modalidades de la operación realizada por este último.

2. La disposición que antecede no se aplicará a las obras de arquitectura ni a las obras de artes aplicadas.

3. Las condiciones del ejercicio de este derecho estarán determinadas por un reglamento que promulgará la autoridad competente.»

(91) En una versión anterior el Anteproyecto presentaba ciertas diferencias con el texto reproducido: Hablaba de «adaptación periódica» del porcentaje «mínimo», omitiendo aludir al precio (cfr. art. 24.1, párrafo 3.º AP); incluía en el n.º 1 la remisión a normas reglamentarias que aquí aparece como n.º 5, y aludía a la retención como simple facultad («podrán retener», cfr. art. 24.4, párrafo 1.º AP).

Algo sobre la posesión de derechos a que se refiere el Título V del Libro II del Código Civil

MARIA MERCEDES BERMEJO PUMAR

Notaria

INTRODUCCION

La gran mayoría de los estudiosos de la posesión se rinden ante una evidencia: cualquiera que sea la significación originaria de ese vocablo, hoy, bajo él, se unen diferentes representaciones. Pero pese a su multiplicidad, puede comprenderse en un sólo conocimiento: la no privación.

Referido a un sujeto, en este amplio sentido, el término posesión, adquiere, incluso, un valor existencial, y, desde luego, predicativo (esencial, propio o accidental), o atributivo. En cualquiera de estos casos (aun en los de cualidades inherentes), se alude a una relación entre el que posee y lo poseído.

Algunas de estas conexiones se presentan en Derecho como hechos físicos indiferentes (color de la piel, por ejemplo); otras son cualidades estructuradas como consecuencias jurídicas, que se extraen de supuestos que en Derecho se valoran como condicionantes de aquéllas (nacionalidad, filiación, sujeción de voluntades concretas...), sin que en estos supuestos condicionantes figure la simple ostentación de hecho.

Pero, en ocasiones, el encontrarse en posesión de algo es valorado como elemento primordial para reconocer en ese simple hecho, alcance jurídico.

Tal es el caso de la posesión regulada en los artículos 430 y siguientes del Código Civil, que integran el Título V de un Libro (el II), que lleva por epígrafe: «De los bienes, la propiedad y sus modificaciones».

La frase que rotula el Libro II supone algunas delimitaciones de la noción de posesión de la que se ocupa:

— La primera se produce al fijar el objeto de las relaciones jurídicas que regula (Título I: «De la clasificación de los bienes»).

Así, en el Libro II se contempla la posesión de cosas y derechos, que deben entenderse referidos a lo que señala el Título I.

En él se dice:

Artículo 333: «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.»

No es la palabra cosa la que conduce a una primera reducción (ya que la significación genérica de esta palabra designa todo aquello de lo que pueda tenerse referencia de alguna manera), sino lo que se predica respecto de la misma: ha de ser o poder ser objeto de apropiación, es decir, susceptible de ser hecha propia, apta para su sumisión jurídica respecto de un sujeto que en todo o en parte pueda atribuírsele en exclusiva.

Con referencia al texto transcrito, resulta:

a) Por cosa apropiable se entiende todo aquello que pueda ser objeto de una relación jurídica privada real o personal (quedan fuera: las personas, o las manifestaciones de la personalidad; las públicas; en general, las de tráfico prohibido, limitado o condicionado).

La razón de la enumeración que se contiene en los artículos 334 a 336 parece tener por fin el dejar sentado que es bien inmueble, lo demás se fija, por exclusión, como mueble.

b) La apropiabilidad parece aludir a una condición material; pero esto no es obstáculo para que se venga entendiendo que basta con que sea susceptible de ser aprehendida por los sentidos o con el entendimiento. Se da cabida a los llamados bienes inmateriales como objeto de los derechos reales. El propio Código lo hace en este mismo Libro II. La doctrina lo acepta, sin dejar de señalar que los derechos reales sobre estos bienes no dejan de ofrecer peculiaridades que los convierte en *sui generis*.

c) La cualidad de la cosa señalada bajo la letra anterior tiene que ser actual. Como consecuencia lógica la cosa tiene que existir.

Con la frase «que son o pueden ser objeto de apropiación», se refiere o bien que la cosa está apropiada, o sea susceptible de serlo. Lo único que se aprecia como potencial, por estar presentes las condiciones que permitan su realización, es la acción de apropiarse de la cosa, pero no su cualidad de apropiable.

Las situaciones en que se reconoce a un sujeto el que pueda actuar su entendimiento y voluntad en su exclusivo interés, respecto de cosas que en el momento en el que se obtiene tal derecho todavía no existen o se encuentran indeterminadas, no merecen la consideración de derechos subjetivos. La existencia de éstos se entiende relativa a un sujeto determinado (en otro caso se daría una situación de interinidad) y respecto a una realidad delimitada que es, a su vez, la que determina, en sí, el contenido del propio derecho.

d) El artículo 333 utiliza la palabra bien para designar la cosa susceptible de apropiación.

Los dos términos, el de bien y el de cosa, pueden ser utilizados con distintas acepciones. A juicio de la doctrina, el legislador, en el Código, hace uso de ambos de forma indistinta.

Se dice que la cosa es bien en cuanto puede prestar una utilidad al hombre (la Partida 2.^a: «bienes son llamados aquellas cosas de que los omes se sirven e se ayudan»); acepción que no difiere de la que sostiene, por ejemplo, Ihering —en la segunda de sus obras citadas en bibliografía—. El bien es cualquier cosa que sea útil para el sujeto.

Partiendo de esta noción de bien, el confusionismo del Código no es tanto, ya que cosa y bien pueden entenderse como lo inverso simétrico lo uno de lo otro: la cosa no es deseada porque sea bien (útil), sino que es bien (útil) porque es una cosa deseada.

e) Artículo 334. «Son bienes inmuebles...

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

De este párrafo y de los dos artículos siguientes resulta que se consideran como bienes los derechos.

De donde los derechos pueden ser entendidos como objeto de otros. El legislador se reafirma en esta idea a lo largo del Código Civil y en este mismo Libro (p. ej., con carácter general, para el derecho de usufructo, art. 469).

Pese al tenor literal, los inmuebles del número 10 son tildados de inmuebles por analogía (para favorecer la aplicación de su mismo régimen jurídico).

Estas son, a grandes líneas, las ideas que se vienen extrayendo del propio texto legal y que se predicán de la cosa objeto de cualquier relación real, incluida la posesoria.

La razón de estas normas es consecuencia de otra característica de las cosas sobre las que recaen los derechos subjetivos que reconocen facultades en exclusiva sobre ellas ejercitables por actos unilaterales de los titulares de esos derechos:

— No ser inherentes al sujeto.

— No ser susceptibles de ser aprovechables por la colectividad, sino por personas concretas.

Junto a estas consideraciones generales, y para abordar el tema a que estas líneas se refiere del objeto de la posesión, resulta igualmente conveniente el tener presentes las notas que del mismo Código Civil pueden extraerse como singularizadoras de la posesión respecto de las demás relaciones que regula el Libro II.

Facticidad (encontrarse efectivamente de alguna manera, aunque sea en apariencia, en este caso entendida como real en la opinión).

En las normas relativas a las relaciones del Libro II aflora la necesidad de un sustrato real. Pero éste, en la propiedad, usufructo, servidumbre, se reduce a la existencia de la cosa, en cuanto condición necesaria para que las facultades contenido de estos derechos subjeti-

vos no sean imposibles. La legitimación para el ejercicio de estos derechos es formal y su contenido no depende del modo en que se ejerciten.

(Hay que tener presente, sin embargo, lo que el Tribunal Constitucional llama «la debilitación del derecho de propiedad». Ya que, según este Tribunal, el contenido tradicional de la propiedad cede para convertirse en un «equivalente económico» en atención a criterios de «utilidad individual» —«legítimos derechos o intereses de terceros»— o de «función social» —«interés general»—, que «definen... el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes»; expresiones tomadas de la polémica sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 685/84 contra la Ley de 3 de julio del Parlamento Andaluz sobre la Reforma Agraria —citada por López y López, Angel M., en la obra recogida en bibliografía (*vide infra*)—.)

En la posesión, el sustrato real no se limita a que una cosa exista, sino a que alguien se sirva de ella. La constatación de la realidad en la opinión de que el poseedor actúa sobre la cosa.

Ihering se preocupó del dualismo subjetivismo-objetivismo en la crítica que a la teoría subjetiva hace en su obra *La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, segunda parte de su teoría de la posesión —versión española de Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.

Por lo que se ha dado en llamar la objetivización del Derecho, se impone que lo que legitima al que actúa como poseedor es la constatación de la opinión de que actúa voluntariamente sobre la cosa para utilizarla, abstracción hecha del propósito con que lo haga. A esto, algunos autores (Fedele, por ejemplo) añaden la necesidad de que esa acción que trasciende a los otros sea aceptada por éstos.

De la frase de Perozzi, en el ejemplo del poseedor del sombrero (según recuerda Hernández Gil —*La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969—), cualquiera que sea la teoría que se defiende sobre en qué consiste la posesión, en todo caso, *capello in capo*; se pasa a entender por la doctrina como suficiente que la realidad de que un sujeto se sirve de una cosa se tenga por cierta, para que lo sea a efectos jurídicos. En este sentido:

Guillermo García Valdecasas: «Basta, que la persona se halle en una determinada relación objetiva con la cosa que, para la opinión común, aparezca como un poder de hecho sobre la misma» (*La posesión*, Editorial Comares, Granada, 1987).

José Antonio Álvarez Caperochipi insiste en esta idea y estima que la apariencia socialmente significativa es la idea que aglutina el concepto jurídico de posesión, pese a su diversidad funcional y formal [*Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, Editorial Civitas (Tratados y Manuales), Madrid, primera edición, 1986].

Alvaro D'Ors: «Esta apariencia defendida por el Derecho en tanto no se pruebe su falta de fundamento se llama posesión» (citado por Jordaano Barea en *Reelección sobre la posesión* —Fascículo IV del Tomo 39 del Anuario de Derecho Civil 1986—).

La constatación de la realidad o apariencia del hecho de que un sujeto se sirve de una cosa de alguna manera es el supuesto condicionante de la producción de efectos de la posesión, que por esto se convierte en artificio de su propia determinación.

De ahí que Rudolf von Jhering, en su presente navideño para los lectores de obras jurídicas, *Bromas y Veras en la ciencia jurídica* (colección Marginalia, de la Editorial Civitas —1987—, tercera edición, en castellano), diga de la posesión que es el Proteo de nuestros conceptos.

Esta es la nota que la distingue de otras categorías jurídicas, en las que su advenir se preestructura de forma definida, de manera que aunque las facultades que integran su contenido no se actúen, puede decirse que ya existen en potencia, porque se dan las condiciones para que tengan lugar.

En la posesión el advenir no se intuye. La facticidad es, como vimos, una de las notas esenciales de la posesión. Por eso, carece de contenido de facultades de actuación individual protegidas jurídicamente, salvo la de ser mantenido en la situación de hecho.

De ahí que Savigni sostuviese, en su *Sistema de Derecho romano actual*, la doble naturaleza de hecho y de derecho de la posesión.

En nuestra doctrina un gran número de autores ven en la posesión un derecho, no sólo porque el Código la llame así (438), o la trate como productora de efectos favorables (443, pretensión de mantenimiento protegida jurídicamente —446—), sino también porque, aunque desaparecida como hecho, se entiende que existe (460, 440). Se utilizan, en este sentido, distintos ejemplos todos discutibles, porque:

Sin sustrato real, la posesión sólo se admite en un plazo muy breve —un año a efectos de su recuperación—, en el que, razones históricas al margen, todavía puede entenderse como subsistente como apariencia.

La posesión a que se refiere el artículo 460 es la insita en el derecho hereditario, no considerada en sí como categoría jurídica autónoma. El derecho hereditario se traduce en la titularidad sobre todos y cada uno de los bienes de la masa, y la posesión se refiere a la de cada uno de estos mismos bienes. El artículo 440 es una consecuencia del 989.

Ni en situación de indivisión, ni liquidada y disuelta, falta la base de hecho de la posesión (art. 450).

Los artículos 444, 449, 459, son normas aclaratorias precisamente del sustrato real, base de la posesión que admiten que se pruebe lo contrario de lo que en ellas se establece.

De donde el sustrato real, la realidad base que sustenta la posesión, es supuesto previo indispensable para que pueda hablarse de ella y el único elemento que la concreta. Por lo que la posesión es un fenómeno que puede ser descrito como hecho y como derecho.

Esta nota resulta potenciada por la regulación que nuestro Código hace de la posesión en el lugar que se indica, totalmente separada de la prescripción (difiere de otros Cuerpos legales —Digesto, títulos 2 y 3, libro 41—, 29 y 30 de la Partida 3; título 20 del libro 3 del Código francés, al que siguen otros; en éstos se trata conjuntamente la posesión y la prescripción).

Los redactores del Código Civil respetaron el lugar que a la posesión le asignó en su Proyecto Florencio García Goyena, quien nos dice (en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, en la reimpression de la edición de 1852, llevada a cabo al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de Zaragoza), «fue porque la adquisición de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe es una de las especies de accesión..., y desde el artículo 396 (en su Proyecto) venimos tratando de accesiones.»

En mi opinión, no es motivo. Se regulan la propiedad y la posesión como categorías distintas. La accesión es un derecho del dueño: «pertenecen al propietario los frutos naturales, industriales y civiles». Al poseedor de buena fe no le pertenecen los frutos, sino que puede «hacerlos suyos», en tanto no exista otra persona con mejor derecho (incluso otro poseedor más antiguo, o que adquiriera la propiedad por prescripción por la condición de muebles de los frutos).

Sea la razón que fuere, en el Título V del Libro II, «Sobre los bienes, la propiedad y sus modificaciones», se contempla la posesión al margen de los derechos a los que pueda dar origen.

La doctrina coincide en afirmar que no es fácil una interpretación coherente de las normas relativas a la posesión, ya que mantiene en uso términos que aparecen en la misma regulación vacíos de contenido (posesión natural contrapuesta a civil), al tiempo que se recogen ideas que invitan a soluciones si no contrarias, innecesarias en parte, de ser alguna de ellas verdadera.

La razón que se invoca como justificativa de las posibles confusiones es que no todas las ideas consagradas por el legislador responden a un mismo origen y proceden de un mismo sistema jurídico (bajo términos de significación en el Derecho Romano —430, 431, 432—, se introducen ideas germánicas —440, 464— y canónicas —446—).

Con el intento de desenredar la maraña vamos a ver que pasa tirando del cabo de lo que se entiende por objeto de la posesión:

Con la ayuda del legislador obtenemos una primera delimitación que no parece dispar de la señalada en las consideraciones generales:

Artículo 430: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.»

Respecto de las clases que distingue este artículo, vamos a no aventurar críticas.

Artículo 437: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.»

De donde pueden ser objeto de posesión tanto las cosas como los derechos. El dualismo que se postula más arriba sobre la naturaleza de la posesión facilita la comprensión de la dualidad en cuanto a su objeto.

Este puede ser, tanto las realidades acotadas aptas para ser base de un derecho, como la voluntad creadora de facultades tuteladas, el interés (móvil de aquella voluntad) igualmente protegido por el Derecho, las concreciones de lo que éste permita, o como quiera que se entienda el derecho subjetivo.

Nuestro Código, al admitir la distinción entre posesión de cosas y de derechos, pasa por la solución del Código Napoleónico:

Artículo 2228. «La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.» El resto de los artículos que este Código dedica a la posesión están pensando en la prescripción, junto a la que es regulada.

Según la doctrina, y utilizando palabras de Antonio Hernández Gil: «La diversa terminología empleada para designar una y otra figura parece derivar de la concepción romanista que identificaba el derecho de propiedad con su objeto (la cosa), mientras no procedía a identificación semejante entre el derecho real limitado y su objeto (la cosa propiedad de otro)» («La posesión», Tomo II de las *Obras Completas*, Editado por Espasa Calpe, 1987, p. 211).

El Código alemán, en el parágrafo 865, sólo admite la posesión de cosas o partes de ellas (salvo por la que se refiere a las servidumbres prediales o personales limitadas).

Esta es la solución seguida por el vigente Código italiano, entre otros.

La concepción dualista que afirma el artículo 430 no parece avenirse, por un lado, con la estimación de bien que tienen los derechos. Por otro, dice Diego Espín Cánovas (*La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Ediciones del Seminario de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, 1965): «El aludido entrecruzamiento entre el objeto de la posesión (cosas y derechos poseíbles) y la intención del sujeto que posee (posesión natural y posesión civil), puede inducir fácilmente a la creencia de que el objeto poseído civilmente es, en todo caso, el derecho que recae sobre la cosa y no

ésta.» Trata de salvar este inconveniente refiriendo la posesión de cosas a la que lo es en concepto de dueño y la de derechos a aquéllos distintos del de propiedad. Volveremos sobre esta consideración.

El tema no es intrascendente. Como dice Espín en la misma obra citada: «El tema de la concurrencia de varias posesiones viene a entrecruzarse con el del objeto poseído, de modo que sólo después de establecer los presupuestos legales sobre los que se opere, cabe resolver sobre aquella concurrencia sin temor a equívocos.» En este mismo sentido, otros autores (por ejemplo, Antonio Hernández Gil, pp. 653 y 226 de la misma obra citada, en relación a la clasificación foránea entre posesión media e inmediata).

La dualidad bien-derecho no es la única generadora de confusiones al hablar de posesión de derechos.

Como decíamos, para que una cosa sea objeto de posesión debe ser apropiable; para que sea apropiable, debe existir; para que exista, debe referirse a un sujeto relativamente determinado que ostente facultades sobre el bien, suficientemente tuteladas por el ordenamiento jurídico. Los derechos que todavía no han sido prescritos no son tales derechos.

Antonio Hernández Gil se refiere, por eso, al «hipotético derecho» y hace la siguiente consideración: «a los fines de la posesión el derecho no es tenido en cuenta como categoría apodíctica, en su plenitud formal o literal, sino más bien en cierto sentido traslativo o explicativo, como expresión económico-social de una situación o estado de hecho» (misma obra citada).

Esta consideración de lo poseído ofrece el inconveniente de su indeterminación y no salva suficientemente el escollo que representa la facticidad caracterizadora de la posesión y la nota de ser ésta artífice de su propia determinación, que no permite aventurar lo que pueda ser, sino el «ser ahí», estático, sin consideraciones de pasado (no se exige ninguna duración en la posesión previa a la privación o perturbación, ni valoraciones de cara al futuro para ejercitar los interdictos). La situación momentánea que se ofrece como objeto del derecho a ser mantenido en la posesión aparece demasiado imprecisa, si no se refiere a una cosa (realidad acotada como base).

Hasta que el plazo para usucapir concluya no está determinado el derecho (sus límites), ni el modo en que éste pueda ser ejercido (limitaciones). Transcurrido el plazo para usucapir, el poseedor deja de serlo (entendido el concepto en su valor autónomo), y se convierte en titular del derecho prescrito. Puede decir, ya, que tiene derecho.

Para el ejercicio de las acciones posesorias puede decir que, sólo, tiene derecho a ser mantenido en un estado de hecho, derecho a ser mantenido en una situación de hecho, apariencia de una situación jurídica («posesión»). De donde mientras el derecho no se halla prescrito, el derecho objeto de la posesión es la posesión. Lo que parece conducir a:

— Admitir como objeto un derecho, en sí mismo, indeterminado (no falta quien defienda que los procesos posesorios tienen carácter constitutivo y que sólo puede hablarse de posesión derecho material una vez declarado el mantenimiento o reposición (De Diego Lora, citado por Hernández Gil, página 638, obra citada). Sólo se concreta en relación a su sustrato real constatable o real en la opinión (tema que llevaría a elucubrar sobre la dualidad ser-parecer, y sobre qué es la realidad).

— Se confunden continente y contenido.

Por lo que parece que, con rigor, no se puede hablar de posesión de derechos respecto de los no realmente existentes (apariencias protegidas = posesión).

Sostener que la idea intelectual de lo que es un derecho es susceptible de ser aprehendida por el entendimiento y, en cuanto tal, objeto de posesión, como bien inmaterial, lleva a recordar las consideraciones generales expuestas para el objeto de las relaciones reguladas en el Libro II del Código Civil. La cosa se entiende como bien, y el bien, para el Derecho, es algo materialmente útil para el titular (no espiritualmente útil), algo de lo que se puede obtener un provecho valorable y objetivo.

Con todo, el legislador insiste en su idea de la posesión de derecho: artículos 431, 432, 438. En este último, «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho (?) poseído, o por la acción de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra, voluntad o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho».

El artículo 38, Ley Hipotecaria: presume que el que tenga inscrito el dominio de los inmuebles o de los derechos reales tiene la posesión de los mismos. Una interpretación sistemática (art. 36) esclarece todo tipo de dudas acerca de si este artículo 38 se refiere a la posesión de derechos, aunque esta ley entiende la posesión como un mero hecho.

De estos artículos se extrae la idea de que uno puede ser poseedor del derecho de que uno mismo es titular. Lo que parece, a su vez, conducir:

— A admitir la posesión de una condición personal: la titularidad. El derecho subjetivo sólo existe relativamente a la persona titular. Esto es contrario a las consideraciones generales de las que partimos.

— A confundir posesión-ejercicio de derecho (de hecho sucede en la doctrina y en algunos Códigos). Y aun no existiendo esta confusión, hay que reconocer que el provecho que puede obtenerse de ser poseedor de un derecho de que se es titular, y que no sea consecuencia del ejercicio de ninguna de las facultades que lo integran, es inseparable de la legitimación formal.

Desde un análisis conceptual, la confusión es menor. La individualización de un derecho respecto de otro se logra más fácilmente cuando el derecho que se ostenta sobre el derecho objeto confiere menos facultades al titular que éste. Pero en el caso de la posesión, al no tener un contenido en facultades determinado, la confusión se produce siempre.

— A distinguir que el derecho del que se es titular puede llevar insita la facultad de poseer, pero ésta no puede confundirse con la posesión, considerada por sí misma (posesión-hecho) y en sí misma (posesión-derecho).

La facultad de poseer integrante de un derecho es una posibilidad.

La posesión, una realidad.

— A considerar que la posesión contemplada como fenómeno aislado de cualquier función o efecto que pueda cumplir para hacer posible el cumplimiento de un contrato o el ejercicio de un derecho responde a las notas singularizadoras expuestas, que carecen de sentido respecto del derecho que se tiene reconocido.

— A deducir que por estas notas la posesión sobre derechos no sugiere las mismas cuestiones a las que conducen los derechos objeto de derechos en general. Supuestos en los que el derecho recae de hecho sobre los rendimientos o beneficios exigibles en base al derecho objeto, pero que sin esa titularidad no podrían obtenerse.

La única pretensión que el poseedor puede hacer exigible es la de ser mantenido en la situación de hecho. El lugar en el que el Código Civil se ocupa de ella es en el Libro II (en el que se trata de las cosas provechosas y las maneras en que se pueden reconocer atribuidas en exclusiva).

Son variadas las teorías que tratan de explicar la razón de mantener, siquiera no de forma definitiva, al que no ostenta derecho alguno sobre una cosa en la posesión de ésta (de la voluntad, de la personalidad, de la prerrogativa de probidad, prohibición de violencia, mantenimiento del *status quo*, propiedad en gestación o manifestación de la propiedad). A mi juicio, no hay razón para excluir ninguna.

Al objeto de determinar qué bienes pueden ser objeto de esta pretensión de mantenimiento, me parece digna de tener en cuenta la del mantenimiento del *status quo* (la sostiene Stahl y Heck, entre otros): las cosas son y deben ser útiles al hombre; para su utilización deben ser atribuidas en exclusiva; la forma en que sean utilizadas es determinante de su provecho; la continuidad garantiza su producción (según nos resume Jordano Barea —obra citada—). No responde a esta idea ni las cualidades o estados personales, ni la mayor parte de las relaciones de crédito.

Sobre lo que son bienes comunes (aire, agua, paisaje...) no es predicable nada de lo expuesto. Con todo, se trata, y en ocasiones se consiguió, una protección interdictal invocando la figura de la posesión

(sentencia de la Audiencia de Madrid de 12 de noviembre de 1974, retener la belleza del paisaje). Puede que el fin justifique los medios, pero en este caso no responde técnicamente a ellos.

Cualquiera que sea la solución por la que se opte respecto de la llamada posesión de derechos, la posibilidad de que una misma cosa pueda jurídicamente producir aprovechamientos diferentes permite la concurrencia de titularidades distintas que posibiliten poseerla. Sin que el ejercicio preferente en la posesión de la cosa en sí, y no en sus rendimientos, por uno de estos titulares, prive en los demás de su posibilidad. Como queda claro esta posesión potencial no es la posesión categoría autónoma. Goza de defensa interdictal siempre que no exista posesión real protegible que se le oponga.

A su vez, la posesión puede ser la acción de la facultad de poseer integrante del derecho del que otro es titular, ejercitada, por ejemplo:

— En representación del titular (representación legal, mandato, gestión).

— En virtud de un contrato que suponga cesión de uso.

— Por un experto o por un subordinado que cumpla instrucciones del titular (para este último caso se utiliza la expresión legal alemana de servidor de la posesión. Entre quienes lo consideran mero detentador y poseedor está la opinión intermedia de quienes opinan que su posición será una u otra según resulte de las instrucciones ejecutadas).

Estas y las anteriores situaciones en que concurren varios sujetos sobre una misma cosa se explican de forma distinta según se reconozca o no la existencia de posesión de derechos. Si ésta se admite, huelga, por ejemplo, la expediente foráneo de la posesión mediata.

CONCLUSIONES

A la vista de todos los inconvenientes teóricos que se derivan de su admisión, parece difícil sostener que la expresión «posesión de derechos» sea defendible sin que choque abiertamente con conceptos jurídicos reconocidos como verdaderos.

Sin embargo, el legislador recurre a ella, lo que obliga a preguntarse el por qué.

Decíamos que:

— Pueden ser objeto del fenómeno posesorio (en el que el simple hecho de poseer confiere derecho a cierto grado de atribución): los bienes entendidos como realidades no inherentes al sujeto, de las que se pueden obtener en exclusiva, y con la actuación unilateral del poseedor, provechos objetivos y valuales.

— Cuando se habla de posesión de derechos, no se utiliza esta expresión como la imagen del concepto técnico, ni de la posesión (para los existentes), ni de la de derechos (para los inexistentes).

Es necesario averiguar si con ella se quiere hacer referencia, como primera aproximación, a algo de lo que no se tiene conocimiento exacto y, por tanto, no puede decirse, con rigor, lo que es, ni lo que no es.

— Con la expresión «posesión de derechos», referida a los «existentes», se alude a la situación en que se encuentra el titular, por concurrir todas las condiciones necesarias para hacer plenamente efectivas todas las posibilidades de aprovechamiento de que sea susceptible la titularidad sobre la realidad que le sirve de base. Situación que ofrece analogía con el ejercicio del derecho, hasta el punto de confundirse realmente con ella, pese a que conceptualmente se intuye más amplio, ya que pueden darse provechos que se obtengan, no por el ejercicio directo del contenido del derecho, sino como efectos reflejos derivados de la aludida concurrencia.

— Con la expresión «posesión de derechos», referida a situaciones no protegidas, a derechos inexistentes, se alude a una actuación del poseedor con un contenido similar al de facultades del derecho si existiera. Situación no protegida (salvo por lo que se refiere al mantenimiento) que conceptualmente se confunde con la noción de posesión, pero que realmente se intuye más amplio, pues la reposición o el mantenimiento difícilmente se reconocerán abstracción hecha de la manera en que se vino desarrollando el hecho de poseer.

De donde resulta que:

Existen analogías y diferencias, por lo que se puede decir que en la expresión «posesión de derechos», en cualquiera de los dos casos se está utilizando, o bien el término posesión, o bien el término derechos, en sentido metafórico. Es decir, se le está dando a un fenómeno el nombre de otro, en base a una analogía y pese a una diferencia:

a) En la posesión de derechos existentes, la analogía existe con el ejercicio del contenido del derecho; la diferencia (más fácil de entender conceptual que realmente) es la posibilidad de un aprovechamiento más amplio del que se derive de ese ejercicio, en el sentido de aprovechamientos indeterminados.

b) En la posesión de derechos de los que no se puede predicar su existencia, la analogía se presenta con el propio fenómeno posesorio; la diferencia (más fácil de entender desde un análisis de los hechos que conceptualmente) radica en el alcance, en la vida práctica, de la reposición o el mantenimiento, en atención al modo de desenvolver su actuación el poseedor.

«El lenguaje es el inventario de las ideas» (Ihering, en la segunda de sus obras citadas en bibliografía). Pero hasta que éstas no se ofrecen de manera determinante, las palabras las denotan, sólo, de forma imprecisa.

Por esa razón no es anómalo la falta de rigor en los términos utilizados por el legislador, si se tiene en cuenta que, como dice Heideg-

ger (obra citada en bibliografía): «El verdadero “movimiento” de las ciencias es el de revisión de los conceptos fundamentales que puede ser más o menos radical y “ver a través” de sí mismo también más o menos. El nivel de esa ciencia se determina por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales.»

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Alvarez Caperochipi, José Antonio: «La propiedad y la posesión», *Curso de derechos reales*, Editorial Civitas, 1986 (Tratados y Manuales), pp. 77 y ss.
- Díez Picazo, Luis: «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la propiedad y la posesión*, Editorial Tecnos, 1978.
- Espín Cánovas, Diego: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Publicaciones del Seminario de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, 1965; «Manual de Derecho Civil», Editorial de la *Revista de Derecho Privado*, 7.ª ed., 1985.
- Fernández-Golfín Aparicio, Antonio, y otros: «Influencias de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1989.
- García García, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- García Goyena, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Reimpresión de la Edición de Madrid 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.
- García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, Editorial Comares, Granada, 1987.
- Heidegger, Martin: *El Ser y el Tiempo*, editado por Fondo de Cultura Económica, traducido por José Gaos, 7.ª reimpresión, 1989, de la 2.ª ed. (revisada) en español (1971).
- Hernández Gil, Antonio: *La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Libro de bolsillo, Madrid, 1969; «La posesión», Tomo II de las *Obras Completas*, Editorial Espasa Calpe, 1987.
- Ihering, Rudolf: «La teoría de la posesión», *El fundamento de la protección posesora*, traducida por Adolfo Posada. 2.ª ed. corregida. Editorial Hijos de Reus Editores, Madrid, 1912; *La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, traducción de Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, Ronda de Atocha, Madrid, 1910.
- Jordano Barea, Juan B.: «Una relación sobre la posesión», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo IV, Tomo XXXIX, 1986.
- López y López, Angel Manuel: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Editorial Tecnos (colección: Temas clave de la Constitución Española, dirigida por Pedro de Vega), Madrid, 1988.
- Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. 1.º, 3.ª ed., Editorial Bosch, pp. 39 y ss.

Reyes Monterreal, J. María: *La figura del precario*, Instituto Ed. Reus, Preciados, Madrid, 1965.

Wolff, Martin: *Derecho de cosas*, Décima ed., revisada por M. Wolff y L. Raiser. Traducida y anotada por Blas Pérez y José Alguer. 3.ª ed., 1971, Tomo III, vol. 1.º, Casa Editorial Bosch.

Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1989 y 1990

HANS-LEO WEYERS
Ayudante: THOMAS KADNER
Universidad de Frankfurt

1. SITUACION JURIDICA EN LA ALEMANIA REUNIFICADA

1.1. Situación General

El desenvolvimiento del Derecho en Alemania durante los años 1989 y 1990 ha venido marcado profundamente por el sello de la reunificación alemana. Recordemos las fechas más importantes de este proceso histórico.

El 9 de noviembre de 1989 se abre el Muro en Berlín oeste. El pueblo de la República Democrática alcanzaba así el punto culminante de una revolución pacífica, impulsada decisivamente por los acontecimientos de los países vecinos del este y sudeste de Europa. El 18 de marzo de 1990 se celebraron en Alemania oriental las primeras elecciones democráticas para el «Volkskammer», el Parlamento de la República democrática. El 18 de mayo de 1990, los gobiernos de la República Federal alemana y el de la República Democrática, surgido de las elecciones de marzo de 1990, firmaron el Tratado de la Unión monetaria, económica y social, que entró en vigor el 1 de julio de 1990 (1). En ejecución de este acuerdo, el Parlamento de la todavía DDR promulgó un sinnúmero de leyes, estableciendo las bases de un «Estado de Derecho» en la República democrática. Mediante una ley de 22 de julio de 1990, el Parlamento de la DDR restableció los antiguos Estados de Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thüringen (2). El 31 de agosto de 1990 ambos gobiernos alcanzaron un acuerdo para construir la Alemania unificada («Tratado de unificación, «Einigungsvertrag»), promulgándose el 23 de septiembre de 1990 la correspondiente ley federal («Einigungsvertragsgesetz», Ley del Tratado de unificación) (4). Según el art. 1 I del

(1) BGBl («Bundesgesetzblatt», *Boletín Oficial*), parte II, 1990, p. 537.

(2) «Ländereinführungsgesetz», *Boletín Oficial de la DDR*, parte II, 1990, p. 955.

Acuerdo sobre la unidad de Alemania, el territorio de la hasta entonces República Democrática se incorpora a la República Federal. De esta manera, el territorio de la existente República Federal se amplía con la integración de los Estados que se acababan de restablecer. El 2 de diciembre de 1990 tuvieron lugar finalmente las primeras elecciones comunes para el Parlamento de toda Alemania.

1.2. Situación jurídica después del Tratado de unificación y de la Ley sobre el Tratado de unificación

El artículo 3 del Tratado de unificación dispone que la Constitución de la hasta entonces República Federal habría de empezar a regir en los nuevos Estados federados el 3 de octubre de 1990. Con ello, se garantizan constitucionalmente Derechos Fundamentales que hasta la fecha no se habían reconocido. Además, se vuelve a admitir la propiedad privada de los medios de producción, prohibida en la antigua DDR.

Según el artículo 8 del Tratado de unificación, el Derecho vigente en la República Federal se aplica básicamente igual en los nuevos «Länder». (El Anexo I del Tratado de unificación recoge algunas excepciones a este principio, así como las oportunas disposiciones transitorias). Por el contrario, se declara la permanencia de aquellas normas de la antigua DDR sobre materias que, conforme al reparto competencial previsto en la Constitución, son competencia de los «Länder», siempre y cuando puedan conciliarse con el Derecho de la CE, con la Constitución y con el Derecho Federal.

1.3. Situación jurídica en el ámbito del Derecho civil

Conforme a lo previsto en el artículo 230 de la Ley de introducción al BGB («Einführungsgesetz zum BGB, EGBGB»), nuevamente redactado por la Ley sobre el Tratado de unificación, el Código Civil alemán se aplicará a los nuevos Estados de la Federación alemana, en los que formalmente no se había llegado a derogar hasta 1975. Según el artículo 8 del Tratado de unificación, artículo 230 II y 231 y siguientes de la EGBG, en el territorio de la antigua DDR seguirá aplicándose el Derecho civil de la anterior República democrática a las relaciones jurídicas que hubieren nacido antes de la reunificación. A las relaciones que nazcan con posterioridad, se les aplicará el Derecho civil común alemán. A las relaciones de tracto continuo se aplica básicamente desde la fecha de la adhesión el nuevo Derecho.

(3) BGBl, II, 1990, p. 889.

(4) BGBl, II, 1990, p. 885.

El Derecho aplicable a supuestos con un elemento extranjero se determina desde la fecha de la reunificación, conforme a lo que dispone el art. 230 II EGBGB, según las reglas contenidas en los artículos 3 y siguientes de la EGBGB; es decir, se trata de las actuales normas de Derecho internacional privado de la Alemania occidental. Sin embargo, la Ley sobre determinación de la norma aplicable de la antigua DDR, se mantiene para hechos acontecidos antes de llegar a la unidad. (Argumento art. 236, parágrafo 1 EGBGB.)

El número y la organización de los Jueces en el territorio de la antigua República Democrática no podrán, ni con mucho, abarcar la ingente tarea que el próximo futuro les depara. En consecuencia, la adaptación del sistema judicial a las nuevas relaciones jurídicas supone uno de los problemas centrales a resolver.

2. OTRAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

Aún prescindiendo de aquellos ámbitos a los que el proceso de reunificación ha afectado de forma inmediata, el legislador alemán ha desarrollado en el período 1989/1990 una intensa actividad.

Primero ha de señalarse que en lugar de la Ley Uniforme de La Haya para la venta internacional de bienes muebles corporales, ha entrado en vigor el Convenio de Viena sobre venta internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980. La Ley de 5 de julio de 1989 que así lo establece entró en vigor el 1 de enero de 1990, de modo que a partir de esta fecha el convenio de La Haya se ha sustituido en el Derecho alemán por el Convenio de Viena.

Con la Ley de 15 de diciembre de 1989 se introdujo en el Derecho alemán la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos (6). La nueva Ley de responsabilidad por productos («Produkthaftungsgesetz») entró en vigor el 1 de enero de 1990. En lugar de integrarse en el seno del BGB, sus disposiciones conforman una ley especial. Aún no disponemos de supuestos en los que la nueva ley se haya aplicado. Con todo, esta innovación legislativa no implica cambios sustanciales para la situación jurídica alemana al respecto, puesto que, en esencia, la Jurisprudencia había ya anticipado los mismos resultados con la inversión de la carga de la prueba y dificultando la prueba exoneratoria (7).

(5) BGBl. II, 1989, p. 586.

(6) BGBl. I, 1989, p. 2198.

(7) Confrontar lo recogido en el informe del ADC 1985, pp. 851, 855 y ss. El primer comentario de la Ley ha estado a cargo de Mertens/Cahn, en el «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», Ergänzungsband, 2.ª ed., «Produkthaftungsgesetz»; Bartl, «Produkthaftung nach neuem EG-Recht. Kommentar zum deutschen Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie», 2.ª ed., 1990.

Con una Ley de 20 de junio de 1990, que entró en vigor el 1 de julio de 1990, se consigue por vez primera en el Derecho alemán una regulación legal de las cuestiones relacionadas con la técnica genética («Gentechnik») (8). La finalidad de esta ley, cuyas disposiciones pertenecen en gran medida al Derecho público, es establecer un marco imperativo para el aprovechamiento de las técnicas genéticas, así como un control exhaustivo de los riesgos que entrañan, garantizando la protección de la vida y salud de los hombres y la protección del medio ambiente. Estos fines se articulan en los parágrafos 32 y siguientes que establecen un nuevo supuesto de responsabilidad civil objetiva.

La modificación legislativa civil más significativa en los años 1989/1990 se produjo el 10 de diciembre de 1990. En tal fecha el Parlamento aprobó una Ley de responsabilidad por daños al medio ambiente («Unwelthftungsgesetz»), que habrá de mejorar la protección de nuestro entorno. La ley entró en vigor el 1 de enero de 1991 y se aplica a todos los daños causados desde esta fecha (9). Las normas vigentes hasta el momento en el campo de responsabilidad por este tipo de daños, que siguen aplicándose tras la nueva legislación, sólo establecen una responsabilidad objetiva en una serie de casos específicos: contaminación del agua (parágrafo 22 de la Ley de Suministro de Aguas, «Wasserhaushaltsgesetz»), daños nucleares (parágrafos 25 y siguientes de la «Atomgesetz»), daños causados por conducciones o canalizaciones (parágrafo 2 de la Ley de responsabilidad «Haftungspflichtgesetz»). A lo anterior debe añadirse la responsabilidad que, al menos en el resultado final, se ha configurado como objetiva y se refiere a daños causados por inmisiones de inmuebles (parágrafo 906 BGB).

La nueva ley de responsabilidad por daños al medio ambiente, viene a sumarse a las normas ya citadas y contiene otras de alcance considerablemente más amplio.

Según el parágrafo 1 de la Ley (en adelante, «UmweltHG»), se responde cuando la alteración del medio ambiente causada por determinado tipo de instalaciones o establecimientos fabriles (los que la propia ley especifica, «Enumerationsprinzip»), provoque a su vez daños a las personas o a las cosas (lo que se denomina «Anlagenhaftung» o responsabilidad para instalaciones). El ser humano resulta ser así el bien jurídico protegido en primer término por la ley. El medio ambiente se beneficia de manera indirecta, al integrarse el supuesto de hecho determinante de la responsabilidad con una alteración del medio ambiente. Además, la responsabilidad se ha configurado como

(8) BGBl. I, 1990, p. 1080.

(9) BGBl. I, 1990, p. 2634.

responsabilidad puramente objetiva, que comprende tanto los daños consecuencia de accidentes, como los causados por la normal y lícita actividad de la instalación. Se incluye también el denominado «Entwicklungsrisiko» o responsabilidad por daños derivados de la producción, que en el momento actual no son previsibles (a diferencia de la «Produkthaftungsgesetz»). De acuerdo con lo previsto en el párrafo 4 de la UmweltHG, sólo cabe exoneración en caso de fuerza mayor. En cierta medida se ha procedido a invertir la carga de la prueba en lo relativo a la relación de causalidad entre daños y actividad de la instalación. Además de lo expuesto, la ley ha configurado una nueva pretensión, que permite obtener información de los encargados de la instalación fabril y de las autoridades competentes, lo que, bajo determinados presupuestos, proporciona al afectado la información necesaria sobre la actividad que se desarrolla en el establecimiento, y le permite enjuiciar mejor su posición jurídica.

Si concurrieran varios establecimientos a la causación del daño, los titulares responden solidariamente conforme a las reglas generales (párrafos 840 I, 830 BGB). Lo referente al reparto interno de la responsabilidad sigue ofreciendo muchos puntos oscuros.

El párrafo 16 de la UmweltHG contiene una norma sobre el alcance de la pretensión de indemnización que difiere de la contenida en el párrafo 251 BGB. Según esta última disposición, si la reparación in natura de daños materiales representara un gasto desproporcionado (por ejemplo, porque el coste de la misma superara incluso el valor de la cosa dañada) no procede el íntegro resarcimiento del daño causado, sino sólo una indemnización adecuada las circunstancias. Esta norma, sin embargo, ya no se aplicará cuando los daños materiales a su vez hayan supuesto la degradación de la naturaleza o del paisaje. En este caso, será necesario reparar íntegramente en forma específica el daño causado o, en su caso, pagar el equivalente pecuniario.

Finalmente, con la Ley de crédito al consumidor de 17 de diciembre de 1990 («Verbraucher kreditgesetz»), el Derecho alemán introduce la Directiva comunitaria de 22 de diciembre de 1986 y consigue una regulación comprensiva de todos los tipos de crédito al consumo (10). La nueva Ley entró en vigor el 1 de enero de 1991 para proteger igualmente a la población de Alemania oriental. Se ocupa también de los corredores de crédito. Una de las innovaciones de la Ley se refiere a un problema clásico del Derecho de la compraventa: el párrafo 9 permite que el consumidor, bajo determinados presupuestos, se niegue a reembolsar el crédito al consumo si la cosa adquirida con ayuda del mismo tuviera vicios ocultos que le permitieran ejercitar las acciones redhibitoria o estimatoria para resolver el contrato o

(10) BGBl. I, 1990, p. 2840.

rebajar el precio. Finalmente, a diferencia de lo previsto en el párrafo 367 BGB, las cuotas de amortización no se imputan ya en primer lugar a los intereses vencidos y no pagados, sino al capital.

3. JURISPRUDENCIA

La evolución jurisprudencial es menos significativa si se compara con lo anterior, pero merecen consideración algunas sentencias.

3.1. Derecho contractual

En primer lugar, cabe destacar la tendencia que reflejan sentencias de Tribunales inferiores en el sentido de incrementar aquellos deberes de las partes contractuales que sirven a la protección de los intereses de su contraparte. Siguiendo esta línea, en varias ocasiones se ha llegado a declarar la nulidad de sendos contratos de fianza, cuando el acreedor hubiese presentado a un deudor inexperto proyectos de financiación de muy largo alcance y carentes de realismo, y procedía a concluir los correspondientes contratos de fianza con parientes cercanos u otros alegados. El Tribunal Supremo (en adelante «BGH»), no obstante, ante los recursos presentados por los acreedores demandantes, ha procedido siempre a casar las sentencias, condenando a los fiadores demandados al pago. El BGH afirma que el acreedor no tiene deber alguno de información frente al fiador. Estas decisiones no han dejado de recibir severas críticas, ni se ha dicho la última palabra al respecto (11) (12) (13).

3.2. Responsabilidad extracontractual

En varias sentencias del año 1989, el BGH se ha enfrentado con un problema específico de responsabilidad por degradación del medio ambiente. El tratamiento negligente que durante décadas han recibido los desechos y residuos industriales en la República Federal de Alemania ha provocado, según las últimas estimaciones, la existencia de más de 4.000 depósitos de descarga y más de 7.800 antiguos emplazamientos industriales. Se teme que los materiales almacenados en estos lugares representen un peligro para el medio ambiente, en particular para las aguas subterráneas. El problema se conoce como «Alt-Lasten

(11) BGH, Sentencia de 28-2-1989, *BGHZ*, 107, p. 92; «Neue Juristische Wochenschrift (-NJW)», 1989, p. 1276.

(12) BGH, Sentencia de 19-1-1989, en *BGHZ*, 106, p. 269; *NJW*, 1989, p. 830; «Juristenzeitung (-JZ)», 1989, p. 494.

(13) BGH, Sentencia de 16-5-1991, en *NJW*, 1991, p. 2015.

Problematik» (14) (15). Según cálculos prudenciales, el saneamiento de este viejo lastre costaría aproximadamente 100.000 millones de marcos (16).

En un primer supuesto típico (17), un matrimonio había adquirido un fundo que con anterioridad se había destinado al depósito de residuos industriales. El fundo se encontraba en una zona residencial, según lo previsto en el Plan de Urbanismo del Ayuntamiento demandado. Por esta razón, el matrimonio se construyó una casa en el lugar. Más tarde se comprobó que del suelo emanaban gases nocivos para la salud, de manera que la vivienda dejó de ser habitable. Los cónyuges afectados demandaron al Ayuntamiento, exigiendo indemnización por el precio de adquisición del terreno y por los gastos de edificación. Eventuales deberes de saneamiento a cargo del vendedor y anterior propietario del fundo se habían excluido por vía contractual. Por razones técnicas, sólo cabía aducir como fundamento jurídico de la demanda el parágrafo 839 BGB en relación con el artículo 34 de la Grundgesetz (incumplimiento de deberes por un funcionario público) (18).

El BGH afirmó que el Ayuntamiento que elabore un plan de edificación conforme a lo previsto en la Ley de Edificación («Baugesetzbuch»), tiene el deber de proteger a los futuros moradores frente a los peligros inherentes a la degradación del medio ambiente. Si hubiera alguna sospecha de contaminación del suelo, el Ayuntamiento, mientras se prepara el Plan de Urbanismo, debe averiguar si en la zona que se contempla la salud puede verse amenazada por el peligro que representen esos viejos depósitos de materiales. El Ayuntamiento, conocedor de la previa utilización de la zona como lugar de descarga, había incumplido este deber y se habían comportado de forma negligente los funcionarios competentes. En un Estado Social de Derecho, los miembros de los órganos municipales deben preparar escrupulosamente las resoluciones que adopten y —si fuera necesario— han de consultar con las autoridades o con los especialistas en la materia. En el presente caso, tenían este deber frente a cada uno de los propietarios de los solares comprendidos dentro del Plan, así como frente a los futuros habitantes de la zona afectada. Estas personas han de

(14) «Bundestagsdrucksache (BO del Bundestag) 11/4104 de 1 de marzo de 1989, p. 5; Cfr. al respecto Reh binder, en «Juristische Schuling (-Ius)», 1989, pp. 885 y ss., y Limberger/Koch, «Versicherungsrecht» (-VersR), 1991, pp. 135 y ss., con más indicaciones sobre el tema.

(15) Reh binder, en *Ius*, 1989, p. 885, con más información.

(16) Véase lo expuesto por Limberger/Koch, *VersR*, 1991, pp. 134 y ss.

(17) BGH, Sentencia de 26 de enero de 1989, *BGHZ*, 106, p. 323; *NJW*, 1989, página 976; *JZ*, 1989, p. 1122.

(18) Cfr. el fallido intento de reforma y simplificación de estas normas, *ADC*, 1984, pp. 157 y ss.

poder contar con que su vida y salud no se verá amenazada por peligros derivados de la condición del suelo.

El deber público que se acaba de describir, según el BGH, no se dirige únicamente a proteger la salud personal, sino que protege también los intereses patrimoniales de los afectados. En consecuencia, se condenó al Ayuntamiento demandado al pago de una indemnización comprensiva de los gastos de adquisición del fundo y edificación de la vivienda, previa deducción del precio que aún podría conseguirse por el inmueble.

En otras tres decisiones del año 1989, el BGH ha tenido ocasión de concretar los presupuestos y límites de esta indemnización (19) (20) (21).

Sin duda, el ulterior desarrollo jurisprudencial sobre responsabilidad por antiguos depósitos de desechos —contando con los existentes en los nuevos «Länder»— representará en el próximo futuro una de las tareas más importantes de la Jurisprudencia en el ámbito del Derecho civil.

3.3. Derecho laboral

El Tribunal Federal de Trabajo («Bundesarbeitsgericht», en adelante BAG) resolvió en mayo de 1989 el siguiente caso: En una industria farmacéutica se había desarrollado una sustancia con la propiedad de reducir y reprimir el vómito. El producto habrá de servir para aminorar los efectos consiguientes al tratamiento químico del cáncer, pero también para hacer menos perceptibles (transitoriamente) eventuales lesiones por radiación en caso de guerra nuclear. Un empleado —encargado de probar el nuevo medicamento— se negó a ello en repetidas ocasiones, alegando que el medicamento podría disminuir el horror del hombre ante la posibilidad de una guerra nuclear. Por esta razón, el empleador procedió finalmente a extinguir la relación laboral.

Según la legislación alemana de protección frente al despido («Kündigungsschutzgesetz»), sólo cabe resolver el contrato de trabajo cuando concurren una serie de causas específicas previstas en la ley. El despido puede estar justificado por causas concernientes a la persona o al comportamiento del trabajador; en particular, el incumplimiento de su obligación laboral. El BAG destacó en el fallo el especial sig-

(19) BGH, Sentencia de 6 de julio de 1989, *BGHZ*, 108, p. 224; *NJW*, 1990, página 381; *JZ*, 1989, p. 1126.

(20) BGH, Sentencia de 21-12-1989, *BGHZ*, 109, p. 380; *NJW*, 1990, p. 1038; *JZ*, 1990, p. 645.

(21) BGH, Sentencia de 21-12-1989, *JZ*, 1990, p. 641.

(22) Cfr. las reflexiones de Rehbinder, en *Ius*, 1989, p. 890.

nificado que tiene el Derecho Fundamental de la libertad de conciencia (artículo 4 I de la GG), incluso a la hora de determinar el contenido de las obligaciones laborales. El Juez no puede hacer una valoración objetiva sobre lo acertado o erróneo de una decisión que el trabajador haya adoptado en conciencia. Pero, en casos como el presente deben tenerse en cuenta, entre otros, factores como los siguientes: si el trabajador, en el momento de concluir el contrato, sabía ya que se le asignaría esa tarea; si es necesario para el empleador que sea precisamente ese trabajador el que desarrolle esa labor; si el empleador ha de contar en el futuro con semejantes conflictos de conciencia, o si en el supuesto concreto está en condiciones de ofrecer al empleado un puesto de trabajo que no le suponga un problema de conciencia, etc. En el caso presente, el pleito se remitió a las instancias inferiores por averiguación ulterior de hechos.

Parecidos a los expuestos fueron los argumentos utilizados por el Tribunal laboral de Köln para declarar la nulidad del despido de una empleada judía, que trabajaba en la fabricación de piezas de metal (24). La mujer se había negado a realizar encargos destinados a Irak, puesto que Irak es uno de los enemigos más radicales del Estado de Israel. Su temor era que las piezas suministradas a Irak fueran luego utilizadas para fabricar armas, con las que podría hacerse la guerra a Israel. El Tribunal laboral se basó en su fallo en la jurisprudencia del BAG.

Traducido por:
ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Universidad de Murcia

(23) BAG, Sentencia de 24 de mayo de 1989, *NJW*, 1990, p. 203; *JZ*, 1990, página 139.

(24) ArbG Köln, Sentencia de 18-4-1989, *NJW*, 1991, p. 1006.

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de

**PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ**

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte general*

1. ANTEPROYECTOS DE LEY. Se aprueban las directrices sobre su forma y estructura.

Resolución de 15 de noviembre de 1991 de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991. ("B.O.E." del 18 de noviembre.)

Con la declarada finalidad de mejorar la calidad técnica de las leyes, se procede a publicar la presente resolución, cuya eficacia, lógicamente restringida al funcionamiento interno de la Administración, difícilmente justifica su inserción bajo el epígrafe de «Disposiciones Generales» del *Boletín Oficial del Estado*.

Sin embargo, y pese a nuestro convencimiento de que la necesidad de claridad y precisión, rigor y exactitud, coherencia y armonía en las leyes (por utilizar la terminología del propio preámbulo de la disposición comentada), dista mucho de ser una cuestión a abordar únicamente a través de directrices sobre forma y estructura, hemos creído interesante dar noticia de la existencia de una tal disposición, por su evidente interés dentro del procedimiento general de creación legislativa.

2. SERVICIO MILITAR. Ley Reguladora. Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre ("B.O.E." del 21).

La presente disposición, reguladora del proceso y reclutamiento, la prestación del servicio militar, los derechos y deberes de los militares de reemplazo, y la situación de reserva, contiene, además, en sus disposiciones adicionales diversas modificaciones afectantes al Código Penal, al Código Penal Militar, a la Ley Procesal Militar, a la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y a la Ley Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la prestación social sustitutoria.

(*) Comprende las disposiciones publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* durante el último trimestre de 1991.

Presenta interés la proclamación, hecha en el artículo 5 de esta norma, de que las personas comprendidas en su ámbito de aplicación, tendrán plena capacidad de obrar para el ejercicio y defensa de los derechos reconocidos en la misma, toda vez que, suponiendo el alistamiento una serie de actuaciones tendentes a establecer las listas de los españoles varones que cumplan en el año correspondiente dieciocho de edad (según indica el propio artículo 9-1 del texto comentado) las causas de exención o de aplazamiento, reconocidas en la ley, a menudo habrán de ser planteadas cuando el interesado aún no haya alcanzado la mayoría de edad.

2. Derecho de obligaciones

3. PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL. Se desarrolla la disposición adicional novena de la Ley 16/85, de 25 de junio, sobre garantía del Estado para obras de interés cultural.

Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre (“B.O.E.” del 28).

La Ley del Patrimonio Histórico Español preveía al posibilidad de que el Estado se comprometiera a indemnizar por la destrucción, pérdida, sustracción o daño, de las obras cedidas a Museos, Bibliotecas o Archivos para su contemplación pública, evitando así las dificultades que para el recurso a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración o a los preceptos del Código Civil reguladores del comodato o del arrendamiento, representan factores tales como la compleja red de entes jurídico-públicos con personalidad diferenciada de la del Estado, o la propia inexistencia de dotaciones presupuestarias para afrontar el pago de las indemnizaciones.

La norma presentada regula el procedimiento encaminado a la obtención de la garantía estatal y el alcance de ésta, resultando en este sentido destacables los siguientes aspectos:

1) En cuanto a causas de exoneración, se contemplan la destrucción, pérdida, sustracción o daño de las obras, debidos a:

- Vicio propio o cualidad intrínseca del bien objeto de la garantía.
- Simple transcurso del tiempo.
- Acción u omisión deliberada del cedente de la obra, sus empleados o agentes.
- Incautación, retención, embargo o medida similar instada por tercero y acordada por órgano competente.
- Explosión nuclear.

2) Se establecen también reglas para la determinación de las cuantías indemnizatorias, con el límite máximo del valor declarado en la solicitud de la garantía y reconocido en la Orden de otorgamiento por el Estado.

3) Una vez abonada la indemnización por el Estado, se contempla la posibilidad de que éste repita contra la institución cesionaria, cuando se den los presupuestos que la ley establece, o se subrogue en las acciones que, por razón del siniestro, correspondieran a la institución cesionaria o al cedente, hasta el límite de la indemnización satisfecha.

4) Expresamente se declara que, en relación con la colección Thyssen-Bornemisza, se estará a los términos previstos en el acuerdo suscrito con «Favorita Trustees Limited».

5. *Derecho de sucesiones*

**4. TESTAMENTOS. Modificación del Código Civil en esta materia.
Ley 30/1991, de 20 de diciembre ("B.O.E." del 23).**

La presente reforma se ha llevado a efecto con la finalidad de actualizar algunos aspectos del testamento otorgado ante Notario. Básicamente, las reformas se han centrado en la supresión, como requisito general, del concurso de los testigos en la formalización del testamento notarial, manteniendo tal exigencia en aquellos supuestos en los cuales el testador no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar.

— Además se prevé expresamente la identificación del testador mediante el uso de documentos expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea precisamente identificar a las personas.

— También se ha procedido a ajustar el supuesto de que el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conoce, a la nueva realidad de nuestro ordenamiento jurídico, representada por la existencia de varias lenguas oficiales, asegurando además su redacción en la que emplee el testador.

— Asimismo se ha procedido a adaptar el testamento otorgado por el demente en un intervalo lúcido al novedoso tratamiento legal de la incapacitación, refiriendo la designación de dos facultativos por el Notario autorizante a aquellas situaciones legales de incapacitación, en las cuales la sentencia que la declarase no contuviera pronunciamiento acerca de la capacidad para testar.

— En la confección del testamento cerrado regula la utilización de medios mecánicos.

— Parece destacable también la modificación operada en las causas de inhabilitación para actuar como testigos en los testamentos, desapareciendo la de no estar domiciliados en el lugar del otorgamiento y la de haber sido condenado por falsificación de documentos o por falso testimonio, y agrupándose los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados del Notario autorizante, en el concepto global de «quienes tengan con éste relación de trabajo».

— Por último, resulta interesante la Disposición Transitoria contenida en esta Ley, por cuanto declara válidos los testamentos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor y que se ajusten a sus previsiones, salvo que hubieran sido anulados por resolución judicial firme.

— En general, se observa un cuidadoso esfuerzo del legislador por no alterar sino los textos indispensables para conseguir la finalidad pretendida, sin menoscabo alguno de las pautas doctrinales y jurisprudenciales ya asentadas en la interpretación de la normativa anteriormente vigente, elevando en algunos casos a rango legal algunas interpretaciones jurisprudenciales y prácticas corrientemente observadas por el Cuerpo Notarial.

II. DERECHO REGISTRAL

**5. REGISTRO MERCANTIL. Modificación de los artículos 52, 62 y 331 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre.
Real Decreto 1418/1991, de 27 de septiembre ("B.O.E." del 9 de octubre).**

Con la finalidad de paliar en la medida de lo posible las aglomeraciones producidas a consecuencia de la obligación de publicar las cuentas anuales, se procede a una puntual reforma del Reglamento del Registro Mercantil, cuyo concreto alcance es el siguiente:

1) Se posibilita que, en lo sucesivo, las cuentas anuales puedan ser remitidas a través de las oficinas de correos, mediante el procedimiento regulado por el artículo 66-3 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo.

2) Se establece que, en estos casos, el Registrador habrá de extender asiento de presentación, expresando en el mismo la fecha consignada por el funcionario de correos.

3) Por último, y para facilitar la recogida de los títulos ya despachados, se impone al Registro la comunicación al interesado de la fecha en que el documento estará calificado y, en su caso, inscrito.

6. REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Se aprueba su reglamento regulador.

Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre ("B.O.E." del 9 de noviembre).

En desarrollo de la previsión establecida por el artículo 130-5.º de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, se ha procedido a la regulación reglamentaria del procedimiento de inscripción de los derechos de propiedad intelectual y de la estructura y funcionamiento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

Se parte del carácter público del Registro y de la presunción *iuris tantum* de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los respectivos asientos.

Es destacable, asimismo, el carácter voluntario y no constitutivo de la inscripción registral, para la puesta en marcha del mecanismo protector otorgado por la ley a los derechos de propiedad intelectual, armonizando así nuestro ordenamiento jurídico con los Convenios Internacionales ratificados por España y alterando los principios que informaban la legislación anterior.

III. DERECHO MERCANTIL

7. VALORES MOBILIARIOS. Regulación de operaciones especiales.

Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre ("B.O.E." del 5 de octubre).

Desarrollando los principios contenidos en la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, véase su reseña en este Anuario, XLI-IV, disposición n.º 12 de la Información legislativa), se regulan varios aspectos singulares de operaciones sobre valores admitidos a negociación bursátil.

Las materias reguladas son las siguientes:

1) Operaciones bursátiles especiales. Partiendo de la consideración legal de operaciones bursátiles como transmisiones por título de compraventa de valores admitidos a negociación en las Bolsas de Valores, se establecen los requisitos para la realización de dos modalidades, las aplicaciones y las tomas de razón.

Las aplicaciones se producen cuando, al concurrir sobre un miembro del mercado bursátil dos órdenes contrarias, de compra y venta, sobre un mismo valor, procede a casarlas, cerrando la operación internamente. Su realización sólo podrá hacerse dentro del horario de contratación si se asegura la publicidad de las posiciones y fuera de dicho horario si además queda justificado que la operación reviste características objetivas (volumen, procedencia) especiales.

Por su parte, la toma de razón consiste en la formalización por un miembro del mercado de una operación convenida entre quienes no sean miembros de él. También estas actuaciones se limitan, al entenderse que distorsionan el mercado, sujetándose a requisitos parecidos a los antes aludidos.

2) Operaciones extrabursátiles. Las transmisiones de valores admitidos a cotización, pero realizadas por título distinto a la compraventa no son operaciones bursátiles, pero inciden en el funcionamiento del mercado, por lo que se sujetan a requisitos especiales de publicidad. Esta consiste, primero, en la obligada comunicación de su realización a las Sociedades de Bolsas por parte del adquirente, del fedatario público (Corredor de Comercio, Notario) o del mediador, que hayan intervenido en la operación, y, después, en la publicación de las operaciones de elevado volumen en el Boletín de Cotización.

Para el ejercicio de sus derechos sin obstáculos formales, el adquirente podrá exigir un certificado que acredite haberse realizado la preceptiva comunicación.

3) Publicación de cambios medios. En la Bolsa española ha sido tradicional la publicación, como cambio oficial de los valores, del cambio de cierre, es decir, del último a que se cerraron operaciones dentro del horario de contratación. Esta práctica se complementaba con la utilización generalizada del cambio medio (simple, equidistante de los cambios mínimo y máximo) como referencia para la realización de las órdenes sin limitación de cambio. Ahora el presente Decreto introduce la fijación de un cambio medio ponderado, se entiende que por el volumen negociado, de forma que tal cambio se haga constar en el acta de cotización y sea publicado, con los efectos correspondientes.

8. CONSUMIDORES Y USUARIOS. Regulación de los Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

LEY 26/1991, de 21 de noviembre ("B.O.E." del 26).

A) Exposición

La presente disposición viene a incorporar al Derecho español la Directiva CE, número 85/577, de 20 de diciembre, relativa a la protección de los consumidores en los contratos celebrados fuera del establecimiento del comerciante, según el corriente entendimiento de que tales convenios conllevan un mayor riesgo, debido a que el destinatario final del bien o servicio contratado se ve en buena medida sorprendido, al no haber partido la iniciativa de sí mismo.

En cuanto al ámbito de aplicación de la norma, definido en su artículo primero, destaca la expresa referencia a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor o a las ofertas de contrato emitidas por un consumidor, fuera del establecimiento mercantil de aquél, añadiéndose otros supuestos (venta en un medio de transporte público, en la vivienda del consumidor, etc.), que no pueden sino mover a una relativa incertidumbre acerca de la absoluta validez de la cláusula general. Se establecen asimismo los contratos excluidos de la regulación establecida.

Se regula el ejercicio del derecho de revocación establecido en favor del consumidor, y las consecuencias del mismo, básicamente consistentes en la recíproca restitución de las prestaciones, contemplando expresamente la imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor.

Como requisitos formales a cumplimentar se incluye la necesidad de que el contrato o la oferta contractual consten por escrito y de que en el documento se haga referencia expresa al derecho de revocación, acompañándose de un documento para su ejercicio con los requisitos exigidos por el texto legal. Sin embargo, el incumplimiento de tales

requisitos no impide que el contrato despliegue sus efectos, sino que faculta al consumidor para instar su anulación, aproximando el supuesto a los casos de nulidad relativa o anulabilidad, contemplados en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil.

Los derechos conferidos a los consumidores se configuran como irrenunciables.

B) Observaciones

Únicamente haremos una breve alusión a dos problemas abordados con escasa profundidad por el texto comentado: la regulación de la imposibilidad de devolver la prestación por parte del comprador y la acción de anulabilidad establecida para el supuesto de incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la norma.

1) En cuanto a la imposibilidad de devolver la cosa por parte del consumidor, se comienza por proclamar la irrelevancia de tal circunstancia a efectos del ejercicio por éste de su derecho de revocación, distinguiéndose entre imposibilidad imputable o no al consumidor. En el primer caso, se establece la obligación a cargo de éste de abonar el valor de mercado de la cosa en el momento del ejercicio del derecho de revocación, con el límite máximo del precio de adquisición. No se dice si se refiere al valor de mercado de un objeto nuevo o del objeto ya usado, no si es el valor en el mercado al por mayor o al por menor. El reembolso del valor de mercado de un objeto nuevo llevará, en la práctica, a vaciar totalmente de contenido el derecho de revocación, si es al mercado de consumo o al por menor al que se refiere la ley.

Aún presenta mayores dudas la determinación del criterio de imputabilidad a adoptar en estos casos, toda vez que el artículo 7.º, n.º 2, de la Ley establece que, si el empresario incumple los deberes formales establecidos por el artículo 3.º, la imposibilidad sólo será imputable al consumidor cuando éste hubiera omitido la diligencia *que le es exigible en sus propios asuntos*. La interpretación *a sensu contrario* de este precepto no proporciona un estándar de diligencia para el supuesto de no concurrir la aludida infracción por parte del empresario, por lo cual habrá que acudir a la jurisprudencia y doctrina ya existentes, delimitadoras del caso fortuito y de la imputación de riesgos. Pero es que, además, ¿qué diligencia es exigible a un sujeto en sus propios asuntos?

2) Por último, en cuanto a la acción de anulabilidad conferida al consumidor ante la infracción de los deberes formales impuestos por el artículo 3.º, volvemos a encontrarnos ante algunos problemas, entre los que podríamos destacar los siguientes:

— En cuanto al *plazo*, la ley no indica nada. Parece desproporcionado acudir al de *cuatro años*, establecido por el artículo 1301 del Código Civil para la acción de anulabilidad. Además, tampoco sabemos cuál será la fecha para el inicio del cómputo (posiblemente el de la fecha de consumación del contrato).

— Vuelven a surgir idénticas dudas que en la acción de resolución, considerada por la doctrina como rescisión, contemplada en el artículo 62 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. ¿La mera falta de constancia en el documento de la existencia de un derecho de revocación bastará, si el empresario prueba que puso en conocimiento del consumidor, por otros medios, la existencia de tal derecho o que éste lo conocía efectivamente?

— Dependiendo de la decisión a adoptar en cuanto al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, podrían surgir problemas en torno a la compatibilidad o no con la revocación, así como a las relaciones procesales entre ambas acciones.

9. MERCADO DE VALORES. Regulación de los mercados oficiales de futuros y opciones.

Real Decreto 1814/1991, de 20 de diciembre (“B.O.E.” del 27).

Punto de partida de esta regulación es la definición de su objeto, distinguiéndose:

1. Futuros financieros: son contratos a plazo sobre instrumentos financieros con importe nominal, objeto y vencimiento tipificados, que se negocian en un mercado organizado, cuya sociedad rectora los registra, compensa y liquida, actuando como contraparte.

2. Opciones financieras: son contratos a plazo que tienen por objeto la facultad de ejecutar una operación sobre instrumentos financieros a cambio del pago de una prima. También aquí los elementos contractuales están tipificados y la sociedad rectora del mercado actúa como contraparte.

Los mercados que tengan por objeto la negociación de futuros y opciones deberán ser autorizados por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el mismo acto se aprobará el Reglamento del mercado, que constituirá la norma básica para el funcionamiento del mismo (son materias de necesaria regulación: los miembros del mercado, relaciones con clientes, negociación, liquidación, garantías, comisiones, disciplina y contratos).

La sociedad rectora de cada mercado ocupa una posición central en su desarrollo y funcionamiento. Esta sociedad, que revestirá la forma de sociedad anónima cuyo objeto exclusivo sea la actuación en el propio mercado, estará integrada por los miembros de éste y por los extraños que sean autorizados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Aparte de las funciones generales de la rectora como entidad organizadora e inspectora del mercado, le corresponde la de actuar como contrapartida en todas las operaciones, realizando también su liquidación. Su posición se distingue así de las que ocupan las entidades equivalentes en los mercados de valores y resulta clara su justificación si se tiene en cuenta que las operaciones sobre futuros y opciones suelen tener por objeto valores ficticios (títulos notariales en su jerga particular) o incluso conjuntos de valores que se toman simplemente como referencia, por lo que su liquidación se hace por diferencias. Esta forma de operar exige un centro organizador con funciones compensadoras y liquidadoras.

Serán miembros de cada mercado las entidades que reúnan los requisitos establecidos en la Ley del Mercado de Valores (Sociedades y Agencias de Valores, Entidades de depósito, Cooperativas de crédito y sociedades mediadoras del mercado de dinero) y reciban esta condición de la sociedad rectora. Podrán clasificarse, atendiendo a que su actuación sea por cuenta propia, ajena o ambas.

Obligación especial de los miembros del mercado es la constitución de garantías, ante la sociedad rectora, y la exigencia de las mismas a sus clientes. El Decreto regula la actualización diaria de su importe y sus formas de materialización.

Esta nueva regulación tiene pretensiones de generalidad, de modo que los mercados de futuros y opciones existentes con anterioridad (es decir, el de Deuda Pública anotada, dirigido por el Banco de España, y el privado, organizado por MEFSA), disponen de un plazo para acomodarse a sus disposiciones y obtener el reconocimiento oficial.

10. CONTABILIDAD. Regulación de las cuentas anuales consolidadas. Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre ("B.O.E." del 27).

La redacción actual del artículo 42 del Código de Comercio (procedente de la Ley 19/1989, de 25 de julio) establece la obligación de las sociedades mercantiles de formular cuentas anuales e informes de gestión consolidados cuando controlen el funcionamiento de otras sociedades de modo que constituyan un grupo. Ya los artículos siguientes del Código regulan con detalle los requisitos de estas cuentas y las reglas para realizar la consolidación, pero la complejidad de las operaciones contables justifica la promulgación de normas técnicas y modelos.

Los temas regulados son: Sociedades obligadas a consolidar, dominantes y dependientes; Métodos de consolidación, integración global, proporcional y puesta en equivalencia; Cambio del método aplicable; Documentación de las cuentas anuales consolidadas y modelos.

Debe recordarse que la obligación de formular cuentas consolidadas es exigible respecto a aquellos ejercicios que se cerraron a partir del 31 de diciembre de 1990.

11. TRANSACCIONES EXTERIORES. Nueva regulación de las transacciones económicas con el exterior.

Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre ("B.O.E." del 27).

En el proceso de liberalización de las transacciones entre residentes y no residentes y del movimiento de capitales a través de las fronteras, se llega prácticamente a su culminación con este Decreto, de tal modo que sería necesario ya modificar en su totalidad la Ley de control de cambios, 40/1979, de 10 de diciembre, que regula esta materia.

El nuevo régimen parte de la general libertad en la realización de transacciones exteriores, refiriéndose a las siguientes actuaciones:

1) Operaciones de toda índole que den lugar a cobros o pagos entre residentes y no residentes; definiéndose estas condiciones así como su forma de acreditación. Estas operaciones son libres y sólo podrán limitarse excepcionalmente.

2) Exportación de moneda metálica, billetes o cheques, que se sujetan a previa declaración cuando sea por importe superior a un millón de pesetas, por persona y viaje, y a previa autorización si supera los cinco millones. La importación superior a un millón de pesetas requerirá declaración previa.

3) La apertura y mantenimiento por residentes de cuentas en el extranjero es libre, aunque deben declararse sus movimientos.

4) También serán libres los cobros y pagos entre residentes y no residentes, debiendo formularse declaración u obtenerse autorización para los movimientos de fondos que superen las cantidades antes indicadas.

Junto al régimen de libertad persiste la obligación de informar a la Administración de las operaciones realizadas, que normalmente recaerá sobre la Entidad financiera a cuyo través se realicen las operaciones. El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a la aplicación del régimen sancionador que se detalla.

El presente Real Decreto entra en vigor el día 1 de febrero de 1992.

Es interesante destacar, finalmente, que sigue vigente sin modificación el régimen de inversiones extranjeras. Parece que sería el momento de reunir en un solo texto normativo, de forma clara y sistemática el régimen de control para todas las relaciones económicas exteriores, acabando con la dualidad tradicional.

12. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. Aprobación de su Reglamento.

Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre ("B.O.E." del 16).

Este Impuesto, regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (reseñada en este Anuario, XLI-I, disposición n.º 9, de la Información legislativa), venía rigiéndose por el Reglamento del antiguo Impuesto de Derechos Reales, de 15 de enero de 1959, y, en sus aspectos gestores, por el Real Decreto 422/1988, de 29 de abril. El nuevo Reglamento lleva a cabo la necesaria actualización y adecuación legal del antiguo texto, utilizando la misma ordenación sistemática que la Ley.

Es interesante señalar que algunos de los preceptos reglamentarios han sido ya modificados como consecuencia de la reforma de ciertos artículos de la Ley reguladora, operada por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, reseñada en este mismo número.

13. CENTROS DE INTERES TURISTICO NACIONAL. Se deroga la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional.

Ley 28/1991, de 5 de diciembre ("B.O.E." del 6).

La existencia en el momento actual de diferentes criterios para atender el fomento de la oferta turística y la drástica modificación de la estructura política estatal, plasma-

da en las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en relación con la promoción y ordenación del turismo y la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, han aconsejado la supresión de la Ley sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional. Se mantienen, sin embargo, los beneficios concedidos a los centros ya existentes, condicionando su disfrute al cumplimiento de las normas y requisitos en cuya virtud se concedieron.

14. REGIMEN TRIBUTARIO. Adecuación de impuestos a las normas de las Comunidades Europeas.

Ley 29/1991, de 16 de diciembre ("B.O.E." del 17).

Unidas solamente por su necesaria adecuación a las disposiciones armonizadoras de las Comunidades Europeas, se contienen en esta Ley normas relativas a variadas figuras impositivas.

Siguiendo el esquema legal se distinguen:

1. Régimen fiscal de las fusiones y escisiones de sociedades, aportaciones de activos y canjes de valores. Las disposiciones afectan especialmente a los Impuestos sobre la renta, detallando la incidencia de las operaciones en las entidades transmitentes, adquirentes o en los socios. En general, este título primero de la ley, transcripción de la Directiva 90/434 CEE, es un ejemplo de mala técnica legislativa por su confusión. El nuevo régimen, que deroga la Ley vigente de 26 de diciembre de 1980, se funda en el criterio de neutralidad fiscal de estas operaciones, al no devengarse el gravamen sobre incrementos de patrimonio, pero sin permitir tampoco la actualización de valores.

2. Régimen de las sociedades matrices y filiales residentes en distintos Estados miembros.

3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se modifica el Texto Refundido del Impuesto, de 30 de diciembre de 1980, en los siguientes aspectos:

a) Ambito de aplicación territorial respecto a las operaciones societarias, atendiendo a la sede de dirección efectiva de la entidad y a la realización de operaciones de su tráfico.

b) Delimitación frente al IVA, sujetando a tributar las transmisiones de inmuebles incluidos en las transmisiones globales del patrimonio empresarial.

c) Nueva regulación del concepto «operaciones societarias». Se incluyen como operaciones sujetas las aportaciones de los socios para reponer pérdidas sociales y el traslado a España desde países no miembros de la CEE del domicilio o sede efectiva de una sociedad, determinándose su forma de tributación.

d) Comprobación de valores. Se establece la notificación a los transmitentes de los valores comprobados, a fin de que puedan ejercitar los medios de impugnación procedentes.

4. Impuesto sobre el Valor Añadido. Además de retocar la regulación de las transmisiones de patrimonios empresariales o del cambio de afectación de bienes entre sectores diferenciados, se introducen modificaciones impuestas por normas comunitarias en relación con regímenes aduaneros especiales.

5. Administración tributaria. En general, y sin perjuicio del régimen aplicable en las Comunidades Autónomas que tengan a su cargo la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, esta función corresponderá a las Delegaciones, Administraciones de Hacienda u órganos autonómicos análogos, dejando de estar atribuidas a las oficinas de Distrito a cargo de Registradores de la Propiedad.

La Ley entra en vigor el día 1 de enero de 1992, pudiéndose solicitar la aplicación del régimen anterior de beneficios para fusiones y escisiones de empresas en los primeros seis meses y siempre que hubiesen sido acordadas con anterioridad.

15. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1992. Ley 31/1990, de 30 de diciembre ("B.O.E." del 31).

Como cada año, la Ley de Presupuestos contiene todo un heterogéneo conjunto normativo que, unificado en torno a la definición de una determinada política económica, viene a modificar, con diverso alcance, la redacción de numerosas disposiciones del ordenamiento jurídico. Podríamos destacar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 los siguientes aspectos:

1) Se modifica la Ley de Contratos del Estado, permitiéndose que, en el contrato de suministro, el pliego de cláusulas particulares posibilite el pago parcial del precio de los bienes objeto del contrato, mediante la entrega de otros bienes de la misma clase por parte de la administración, sin que el importe de éstas pueda superar el 50 por 100 del precio total del suministro pactado.

En relación con la contratación por parte de Organismos Autónomos, se eleva a 150 millones de pesetas la cuantía de los contratos a partir de la cual se precisara la autorización previa, a que se refiere la disposición final 2.^a del texto articulado. (Artículos 12 y 13 de la Ley comentada.)

2) Presenta interés, por el número de personas afectadas, la posibilidad de deducción proporcional de haberes al funcionario por la diferencia entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada, derogándose para ello cuantas normas se opongan a lo dispuesto. La manifiesta contradicción entre el precepto y el rechazo de la indefensión, constitucionalmente proclamado en el artículo 24 de nuestro texto constitucional, con el consiguiente retorno a nuestro ordenamiento de las sanciones impuestas de plano y sujetas al principio rechazable del *solve et repete*, merece, a nuestro juicio, una crítica negativa (art. 36 de la Ley).

3) Las medidas introducidas en el ámbito tributario, obedientes, según la Exposición de Motivos de la Ley, a las necesidades de atacar la inflación y potenciar la competitividad de las empresas españolas, fomentando la exportación y la investigación y desarrollo tecnológicos, modifican la regulación de los impuestos de Sociedades, Sucesiones y Donaciones, Bienes Inmuebles (actualización criticable, ante el fracaso de las revisiones de valores, consistente en aplicar un coeficiente del 5 por 100 de incremento sobre el valor anterior) y Actividades Económicas.

En cuanto a la imposición indirecta, se establecen nuevas tarifas para las transmisiones y rehabilitaciones de los títulos nobiliarios y grandezas, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; también se modifican los tipos establecidos para el Impuesto sobre el Valor Añadido, pasando el tipo general al 13 por 100 y reduciéndose del 33 por 100 al 28 por 100 el aplicable a los bienes contemplados en el artículo 29.1 de la Ley del Impuesto. Finalmente, se efectúan algunos retoques en los tipos aplicables a los Impuestos Especiales y a las Tasas de la Hacienda Estatal.

4) El interés legal del dinero se establece en el 10 por 100 hasta el 31 de diciembre del año 1992, y el interés de demora establecido por el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria, en el 12 por 100, consagrándose un año más tan criticable diferencia.

5) La Disposición Adicional vigésimo primera acoge la curiosa interdicción de disposiciones futuras de cualquier rango, en las cuales se contemplen amnistías fiscales para los incumplidores de obligaciones tributarias. Resulta ocioso criticar tal disposición, por cuanto es evidente que cualquier norma con rango de ley, y posterior a la que es objeto de estas líneas, puede derogar la mencionada declaración de intenciones.

6) Prestaciones y Pensiones por actos de terrorismo. La Disposición Adicional vigésimo octava contempla un derecho a pensión, reconocido en favor de toda persona, o de sus familiares, que sufra lesiones permanentes, invalidantes o fallezcan como consecuencia de actos de terrorismo.

Por su parte, la Disposición Adicional vigésimo novena amplía la indemnización del Estado a los daños materiales ocasionados en la vivienda habitual de las personas

físicas (su estructura o elementos esenciales), como consecuencia de actividades delictivas, cometidas por bandas armadas o elementos terroristas. Esta indemnización se configura como subsidiaria, respecto de cualesquiera otras reconocidas por las administraciones públicas *o derivadas de contratos de seguro*.

7) En la Disposición Adicional décimo octava de la Ley se establece que el derecho a las indemnizaciones establecidas para quienes sufrieran prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977 de Amnistía, pueda ser reconocido en favor del cónyuge superviviente en determinados supuestos.

16. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y OTROS TRIBUTOS. Se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifican otras normas tributarias.

Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre ("B.O.E." del 31).

1) La presente disposición viene a desarrollar, a lo largo de 75 artículos, dos disposiciones adicionales, cinco transitorias y una final, el contenido de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Por no agotar al lector, resumiremos el contenido del Reglamento presentado de acuerdo con la descripción operada por su Preámbulo, y así, en cuanto a las materias en las cuales la Ley del Impuesto remitió al desarrollo reglamentario, se regulan la diferencia entre Patrimonio empresarial o particular, las condiciones de exención por reinversión en vivienda habitual, el régimen de estimación objetiva, los pagos a cuenta y la obligación real de contribuir.

Como complemento de la norma legal, y persiguiendo la clarificación de sus conceptos, cabe citar la normativa dedicada a definir alguna excepción relativa a las retribuciones en especie, el concepto de bienes urbanos y sus gastos deducibles, o los de vivienda habitual, cuentas vivienda y adquisición de viviendas, entre otras materias.

2) Además, se añaden disposiciones relativas a las siguientes materias:

a) Modificación de los artículos 8.º y 9.º del Real Decreto 1041/1990, relativo a las declaraciones censales de empresarios y profesionales.

b) Modificación del deber de expedir y entregar factura de los empresarios y profesionales, contenido en el Real Decreto 2402/1985.

c) Nueva redacción de los artículos 67, 93 a 103, 142, 145, 152 y 172 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, con la doble finalidad de:

— Coordinar la estimación objetiva y el Régimen Simplificado del IVA.

— Unificar, tanto en el campo del régimen simplificado como en el del recargo de equivalencia, los sujetos a quienes será de aplicación.

BIBLIOGRAFIA

Libros

BROSETA PONT, Manuel: «Manual de Derecho Mercantil», 9.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, 822 págs.

El «Manual de Derecho Mercantil» del recientemente desaparecido profesor Broseta Pont, se presentó por primera vez en 1971 y, a lo largo de los veinte años transcurridos desde entonces, ha sido objeto de nueve ediciones, cinco de ellas con sus respectivas reimpressiones. Éxito tan notable no se explica sólo por la circunstancia de ser un libro de texto, sino también por su calidad sobresaliente. El autor, mediante la revisión de las sucesivas ediciones, consiguió mantener su obra siempre al día, aportando en cada momento histórico los distintos caracteres que han ido configurando nuestras instituciones mercantiles.

La consignación de tales datos, harto elocuentes por sí mismos, además de excusar al recensionista de ulteriores alusiones a la extraordinaria acogida que ha merecido esta obra, le releva de efectuar extensos comentarios en torno a ella. Ante un trabajo que alcanza la categoría de una novena edición, la recensión más bien parece justificarse fundamentalmente en la medida en que cumpla una función informativa, tanto de la aparición del nuevo texto, como de las actualizaciones que, en relación con el anterior, incorpora.

El «Manual de Derecho Mercantil» fue en gran parte reelaborado en su edición previa (fecha en 1990), dada la necesidad de acoger las profundas innovaciones introducidas en el ordenamiento jurídico mercantil a través de leyes tan cardinales como la de Marcas, la General de Publicidad, la de Auditoría de cuentas, la del Mercado de valores, la de Defensa de la competencia, la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de sociedades mercantiles, así como el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

A su vez, esta última edición de 1991, ha sido ampliada y rigurosamente actualizada en cuanto a las disposiciones de Derecho mercantil dictadas con posterioridad al año 1989. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

- Real Decreto 645/1990, de 18 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley de Marcas.
- Ley 20/1990, de 19 de diciembre, en la que se regula el régimen fiscal de las sociedades cooperativas.
- Ley 21/1990, de 19 de diciembre, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados.
- Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento que desarrolla la Ley de Auditoría de cuentas.

- Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia desleal.
- Ley 12/1991, de 2 de abril, sobre Agrupaciones de interés económico.
- Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las «ofertas públicas de adquisición de valores».

Junto a la incidencia de estas normas, la obra comentada formula constantes alusiones a los imperativos, en cada caso aplicables, del Derecho Comunitario. Presenta una cuidadosa selección de la doctrina jurisprudencial pertinente y recoge las más recientes decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (como la Resolución de 21 de junio de 1990, o la Resolución-Instrucción de 18 de abril de 1990). Resulta, por fin, obligado hacer especial mención a la magnífica bibliografía. Inserta al principio de cada capítulo, constituye una ayuda ciertamente valiosa para ampliar el estudio de las diversas cuestiones, y es digna de un expreso elogio por su carácter selecto y actual.

La novena edición de esta obra se compone de 48 capítulos, que se agrupan en siete grandes apartados. El primero de éstos contiene una extensa «Introducción al Derecho Mercantil», en la que el autor expone el fundamento, concepto y fuentes del Derecho Mercantil, desde sus orígenes históricos hasta el presente.

En segundo lugar, dentro del apartado dedicado a los «Elementos esenciales del Derecho Mercantil», se examina el estatuto jurídico del empresario mercantil, la empresa, el Derecho de la competencia, la protección de los consumidores, las instituciones auxiliares para el ejercicio de las actividades mercantiles y el Registro Mercantil.

«El empresario social (sociedades mercantiles)» es el título de la tercera parte de este volumen. En ella, además de analizar el contrato de sociedad, las sociedades colectiva y comanditaria, los grupos de sociedades, las sociedades mercantiles especiales, la emisión de acciones y el contrato de cuentas en participación, se destinan ocho capítulos al estudio de la sociedad anónima y uno al de la sociedad de responsabilidad limitada.

El análisis de los problemas relativos a los «Contratos mercantiles» (compraventa, transporte terrestre y aéreo, comisión, agencia, corretaje, concesión o distribución, publicitario, depósito, préstamo, bancario y de seguro), se aborda en cuarto lugar.

A continuación, los capítulos 30 al 36 están dedicados al examen pormenorizado de la «Teoría general de los títulos valores», prestando destacada atención a los respectivos regímenes jurídicos de la letra de cambio, del cheque y del pagaré.

Los temas comprendidos en el sexto apartado del texto, bajo la rúbrica «Derecho concursal mercantil», se ocupan de las diversas situaciones de insolvencia en que puede hallarse el empresario mercantil. Ponen término a este libro los capítulos referentes al «Derecho de la navegación marítima».

Sobre la extraordinaria calidad y rigor científico de cada una de las partes integrantes de esta obra, poco podemos añadir, porque es sobradamente conocido el alto grado de especialización y la autoridad que el profesor Broseta Pont alcanzó en el ámbito de la ciencia jurídica mercantil. Únicamente recordar que se trata de un manual completo, sintético y claro, pensado para la docencia y, al mismo tiempo, excelente libro de consulta para cualquier profesional del Derecho.

En suma, la presente obra ha sido llevada a cabo con tan grande acierto que será motivo de profunda gratitud, hacia el autor, por parte de estudiantes y estudiosos de la disciplina jurídico-mercantil. Su lectura pone una vez más de manifiesto la irreparable pérdida que la ciencia del Derecho español ha sufrido con el trágico fallecimiento de su autor, el ilustre catedrático D. Manuel Broseta Pont. Estas modestas líneas quieren dejar constancia de la admiración, del respeto general y profundo, así como del gran

prestigio tan meritoriamente ganados, con esfuerzo y vocación, por este eminente maestro de la Universidad española.

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

DIAZ GARCIA, Nieves: «La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre», Ed. Civitas, Madrid, 1991, 160 págs.

I.—A lo largo de este Comentario a la Ley 18/1990, de 27 de diciembre, la autora, Nieves Díaz García, deja constancia no sólo de sus amplios conocimientos sobre las cuestiones examinadas, sino también de su excelente capacidad de síntesis. Se trata de un valioso estudio crítico de los preceptos del Código Civil afectados por la última de las reformas relativas a la nacionalidad española.

Pese a haber transcurrido tan sólo ocho años desde la anterior modificación del Derecho español de la nacionalidad, difícilmente podría calificarse de inesperada la entrada en vigor de la Ley 18/1990. Bien al contrario, el «desencanto ante los pobres resultados alcanzados por el legislador» en la reforma de 1982, hicieron a los sectores más autorizados de nuestra doctrina reclamar una «reforma en profundidad de la materia» y anunciar, ya en 1987, la necesidad de «una nueva intervención del legislador» en un plazo más o menos largo (J. D. González Campos). Producida en su momento dicha intervención, ha quedado plasmada en la ley objeto de estas líneas. Sin embargo, a la vista de la regulación que establece, el lector juzgará si, con ella, el legislador de 1990 ha sabido o no determinar los cauces jurídicos adecuados para subsanar los defectos existentes en la legislación anterior.

Nos hallamos ante un trabajo sistemático, muy bien elaborado y con sólida base doctrinal. La autora, siguiendo la propia estructura de la Ley, acota y analiza con suficiencia la nueva normativa legal, y ofrece atinadas respuestas a las cuestiones más controvertidas, tras enfrentarse a ellas con rigor científico.

II.—El volumen consta de 11 apartados, el primero de los cuales contiene unas consideraciones preliminares en torno a las directrices político-jurídicas que guiaron, o pretendieron guiar, la reforma y su eventual plasmación en el texto legal. En este contexto, la autora explica como la línea de política legislativa encaminada a la protección de los emigrantes quebró como consecuencia del triunfo de determinadas enmiendas introducidas por el Grupo Parlamentario Socialista. Sin embargo, el Mensaje Motivado de una de dichas enmiendas (la que proponía suprimir el inciso segundo del artículo 24.2.1 de la Proposición de Ley de 15-12-1989) ya contenía la clave de la que puede reputarse directriz fundamental de la Ley 18/1990: reducir al mínimo posible los supuestos de doble nacionalidad, respetando lo dispuesto en el artículo 11.3 CE.

Posteriormente, los artículos 17 al 26 del Código Civil se examinan uno por uno, si bien, para no romper la unidad del comentario, en la exposición de la adquisición de la nacionalidad española por Carta de Naturaleza o por Residencia, se reúnen los nuevos artículos 21 y 22. El decimoprimer y último apartado está dedicado a las tres Disposiciones Transitorias de la Ley 18/1990.

Tras la reproducción de cada uno de los citados preceptos, la autora realiza un minucioso estudio de su respectivo contenido, atendiendo a aspectos tan cardinales como son:

— Las pertinentes remisiones al Preámbulo de la Ley comentada así como a sus Disposiciones Transitorias.

— Las noticias sobre el *iter* parlamentario de la Ley 18/1990, prestando una atención cuidada a la deliberación de las Cortes y señalando puntualmente las diversas

enmiendas presentadas en el Congreso y Senado. Todo ello configura un sólido apoyo para justificar los asertos que se hacen acerca del alcance y significación de los preceptos legales.

— La confrontación detallada de la normativa anterior con la vigente.

— La sistematización de las situaciones que quedan comprendidas en los diferentes supuestos de hecho de las normas comentadas.

— Las concordancias tanto internas como externas, con mención de otras reglas que inciden en el régimen jurídico de la nacionalidad y, en especial, a la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad.

— Las oportunas referencias al actual artículo 15 del Código Civil, al cual la Ley 18/1990 dio nueva redacción, por la que se fijan los criterios para determinar la vecindad civil de los extranjeros que adquieren o recuperan la nacionalidad española.

— La jurisprudencia del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en algún grado, sigan siendo aplicables.

Cierra este trabajo un Anexo en el que se transcriben la Ley 18/1990 y la Instrucción de la DGRN de 30 de marzo de 1991, lo que favorece su estudio directo.

III.—La finalidad del libro es ofrecer un análisis técnico-jurídico de las innovaciones introducidas por la reforma. Incide de manera especial en aquellos puntos que se ha creído conveniente resaltar por las novedades que incorporan. Y se hace hincapié en los problemas que la aplicación práctica de la ley pueda suscitar, algunos de los cuales apuntamos seguidamente.

A juicio de la autora, la atribución de la nacionalidad española en virtud del artículo 17.1.d) del Código Civil, no es definitiva, sin perjuicio del mantenimiento de los efectos de la nacionalidad provisionalmente atribuida en la medida en que ello venga exigido por la seguridad jurídica, la buena fe y la equidad. Además, bastará que el nacido en España *posea* el estado civil de hijo de extranjero o extranjera cuya legislación atribuya al hijo su nacionalidad, para que no entre en juego el citado precepto.

En cuanto al nuevo tipo de opción concedida a los sujetos que reúnan los requisitos de los artículos 17.2 y 19.2 del Código Civil, se inclina la autora, con sólidos argumentos, por entender que permite al titular del derecho adquirir la nacionalidad española de origen con carácter retroactivo (desde su nacimiento o desde que quede constituida la adopción, respectivamente).

En lo que concierne a los plazos de caducidad y a la capacidad necesaria para el ejercicio del derecho de opción, combinando ambos factores, se nos presenta un exhaustivo elenco de posibilidades, partiendo de la distinción entre los interesados que nunca han sido incapacitados y los que lo han sido total o parcialmente.

Ahora es indudable, dice la autora, que el sistema español de adquisición de la nacionalidad por residencia es de concesión «reglada», aunque adolece de una cantidad aún mayor de conceptos jurídicos indeterminados. Destaca, asimismo, la trascendencia del cambio de la jurisdicción civil a la contencioso-administrativa como competente para impugnar la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia. Dicha modificación fue fruto de la aceptación de una enmienda del Grupo Socialista, cuya motivación —coherencia legislativa— resulta «inadecuada para un cambio legislativo de tanta relevancia». Analógicamente, el Real Decreto que otorga la Carta de Naturaleza podrá impugnarse ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo en las hipótesis enunciadas en las páginas 84-85 de la obra que nos ocupa.

En sede de *pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad* o utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación, formula Nieves Díaz García certeras reflexiones. El legislador de 1990, afirma, ha regulado esta materia sobre la base del principio tradicional de la nacionalidad «débil». Seguidamente, esquematiza los supuestos de pérdida de la nacionalidad

contemplados en el artículo 24 del Código Civil, ateniéndose a la que, tras una seria motivación, considera «única interpretación posible para evitar flagrantes contradicciones de valoración».

Cuando el interesado hubiere incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, el plazo para ejercitar la correspondiente acción de nulidad es de quince años. Al parecer de la autora, habrán de computarse desde la inscripción en el Registro Civil de la (aparente) adquisición, ya que, si sólo comenzara a correr desde el conocimiento de la falsedad, la ocultación o el fraude, el plazo sería excesivamente largo.

El requisito de la residencia legal en España, impuesto por la ley a efectos de recuperar la nacionalidad española, puede ser dispensado por el Gobierno tanto si se trata de emigrantes o sus hijos, como si concurren circunstancias especiales. En torno al carácter discrecional de la dispensa a los emigrantes e hijos de emigrantes, se toma en consideración la posible influencia del artículo 42 CE. También sostiene la autora que, en los demás casos, la discrecionalidad es «vinculada», y atiende a la eventual impugnación del otorgamiento o la denegación de tales dispensas.

Al comentar las normas de Derecho transitorio se contempla la teoría, sólidamente razonada, que incluye en el ámbito de la Disposición Transitoria segunda a los extranjeros mayores de dieciocho años adoptados plenamente (o adoptados sin más, desde la vigencia de la Ley 21/1987) por un español, antes de la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

VI.—La obra resulta a la vez completa y concisa, de evidente carácter práctico, con un contenido profundo y sin olvidar las explicaciones teóricas y doctrinales allí donde son precisas o convenientes para una mejor comprensión. Las menciones a la doctrina (insertas al hijo del texto, lo que contribuye a una más fácil lectura) ponen también de manifiesto el rigor del trabajo llevado a cabo por Nieves Díaz García, pues las obras y los autores más destacados de nuestra doctrina, en este campo del Derecho, tienen en este libro puntual y adecuada mención.

La crítica que se hace a la Ley 18/1990 procura valorar sus aspectos positivos y nos previene sobre sus deficiencias, señalando aquellas cuestiones que no han sido reguladas con el acierto que era de desear. Todo ello, con un tratamiento pleno de precisión informativa y aguda dialéctica.

Páginas breves, las de esta monografía, y llenas de auténtico interés. El estilo expositivo es sobrio, evitando la erudición innecesaria, pero planteando y procurando orientar los problemas que surgen de la actual regulación de la nacionalidad. Nos encontramos, en suma, ante un instrumento de trabajo de gran utilidad para todos aquellos juristas, teóricos y prácticos, que deban utilizar la nueva Ley.

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

DIEZ-PICAZO, Ignacio: «Poder Judicial y responsabilidad», *La Ley*, Madrid, 1990, 226 págs.

Ofrece esta obra, primera monografía de Ignacio Díez-Picazo Giménez, la posibilidad —en palabras del propio autor— de «contemplar un cuadro general de la responsabilidad del Poder Judicial». Se consigue ese objetivo mediante el estudio, de forma separada, de tres temas distintos. Concretamente, los temas escogidos son: la responsabilidad civil de los jueces, el retraso en la administración de justicia como causa de la responsabilidad Estatal y la responsabilidad del Estado-Juez en Italia.

El primer estudio, sobre la responsabilidad civil de los jueces, trata de un tema que cada vez tiene mayor importancia, como consecuencia de la incidencia de dos fenómenos: el desarrollo del Poder Judicial y la progresiva aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, es consciente el autor de la inoperancia crónica de la institución y analiza los factores que, a su juicio, la provocan.

Para el estudio de la responsabilidad civil de los jueces, se hace, para empezar, un análisis histórico de la figura, destacándose que ya antes de la época constitucional el juez español respondía por culpa grave (a diferencia de lo que ocurría en otros países europeos, en los que sólo se respondía por dolo); no obstante, la figura era totalmente inoperante, debido a factores socio-políticos y a la natural tendencia de los jueces de no condenarse entre ellos.

A continuación, el autor trata el régimen vigente de la responsabilidad estatal. Destaca la amplia responsabilidad del Estado en la materia, que reconocen los artículos 121 de la Constitución y 29.2 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la cada vez menor importancia que se da a la responsabilidad de los Jueces y Magistrados por actos culpables. Y ello es así, porque al perjudicado le resultará normalmente menos oneroso reclamar contra el Estado (que tiene una responsabilidad objetiva y directa en estos casos) que reclamar al juez, puesto que, además de la menor solvencia de éste, hay necesidad de probar su culpa. Sin embargo, el hecho de que la exigencia de responsabilidad al Estado haya ido regulada en la LOPJ como una verdadera «carrera de obstáculos» y la posibilidad que tiene el Estado de repetir contra el juez por los daños causados por el mismo por dolo o culpa grave, entre otras consideraciones, permiten mantener aun en esas condiciones la responsabilidad civil del Juez.

Díez Picazo Giménez aborda el estudio de la responsabilidad judicial centrándose en dos aspectos. El primero es el ámbito sustantivo de la responsabilidad: analiza el artículo 411 de la LOPJ del que parece seguirse la extensión de la responsabilidad a todo tipo de culpa, aunque tras un pormenorizado estudio jurisprudencial deduce una aplicación restrictiva del precepto. En segundo lugar, el modo de hacer efectiva esa responsabilidad civil, distinguiendo dos sistemas: cuando se trate de responsabilidad civil derivada del delito (regulada en los arts. 19 y 20 del CP) se exigirá por el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; si se trata, en cambio, de responsabilidad civil autónoma, mediante el «recurso de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados», deteniéndose el autor en el estudio de su tratamiento procesal y finalizando con el análisis de la responsabilidad civil del juez en vía de regreso.

El segundo trabajo está dedicado al retraso como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es éste un tema de gran actualidad en el que el autor —tal y como señala De la Oliva en el prólogo de la obra— «realiza un ejercicio de desacostumbrada finura intelectual». Analiza detalladamente la jurisprudencia al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y la «doctrina» del Consejo General del Poder Judicial. A partir del examen de la jurisprudencia citada, distingue entre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y el retraso como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ocupándose de la responsabilidad civil que, como consecuencia del error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 CE), le es exigible al Estado. Una responsabilidad directa y objetiva que, a juicio del autor, no puede ser confundida —dado que la noción de «retraso» es más amplia— con la que se genera por la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Finaliza la segunda parte del libro con el estudio de un supuesto específico: el contenido en el artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la responsabilidad estatal en cuanto a los salarios de tramitación por resolución tardía de la Jurisdicción laboral.

El último estudio se refiere a la reciente reforma legislativa italiana acerca de la responsabilidad del Estado-Juez. Se trata de un magnífico estudio de Derecho comparado en el que, tras un repaso de la evolución histórico-legislativa sobre el tema, se pasa a analizar la reciente Ley de 13 de abril de 1988, número 117, que establece la responsabilidad exclusiva del Estado frente al particular: al juez sólo se le puede reclamar en vía de regreso. Se prevé, por otra parte, una extensión de la responsabilidad a los supuestos de culpa grave (con anterioridad a la reforma sólo se respondía por dolo), de los cuales se hace una enumeración taxativa.

Estamos, en suma, ante una obra completa, a la que —como se dice en su Prólogo— «no le falta nada relativo a los temas que aborda», y en la que, además, los distintos estudios se realizan tanto desde la perspectiva civil como desde la procesal.

M. NÉLIDA TUR FAÚNDEZ

FRANCOS AVELLANAL, Enrique: «Las obras de reparación y mejora en la Ley de Arrendamientos Urbanos», Granada, 1990. Editorial Comares, 357 págs.

La presente monografía, representa el resultado de un trabajo de investigación realizado por el doctor Enrique Francos Avellanal, sobre la base de su tesis doctoral.

Constituye el objeto de estudio de esta obra, el amplio abanico de cuestiones que plantea la regulación de las obras de reparación y mejora en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964.

El motivo que parece impulsar al autor a examinar tales figuras, radica en la gran trascendencia jurídica y económica que encierran las posibles soluciones, otorgadas a las diversas situaciones problemáticas que pueden plantear estas figuras, ya desde el inicio de la relación arrendaticia y hasta momentos posteriores a su extinción.

La contraposición de intereses que subyace en la cuestión de fondo, es, en definitiva, el germen de los conflictos que entre las partes pueden suscitarse, en relación a la ejecución y repercusión del coste económico de tales obras, que, incluso, llega a originar, en ocasiones, la resolución del contrato.

Sobre estas cuestiones reflexiona, también, el autor, en el marco específico de arrendamientos *ad meliorandum*, de vivienda amueblada e inmuebles divididos por pisos y pertenecientes a un sólo propietario, así como de arrendamientos incluidos en el régimen de propiedad horizontal. Supuestos que, a juicio del autor, presentan puntos controvertidos que no resuelven ni la Ley especial ni el Código Civil, y de los que trata de ocuparse en esta obra.

Con este fin, surge este trabajo, que encontramos dividido en ocho partes, precedidas de una breve introducción en la que el autor presenta su obra.

La primera parte se inicia con una referencia a la Teoría General de las Mejoras, sistematizada en tres capítulos que exponen el concepto (primer capítulo), elementos (segundo capítulo) y distinción con figuras afines (tercer capítulo).

Siguiendo la línea anterior, la segunda parte, recoge el concepto de las obras de reparación (capítulo primero) y su diferencia con otras figuras (capítulo segundo).

Delimitado el aspecto puramente doctrinal, comienza el análisis de la regulación legal, constituyendo el objeto de la tercera parte, el régimen ofrecido por la vigente LAU respecto a las obras de reparación, a las que dedica dos capítulos, que clasifican y concretan el concepto de las distintas obras de reparación en particular (capítulo primero) y su régimen legal (capítulo segundo), incidiendo de manera especial en la obligación general del arrendador de efectuar las reparaciones necesarias, analizando su alcance y contenido, así como el derecho especial otorgado al arrendatario de realizar

por sí las urgentes, y los supuestos excepcionales en los que éste debe realizar las reparaciones o contribuir a ellas. Se alude, igualmente, a las acciones que, para ambas partes, se derivan de los supuestos analizados.

Con análoga estructura respecto del apartado anterior, el análisis de las obras de mejora en la citada LAU, su organización por clases (capítulo primero) y su régimen normativo (capítulo segundo), que establece los supuestos que determinan la legitimación para la ejecución de estas obras, así como los requisitos exigidos, los efectos y las acciones correspondientes a las dos partes, componen la materia contemplada en la cuarta parte.

El examen de las obras de reparación y mejora en los arrendamientos de inmuebles divididos por pisos y pertenecientes a un sólo propietario, cuando queden afectados los elementos comunes, se encuentra recogido en los dos capítulos que integran la quinta parte de este estudio, ocupándose el primero de las obras de reparación, y el segundo de las mejoras.

La sexta parte se dedica al régimen establecido en la Ley de Propiedad Horizontal para este tipo de obras, si afectan a los elementos comunes del inmueble. Pero, en este caso, distinguiendo entre obras de reparación (objeto del primer capítulo) y obras de innovación (contenido del segundo capítulo), en las que, tras esclarecer su concepto, incluye, el autor, ambas clases de obras (reparación y mejora), dependiendo de su función.

Un capítulo único compone la séptima parte, dedicada al análisis del particular supuesto que presenta el arrendamiento de vivienda amueblada.

La octava y última parte, «El arrendamiento *ad meliorandum*», aporta una serie de peculiaridades, consecuencia de la complejidad de este tipo de contrato, dotado de características propias y específicas, que le hacen receptor de un tratamiento diferente, quedando, por ello, excluido de la LAU y sometido a las normas del Derecho Común.

Concluye la obra, con la exposición de las respectivas conclusiones, y un abundante apoyo bibliográfico completado con la cita de una larga serie de sentencias de diversos Tribunales.

En conclusión, la obra refleja un amplio y relevante adentramiento en el terreno, siempre arduo y espinoso, de las relaciones propietario-poseedor ante la necesidad de valorar y contrapesar sus respectivos intereses.

Resulta, por tanto, destacable el esfuerzo que supone analizar tal relación, en función de las facultades, referentes a la realización de las obras de reparación y mejora en los arrendamientos urbanos, así como de las obligaciones que surgen en torno a su financiación.

Se ofrece, en este sentido, tras una breve referencia y delimitación conceptual de estas figuras, un estado legal de la cuestión, enfocado desde diferentes posiciones doctrinales, reflejando, con ello, una innegable labor investigadora que contrasta, sin embargo, con la escasez de espíritu crítico que se percibe en su exposición. No obstante, es de agradecer el acercamiento del tema a la práctica real, introducido, por el autor, mediante una minuciosa y sustancial visión jurisprudencial, elemento primordial e indispensable en el engarce de la doctrina jurídico-científica con la realidad.

M.^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO

GARCIA RUBIO, M.^a Paz: «La responsabilidad precontractual en el Derecho español», Tecnos, 1991, 271 págs.

Es ésta una obra que supone, sin duda alguna, una valiosa aportación en aras a colmar un vacío doctrinal y jurisprudencial del Derecho español, cual es el tratamiento sistemático y pormenorizado del problema de la llamada *culpa in contrahendo*. En esta monografía de la profesora García Rubio encontramos un completo trabajo que, a través del estudio del tema desde las perspectivas doctrinal, jurisprudencial, histórica, jurídico-positiva y desde un profundo análisis de las soluciones que ofrece el Derecho comparado, recoge las dife-

rentes posturas que se han dado en el tiempo, ofreciendo una elaborada explicación de las mismas para, tras abordar casuísticamente la problemática de la responsabilidad precontractual, aportar respuestas concretas a las diversas cuestiones que plantea la materia.

La obra se estructura en dos partes bien diferenciadas. Bajo el título de «Doctrina General de la responsabilidad precontractual», la autora introduce el tema, desarrollándolo, primero, desde el punto de vista histórico. Aborda, seguidamente y en palabras de la profesora García Rubio, «las violaciones de la buena fe que, de forma más frecuente, dan origen a responsabilidad» precontractual, para terminar con un relato y análisis crítico de las distintas posiciones en torno a la naturaleza —contractual o extracontractual— de la *culpa in contrahendo*, cuestión que determinará el régimen jurídico de la misma, exponiendo, por último, las tesis sostenidas por la doctrina y la jurisprudencia. Destaca la autora lo difícil de llegar a una «determinación de la calificación técnico-jurídica de la responsabilidad precontractual», cuestionándose al tiempo la utilidad de tal determinación, para llegar a la conclusión de que lo más conveniente es analizar caso por caso la materia y escoger el modelo que mejor se adapte a sus características.

Desde este punto de vista comienza la segunda parte de la monografía, bajo la rúbrica de «Supuestos tipo de responsabilidad precontractual. (Presupuestos y efectos)». Se acomete la presentación y análisis de estos supuestos tipo, para lo cual ha escogido la profesora García Rubio una clasificación en tres bloques —la ruptura injustificada de las negociaciones y las distintas hipótesis en que la celebración de un contrato inválido y la celebración de un contrato válido dan lugar a responsabilidad precontractual— tratando, seguidamente, la disciplina jurídica de la figura, en la que, dada la dificultad de determinar los límites entre la responsabilidad contractual y extracontractual, la autora opta por analizar «aquellos puntos concretos en los que, en mayor o menor medida, aún subsisten diferencias apreciables». Se estudian, por tanto, la carga de la prueba, la responsabilidad del principal por la *culpa in contrahendo* de sus auxiliares, el plazo de prescripción de la acción y la medida del resarcimiento. Termina esta segunda parte con un análisis de las posibilidades de inserción de cláusulas modificativas de la responsabilidad precontractual, sus límites y las condiciones de su validez.

Se cierra la obra con un nutrido apéndice bibliográfico por autores, de gran utilidad para una posible profundización o investigación.

La valoración, en definitiva, que merece esta completa obra es, sin duda, excelente, tanto por suponer un importante avance en una dirección poco trabajada, como por el acertado tratamiento casuístico del tema, así como por la magnífica redacción de la obra que, sin perder ni un ápice de rigor científico y doctrinal, hace que su lectura sea fácil y amena, y por demostrar un gran esfuerzo de estudio de investigación del Derecho comparado y la doctrina extranjera. Hemos de sumarnos, pues, a la felicitación que, en el prólogo de la obra, le hace el profesor Lete del Río a la autora, y a la recomendación de una atenta lectura de este valioso trabajo.

SANTIAGO-DAVID MEDIANO CORTÉS

GETE-ALONSO Y CALETA, María del Carmen, y BLASCO GASCO, Francisco de P.: «La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán», Edit. Tirat lo Blanch, Valencia, 1992, 146 páginas.

La Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, constituye, sin duda alguna, uno de los trabajos legislativos más interesantes y polémicos de los últimos años.

Según se expone en su preámbulo, con esta ley se pretende una «regulación autónoma y autosuficiente» de la filiación, que hasta entonces no tenía en Cataluña, pues la compilación sólo dedicaba a la materia dos artículos —que son derogados por la propia ley—, lo que provocaba hasta el momento una gran dependencia del Código Civil. Y con la nueva regulación se ha tratado de excluir la aplicación supletoria de las reglas del citado Código.

No obstante es de destacar que le Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de agosto de 1991, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1805/1991, planteado por el Presidente del Gobierno contra los artículos 1, 2.1, inciso tercero, 2.2, 3.1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la citada ley, invocándose el art. 161.2 de la Constitución, lo que ha producido la suspensión de la vigencia y aplicación de tales preceptos desde la fecha de su impugnación para las partes del proceso (que fue el 9 de agosto) y para terceros desde la publicación de la suspensión en el “B.O.E.” (que fue el 20 de agosto). El argumento básico que se alega es la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Recientemente, por Auto de 23 de enero de 1992, el Tribunal Constitucional ha acordado levantar la citada suspensión.

La citada ley consta de 21 artículos (distribuidos en tres capítulos relativos, respectivamente, a la determinación acciones y efectos de la filiación), tres disposiciones transitorias y una derogatoria. Y a pesar de su título (ley «de filiaciones»), es de destacar que únicamente trata de la filiación por naturaleza y de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, pero omite cualquier referencia a la filiación adoptiva, que ha tenido con posterioridad su propio desarrollo legislativo.

El principio básico de la reciente ley es el de la verdad biológica, principio de gran arraigo en el Derecho catalán. No obstante, se encuentra debidamente conjugado con el principio del «favor filii», hasta el punto que en algunos supuestos prima este último sobre el primero.

Los autores de la presente obra han realizado una interpretación sistemática y conjunta de toda la ley, destacando las diferencias más notables que se observan con respecto a la regulación del Código.

En el Capítulo I se estudia la determinación de la filiación por naturaleza, distinguiendo entre la matrimonial (afirmando los autores que la forma más correcta de describir sintéticamente la misma es hacer hincapié en la existencia del matrimonio, con independencia de si los padres y lo son biológicamente o no) y la no matrimonial. Como novedades a destacar en la ley catalana son de citar las siguientes:

— el alcance, según se expresa literalmente en uno de sus preceptos, de 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 (tal precepto adolece de un error de redacción, ya que contradice la primera parte del mismo; en realidad lo único que afirma es que el hijo puede ser matrimonial, aunque nazca después de los trescientos días siguientes a la separación —en ningún caso a la disolución— si se prueba que nacieron de relaciones conyugales);

— la imposibilidad de 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 (cuestión derivada en gran medida del estado social de que quien se casa conociendo el embarazo de la madre, o es el padre o ésta dispuesto a actuar como padre), o reconoció de cualquier forma su paternidad (no se refiere al reconocimiento formal, sólo posible en la filiación no matrimonial, sino a cualquier manifestación expresa o tácita de la que se derive la admisión

de la paternidad), o la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período legal de la concepción;

— establece la presunción de paternidad no matrimonial (que no es un medio de determinación de la filiación, como ocurre en la presunción de paternidad matrimonial, sino un medio de prueba que facilita tal determinación);

— distingue entre hombre y mujer en cuanto a la capacidad para el reconocimiento, exigiendo una edad mínima al varón (por razones, según los autores, puramente biológicas: la capacidad de procreación);

— somete la validez del reconocimiento realizado por un menor o incapacitado a la aprobación judicial (cuya finalidad es comprobar la verosimilitud de la relación paterno materno/filial, en atención al principio de la verdad biológica);

— la necesidad, como requisito de eficacia, de que el reconocimiento de un hijo mayor de edad (o emancipado) sea consentido por él mismo (en atención al principio del «favor filii»);

— la necesidad, con carácter general, de la aprobación judicial en el caso de reconocimiento de hijo menor de edad o incapacitado (que no se trata de un juicio de oportunidad o conveniencia sobre el establecimiento de la filiación, sino un juicio de verosimilitud)...

Por otra parte, la ley catalana no regula cuestiones como el reconocimiento del hijo incestuoso (problema que solucionan los autores entendiendo que se somete a las reglas generales), o el reconocimiento del hijo ya fallecido (propugnando los autores que dicho reconocimiento, por analogía, debe contar con el consentimiento de los descendientes mayores de edad o con la aprobación judicial si tales descendientes son menores o incapacitados).

El Capítulo II trata de la filiación en las técnicas de reproducción asistida, estudiándose tanto la determinación de la filiación derivada de la inseminación artificial como la fecundación asistida «post mortem». Es de destacar que la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se regula en la ley catalana con mayor claridad y rigor científico que en la Ley de 22 de noviembre de 1988, siendo plausible que se regule tal materia en una norma sustantiva y civil, y no en una norma de naturaleza administrativo-sanitaria, como ocurre con la Ley de 1988.

En el Capítulo III se analiza el contenido de la filiación. La ley catalana distingue, con gran oportunidad, entre «establecimiento» de la filiación (cuyos efectos son los típicos en esta materia, es decir, determina los alimentos, la patria potestad, los derechos sucesorios y los apellidos), y «mera determinación» de la misma (cuyos efectos son más restringidos, pues no produce derecho alguno a favor del progenitor, y queda siempre asegurada su obligación de velar por los hijos y procurarles alimentos).

Y los efectos de la declaración de filiación quedan limitados a la mera determinación de dicho estado, si media petición del hijo mayor de edad o de su representante legal (es decir, no opera de forma automática, a diferencia del art. 111 del Código Civil, sino a instancia de parte), además de en dos supuestos similares a los previstos en el citado art. 111, «si el reconocimiento se ha realizado de mala fe o con abuso de derecho notorio» (auténtica novedad con respecto al Código, y que va a plantear no pocos problemas interpretativos).

Según los autores, esta mera determinación de la filiación puede indicar que aun, en cierta medida, persiste en el Derecho catalán la mera acción de investigación de la paternidad/maternidad, cuya única función es conseguir la verdad biológica e imponer a los progenitores deberes, no derechos.

En el Capítulo IV analizan los autores las acciones de filiación. En esta materia se observan igualmente notables diferencias con respecto al Código Civil, siendo de destacar las siguientes: admite 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 (el Código sólo lo permite si existe posesión de estado); permite que la madre pueda, en nombre propio, impugnar judicialmente la paternidad del marido, si bien sólo en supuestos determinados; suprime toda referencia a la posesión de estado, como elemento determinante de la distinta legitimación en los procesos de filiación; regula expresamente la legitimación pasiva en los procesos de filiación...

Y, por último, concluye la obra con un capítulo dedicado a las reglas transitorias y derogatoria de la ley.

JUAN POZO VILCHES

MARTINEZ, SANZ, F.: La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima, Cívitas, Madrid, 1992, 130 pp.

La regulación del sistema proporcional para el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración, contenida en el artículo 137 LSA (Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre), ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo. Del análisis de este Real Decreto se ocupa la obra que recensionamos. En ella, el autor, más allá de una escueta exposición de su contenido normativo, ofrece al lector un estudio serio y detenido, dotado de singular claridad, de una modalidad de designación de administradores en el seno de la sociedad anónima que ha sido utilizada de forma excepcional dentro y fuera de nuestras fronteras. En el ámbito interno, por la insuficiente y deficiente regulación que ofrecía el Decreto de 29 de febrero de 1952 (el cual desarrollaba a su vez el artículo 71, párrafo segundo, incisos segundo a cuarto, de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951). En el ámbito externo, porque se impone el deseo de preservar el *ius electionis* de la Junta general frente a un sistema que permite el acceso de la minoría al seno del Consejo de Administración, (pp. 15 a 32.)

En principio, el autor considera que fundamento último del Real Decreto 821/1991 lo constituyen tanto su finalidad protectora de los intereses de las minorías, cuanto el deseo de dotar al derecho de representación proporcional de un contenido mínimo e inderogable. Junto a ello, se señala que el ámbito de aplicación de la norma no sólo viene reducido a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada, sino que, al mismo tiempo, la excepcionalidad que caracteriza a este sistema de elección de los miembros de Consejo de Administración impedirá su extensión a la propia elección de los miembros de la Comisión liquidadora o a la designación de los vocales del Consejo que hayan de formar parte de la Comisión ejecutiva (pp. 33 a 43).

Tras estas consideraciones introductorias y a lo largo de cuatro capítulos, el autor lleva a cabo su intención manifiesta de dedicar particular atención a aquellas novedades del citado Real Decreto que pueden hacer del sistema de representación proporcional un mecanismo efectivo y práctico de tutela de la minoría. Así, se abordan los presupuestos que permiten el ejercicio del derecho de representación proporcional, (pp. 43 a 71), los problemas que plantea la actuación práctica de ese derecho potestativo de la minoría, (pp. 73 a 94), los efectos del nombramiento por el sistema de representación proporcional, (pp. 95 a 110) y las cuestiones relativas a la constatación de la agrupación de acciones en el acta de la Junta y en las propias acciones, (pp. 11 a 120).

En orden a los *presupuestos* que permiten el ejercicio de este derecho (existencia de una o más vacantes en el Consejo de Administración al momento de celebrarse la Junta General y necesidad de que se agrupen acciones con derecho a voto) se observa que, por un lado se trata de facilitar dicho ejercicio, al permitir la agrupación de acciones

antes de que existan vacantes en el Consejo (art. 3.º del R.D.), mientras que, por otro, la salvedad que se introduce para las acciones sin voto en los casos de recuperación del voto previstos en el artículo 91 LSA (art. 2.º del R.D.) será germen de numerosos problemas, (pp. 50 a 57).

Conforme al artículo 137 LSA, el derecho de representación proporcional concede la posibilidad de obtener representante a aquella agrupación de acciones que alcance el cociente resultante de dividir la cifra del capital social entre el número de vocales del Consejo. Surge así la necesidad de determinar con claridad tanto la forma de computar el capital social, como el número de vocalías del Consejo de Administración. Sin embargo, en ambos casos la norma reglamentaria deja abiertos algunos interrogantes. Con el fin de ofrecer soluciones a una práctica siempre rica en conflictos, el autor considera que al calcular la cifra del capital social habrán de computarse las acciones sin voto transitoriamente dotadas del mismo y deducirse tanto el importe de las acciones del socio moroso, como el importe de las acciones que en ese momento se hallen en poder de la sociedad (autocartera).

En cuanto al momento de la agrupación, el artículo 3 del Real Decreto 821/1991 permite distinguir, a juicio del propio autor, entre la *agrupación en caso de vacantes* (agrupación con posterioridad a la existencia de una o más vacantes) y la denominada *agrupación ad cautelam* (agrupación cautelar o anticipada a la efectiva producción o existencia de vacantes).

Por otro lado, destaca de manera especial el planteamiento que se hace en la obra de las distintas hipótesis en que es susceptible de generarse el conflicto entre el derecho de representación proporcional, que surge a favor de la minoría en cada caso concreto de nombramiento de administradores en el seno del Consejo, y la facultad de cooptación del Consejo de Administración, reconocida en el artículo 138 LSA, (pp. 66 a 71).

Las cuestiones relativas a la notificación de la agrupación al Consejo de Administración (art. 4.º del R.D.) y a la ratificación del mantenimiento de la agrupación en el curso de la Junta General (Art. 5.º del R.D.) se enmarcan dentro del capítulo III, relativo al *ejercicio* del derecho de representación proporcional. El autor considera en este punto que la determinación del consejero representante de la minoría podrá tener lugar con anterioridad a la celebración de la Junta o en el propio acto de la Junta y, tanto en un caso como en otro, el acuerdo en el seno de la minoría exigirá la unanimidad, (pp. 80 y 81).

Pero, el Real Decreto no sólo resuelve los problemas que pudiera plantear la concurrencia de diversas agrupaciones (art. 5.º), sino que además introduce dos importantes novedades tendentes, de nuevo, a facilitar el ejercicio del derecho. La primera otorga preferencia a la minoría agrupada frente a la mayoría para el nombramiento de consejeros (art. 5.º.2 del R.D.). La segunda prevé la posibilidad de designar hasta tres suplentes sucesivos para el caso de que, por cualquier causa, el consejero nombrado por la minoría dejara de pertenecer al Consejo de Administración (art. 6.º del R.D.). Para el autor, esta posibilidad de *suplencia plural y sucesiva por vocalía* iría además dirigida a armonizar el sistema de representación proporcional con la facultad de libre revocación por la Junta General, (pp. 87 a 94).

Los *efectos* del nombramiento de administradores por el sistema de representación proporcional se recogen, a su vez, en el capítulo IV.

El artículo 7.º del Real Decreto 821/1991 establece la *subsistencia de la agrupación durante el plazo de duración en el cargo del vocal nombrado*. En este precepto halla el autor la garantía última de la estabilidad en la presencia de la minoría en el Consejo de Administración. De manera que, por esta vía habrán de encontrar solución distintas hipótesis de conflicto: desde las relativas a la adopción de acuerdos de modificación de estatutos dirigidos a reducir el plazo de duración en el cargo de los administradores (pp. 96 a 102),

hasta las que se originen por la ausencia de suplentes y la existencia de vacantes anticipadas (pp. 102 a 107).

Por otro lado, la regulación legal del derecho de representación proporcional determina, según vimos, el carácter esencial del número de vocalías del Consejo. Ello hace que sea preciso armonizar este derecho con la facultad de la Junta general de proceder a la modificación de la estructura y composición del órgano de administración. En este sentido, el autor entiende que el ejercicio del derecho de representación proporcional produce como efecto una esencial vinculación de la Junta, no sólo a la estructura del órgano de administración existente en ese momento, sino también a la composición numérica del Consejo (pp. 107 a 110).

El capítulo V, relativo a la *constancia de la agrupación*, adsorbe las mayores críticas. La configuración de este derecho y sus peculiares efectos (la prohibición de que las acciones agrupadas intervengan en futuras designaciones de administradores, en tanto no transcurra el plazo para el que fue nombrado el vocal representante, art. 7.º del R.D.) exigen que quede constancia de las acciones que constituyeron el cociente. En este sentido, el Real Decreto requiere que dichas acciones se relacionen en el acta de la Junta (art. 8.º) y que se proceda del estampillado de las mismas, si se trata de acciones representadas por títulos (art. 9.1. del R.D.) o que se consigne la agrupación en las anotaciones en cuenta (art. 9.2. del R.D.). Sin embargo, ninguno de estos procedimientos resulta eficaz, según el propio autor, para lograr la efectiva identificación de los títulos agrupados, toda vez que la sanción que se prevé ante la falta de constancia (la prohibición de acceso al Registro Mercantil del nombramiento del vocal elegido con arreglo al sistema proporcional) no garantiza el efectivo cumplimiento de aquella obligación, dado el carácter meramente declarativo, y no constitutivo, de la inscripción registral.

Con todo, se concluye que si bien el Real Decreto 821/1991 supone un avance notable en el grado de tutela de la minoría, persisten, no obstante, buena parte de los problemas que generaba el ejercicio de este derecho bajo el Derecho de 1952. A juicio del autor, el legislador habría renunciado a una reforma de mayor envergadura del sistema de representación proporcional, en tanto no se apruebe la Quinta Directiva comunitaria en materia de sociedades.

Nos hallamos, pues, ante una obra útil tanto para el práctico como para el universitario. Las numerosas hipótesis de conflicto planteadas y las soluciones prácticas propuestas, así como las interesantes incursiones en otros sistemas del Derecho comparado (*vid.* notas 6 y 7), permitirán al lector un eficaz acercamiento al complejo sistema legal de representación proporcional a través del análisis del Real Decreto que lo desarrolla.

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

**PEREZ GARCIA, Pedro Antonio: «La información en la contratación privada»,
Edita Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, 407 págs.**

Este libro constituye la Tesis doctoral de su autor, dirigida por el profesor don Gabriel García Cantero, catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. El autor formó parte de un proyecto subvencionado por al Diputación General de Aragón dedicado al estudio de los aspectos jurídicos privados de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El hecho de pertenecer a la carrera judicial el autor tiene su reflejo en el aspecto eminentemente práctico de la obra.

El autor en este libro ha optado por una tarea difícil como es repensar todo el Derecho de obligaciones bajo la perspectiva de la protección del consumidor. Ha centrado su estudio en el Derecho a la información del contratante o consumidor, que forma

parte de un derecho de contenido más amplio como es el de recibir información en general recogido en el art. 20 de la Constitución.

El derecho a la información es de carácter privado que compete a algunos contratantes consistente en exigir determinadas informaciones sobre bienes o servicios a ciertas personas. Su fundamento se encuentra en la desigualdad de conocimientos que los contratantes presentan en una relación jurídico privada. Es necesario que este derecho se exteriorice, que se exprese, de modo tal que llegue a su destinatario y éste haga propio su contenido estableciéndose una comunicación entre los intervinientes.

La información ha de ser útil, utilizable y usada. Ha de ser útil en el sentido de que ofrezca la posibilidad de resolver mejor un problema de consumo y contribuya a un mejor funcionamiento del mercado; por eso, para que una información pueda ser útil, necesariamente ha de ser completa y veraz, y por lo mismo no inducirá a error. Ha de ser además utilizable, lo que significa que debe presentarse de forma que sea accesible a la capacidad y posibilidad del consumidor medio. La información debe ser usada: que la información se transmita en el momento, en el lugar y en la forma más adecuada para que produzca efectos beneficiosos en quien la recibe.

La información tiene por fin exclusivo contribuir a formar un consentimiento contractual más claro y reflexivo. Por un lado, puede ser enfocada como una forma de prevención de los clásicos vicios del consentimiento, en cuanto que tiene por cometido propio evitar que el consentimiento pueda ser afectado por error, dolo, etc. La información supone también una ampliación de la Teoría general de esos vicios, porque se añade un nuevo reproche al consentimiento prestado como consecuencia de cualquier información defectuosa, apareciendo así una nueva obligación de información completa y veraz que incide en la conjunción de la oferta y de la aceptación.

El autor nos proporciona un concepto de derecho a la información definiéndolo como aquel derecho privado que en determinada relación contractual incumbe a algunos contratantes de exigir a su contraparte ciertas informaciones, que se fundamenta en la misma desigualdad de conocimiento en que aquellas se encuentran, que debe exponerse de forma exacta, completa y comprensible, y que tiene por objeto toda clase de hechos positivos o negativos, propios o de terceros, naturales o incluso jurídicos que puedan contribuir a formar un consentimiento más claro, más libre y más reflexivo, siendo éstos de tal naturaleza que de haberlos conocido aquellos contratantes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran concluido en condiciones diferentes.

Más tarde el autor hace referencia a las diferentes clases de información que existen, deteniéndose especialmente a las informaciones vertidas en las diferentes fases del negocio jurídico, hasta la propiamente contractual, con especial referencia a la información sobre riesgos y actividades.

La información debe recaer sobre el objeto de determinado contrato al fin de conseguir un consentimiento mejor formado.

Todo derecho tiene su límite y consecuentemente también lo tiene el derecho a la información. Remitiéndose como límite de la obligación de informar a aquello que pueda ser descubierto por la diligencia media de un hombre normal en una época histórica determinada.

El autor finaliza con unas conclusiones entre las que destaca el tratamiento asistemático de este derecho a la información en la Ley General de Consumidores y Usuario, calificándolo además de incompleto, defectuoso y asistemático. Incompleto, en cuanto que no regula, por ejemplo, la información contractual; defectuoso, al no distinguir con precisión cada uno de los supuestos de información, todos ellos muy diferentes entre sí, y asistemático, ya que regulado por el capítulo XIII de la Ley, puede decirse que no hay en su articulado precepto que directa o indirectamente no aluda a esta obligación informativa, desconociéndose de este modo el carácter general que la propia Ley ha querido

darle en su artículo 2.º. Ante esta perspectiva el autor propone que el legislador introduzca este deber dentro del Código Civil. Así, incluye un segundo párrafo en su artículo 1258 que diría: «Todos los contratantes tienen derecho a recibir una información exacta, completa y comprensible sobre cuantos hechos pueda comprender su consentimiento.»

La lectura de este libro es recomendable por el esfuerzo efectuado por el autor al situar el derecho a la información dentro del ámbito de la doctrina general del contrato, a pesar de que este derecho nace con el movimiento surgido en defensa de los intereses del consumidor, y por tanto, forma en principio parte del Derecho de consumo, y éste posiblemente por su misma modernidad, aparece en primer lugar como un Derecho complejo constituido por un aluvión insedimentado de reglas jurídicas provenientes de los más diversos campos. Otra ventaja que presenta el libro es que el autor no se ha limitado a la legislación privada sino que ha buscado también en la legislación administrativa que ha regulado aspectos parciales, a veces importantes del derecho a la información. Resultando por esta razón una obra enormemente rica en referencias legislativas. También tiene el aliciente de ser la primera monografía dedicada a un tema tan novedoso como es la información en la contratación privada bajo la óptica de la protección del consumidor.

GEMMA A. BOTANA

Prof. ayudante de la Facultad de Derecho de Zaragoza

Revistas

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de: Remedios ARANDA RODRIGUEZ
Esther GOMEZ CALLE
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ
Isabel SIERRA PEREZ

SUMARIO.—I. Derecho Civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad Civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones. 8. Varias.—II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de Sociedades. 3. Instituciones y Agentes auxiliares de Tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho Cambiario. 6. Derecho Concursal. Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. **ADAMS, Michael:** «Normen, Standards, Rechte», *JZ*, 1991, pp. 941 y ss.
Exposición de diversas teorías sobre las normas sociales y jurídicas. (E. G. C.)

2. **ANGELONI, F.:** «Controllo del notaio sulla liceità degli atti e sua legittimazione a proporre questione di legittimità costituzionale», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 49-59.

La función de control notarial vista desde el análisis de la legislación constitucional y ordinaria italiana. (Aranda/Sierra.)

3. **BRANDHÜBER, Klaus:** «Kein Gewissen an deutschen Hochschulen?», *NJW*, 1991, pp. 725 y ss.

Por primera vez un tribunal alemán (el Verwaltungsgericht —VG— de Frankfurt, en sentencia de 24-10-1990) ha declarado que los estudiantes universitarios tienen derecho a realizar prácticas en las que no se deba sacrificar a animales. Esta decisión choca frontalmente con la anterior jurisprudencia, a cuyo estudio crítico se dedica el artículo. (E. G. C.)

4. CARBONETTI, F.: «Il sistema monetario europeo», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-abril), pp. 176-190 (parte prima).

A partir del artículo 102 A. del TCCE se realiza el estudio de las fuentes del sistema monetario europeo; se destaca la importancia del FECOM como órgano esencial en la materia; se expone la función del SME, y, finaliza el estudio con la exposición de las funciones del ECU como unidad monetaria europea. (Aranda/Sierra.)

5. CASELLI, G.: «I Comitati d'etica: alcune notazioni giuridiche», *DFP*, 1991, n.º 1-2, pp. 354-369.

El autor nos expone su origen; difusión; regulación civil (arts. 39-42 del Código Civil italiano); funciones y situación de su presidente, y funciones y responsabilidad de sus miembros. (Aranda/Sierra.)

6. GALGANO, F.: «Diritto et equità nel giudizio arbitrale», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 461-478.

El juicio de arbitraje desde la determinación del concepto de equidad y su tratamiento jurisprudencial. (Aranda/Sierra.)

7. GATTI, F.: «Bilancio et interpretazione relativistica», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (septiembre-otubre), pp. 800-823 (parte seconda).

Comentario a la ST del Tribunal de Brescia de 28 de septiembre de 1989 sobre sociedades de capital; violación del principio de claridad en el balance y de la deliberación asamblearia. (Aranda/Sierra.)

8. GUARINO, A.: «Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 639-656.

Exposición de la ley antitrust, n.º 287 como innovación de la normativa recogida en los artículos 2595 y ss. del Codice, y su papel complementario frente a la normativa comunitaria. (Aranda/Sierra.)

9. HONDIUS, Ewond: «Das neue Niederländische Zivilgesetzbuch», *AcP*, 1991, pp. 378 y ss.

Algunas consideraciones generales sobre el nuevo Código Civil holandés, que entró en vigor parcialmente el 1-1-1992. (E. G. C.)

10. LAMI, G. F.: «Appunti per una teoria critica del diritto: ontologismo o giusnaturalismo?», *Archiv. Giur.*, 1991, fascículos 2-3, pp. 185-202.

Evolución histórica en torno a la concepción del Derecho según las distintas escuelas filosófico-jurídicas. (Del Derecho Romano hasta hoy.) (Aranda/Sierra.)

11. MAZZÙ, D.: «Uguaglianza et equità», *Archiv. Giur.*, 1991, fascículos 2-3, pp. 203-228.

Estudio del juicio jurídico de equidad. La posibilidad de insertar el principio de igualdad en dicho juicio. (Aranda/Sierra.)

12. MONETA, G.: «Ancora sui contrasti della cassazione civile», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 181-254.

Reseña jurisprudencial de las decisiones emitidas por la Corte de Casación italiana durante el año 1989. (Aranda/Sierra.)

13. POSSENTI, V.: «L'idea di filosofia pubblica e la legge naturale», *Archiv. Giur.*, 1991, fascículo 1, pp. 57-88.

Exposición sobre el concepto y contenido de la filosofía pública. Raíz histórica, estudio sobre el Derecho Natural en Europa y su relación con el derecho positivo. (Aranda/Sierra.)

14. RESCIGNO, P.: «Il “Codigo Civil” di Cuba, ultimo codice socialista», *RDC*, 1991, n.º 4 (luglio-agosto), parte prima, pp. 437-447.

Exposición de los principios y contenido recogido en el Código Civil de Cuba de 15 de octubre de 1987. (Aranda/Sierra.)

15. ROSELLI, F.: «L'attività giurisdizionale nella teoria di Kelsen», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-aprile), parte prima, pp. 153-175.

Análisis de la teoría de la interpretación judicial de Kelsen: concepto de ordenamiento, función jurisdiccional y producción del derecho, e, independencia judicial. (Aranda/Sierra.)

16. SOMMERLAD, Klaus y SCHREY, Joachim: «Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung», *NJW*, 1991, pp. 1377 y ss.

Acerca de las posibilidades y problemas que plantea la indagación sobre un Derecho extranjero en el proceso civil. (E. G. C.)

17. STALTERI, M. D.: «Il Courts and Legal Services Act 1990: una nuova organizzazione per le professioni legali e la giustizia in Inghilterra», *RDC*, 1991, n.º 4 (luglio-agosto), parte prima, pp. 383-436.

El autor realiza un estudio comparativo de la profesión jurídica inglesa antes y después del Acta de 1990, que ha provocado la adecuación a la normativa comunitaria. (Aranda/Sierra.)

18. WEYERS, Hans-LEO: «Über die “Unmittelbarkeit” als Rechtsbegriff», *JZ*, 1991, pp. 999 y ss.

Partiendo de la constatación de los diversos sentidos en que se utiliza el término de «inmediatez» tanto en textos legales (en el BGB se emplea con media docena de significados diversos), como en escritos jurídicos y en decisiones judiciales, el autor reflexiona sobre la comprensión de dicha noción como concepto jurídico. (E. G. C.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

19. BACCELLI, G. R.: «Per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte seconda, pp. 21-45.

Visión del transporte público como instrumento para la realización de los derechos de la persona, por la relación entre los valores de la sociedad y los del individuo. (Aranda/Sierra.)

20. BARTOLINI, P.: «Tutela della testata e libertà di informazione», *GC*, 1991, fasc. 6, p. I, 1589-1594.

Comentario a la sentencia de casación de 21 de enero de 1991. (Aranda/Sierra.)

21. DEUTSCH, Erwin: «Embryonenschutz in Deutschland», *NJW*, 1991, pp. 721 y ss.

Exposición de la Ley alemana de protección de embriones, de 24-10-1990, Ley que penaliza una serie de prácticas, como la investigación con embriones y la cooperación

médica orientada a la manipulación genética y a la mezcla de animales y seres humanos.

En general, se trata de una Ley que, según el autor, demuestra tener poca confianza en los hombres y en los investigadores. (E. G. C.)

22. DOGLIOTTI, M.: «La schiavitù e ancora tra noi!», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 62-72.

El derecho a la libertad personal según la decisión de la Sección V de lo penal de la Corte de Casación italiana de 7 de diciembre de 1989. (Aranda/Sierra.)

23. DÖRR, Erwin: «Die Änderungen im neuen Datenschutzrecht mit Auswirkungen für die Wirtschaft», *BB*, 1991, pp. 427 y ss.

Presentación de las últimas modificaciones en el Derecho de protección de datos, que proviene de la Ley para el desarrollo de la elaboración y la protección de datos, de 20-12-1990, cuyo art. 1 contiene la nueva Ley Federal de Protección de Datos. (E. G. C.)

24. EIDENMÜLLER, Horst: «Der unliebsame Kritiker: Theaterkritik und Schmähkritik», *NJW*, 1991, pp. 1439 y ss.

En la «natural relación» que media entre críticos de teatro de una parte, y directores y actores por otra, no es extraño que surjan conflictos. El artículo indaga en torno a los límites jurídicos de la crítica teatral y la delimitación entre lo que es una crítica objetiva y lo que constituye ya una insultante crítica difamatoria; por último se analiza la cuestión de bajo qué presupuestos se puede negar el acceso a una representación a un crítico «desagradable». (E. G. C.)

25. GALLOUX, Jean Christophe: «L'empreinte génétique: la preuve parfaite?», *SJ*, n.º 12, 1991, *Doctrine*, 3497, pp. 104-110.

Si la introducción de la prueba genética en todo tipo de procesos no plantea problemas jurídicos complejos, si que requiere la adopción de determinadas medidas para salvaguardar la intimidad y la libertad de las personas, según se apunta en el presente artículo. (L. M. L. F.)

26. GALUPPI, G./GRASSO, L.: «Abusi del diritto di cronaca in materia minorile: riflessioni di un giudice e di uno psicologo», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 262-273.

Llamada de atención ante los posibles perjuicios producidos a los menores con la información periodística. Los autores señalan la necesidad de que dicha información tutele y procure el bienestar de los menores. (Aranda/Sierra.)

27. GASLINI, M.: «La cognomizzazione dei predicati nobiliari», *RDC*, 1991, n.º 3 (mayo-junio), parte seconda, pp. 235-251.

Estudio del derecho nobiliario italiano recogido esencialmente en la disposición transitoria XIV de la Constitución italiana. (Aranda/Sierra.)

28. GAUDINO, L.: «Anotación a la ordenanza de la Pretura de Taranto de 7 de noviembre de 1990 sobre contrato de abono telefónico y publicación de los abonados», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 520-524 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

29. GRILLET-PONTON, Dominique: «Réflexion sur les notions de minorité et de majorité en droit fiscal», *RDS*, n.º 18, 1991, *Chronique*, pp. 130-132.

Interesante estudio que permite comparar el tratamiento dado por el derecho fiscal francés a la mayoría de edad, con los criterios establecidos en el Code Civil. (L. M. L. F.)

30. KAYSER, Pierre: «La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives», *RDS*, n.º 3, 1991, *Chronique*, pp. 17-20. (L. M. L. F.)

31. LANDOLFI, M.ª C.: «Libertà di aborto della gestante e potere di intervento dello Stato nell'ordinamento nordamericano», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 23-29.

Artículo realizado por la autora a raíz de la Sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. de 3 de julio de 1989 en la que se reconoce el derecho fundamental de la gestante a interrumpir su embarazo. (Aranda/Sierra.)

32. LONGOBARDO, T.: «La Convenzione internazionale sui diritto del fanciullo (New York, 20 novembre 1989)», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 370-427.

Análisis detallado del Convenio internacional sobre los derechos de la infancia. El autor comienza exponiendo sus antecedentes legislativos hasta la adopción del nuevo proyecto; sigue viendo su relación con el Derecho italiano; para continuar con un estudio de su contenido según los principios y derechos recogidos en la Convención, y finaliza con el análisis del órgano que controla su aplicación. (Aranda/Sierra.)

33. MARSILI, L.: «Asunzione di soli uomini e comportamento discriminatorio», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 1068-1063.

Comentario a la Preture Pomigliano D'arco de 20 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra.)

34. MASTROPAOLO, F.: «La nozione di "danno biologico" (Lesione corporale in sé o menomazione della potenzialità realizzatrici della persona umana?)», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. II, 275-291.

Comienza el autor con un pequeño recorrido histórico sobre las distintas soluciones dadas al problema del resarcimiento de daños personales, para pasar posteriormente al estudio basado en la jurisprudencia de la Corte de casación, empleando al final fórmulas de valoración de la incapacidad. (Aranda/Sierra.)

35. DI NARDO, M.: «Comentario a la ST de la sección I de la Corte de casación civil de 30 de octubre de 1990, n.º 10519, en materia de rectificación del acta de nacimiento», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 511-516 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

36. NICOLAU, Gilda: «L'héritière (réflexions sur la loi n.º 90-527 du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation)», *RDS*, n.º 5, 1991, *Chronique*, pp. 29-36. (L. M. L. F.)

37. PEDROT, Philippe: «Le statut juridique de l'embryon et du foetus humain en droit comparé», *SJ*, n.º 3, 1991, *Doctrine*, 3483, pp. 26-30.

Haciendo referencia a los ordenamientos jurídicos de la Europa Occidental, el autor aprecia una rechazable diversidad en la regulación de los embriones y fetos humanos, mostrándose decidido partidario de armonizar tan dispares regímenes jurídicos a fin de garantizar su propia eficacia. (L. M. L. F.)

38. RICKER, Reinhart: «Die Freiheit des Fernseh-Direktempfangs und die rechtliche Zulässigkeit ihrer Beschränkung», *NJW*, 1991, pp. 602 y ss.

El Tribunal Europeo de Estrasburgo ha declarado, en sentencia de 22-5-1990, que la libertad de recepción por satélite de programas de radiodifusión queda comprendida en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y, por tanto, bajo su protección.

El artículo analiza, de un lado, las repercusiones de la sentencia, y de otro, las limitaciones a la libertad de recepción debidas, por ejemplo, a la normativa sobre construcción (ya que la instalación de una antena parabólica se considera un elemento arquitectónico) o al derecho de los arrendamientos (se plantea la cuestión de si el arrendatario puede exigir al arrendador que soporte la instalación de una antena parabólica para la recepción de programas por satélite).

El autor concluye que la sentencia del Tribunal Europeo es una columna miliar para la circulación sin fronteras de informaciones en Europa: esencialmente, el Estado no puede limitar el derecho de cualquiera a captar los programas de radiodifusión que se encuentren en el aire. De ahí —termina— que deban desarticularse las trabas jurídicas que al efecto existen en Alemania. (E. G. C.)

39. SCHWARZENBERG, C.: «Tra il sonno della giustizia e la memoria dell'offesa: ancora a proposito delle leggi antisemite durante il regime fascista», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 305-315.

Estudio de las leyes raciales durante la época fascista en Italia. Particular atención al RDL de 17 de noviembre de 1938 en la que se establecía el tipo de raza asignada a un hijo según la religión profesada por sus padres. (Aranda/Sierra.)

40. TAUPITZ, Jochen: «Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?», *AcP*, 191, 1991, pp. 201 y ss.

Acerca de la participación del paciente en la utilización comercial de sus sustancias corporales: límites para la permisión de su utilización sin consentimiento del paciente en Derecho alemán y consecuencias de su uso injustificado. (E. G. C.)

41. TRABUCCHI, A.: «Il figlio, nato o nascituro, inaestimabilis res, e non soltanto res extra commercium», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-aprile), parte prima, pp. 211-221.

Posible convalidación judicial del acuerdo de evitar el nacimiento del concebido en los casos del posible daño a la madre. El valor de la vida. (Aranda/Sierra.)

42. VARANI, E.: «I trattamenti sanitari tra obbligo e consenso. (Il punto della situazione)», *Archiv. Giur.*, 1991, fascículo 1, pp. 89-141.

Desarrollo legislativo del artículo 32 de la Constitución italiana y el problema de su imposición obligatoria. (Aranda/Sierra.)

3. PERSONA JURIDICA

43. TURANO, R. M.: «I giudici milanesi e le associazioni non riconosciute: applicabilità per analogia delle norme in tema di associazioni riconosciute e questioni varie intorno all'assemblea di associazioni», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 852-867 (parte seconda). Comentario a las ST del Tribunal de Milán de 26 de setiembre y 7 de noviembre de 1988 en materia de arbitraje (cláusula de compromiso arbitral). (Aranda/Sierra.)

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

44. ADAMS, Michael: «Das Bürgerlich-rechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 612 III BGB», *JZ*, 1991, pp. 534 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, si la mujer es discriminada en el mercado de trabajo (sea porque se le pague menos que a un hombre en iguales condiciones, sea porque se le ofrezcan menores posibilidades de ascenso), para estudiar seguidamente el papel que en contra de dicha discriminación puede jugar el § 612 III BGB, así como los efectos de esta disposición. (E. G. C.)

45. ALIBRANDI, A. S.: «Osservazioni a App. Milano 31 ottobre 1989, in tema di disciplina propria della cessione di credito in garanzia», *BBTC*, 1991, fasc. I (Gennaio-febbraio), pp. 44-49 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

46. ALPA, Guido: «Le nouveau régime juridique de la responsabilité du producteur en Italie et l'adaptation de la Directive Communautaire», *RIDC*, n.º 1, 1991, études, pp. 75-86.

El autor pone en evidencia los criterios enunciados en el decreto italiano de aplicación de la directiva comunitaria sobre responsabilidad del fabricante, lamentando las diferencias (en terminología jurídica, nociones e interpretaciones) que presenta el texto italiano en relación con el comunitario. (L. M. L. F.)

47. AMOUROUX, Henry-Vicent: «De l'Indemnisation Confisquée à La Reconnaissance de la Valeur de Remplacement: la Révolution Silencieuse de l'Assurance Automobile», *GP*, 3-4 de mayo de 1991, Doctrine, pp. 2-9

Constituye el objeto del presente artículo la tensión existente entre las convenciones suscritas por las compañías aseguradoras de automóviles, con la finalidad de reducir el coste de gestión de los siniestros, y el derecho de los asegurados a una indemnización integral de los daños materiales sufridos, en toda la extensión con que la evolución de la jurisprudencia los toma en consideración. (L. M. L. F.)

48. ANSALONE, F.: «Comentario a la sentencia de 20 de agosto de 1990, n.º 8442 de la sección II del Tribunal de Casación sobre la prueba documental de los contratos», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 254-255. (Aranda/Sierra.)

49. ARGIROFFI, C.: «La rivendica del venditore», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte seconda, pp. 1-20.

El autor centra su estudio en la acción reivindicatoria concedida al vendedor en el artículo 1519 del codice para los casos de falta de pago del precio. Estudio histórico y actual. (Aranda/Sierra.)

50. ATIAS, Christian: «L'obligation de délivrance conforme», *RDS*, n.º 1, 1991, Chronique, pp. 1-3.

La unidad teleológica a que responde al interpretación del sistema de remedios establecidos por los códigos para la insatisfacción del interés del acreedor, plantea en Francia, como en nuestro país, la necesidad de asumir que no es posible establecer un ámbito de aplicación absolutamente independiente para cada uno de aquéllos, cuestión puesta de manifiesto en el artículo presentado, que aborda las interrelaciones entre las acciones edilicias y la acción de incumplimiento, derivadas de la consideración jurisprudencial de la obligación de entrega a cargo del vendedor, no ya como mero traslado posesorio, sino como traslado posesorio de una cosa que reúne las características implícita o explícitamente incorporadas al contrato. (L. M. L. F.)

51. BEATER, Axel: «Die Skontoabrede: Eine besondere Form des Zusammenspiels von Vorleistung und Gegenleistung», *AcP*, 191, 1991, pp. 346 y ss.

Quando, en un contrato sinalagmático, una de las partes se compromete a cumplir —y cumple— antes que la otra, necesita una protección adicional que asegure su posición frente a su cocontratante; el artículo, tras presentar esos medios de protección, que en parte dispensa la ley, pero que también se dejan a la iniciativa privada, se centra sobre todo en el estudio de los efectos del «pacto de descuento» en el contrato de compraventa; se trata de un pacto en virtud del cual se atribuye al contratante que paga antes y puntualmente el derecho a rebajar cierta cantidad de lo que debía abonar. (E. G. C.)

52. BEHAR-TOUCHAIS, Martine: «Observations sur l'exigence d'imputabilité du dommage à l'accident de la circulation», *SJ*, n.º 10, 1991, Doctrine, 3492, pp. 83-84.

El autor cita algunas resoluciones jurisprudenciales que vienen a diferenciar entre implicación de un vehículo en un accidente de circulación e imputabilidad del daño al accidente. Se apunta en el artículo, si bien sin establecerlo así el autor, la diferencia existente entre los conceptos de responsabilidad objetiva e imputación objetiva. (L. M. L. F.)

53. BERNARDINI, M.: «Il preliminare di vendita immobiliare e la sua "circolazione"», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 687-732.

El autor estudia el significado del principio consensualista de la transmisión de la propiedad en el Derecho italiano, francés y sus diferencias con el Derecho alemán. Posteriormente, señala la relación de dicho principio con el contrato preliminar de venta, centrándose en la cesión y efectos de dicho contrato, para finalizar con una anotación sobre las posibles repercusiones fiscales. (Aranda/Sierra.)

54. BERTOLANI, G.: «Riflessioni in tema di amministrazione condominiale», *Archiv. Giur.*, 1991, fascículo 1, pp. 49-55.

Estudio de los artículos 9 y 10 de la Ley 392/78: precedentes legislativos, derechos y deberes del inquilino, relación con la asamblea y problemas de la común administración. (Aranda/Sierra.)

55. BIHL, Luc: «La Nouvelle Réglementation de la Publicité en Faveur du Tabac», *GP*, 26-27 de junio de 1991, Doctrine, pp. 8-10.

Comentario de la Ley francesa de 10 de enero de 1991, en la cual, acogiéndose la jurisprudencia interpretativa de la ley de 9 de julio de 1976, se intenta resolver el problema de la publicidad indirecta de tabacos, cuestión perfectamente extrapolable a la situación concurrente en nuestro país, donde puede también apreciarse la utilización de los más diversos artificios por parte de los fabricantes y distribuidores de tabacos, con la finalidad de burlar la prohibición legal. (L. M. L. F.)

56. BIHL, Luc: «La Réforme du Code des Débits de Boissons», *GP*, 26-27 de junio de 1991, Doctrine, pp. 12-14.

El autor se muestra preocupado por las consecuencias de una interpretación extensiva del nuevo precepto creado por la ley de 10 de enero de 1991 y en virtud del cual se prohíbe la venta y distribución de toda bebida alcohólica en los estadios, las salas de educación física, los gimnasios y, en general, en todos los establecimientos de actividades físicas y deportivas. (L. M. L. F.)

57. BONNEAU, Thierry: «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil», *RTDC*, n.º 1, 1991, articles, pp. 1-48.

El autor aborda los problemas generados por la regulación de los fondos de inversión mobiliaria y los fondos de créditos desde el punto de vista del derecho civil, centrándose en su análisis en el peculiar régimen de copropiedad, sin acción de división y con responsabilidad limitada, que les resulta aplicable.

Son especialmente interesantes sus consideraciones en relación con los créditos como objeto idóneo del dominio, las convergencias entre estos fondos y la teoría del Patrimonio o las implicaciones entre los mismos y el derecho de obligaciones, mostrándose en todo caso decidido partidario de referirse al derecho civil para explicar los textos financieros, aún a pesar de la relativa autonomía de éstos, cuando adoptan técnicas propias del derecho civil. (L. M. L. F.)

58. BOSGIRAUD-STEPHENSON, Catherine: «Le Bail a Réhabilitation», *RDI*, enero-marzo de 1991, Articles, pp. 19-27.

La autora estudia el contrato de arrendamiento con fines de rehabilitación, establecido por la Ley 90-449 de 31 de mayo y que constituye una ingeniosa medida para la utilización pública y con fines asistenciales del patrimonio inmobiliario privado, toda vez que, en virtud del mismo, el arrendatario (que sólo puede serlo una de las personas jurídicas taxativamente enumeradas por la ley) se obliga a realizar trabajos de rehabilitación en el inmueble del arrendador y a conservarlo en buen estado, con la finalidad de subarrendarlo para uso de vivienda en tanto dure el arrendamiento pactado, conciliándose así la rehabilitación del casco urbano, el interés del propietario carente de medios económicos para reparar su inmueble y la necesidad de facilitar alojamiento a las clases sociales más necesitadas. (L. M. L. F.)

59. BOSQUET-DENIS, Jean-Bernard: «La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, particulièrement en droit communautaire», *RDS*, n.º 4, 1991, Chronique, pp. 21-25.

La prohibición, vigente en el derecho francés, de que un artesano, industrial o comerciante, rechace la venta de un producto o la prestación de un servicio a un consumidor, o establezca condiciones de venta discriminatorias en sus relaciones con otros comerciantes, plantea problemas en cuanto a su aplicación, cuando la entidad infractora tiene su domicilio en otro país de la CE, por cuanto resulta dudosa para el autor la posibilidad de aplicar al supuesto el Convenio de Bruselas. (L. M. L. F.)

60. BRANCACCIO, A.: «Relazione al convegno sul futuro codice europeo dei contratti», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. II, 371-378.

Contiene el texto del discurso pronunciado por el Presidente de la Suprema Corte de Casación con motivo de la apertura del Congreso sobre el futuro código europeo del contrato celebrado en Pavia los días 20 y 21 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra.)

61. BRAULT, Philippe-Hubert: «Sur la notification préalable de la mise en demeure et le refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes», *LC*, marzo de 1991, Chronique, pp. 1-2.

Exposición de la jurisprudencia relativa a la notificación previa, exigida al arrendador cuando alega, para rechazar la renovación del contrato de arrendamiento de local comercial, el incumplimiento de una obligación contractual, o la cesación, sin razón seria, de la explotación del fondo por el comerciante. (L. M. L. F.)

62. BRAULT, Philippe-H.: «La fin du bail commercial dans le cadre du redressement judiciaire», *LC*, junio de 1991, Chronique, pp. 1-3.

El autor analiza las disposiciones contenidas en la ley de 25 de enero de 1985 aplicables a la extinción de los arrendamientos establecidos sobre inmuebles afectos a una actividad industrial, sistematizando su estudio a través del exámen sucesivo de la extinción a iniciativa del administrador judicial y del arrendador. (L. M. L. F.)

63. BRÜGGEMEIER, Gert: «Organisationshaftung», *AcP*, 191, 1991, pp. 33 y ss.

Entendiendo «organización» en sentido amplio (como cualquier relación plurisubjetiva, apoyada sobre bases contractuales, jerárquicamente estructurada y que utiliza el sistema de división del trabajo y delegación de tareas para el logro de sus objetivos sociales), se analiza la responsabilidad de las organizaciones por los actos dañosos de sus miembros y, en este marco, las relaciones de concurrencia o exclusión entre las diversas responsabilidades que pueden entrar en juego, desde la de quien está al frente de la organización (cuyos presupuestos y fundamento son objeto de particular atención) hasta la de los empleados. (E. G. C.)

64. BUSNELLI, F. D.: «Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 539-577.

Estudio de Derecho comparado sobre la normativa y soluciones aplicables. distinción de criterios en los diversos ordenamientos jurídicos sobre la naturaleza y límites de la responsabilidad por información inexacta. (Aranda/Sierra.)

65. CAMARDI, C.: «Osservazioni a App. Milano 2 febbraio 1990, in tema di revocabilità del mutuo ipotecario con destinazione del ricavo all'estinzione di debiti preesistenti», *BBTC*, 1991, fasc. IV (julio-agosto), pp. 482-485 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

66. CAPANO, E.: «Sull'azione ex art. 2932 cc. nei confronti della P. A.», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2175-2176.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Lucca de 22 de enero de 1991. (Aranda/Sierra.)

67. CARLI, Pierre: «L'accident de la circulation lié à un défaut de surveillance scolaire: recours contre l'Etat devant le juge civil», *SJ*, n.º 26, *Doctrine*, 3514, pp. 231-236.

Análisis del problema representado por las dificultades procedimentales derivadas del accidente de circulación cuya víctima es un alumno de una escuela pública, en el aspecto relativo a la determinación por la jurisdicción civil de la contribución a la deuda indemnizatoria de la entidad aseguradora y el Estado, en cuanto responsable civil por el deficiente funcionamiento del centro público. (L. M. L. F.)

68. CARRASSI, C.: «Il conflitto d'interessi nella disciplina generale della rappresentanza», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 377-403 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

69. CASELLA, M.: «Il primato del debito (o del credito)», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (julio-agosto), pp. 703-728 (parte prima).

Ante el estudio de Schlesinger, «Il primato del credito», el autor destaca el gran desarrollo, en los supuestos de gestión y concesión de créditos a empresas, de nuevas categorías de deudas, nuevas estructuras jurídicas y de normas especiales, que faciliten la extensión del tráfico internacional y su rapidez en la circulación. Frente a ello, contrasta el escaso desarrollo y la insuficiencia de la disciplina sobre endeudamiento fami-

liar y de consumo privado. Termina su estudio proponiendo criterios desde la perspectiva del mercado común europeo. (Aranda/Sierra.)

70. CECCHERINI, G.: «Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 783-804.

El problema del resarcimiento del daño desde el artículo 2058 y su reformulación. Los inconvenientes de una interpretación amplia. La función del juez según diversas construcciones doctrinales: reparación del daño en forma específica; reparación *in natura*; restitución; reintegración y liquidación de costes por el juez. (Aranda/Sierra.)

71. CHECCHINI, A.: «Regolamento contrattuale e interessi delle parti», *RDC*, 1991, n.º 3 (maggio-giugno), parte prima, pp. 229-256.

El autor realiza un análisis de la noción de causa y su diferencia con el objeto del contrato. Entiende que la causa es el criterio identificador de los contratos gratuitos. (Aranda/Sierra.)

72. CHESA, C.: «La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 523-538.

Situación surgida ante la Guerra del Golfo que plantea graves problemas interpretativos en el Derecho italiano ante la falta de una normativa general semejante a la del párrafo 324, 1.º del BGB. Los inconvenientes de aplicar el artículo 1207 o el 1463 del Codice llevan al autor a decantarse por una solución individual del problema en el Derecho italiano que atienda al interés del deudor. (Aranda/Sierra.)

73. CIRULLI, M.: «Arbitrato irrituale e provvedimenti d'urgenza», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2208-22011.

Comentario a la resolución de la Preceptura de Pescara de 9 de noviembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

74. CONSOLO, C.: «Tutela risarcitoria di posizioni giuridiche schiettamente processuali?», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte seconda, pp. 71-83. Comentario a la ST de la sección única de la Corte de casación civil de 4 de mayo de 1989, n.º 243 sobre la acción concreta para exigir responsabilidad (art. 2043 codice; art. 96 C.p.c.). (Aranda/Sierra.)

75. COSTANZA, M.: «Simulazione, azione risarcitoria o ripetizione?», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2342-2343.

Comentario a la sentencia de casación de 26 de febrero de 1991, n.º 2085. (Aranda/Sierra.)

76. COSTANZA, M.: «Scioglimento convenzionale di preliminare immobiliare: in forma scritta o verbale?», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 949-951.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 28 de agosto de 1990, n.º 8879. (Aranda/Sierra.)

77. DALMARTELLO, A.: «“Fiducia cum creditore” e prescrizione», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-aprile), pp. 141-163 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

78. DALMOTTO, E.: «Observaciones a la sentencia de 30 de marzo de 1990, n.º 2619 de la sección III del Tribunal de Casación civil en materia de desahucio», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febraio), pp. 132-137. (Aranda/Sierra.)

79. DAMM, Reinhard: «Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung», *JZ*, 1991, pp. 373 y ss.

En torno a la responsabilidad de los profesionales o expertos por daños patrimoniales y personales, analizando, en primer lugar, la responsabilidad contractual y «quasi-contractual» (centrándose, en este marco, en algunas concretas figuras contractuales y en la culpa *in contrahendo*), para pasar después al examen de la responsabilidad extra-contractual. (E. G. C.)

80. D'ANGIOLELLA, R.: «Comentario a la sentencia de 29 de agosto de 1990, n.º 8955 de la sección II de casación civil sobre resolución por incumplimiento del contrato», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 190-193. (Aranda/Sierra.)

81. DECOCQ, André: «Les nouvelles restrictions à la publicité en faveur des boissons alcooliques», *Loi du 10 janvier 1991, SJ*, n.º 17, 1991, Doctrine, 3501, pp. 149-153.

Comentario de las medidas relativas a la publicidad de bebidas alcohólicas, contenidas en la Ley 91-32 de 10 de enero, sobre la lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo. (L. M. L. F.)

82. DEPETRO, G.: «La prevedibilità come criterio d'individuazione del danno risarcibile», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 62-72. (Aranda/Sierra.)

83. DERLEDER, Peter y ABRAMJUK, Ruth: «Qualitätsschutz und Verstrickungsschutz», *AcP*, 190, 1990, pp. 624 y ss.

Estudio de la indemnización exigible por el comprador de cosa defectuosa, sea por falta de los caracteres pactados en el objeto comprado, sea por dolosa ocultación de un defecto por el vendedor.

Los autores contrastan la doctrina y jurisprudencia desarrolladas al respecto con su propio análisis del concepto y cuantificación del daño, centrándose especialmente en las siguientes cuestiones: indemnización del interés positivo y del interés negativo; protección del comprador, tanto frente a maniobras de los vendedores dirigidas a inducirle a la adquisición de objetos que le son innecesarios, como frente a defectos de calidad; opciones del comprador para la liquidación de los daños y límite temporal para su elección; por último, aspectos especiales del supuesto de venta del objeto defectuoso por el comprador a un tercer adquirente. (E. G. C.)

84. DEUTSCH, Erwin: «Die neue Entscheidung des BGH zur Aids-Haftung», *NJW*, 1991, pp. 1937 y ss.

Sobre la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán (de fecha 30-4-1991) en un caso de contagio del SIDA y acerca de la responsabilidad de un hospital por administrar sangre contaminada por el virus de esa enfermedad. (E. G. C.)

85. DUNZ, WALTER: «Beiderseitige Leistungsstörungen beim Werkvertrag», *NJW*, 1991, p. 1527.

Examen de las consecuencias de la propia culpa de quien padece el daño en el ámbito de la responsabilidad contractual. (E. G. C.)

86. EBKE, Werner F.: «Internationale Kreditverträge und das internationale Devisenrecht», *JZ*, 1991, pp. 335 y ss.

Sobre la aplicación de las normas internacionales que regulan el control de divisas a los contratos de crédito internacionales. (E. G. C.)

87. EICHHOLZ, Rainer: «Die Bedeutung der arzneimittelrechtlichen Produkt-haftung für das Blutspenden und den Vertrieb von Blutkonserven», *NJW*, 1991, pp. 732 y ss.

Análisis de la problemática de las reservas de sangre contaminada con el virus del SIDA, desde el punto de vista de la responsabilidad del fabricante de medicamentos. El tratamiento del tema gira en torno a dos puntos centrales: de un lado, la consideración de una responsabilidad del fabricante basada en consideraciones de culpa en el marco del § 823 BGB; de otro, la responsabilidad por riesgo que consagra el § 84 de la Ley de Medicamentos (Arzneimittelgesetz: AMG). (E. G. C.)

88. ESCHER-WINGART, Christina: «Vertragskosten nach § 467 S.2 BGB beim Streckengeschäft», *NJW*, 1991, pp. 967 y ss.

La autora estudia en qué medida los gastos de transporte que se producen en el marco de un negocio a distancia, se pueden considerar como costes contractuales a los efectos del segundo inciso del § 467 BGB (según el cual, el vendedor debe abonar al comprador dichos costes). (E. G. C.)

89. FIGA TALAMANCA, G.: «Comentario a la sentencia de 14 de junio de 1990 del Tribunal de apelación de Calabria sobre causa de la cesión de crédito», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 158-164. (Aranda/Sierra.)

90. FINOCCHIARO, M.: «Soggetti equiparati ai “coltivatori directti”: le società. Problemi di diritto intertemporale», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2262-2265.

Comentario a la sentencia de casación de 5 de junio de 1991, n.º 6336. (Aranda/Sierra.)

91. FINOCCHIARO, M.: «Sulla responsabilità esclusiva del fondo di garanzia, nel caso di sentenza passata in giudicato, nei confronti di società assicuratrice in liquidazione coatta amministrativa», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 916-917.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 13 de diciembre de 1990, n.º 11.830. (Aranda/Sierra.)

92. FLUME, Werner: «Die Rechtsfigur des Finanzierungsleasings», *BB*, 1991, pp. 265 y ss.

Estudio de la figura del leasing financiero, con amplia información jurisprudencial. (E. G. C.)

93. FLUME, Werner: «Zum Bereicherungsausgleich bei Zahlungen in Drei-Personen-Verhältnissen», *NJW*, 1991, pp. 2521 y ss.

Reflexiones, a la luz de varias sentencias recientes del Alto Tribunal alemán (BGH), sobre los problemas que plantea la compensación del enriquecimiento injustificado por pagos hechos en el marco de relaciones tripolares. (E. G. C.)

94. FOERSTE, Ulrich: «Die Produkthaftung für Druckwerke», *NJW*, 1991, pp. 1433 y ss.

El autor analiza la cuestión de la responsabilidad del editor de obras impresas y trata de demostrar en su artículo que ni la Ley sobre Responsabilidad del fabricante ni las restantes normas sobre responsabilidad se dirigen al editor. (E. G. C.)

95. FUCHS, Maximilian: «Versicherungsschutz und Versicherbarkeit als Argumente bei der Schadensverteilung», *AcP*, 191, 1991, pp. 318 y ss.

El autor trata un tema al que tanto la doctrina como los tribunales vienen dedicando cada vez más atención últimamente en Alemania: la incidencia del seguro (tanto el efectivamente suscrito, sea por el dañante sea por la víctima, como el que podía haberse contratado) al decidir acerca de quién y en qué medida ha de reparar o soportar los daños producidos. Y ello no sólo en el campo extracontractual, sino también en el contractual, en el que se plantea la interesante cuestión de si la suscripción de un seguro puede constituir, en determinados supuestos, una obligación contractual accesoria. (E. G. C.)

96. FÜHRICH, Ernst: «Umwelteinflüsse bei Pauschalreise und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht», *NJW*, 1991, pp. 2192 y ss.

Análisis y propuestas de solución de los problemas que, en los viajes organizados, surgen cuando resulta que el medio ambiente en los lugares de destino está considerablemente deteriorado. (E. G. C.)

97. GABELE, Eduard: «Grundlagen des Immobilien-Leasing», *BB*, 1991, pp. 241 y ss.

Examen de los aspectos esenciales del leasing inmobiliario: caracteres, desarrollo, requisitos de forma del contrato, contenido y efectos económico-empresariales. (E. G. C.)

98. GABRIELLI, E.: «Poteri del giudice et equità del contratto», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 479-496.

La oferta de modificación del contrato en los supuestos de resolución por excesiva onerosidad del contrato preliminar de compraventa. La naturaleza jurídica de dicha oferta desde al perspectiva jurisprudencial. Los intereses de las partes en la oferta y la reducción judicial a la equidad del contrato. (Aranda/Sierra.)

99. GÄRTNER, Rudolf: «Wovon handelt das Wohnungsmietrecht?», *JZ*, 1991, pp. 477 y ss.

Reflexiones acerca del objeto de las normas reguladoras del arrendamiento de viviendas y su encuadre en el marco del Derecho Civil. (E. G. C.)

100. GHISGLIERI, F.: «Scheda: risarcimento del danno e perdita di chance», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abril), pp. 141 y ss. (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

101. GIACOBBE, E.: «Atipicità del contratto e sponsorizzazione», *RDC*, 1991, n.º 4 (luglio-agosto), parte seconda, pp. 399-433.

La tipicidad y atipicidad de los contratos desde la ley de 6 de agosto de 1990, n.º 223. Disciplina aplicable a los contratos atípicos y al de «sponsor». (Aranda/Sierra.)

102. GIAMMARIA, P.: «Azione del mandante verso il terzo nel mandato senza rappresentanza: la Cassazione non muta orientamento», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1557-1564. Comentario a la sentencia de casación de 13 de enero de 1991. (Aranda/Sierra.)

103. GIORGIANNI, M.: «In tema di risoluzione del contratto per inadempimento», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 61-72.

Consecuencias jurídicas provocadas en la relación contractual ante la resolución del contrato efectuada por la parte cumplidora al amparo de los arts. 1453 y ss. del Código Civil italiano. Atenuación doctrinal y jurisprudencial de dichas consecuencias. Soluciones a los supuestos en que la resolución no sea declarada por el juez. (Aranda/Sierra.)

104. GIOVE, S.: «Notas a la ST de la sección III de la Corte de casación civil de 15 de marzo de 1991, n.º 2772 en materia de morosidad en arrendamiento de inmuebles urbanos», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 668-669 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

105. GIOVE, S.: «Notas a la ST de la sección única de la Corte de casación civil de 28 de diciembre de 1990, n.º 12210 en materia de morosidad en arrendamiento de inmuebles urbanos», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 664-666 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

106. GIOVE, S.: «La prelazione del conduttore di immobili urbani (recenti pronunce del SC)», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte seconda, pp. 183-217. (Aranda/Sierra.)

107. GITTI, G.: «La ricostruzione indiziaria dell'elemento soggettivo nella revocatoria ordinaria», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 54-62 (parte seconda). Anotaciones a la Sentencia de la corte de apelación de Milán de 20 de junio de 1989 sobre los presupuestos de la acción revocatoria ordinaria en una venta inmobiliaria. (Aranda/Sierra.)

108. GOURIO, Alain: «L'Exclusion des Activités Professionnelles de la Loi sur le Surendettement des Particuliers», *GP*, 5 de enero de 1991, Doctrine, pp. 12-14 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

Plantea el autor la dificultad de adaptar a los profesionales liberales las disposiciones contenidas en la ley de 31-12-1989, relativa al sobreendeudamiento de los particulares, en especial debido a los problemas que plantea la distinción entre deudas profesionales y no profesionales contenida en el referido texto legal. (L. M. L. F.)

109. GRANELLI, G.: «Notas a la ST de la Corte de casación civil (sección III) de 29 de enero de 1991, n.º 885, sobre negocio de "ascertamento"», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 453-458 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

110. GRECO, L.: «Sulla differenza fra uso promiscuo ed uso plurimo nelle locazioni di immobili urbani», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2218-2221.

Comentario a la sentencia de la Preceptura de Avezzano de 25 de enero de 1990. (Aranda/Sierra.)

111. GRUBER, Joachim: «Die Cross-default-Klausel und das Bankheimnis», *NJW*, 1991, pp. 1099 y ss.

La llamada «Cross-default» es una cláusula rescisoria de los contratos de crédito, que se está introduciendo paulatinamente en Alemania, pero que ya es comúnmente utilizada en los contratos internacionales y dentro de Inglaterra y EE.UU.; se trata de una cláusula que permite a quien otorgó el crédito rescindir el contrato tan pronto como sea resuelto cualquier otro contrato de crédito concertado por el tomador; de este modo, el banco puede reaccionar rápidamente en caso de disminución de la solvencia de su cliente.

Ahora bien, para la efectividad de esta cláusula es esencial que el banco acreedor reciba información de otros bancos acerca de sus relaciones contractuales con quien recibió el crédito. Lo cual lleva a la cuestión central del artículo: a saber, si la información que se pide a estos bancos choca con el secreto bancario, o si el tomador del crédito que acepta una cláusula «Cross-default» renuncia a dicho secreto. (E. G. C.)

112. GRUNEWALD, Barbara: «Aufklärungspflichten ohne Grenzen?», *AcP*, 190, 1990, pp. 609 y ss.

Acerca de la obligación de informar al sujeto con el que se va a contratar, y que menos documentado está, sobre los aspectos que para el mismo son o deberían ser esenciales al decidir si celebra o no el contrato. Jurisprudencia y doctrina han puesto de relieve dicha obligación en muchos casos, camino que también sigue el legislador alemán.

Según la autora, si bien el cumplimiento de esta obligación contribuye a preservar mejor los intereses de la parte peor informada al celebrar el contrato, no siempre se alcanza este objetivo: así, cuando quien recibe las aclaraciones no las comprende, o si se le da la información decisiva cuando ya está prácticamente decidido a contratar. La autora mantiene que, en tales casos, el haber recibido suficiente información no puede ser motivo para dejar desprotegido a quien terminó celebrando un contrato que le era perjudicial. (E. G. C.)

113. HAMMEN, Horst: «Vorzeitige Darlehenstilgung und Zinspflicht», *BB*, 1991, pp. 953 y ss.

El autor estudia cómo la devolución anticipada de la cantidad prestada incide sobre la relación de préstamo (y particularmente, sobre la obligación de pagar intereses), conforme a las reglas del BGB. (E. G. C.)

114. HARTKAMP, A. S.: «Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht», Parte I, *AcP*, 1991, pp. 398 y ss.

Sobre la nueva regulación holandesa de los negocios jurídicos y de los contratos, tras la entrada en vigor, el 1-1-1992, de parte del nuevo Código Civil. (E. G. C.)

115. HEINZE, Meinhard: «Rückerstattungsanspruch bei formell unrichtigem Mieterhöhungsverlangen nach dem Wohnungsbindungsgesetz», *NJW*, 1991, pp. 1849 y ss.

Acerca de si el arrendatario de una vivienda tiene derecho de reintegro contra su arrendador cuando, habiendo subido éste la renta unilateralmente y de modo formalmente incorrecto, no obstante, el arrendatario pagó la nueva renta sin objeciones durante un período prolongado de tiempo.

El autor concluye que, para tener derecho al reintegro, el arrendatario debe, o bien reclamarlo en el plazo de un año, o bien, dentro de ese mismo plazo, no atender a las exigencias de subida de renta por el arrendador. (E. G. C.)

116. HERZIG, Norbert, y KÖSTER, Thomas: «Die Rückstellungsrelevanz des neuen Umwelthaftungsgesetzes», *BB*, 1991, pp. 53 y ss.

Sobre algunos aspectos de la Ley de Responsabilidad por daños medioambientales, relacionados con el Derecho de balances. (E. G. C.)

117. HILLGRUBER, Christian: «Grundrechtsschutz im Vertragsrecht», *AcP*, 191, 1991, pp. 69 y ss.

Al hilo del estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 7-2-1990, el autor reflexiona críticamente sobre la repercusión de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de los contratos; repercusión que, a su juicio, es exagerada en ocasiones, pues no es misión de los derechos fundamentales proteger a uno de los contratantes frente a las consecuencias negativas que de la libertad contractual y autonomía privada puedan seguirse para él, en tanto que haya obrado libremente: la autodeterminación no es concebible sin la

autorresponsabilidad y, puesto que ésta es inmanente a los derechos fundamentales —concluye—, no cabe invocar la tutela de estos derechos para protegerse frente a uno mismo. (E. G. C.)

118. IZZO, A.: «Riconosciuta definitivamente la rivalutazione automatica dei crediti previdenziali», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 812-816.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 12 de abril de 1991, n.º 156. (Aranda/Sierra.)

119. IZZO, N.: «Inammissibilità della verifica giudiziale della dichiarazione di necessità del locatore per la priorità nell'esecuzione», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2506-2509.

Comentario a la sentencia de la Preceptura de Napoli de 3 de noviembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

120. IZZO, N.: «La successione nel contratto per morte del conduttore nel regime della legge sull'equo canone», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2380-2386.

Comentario a la sentencia de casación de 23 de noviembre de 1990, n.º 11.328. (Aranda/Sierra.)

121. IZZO, N.: «Recesso per necessità del locatore e responsabilità extracontrattuale per ritardata utilizzazione dell'immobile riconsegnato», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2057-2060.

Comentario a las sentencias de casación de 14 de marzo de 1991, n.º 2684 y de 9 de octubre de 1990, n.º 9904. (Aranda/Sierra.)

122. JESU, G.: «Anotaciones a la sentencia de la sección 3.ª del Tribunal de Casación Civil de 13 de noviembre de 1989, n.º 4797 sobre el derecho de prelación en los contratos agrarios», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 37-39. (Aranda/Sierra.)

123. JESU, G.: «Comentario a la Sentencia de 29 de mayo de 1990, n.º 4994 de la sección única del Tribunal de Casación Civil en materia de prelación en el contrato agrario», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, pp. 174-176. (Aranda/Sierra.)

124. JESU, G.: «Notas a la ST de la sección III de la Casación Civil de 14 de julio de 1989, n.º 3300, sobre el derecho de «ripresa» en los contratos agrarios», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 282-283. (Aranda/Sierra.)

125. JOHANN, Egon: «Zur angemessenen Herabsetzung der Miete bei der Teilkündigung gem. § 564 b II Nr. 4 BGB», *NJW*, 1991, pp. 1100 y ss.

La nueva Ley alemana para la facilitación de la construcción de viviendas (*WoBauErIG*), que entró en vigor el 1-6-1990, hizo preciso modificar algunos preceptos del BGB. Así, el artículo 3 de la citada Ley añadió un cuarto supuesto al § 564 b II BGB, parágrafo que enumera una serie de supuestos en que se entiende que el arrendador tiene un «interés justificado» que le permite poner fin al contrato de arrendamiento; la nueva disposición prevé un caso de resolución parcial: permite resolver el alquiler de los espacios anejos (como sótanos o desvanes) si se pretende convertirlos en viviendas. En tal caso, el arrendatario puede exigir una «adecuada reducción» de la renta, cuyo estudio es el objeto central del artículo. (E. G. C.)

126. JOST, Peter J.: «Betriebliche Umweltschutzmaßnahme als Antwort auf den Entwurf zum neuen Umwelthaftungsgesetz», *BB*, 1990, pp. 2381 y ss.

Análisis de las medidas que han de imponerse en el ámbito de la producción para la protección del medio ambiente, al hilo del cual el autor intenta demostrar la necesidad de agravar la responsabilidad exigible a las empresas. (E. G. C.)

127. JUNKER, Abbo: «Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo», *JZ*, 1991, pp. 699 y ss.

Análisis crítico de la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 20-11-1990, dictada a propósito del siguiente caso: una empresa alemana (demandada) que vendía mercancías embargadas (acero sudafricano) a un empresario tailandés, fletó un barco para su transporte a Tailandia, pero, una vez arribado, las autoridades del país incautaron las mercancías; la demandante era al empresa armadora del buque y pedía indemnización de los gastos, así como que se la liberara de la reclamación de daños y perjuicios que le exigía, por su parte, la empresa compradora del cargamento (e ignorante de la violación del embargo) por no haberlo recibido.

En el caso surgen, junto a problemas de Derecho internacional (determinación de las normas aplicables, dada la concurrencia de distintos puntos de conexión), importantes cuestiones de derecho material alemán, en las que juega importante papel el tema de la contrariedad a las buenas costumbres, tanto por lo que pudiera afectar a la validez del contrato celebrado entre demandado y demandante, como a los efectos del § 826 BGB (en sede de responsabilidad extracontractual).

El BGH halla esa contrariedad en la infracción de las disposiciones relativas al embargo, en contra de la opinión del autor, para quien se debe, más bien, al hecho de que el demandado hubiese utilizado un buque ajeno para infringir normas, poniendo en peligro a su armador e involucrándole sin que lo supiera en la violación de un embargo. (E. G. C.)

128. KARILA, Jean-Pierre: «L'intégration dans le Droit Positif Français de la Directive Européenne sur la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux», *GP*, 24-25 de mayo de 1991, pp. 2-8.

Estudio del proyecto de Ley de modificación del Código Civil Francés, destinado a introducir en el derecho de nuestro país vecino la Directiva Comunitaria relativa a la responsabilidad por los productos defectuosos. El análisis llevado a cabo por el autor se extiende específicamente a la incidencia del proyecto sobre los contratos de arrendamiento de obra inmobiliaria y la responsabilidad de los fabricantes de productos destinados a la construcción. (L. M. L. F.)

129. KERN, Bernd-Rüdiger: «Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes —ein pönales Element im Schadensrecht?», *AcP*, 191, 1991, pp. 247 y ss.

Análisis de la función satisfactiva del llamado «precio del dolor», estudiando el concepto, contenido y delimitación de la noción de «satisfacción», con el fin de cuestionar su admisibilidad en el Derecho de daños. (E. G. C.)

130. KOHTE, Wolfhard: «Marktzensvergleich und Marktzensüberschreitung im Verbraucherkredit», *JZ*, 1991, pp. 814 y ss.

Comentario a la sentencia del Alto Tribunal alemán (BGH) de 11-12-1990, sobre el tema de si son o no contrarios a las buenas costumbres ciertos contratos de crédito al consumo, en relación con el problema de los intereses de mercado. (E. G. C.)

131. KORT, Michael: «Die Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen beim Bauherrenmodell», *BB*, 1991, pp. 1057 y ss.

El autor examina el tema de la prescripción de la llamada «responsabilidad por proyectos», cuyo concepto también es objeto de análisis. Se trata, esencialmente, de una responsabilidad que deriva de la confianza depositada en una persona, y engloba diferentes pretensiones con distintos plazos de prescripción:

a) Entendida en sentido estricto, la base de esta responsabilidad no es la confianza personal que se tiene hacia una concreta persona con la que se contrata, sino la confianza «típica», que puede basarse, por ejemplo, en el concreto puesto profesional que ocupa esa persona (abogados, consejeros fiscales o peritos).

b) En sentido amplio, en cambio, es la que se basa en una especial confianza personal, sea con base en un compromiso contractual asumido por el depositario de la confianza, sea debida al comportamiento del mismo. (E. G. C.)

132. KULLMANN, Hans Josef: «Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1989/90», *NJW*, 1991, pp. 675 y ss.

Resumen de las sentencias pronunciadas por el BGH y los OLG entre mayo de 1989 y octubre de 1990 sobre el tema de la responsabilidad del fabricante. (E. G. C.)

133. KÜPPER, Wolfgang: «Schadensersatz aus culpa in contrahendo beim gescheiterten Abschluß eines formbedürftigen Vertrages», *BB*, 1990, pp. 2460 y ss.

Análisis de la obligación de indemnizar daños y perjuicios por culpa in contrahendo por romper los tratos preliminares que iban dirigidos a celebrar un contrato formal. (E. G. C.)

134. LA FARINA, C.: «Ancora in tema di responsabilità civile dei magistrati», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. I, 1129-1132.

Comentario a una sentencia de la Corte Constitucional de 22 de octubre de 1990, n.º 468. (Aranda/Sierra.)

135. LANDSBERG, Gerd, y LÜLLING, Wilhelm: «Die Ursachenvermutung und die Auskunftsansprüche nach dem neuen Umwelthaftungsgesetz», *BB*, 1991, pp. 479 y ss.

Un punto central de la Ley sobre Responsabilidad por daños al medio ambiente, de 1-1-1991, son las distintas vías por las que se facilita la prueba a la víctima para ayudarla en sus pretensiones; a este fin sirven dos nuevos institutos, a cuyo estudio se dedica el artículo: por un lado, la presunción de causalidad y, por otro, los derechos de información que diversas normas atribuyen a la víctima (frente al propietario de una instalación y frente a la Administración) y a los propietarios de instalaciones (contra el dañado, contra el dueño de otra instalación, o contra la Administración). (E. G. C.)

136. LATTANZI, R.: «Notas a al ST de la sección III de la Corte de Casación Civil de 9 de enero de 1990, n.º 7 sobre contrato de seguro de responsabilidad civil», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 425-429 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

137. LAUFS, Adolf: «Die Entwicklung des Arztrechts 1990/91», *NJW*, 1991, pp. 1516 y ss.

Repaso de la última jurisprudencia y legislación relativa a diversos temas relacionados con los médicos, algunos de los cuales conectan con el Derecho de la persona, otros se encuadran en Derecho de los contratos y Derecho de daños, y otros en ramas jurídicas no civiles: así, medicina de reproducción; trasplantes; disecciones y autopsias de cadáveres; ayuda médica para morir; secreto profesional; consentimiento del paciente e información al mismo; cometido, deber de diligencia y responsabilidad de los médicos; aborto. (E. G. C.)

138. LEMMI, V.: «Sulla sorte dell'atto di acquisto posto in essere da un soggetto non titolare di prelazione legale», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, pp. 149-162.

A raíz de la ST de Casación de 14 de abril de 1989, n.º 1802 el autor analiza el artículo 8 de la Ley de 26 de mayo de 1965, n.º 590 sobre el ejercicio del derecho de prelación (presupuestos legales). Posición doctrinal y jurisprudencial del tema. Posible nulidad y anulabilidad. Medios de tutela aplicables en favor del verdadero titular de la preferencia legal y tutela del tercero. (Aranda/Sierra.)

139. LO CASCIO, G.: «La vendita dell'azienda nel concordato preventivo», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1831-1833.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Verona de 18 de marzo de 1991. (Aranda/Sierra.)

140. LO CASCIO, G.: «Amministrazione controllata, contratto di somministrazione en corso y fallimento consecutivo», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 900-902.

Comentario a las sentencias de 21 de diciembre de 1990, n.º 12157 y de 5 de noviembre de 1990, n.º 10620, ambas de la Corte de Casación. (Aranda/Sierra.)

141. LONDON, Caroline: «Environnement communautaire: l'heure des choix», *SJ*, n.º 25, 1991, Doctrine, 3512, pp. 218-226.

Estudio de los instrumentos comunitarios de defensa del medio ambiente, del cual resulta especialmente destacable, desde la perspectiva del derecho privado, el apartado dedicado a comentar el régimen de responsabilidad del empresario, contenido en la directiva comunitaria de 6 de diciembre de 1984, relativa a la vigilancia y control de los transportes interfronterizos de residuos peligrosos. (L. M. L. F.)

142. LORENZ, Werner: «Abtretung einer Forderung aus mangelhaftem Kausalverhältnis: Von wem kondiziert der Schuldner?», *AcP*, 191, 1991, pp. 279 y ss.

Estudio, con amplio análisis de la jurisprudencia, del conflicto que, en casos de cesión de créditos, surge cuando la relación causal subyacente entre cedente y deudor (y de la que deriva el crédito cedido), es defectuosa, pero el deudor, ignorándolo, ha cumplido frente al cesionario: la cuestión que entonces surge —y en la que se centra el artículo— es contra quién debe dirigirse el deudor exigiendo responsabilidades, ¿contra el cedente o contra el cesionario? (E. G. C.)

143. LORIEUX, Alain: «Place de la Médiation dans le Procès Civil», *GP*, 21 de febrero de 1991, Doctrine, pp. 66-69 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor aboga por la regulación legal de la mediación como instrumento útil para aproximar las posiciones de las partes en un proceso, de manera que se puedan alcanzar acuerdos transaccionales que reduzcan el ámbito de la litigiosidad. (L. M. L. F.)

144. LUCCHINI, E.: «Notas a la sentencia de 23 de agosto de 1990, n.º 8615 de la sección III de la Corte de Casación Civil en materia de contrato en general», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abril), parte prima, pp. 183-187. (Aranda/Sierra.)

145. LUCCHINI, E.: «L'azione revocatoria ordinaria», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 321 y ss. (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

146. LUGATO, M.: «Giurisprudenza Roquette, ultima tappa», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1639-1640.

Comentario a la sentencia de la Corte de la CEE de 30 de mayo de 1989. (Aranda/Sierra.)

147. MANZI, O.: «Interessi e danno da svalutazione monetaria in caso di tardivo pagamento di crediti previdenziali», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 1951-1954.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 20 de julio de 1990, n.º 350. (Aranda/Sierra.)

148. MARINELLI, F.: «L'art. 18 della 1.8 luglio 1986, n.º 349 sul danno ambientale tutela sufficientemente l'ambiente?», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2501-2503.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de abril de 1990. (Aranda/Sierra.)

149. MARINO, V.: «Mancata percezione del rateo di vendita: responsabilità dell'INAIL verso il creditori e garanzie nei confronti dell'instituto di credito demandato al pagamento», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1466-1467.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 15 de febrero de 1991, n.º 1562. (Aranda/Sierra.)

150. MAROTZKE, Wolfgang: «Die logische Sekunde ein Nullum mit Dauerwirkung?», *AcP*, 191, 1991, pp. 177 y ss.

Para ilustrar el objeto de este estudio, el autor parte del siguiente ejemplo: A., propietario de una grúa, se la vende y entrega a B, pactando que B sólo adquirirá su propiedad cuando pague todo el precio; antes del pago total, B transmite la grúa a un tercero, C, quien —como regla— no adquirirá inmediatamente la propiedad, ya que recibió la cosa de un no propietario. Según el BGB, B adquiere la propiedad en el momento en que paga el total a A, pero dicha propiedad pasa automáticamente a C. Para explicar la situación de B se dice que la suya es una «adquisición transitoria» o que adquiere la propiedad sólo durante un «segundo lógico» o «jurídico».

A partir de aquí, el artículo se centra en el significado y duración de ese «segundo jurídico» y analiza el valor que tiene la referida «adquisición transitoria» para el mismo adquirente y para sus acreedores. (E. G. C.)

151. MARTIN, Didier R.: «Le taux de base», *RDS*, n.º 18, 1991, Chronique, pp. 125-129.

El interés básico o preferencial designa el mínimo a que cada establecimiento bancario estima debe conceder sus créditos para obtener una significativa contribución a la formación de su producto neto, integrando así costes variables para cada establecimiento y márgenes de beneficios específicos de cada banco. El grado de potestatividad en su fijación resulta, por tanto, manifiesto y ello plantea problemas cuando el interés convenido en un contrato de préstamo se fija en relación a tal tipo básico, hasta el punto de que la sentencia del Tribunal Francés de Casación de 2 de mayo de 1990, comentada en el presente artículo, ha negado su validez como índice de variación del interés pactado. (L. M. L. F.)

152. MARTIN, Raymond: «Contrat de construction d'une maison individuelle», *RDS*, n.º 19, 1991, Chronique, pp. 133-138.

Dentro de las medidas tendentes a proteger a la parte contratante más débil, se inserta tradicionalmente en el derecho francés la regulación del contrato de construcción de vivienda individual con aportación de proyecto por el contratista.

En el presente comentario, el autor aborda el estudio de las nuevas medidas establecidas sobre el particular por la ley francesa 90-1129, de 19 de diciembre, que viene a reglamentar más estrictamente estos contratos, purgándolos de aquellas cláusulas abusivas que a menudo suelen ser establecidas en los mismos, y ampliando la tutela jurídica

a los contratos de construcción de vivienda familiar con aportación de proyecto por el dueño de la obra. (L. M. L. F.)

153. MARZO, G.: «Ancora sul danno biologico», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2477-2483.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Vibo Valentia de 29 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra.)

154. MASCALA, Corinne: «Accidents de gare: le «déraillement» de l'obligation de sécurité», *RDS*, n.º 11, 1991, Chronique, pp. 80-84.

El accidente sufrido en la estación, que la autora estima jurídicamente diferenciable del padecido durante el traslado, puede llevar aparejado el nacimiento de responsabilidad a cargo de la empresa transportista. El artículo presentado analiza la evolución jurisprudencial en torno a la naturaleza contractual o aquiliana de la mencionada responsabilidad civil. (L. M. L. F.)

155. DI MAURO, N.: «Brevi considerazioni in tema di proposta irrevocabile», *GC*, fasc. I, pp. I, 187-190. Comentario a la ST de la Corte de Casación Civil de 11 de enero de 1990, n.º 41. (Aranda/Sierra.)

156. METZ, Rainer: «Tilgungsverrechnung: Transparenz durch AGB-Recht und Preisangabenverordnung», *NJW*, 1991, pp. 668 y ss.

Análisis de las principales cuestiones que plantea la amortización del capital prestado, sobre todo en relación con los problemas de claridad en la expresión del precio total a pagar finalmente por el prestatario y la utilización en este campo de condiciones generales de contratación. (E. G. C.)

157. MORGAN, Anne-Marijke: «Quel Avenir pour les clauses monétaires?», *GP*, 5-6 de junio de 1991, Doctrine, pp. 3-6.

El autor estudia el giro operado por la jurisprudencia francesa en torno al problema de la validez de las cláusulas en virtud de las cuales se fija el pago de obligaciones pecuniarias en moneda extranjera, rechazándose absolutamente el establecimiento de las mismas en contratos puramente internos, al tiempo que se admite su inclusión en contratos internacionales, y pareciendo ampliarse la consideración como internacionales a los contratos de préstamo destinados a financiar una operación de comercio exterior. (L. M. L. F.)

158. MOSCATI, E.: «Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-abril), parte prima, pp. 177-190.

La obligación natural desde la teoría general del derecho. Su relación con la concepción estatutaria y social del Derecho y del Estado. (Aranda/Sierra.)

159. MOULY, Christian: «Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne?», *RDS*, n.º 11, 1991, Chronique, pp. 77-79.

El autor, tras analizar las diferencias más destacables a su juicio entre el Convenio de Viena sobre la venta internacional de mercaderías y el derecho interno francés, concluye lo acertado de aproximar ambos textos a través de la interpretación jurisprudencial del derecho interno, en cuanto sea ello posible, según las soluciones adoptadas por el texto internacional. (L. M. L. F.)

160. NAJJAR, Ibrahim: «L'accord de principe», *RDS*, n.º 9, 1991, *Chronique*, pp. 57-68.

Se analiza en el presente comentario el acuerdo preliminar o acuerdo de principio, en su relación con el íter contractual, intentando dilucidar si nos encontramos ante una aceptación pura y simple, aceptación bajo reserva, o ante la reserva de la posibilidad de aceptar o rehusar una oferta contractual. (L. M. L. F.)

161. NAVARRETTA, E.: «Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 285-330.

Estudio crítico, mediante diversas sentencias de la Corte de Casación italiana, de los grandes problemas jurídicos que plantea la recepción definitiva y plena del contrato autónomo de garantía en el Derecho italiano: su causa y el abuso de derecho. (Aranda/Sierra.)

162. NICKEL, Friedhelm G., y SAENGER, Ingo: «Die warranty-Haftung des englischen Rechts», *JZ*, 1991, pp. 1050 y ss.

Los autores examinan la responsabilidad por venta de cosa defectuosa en el Derecho inglés. Asimismo son objeto de atención las particularidades del caso en que el comprador no es consumidor final, sino un industrial que adquiere el producto para su reelaboración y reventa.

Estudiar el Derecho inglés en esta materia se justifica —según los autores— por que el derecho internacional de garantía hunde sus raíces en él y, sobre todo, en su casuística. (E. G. C.)

163. NIERWETBERG, Rüdiger: «Verzug des Mieters "über mehr als zwei Termine", nach § 554 I Nr. 2 BGB», *NJW*, 1991, pp. 1804 y ss.

Acerca de la interpretación de los requisitos temporales que exige el § 554 I Nr. 2 BGB para que el arrendador pueda resolver inmediatamente el contrato por demora del arrendatario en el pago de la renta. (E. G. C.)

164. NOGLER, L.: «Sulla previsione contrattuale del rapporto di agenzia con periodo di prova», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 857-860.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 22 de enero de 1991, n.º 544. (Aranda/Sierra.)

165. OBERTO, G.: «Convivenza (contratti di)», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 369-442.

El autor analiza la validez, contenido, forma y efectos de los contratos de planificación de vida en común. (Aranda/Sierra.)

166. OLIVERI, G.: «"Usi della piazza" e tassi d'interesse nel c/c bancario», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-abril), pp. 212-215 (parteseconda). Reseña a las Sentencias de la Corte de Casación italiana de 30 de mayo de 1989, n.º 2644; Tribunal de apelación de Milán de 15 de diciembre de 1989; del Tribunal de Génova de 9 de mayo de 1989, y del Tribunal de Milán de 25 de mayo de 1989 y 11 de enero de 1990 sobre intereses extralegales y validez de la cláusula de interés «uso piazza». (Aranda/Sierra.)

167. OSSENBUHL, Fritz: «Das Staatshaftungsrecht in den neuen Bundesländern», *NJW*, 1991, pp. 1201 y ss.

En el Acuerdo de reunificación alemana se estableció la introducción de la Ley sobre la responsabilidad del Estado de 1969 de la antigua RDA en los nuevos Estados

de la Federación. El artículo estudia las consecuencias de esta transición; a su juicio, las medidas previstas en el Acuerdo de reunificación y con las cuales se ha verificado dicho traslado normativo, han dado lugar —sin que se haya reparado en ello— a una nueva Ley de Responsabilidad del Estado, enormemente rigurosa, y cuyo alcance supera todas las concepciones que se habían expresado en la última reforma en esta materia; todo lo cual le lleva a cuestionar que el mencionado traspaso se haya verificado con éxito. (E. G. C.)

168. OSSENBÜHL, Fritz: «Zur Staatshaftung bei behördlichen Warnungen vor Lebensmitteln», *ZHR*, 1991, pp. 329 y ss.

Partiendo de la sentencia «Birkel», del OLG Stuttgart (sobre cuyo caso vid. *infra* el comentario de Stillner, en este mismo Apartado I.4), el autor analiza la responsabilidad que para el Estado puede derivarse cuando las autoridades competentes avisan a la población (y lo hacen incorrectamente) sobre las irregularidades de determinados productos alimenticios o el peligro que su consumo conlleva; responsabilidad que puede ser exigida por quienes elaboran esos productos.

El estudio se centra especialmente en dos extremos: la infracción de lo que cabe denominar «obligaciones del cargo» por las autoridades de que se trate como presupuesto de la responsabilidad del Estado, y la consideración de la ilícita lesión de la propiedad ajena como resultado dañoso. (E. G. C.)

169. PADULA, L.: «L'offerta di aqua modifica delle condizioni: un-escamotage per evitare la risoluzione del contratto eccessivamente oneroso», *GC*, fasc. I, pp. II, 3-26.

El autor hace referencia al artículo 1467.3.º del codice al que califica de norma vaga e indeterminada que necesita una reconstrucción doctrinal. Analiza la oferta en cuanto a su contenido, capacidad y legitimación como expresión de un derecho potestativo. La oferta genérica y la específica. Oferta judicial y extrajudicial y parámetros de referencia en la valoración del juez. (Aranda/Sierra.)

170. PALISI, F.: «La responsabilità della banca nel servizio di cassette di sicurezza», *LGCC*, 1991, fasc., 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 404-413 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

171. PALLADINO, F.: «Nuove incertezze su autonomia e causalità nel Garantievertrag», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (Gennaio-febbraio), pp. 5-13 (parte seconda).

Comentario a propósito de la sentencia de la Sección I de la Corte de Casación Civil italiana de 6 de octubre de 1989, n.º 4006 sobre el contrato autónomo de garantía. (Aranda/Sierra.)

172. DI PAOLO, M.: «La forma del contratto», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte seconda, pp. 172-182. (Aranda/Sierra.)

173. PATTI, S.: «Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, pp. 135-147.

La aceptación contractual según el artículo 18.1.º y la irrelevancia del silencio. El problema del comportamiento concluyente. Aceptación y modificación tácita. El problema de ir contra los actos propios; necesidad de forma escrita artículo 96. (Aranda/Sierra.)

174. PEANO, Marie-Annick: «L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé», *RDS*, n.º 8, 1991, *Chronique*, pp. 51-55.

La autora analiza críticamente la contradicción lógica existente en la jurisprudencia de nuestro país vecino, en materia de daños producidos por las cosas y por los animales, por cuanto viene a declarar la imposibilidad de que el empleado reúna la condición de guardián de la cosa, situando tal cualidad en el comitente, en tanto no duda en atribuir tal cualidad a personas sin capacidad de discernimiento, como los menores, incluso de treinta meses de edad, o los dementes. (L. M. L. F.)

175. PESTER, Marion: «Produkthaftung in der Europäischen Gemeinschaft: Betriebswirtschaftliche Anmerkungen zur Risikoanalyse angesichts landesspezifischer Risikoparameter», *BB*, 1991, pp. 112 y ss.

A consecuencia de la Directiva comunitaria de 25-7-1985, la responsabilidad del fabricante deberá establecerse al margen de consideraciones de culpa en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Ello ha motivado inmediatamente el recelo de los empresarios europeos, temerosos de que se reproduzca en Europa la situación que se da en los EE.UU. donde el índice de reclamaciones por daños y perjuicios contra empresas es altísimo.

El artículo trata de demostrar que es poco probable que este temor se haga realidad, partiendo de las distintas circunstancias y parámetros de riesgo que hay, no sólo entre EE.UU y Europa, sino incluso, entre los diversos Estados de la Comunidad Europea. (E. G. C.)

176. PETERS, Frank: «Der Gewährleistungsausschluß beim Verkauf gebrauchter Sachen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen», *JZ*, 1991, pp. 385 y ss.

Sobre la exclusión en las condiciones generales de contratación de la garantía en las ventas de cosas usadas. (E. G. C.)

177. PETRELLI, P.: «Responsabilità civile dell'infermo di mente nell'ordinamento francese», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 77-97.

Exposición de la doctrina y jurisprudencia antes y después de la Ley de 3 de enero de 1968 sobre el estado de los mayores incapacitados. La autora se centra en las cuestiones sobre responsabilidad contractual y responsabilidad por hecho ajeno. (Aranda/Sierra.)

178. PINTO, M. M. C.: «L'appalto dei servizi nelle casse albergo», *GC*, fasc. I, pp. I, 81-82. Comentario a la ST de la Corte de Casación de 14 de junio de 1990, n.º 5777. (Aranda/Sierra.)

179. POLETTI, D.: «Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 733-782.

Análisis doctrinal crítico sobre diversos problemas de la doble venta inmobiliaria: la función de la transcripción recogida en el artículo 2644 Código; la adopción de las diversas soluciones de Derecho comparado y sus problemas; la solución del problema desde el punto de vista de la responsabilidad de las partes. (Aranda/Sierra.)

180. PONTON-GRILLET, Dominique: «Le contrat de réservation», *RDS*, n.º 4, 1991, *Chronique*, pp. 26-28.

Estudio sistemático del pacto en virtud del cual una persona garantiza a otra la disponibilidad de un bien o de un servicio, resultando especialmente dudosa para el autor su autonomía respecto de la figura del precontrato, cuando precede a un contrato de eficacia meramente obligacional. (L. M. L. F.)

181. PUCELLA, R.: «Notas a la sentencia de 26 de junio de 1990, n.º 6366 emitida por la sección 3.ª de la Corte de Casación Civil en materia de daños», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 43-46. (Aranda/Sierra.)

182. PUCELLA, R.: «Comentario a la ST del Tribunal de Verona de 15 de octubre de 1990 sobre responsabilidad civil del médico y del hospital por daños físicos», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 370-380. (Aranda/Sierra.)

183. QUIGNARD, Bernard: «Les Contrats de Maintenance: Aspect Juridique et Pratique», *GP*, 17 de enero de 1991, *Doctrine*, pp. 31-34 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor, perito en administración de inmuebles, realiza un minucioso estudio del régimen jurídico del contrato de mantenimiento, tomando como modelo el relativo al entretenimiento de los ascensores. (L. M. L. F.)

184. REGINE, F.: «Observaciones a la sentencia de 28 de agosto de 1990, n.º 8878 de la sección única de la Corte de casación sobre resolución del contrato preliminar», *LGCC*, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 198-203. (Aranda/Sierra.)

185. RESCIGNO, P.: «Note a margine dell'ultima legge sulla mediazione», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 243-252.

La mediación en el codice y leyes especiales. Su ámbito; su aplicación en el contrato de obra y profesionales intelectuales. La mediación como acto y como hecho. Tutela patrimonial. (Aranda/Sierra.)

186. ROCA, Claire: «De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives», *RDS*, n.º 12, 1991, *Chronique*, pp. 85-92.

El autor, apoyándose en la jurisprudencia, señala cómo la acción civil ejercida en el proceso penal, se ha desdoblado ante la necesidad de facilitar la situación de las víctimas de infracciones punibles. Su naturaleza, considerada por la doctrina como bifronte, a la vez civil y penal, puede en lo sucesivo ser exclusivamente civil o únicamente penal, y al mismo tiempo la víctima va perdiendo el monopolio de la misma, tanto por el progresivo reconocimiento de la actuación de otros perjudicados como por el especial tratamiento dispensado a las compañías aseguradoras. (L. M. L. F.)

187. ROSENBERG, Jean: «Incidence de la Loi, n.º 89-1010 du 31 Décembre 1989 sur le Droit Civil Français», *GP*, 5 de enero de 1991, *Doctrine*, pp. 3-11 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor analiza la incidencia de las medidas contenidas en la Ley de 31 de diciembre de 1989, relativa a situaciones de sobreendeudamiento familiar, en el derecho de obligaciones, con especial atención a su influencia en relación con la fuerza obligatoria del contrato, los regímenes económicos matrimoniales, las garantías del crédito y el régimen de la responsabilidad profesional de las entidades de crédito. (L. M. L. F.)

188. ROSSELLO, C.: «Notas a la ST de la sección II de la Corte de Casación Civil de 1 de septiembre de 1990, n.º 9085 en materia de firma de poder de representación y resolución por incumplimiento», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), pp. 355-356. (Aranda/Sierra.)

189. SANTORO, G.: «Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta dovuta al fatto del creditore», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 497-522.

Análisis desde la normativa italiana a los problemas de Derecho internacional público surgidos como consecuencia de la Guerra del Golfo sobre responsabilidad del deudor y resolución contractual por incumplimiento e imposibilidad sobrevenida. (Aranda/Sierra.)

190. SCALETTARIS, M.: «Locazioni stipulata dalla pubblica amministrazione», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. 11, 293-302.

Estudio del contrato de un arrendamiento en el caso particular en que se realice con una entidad pública. Diferencia el autor el caso en que el inmueble se destine a vivienda o no y también que el contrato se realice con el Estado o con otro ente público. Se ocupa también del obligado al pago del canon y de la duración y renovación del contrato. (Aranda/Sierra.)

191. SCALETTARIS, P.: «Indennità per la perdita dell'avviamento commerciale ed esecuzione del provvedimento di rilascio: quando deve essere corrisposta l'indennità?», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 1060-1063.

Comentario a la Preture Udine de 14 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra.)

192. SCALETTARIS, P.: «Pluralità di usi dell'immobile locato e risoluzione del contratto per mutamento dell'uso prevalente», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. II, 1297-1301.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 12 de junio de 1990, n.º 5689. (Aranda/Sierra.)

193. SCALETTARIS, P.: «L'ordinanza di convalida di sfratto per morosità ed i limiti del relativo giudicato», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2213-2216.

Comentario a la sentencia de la Preceptura de Udine de 4 de abril de 1990. (Aranda/Sierra.)

194. SCHOLZ, Franz Josef: «Das Verbraucherkreditgesetz», *BB*, 1991, pp. 215 y ss.

Análisis de algunos de los aspectos más complejos que presenta la Ley alemana de crédito al consumo en sus §§ 1 a 9, 11 a 13 y 15 a 17, terminando con algunas observaciones prácticas. (E. G. C.)

195. SCHÖN, Wolfgang: «Steuern im Bereicherungsausgleich», *ZHR*, 1991, pp. 247 y ss.

Partiendo de que cualquier adquisición patrimonial está gravada por algún impuesto, el autor analiza los efectos que cabe atribuir al pago de dichos impuestos en caso de posterior ineficacia de la transmisión patrimonial. Según el BGB, el adquirente debe restituir lo que recibió con sus frutos, pero, ¿puede oponer al que le reclama la devolución los impuestos pagados, a fin de deducir al menos una parte de éstos de lo que ha de restituir? Este es el tema objeto de estudio en el artículo. (E. G. C.)

196. SCHULTZ, Michael: «Schadensfortentwicklung und Prozeßrecht», *AcP*, 1991, pp. 433 y ss.

Acerca del momento en que deben valorarse los daños (sean contractuales o extracontractuales) a los correspondientes efectos indemnizatorios, cuestión que se examina teniendo en cuenta también los problemas de Derecho procesal que pueden surgir. (E. G. C.)

197. SCHWENZER, Ingeborg: «L'Adaptation de la Directive Communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux en Allemagne Fédérale», *RIDC*, n.º 1, 1991, études, pp. 57-74.

El 1 de enero de 1990 entró en vigor la *Produkthaftungsgesetz*, en virtud de la cual se adapta el derecho alemán a la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad del fabricante por los productos defectuosos. El artículo aborda los principios generales de la ley alemana, dedicando especial atención a las modificaciones y divergencias que aporta en relación con la directiva, y mostrando el autor sus dudas acerca de que la adaptación operada en el ordenamiento jurídico alemán pueda cumplir con la finalidad armonizadora que la Directiva persigue. (L. M. L. F.)

198. SEIBERT, Ulrich: «Verbraucherkreditgesetz und Kreditkarte», *BB*, 1991, pp. 429 y ss.

Sobre las repercusiones de la nueva Ley de crédito al consumo en las tarjetas de crédito. (E. G. C.)

199. SEIDEL, Hans-Jürgen: «Das “Nachbesserungsrecht” des Unternehmers beim Werkvertrag», *JZ*, 1991, pp. 391 y ss.

Cuando en un contrato de obra, el empresario constructor ejecuta defectuosamente su prestación, se abren al comitente diversas posibilidades, dentro de las cuales está el poder exigir al constructor la posterior corrección del defecto. En tal caso, pesa sobre éste una obligación de corrección que integra, al propio tiempo, un derecho: el de poder efectuar él mismo la reparación; de modo que si el comitente lesiona tal derecho, es opinión doctrinal absolutamente dominante en Alemania que sus pretensiones se verán afectadas. El artículo se centra en ese derecho del constructor. (E. G. C.)

200. SESTA, M.: «La rescissione del contratto», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, pp. 73 y ss. (Aranda/Sierra.)

201. SEVERINI, F.: «Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 884-917 (parte prima).

El patronaje como nueva forma de financiación de sociedades surgida en la praxis, es analizado por el autor en diversos aspectos: juridicidad de la obligación asumida por el declarante; naturaleza de la declaración; responsabilidad de las partes, y, causa del patronaje. (Aranda/Sierra.)

202. DE SIMONE, M. R.: «A proposito dell'efficacia probatoria nel giudizio di cognizione del certificato di saldaconto», *BBTC*, 1991, fasc. IV (luglio-agosto), pp. 444-447 (parte seconda).

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 10 de agosto de 1990, n.º 8128 sobre eficacia probatoria del saldo de cuenta. (Aranda/Sierra.)

203. SINESIO, D.: «Notas a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 10 de septiembre de 1990, n.º 9311, sobre anatocismo», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), pp. 321-324. (Aranda/Sierra.)

204. SOLLETTY, Brigitte: «Loi du 5 juillet 1985 et contrat de transport», *SJ*, n.º 23, 1991, doctrine, 3508, pp. 197-202.

El autor entiende que la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en La Ley de 5 de julio de 1985, incluso a las víctimas transportadas en virtud de contrato, no supone un paso atrás en el proceso de extensión de la responsabilidad contractual en detrimento de la aquiliana, sino que responde a un intento de superación de la distinción tradicional, a través de la construcción de un régimen autónomo para la reparación de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tráfico. (L. M. L. F.)

205. SOTGIU, S.: «Ritardato pagamento del credito fondiario e risoluzione del mutuo», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2023-2026.

Comentario a la sentencia de casación de 10 de abril de 1991, n.º 3763. (Aranda/Sierra.)

206. SOUSI, Gérard: «Les conventions conclues entre une association et ses administrateurs», *SJ*, n.º 4, 1991, Doctrine, 3485, pp. 38-46.

La desconfianza ante la posible existencia de un conflicto de intereses, que llevara al legislador a introducir restricciones a la libertad contractual, rechazando expresamente algunos supuestos de autocontratación, se plantea también, con ciertos matices, en la celebración de contratos entre una asociación y los administradores encargados de su gestión. (L. M. L. F.)

207. SPADAFORA, A.: «Nessi problematici fra l'adempimento del terzo e l'indebito soggettivo ex latere solventis», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. II, 461-469.

Con base en los artículos 2036 y 1180 del Código Civil, estudia el pago de lo indebido por tercero, en relación con la satisfacción del acreedor. (Aranda/Sierra.)

208. SPICKHOFF, Andreas: «Zur Haftung für HIV-kontaminierte Blutkonserven» *JZ*, 1991, pp. 756 y ss.

Comentario a la sentencia del BGH (Tribunal Supremo alemán), de 20-4-91, a propósito de la responsabilidad derivada del suministro de sangre contaminada por el virus del SIDA. (E. G. C.)

209. STACKE, Rolf B.: «Der minderjährige Schwarzfahrer: Sind ihm wirklich Tür und Tor geöffnet?», *NJW*, 1991, pp. 875 y ss.

Acerca de la posibilidad o no de exigir responsabilidad a los menores que viajan en un medio de transporte sin pagar, y, especialmente, si, en el caso de que las condiciones de transporte hayan previsto para los supuestos de viaje sin billete, el cobro de una cantidad superior a la del precio normal, si —en ese caso— se puede exigir, con base en el contrato de transporte, dicha cantidad. (E. G. C.)

210. STANGHELLINI, L.: «Cessione di credito e compensazione fraudolenta», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 735-751 (parte seconda).

Comentario a la ST de la sección I de casación civil de 2 de octubre de 1989, n.º 3955 sobre adquisición de un crédito vencido por el deudor del quebrado. (Aranda/Sierra.)

211. STEINBERG, Rudolf: «Rechtliche Perspektiven der energiewirtschaftlichen Nutzung Kernenergie», *JZ*, 1991, pp. 431 y ss.

Reflexiones sobre los problemas jurídicos que suscita la utilización de energía nuclear, su impacto ambiental y las exigencias de seguridad en este campo. (E. G. C.)

212. STEINMETZ, Wolfgang: «Sittenwidrige Ratenkreditverträge in der Rechtspraxis auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung», *NJW*, 1991, pp. 881 y ss.

Examen de la jurisprudencia del BGH (Tribunal Supremo alemán) en los últimos años sobre el tema de los contratos de crédito a plazos y presentación de las consecuencias jurídicas de la misma. (E. G. C.)

213. STELLA, G.: «Observación a la sentencia del Tribunal de Casación Civil (sección 3.ª) de 2 de junio de 1990, n.º 5177 en materia de cesión de bienes a los acree-

dores», *LNGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 19-23. (Aranda/Sierra.)

214. STILLNER, Walter: «Probleme der Produktwarnung im Lebensmittelrecht», *NJW*, 1991, pp. 1340 y ss.

Comentario a la llamada sentencia «Birkel», dictada por el OLG (Oberlandesgericht) de Stuttgart el 21-3-1990, que condenó a un Estado alemán a indemnizar a un productor alimenticio, por los daños que le ocasionó, al haber difundido en prensa la noticia de que la pasta por él elaborada estaba afectada por ciertos microbios, sin explicitar que no por ello su consumo era dañoso para la salud, como de hecho entendieron muchos consumidores; entendimiento que, además, fue favorecido porque, en el mismo aviso, se informaba de otros productores de pastas alimenticias que, no sólo estaban afectadas por esos microbios, sino que, además, se habían elaborado en circunstancias repugnantes. (E. G. C.)

215. STOFFEL, Wilhelm: «Das Haftungssystem des internationalen Weltraumrechts», *NJW*, 1991, pp. 2181 y ss.

Sobre el sistema de responsabilidad en el Derecho internacional sobre el espacio interplanetario. (E. G. C.)

216. TANINI, M.: «Comentario a la sentencia de 11 de agosto de 1990, n.º 8199 de la sección II de la Corte de Casación Civil en materia de venta de inmueble destinado al uso y habitación faltando la cédula de habitabilidad», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 529-5 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

217. TAUPITZ, Jochen: «Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: "Artz", "Mini-Artz" oder "Laie"», *NJW*, 1991, pp. 1505 y ss.

El artículo trata el tema del grado de diligencia exigible, a efectos de responsabilidad, a ciertas personas que, sin haber pasado un examen estatal ni tener, en la mayoría de los casos, una formación científica, practican la medicina con permiso oficial (lo que en alemán se llama *Heilpraktiker*).

Frente a la tesis de que ha de satisfacer idénticos requisitos de diligencia que un médico autorizado (opinión que, desde hace algún tiempo, ha ido ganando terreno en la doctrina alemana), el autor se inscribe en una línea diferenciadora (al igual que el BGH en sentencia de 29-1-1991), teniendo en cuenta los distintos requisitos que se exigen tanto para la formación como para el ejercicio de cada una de estas profesiones. (E. G. C.)

218. TIEDTKE, Klaus: «Zur Sachmängelhaftung des Leasinggebers», *JZ*, 1991, pp. 907 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 13-3-1991, acerca de la responsabilidad de quien en el contrato de leasing proporciona a otro la cosa, cuando la misma es defectuosa. (E. G. C.)

219. DE TILLA, M.: «Sulle principali questioni in tema di morosità del conduttore», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2135, 2148.

Comentario a sentencias de casación del 6 de septiembre, 7 de junio, 23 de mayo, 30 de marzo de 1990, y la de 28 de octubre de 1989. (Aranda/Sierra.)

220. DE TILLA, M.: «Sulla pluralità dei conduttori e la diverse posizioni contrattuali», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2420-2424.

Comentario a la sentencia de casación de 10 de enero de 1990, n.º 11. (Aranda/Sierra.)

221. DE TILLA, M.: «Sulla posizione sostanziale e processuale dell'acquirente dell'immobile locato», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2092-2100.

Comentario a las sentencias de casación de 12 de enero del 91, 13 de septiembre del 90, 20 de agosto del 90 y 1 de mayo del 90. (Aranda/Sierra.)

222. DE TILLA, M.: «Il diritto del locatore al risarcimento dei danni per ritardato rilascio e la corresponsione dell'indennità di avviamento», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 989-991.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 20 de febrero de 1990, n.º 1220. (Aranda/Sierra.)

223. TILLA, M.: «Ente publico e disciplina del recesso della locazione», *GC*, fasc. I, pp. I, 133-136. Comentario a la ST de la Corte de Casación de 27 de abril de 1990, n.º 3553. (Aranda/Sierra.)

224. TILLA, M.: «Con quali modalità la cessione in godimento di alloggio pubblico e riconducibile ad una locazione privatistica. Riflessi sull'applicabilità dell'equo canone», *GC*, fasc. I, pp. I, 177-186. Comentario a la ST de la Corte de Casación Civil de 26 de marzo de 1990, n.º 2432. (Aranda/Sierra.)

225. DE TILLA, M.: «Sulla sublocazione e cessione del contratto di locazione di immobili non abitativi ex art. 36 legge, n.º 392 del 1978», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2399-2407.

Comentario a las sentencias de casación de 25 de junio de 1990, n.º 6402 y 12 de junio de 1990, n.º 5699. (Aranda/Sierra.)

226. DE TILLA, M.: «Sulla maggiorazione del canone ex art. 231.27 luglio, 1978, n.º 392, per effetto della esecuzione di opere di straordinaria manutenzione di rilevante entità», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2307-2310.

Comentario a la sentencia de casación de 29 de mayo de 1991, n.º 3388. (Aranda/Sierra.)

227. DE TILLA, M.: «Sulla responsabilità del conduttore per l'alterazione e la modifica parziale della destinazione della cosa locata», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. I, 1260-1262.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 27 de septiembre de 1990, n.º 9821. (Aranda/Sierra.)

228. TOMASIN, Daniel: «L'Information de la clientèle sur les prix pratiqués par les intermédiaires de l'Immobilier», (Arrêté du 29 du juin du 1990), *RDI*, enero-marzo de 1991, Articles, pp. 1-5.

Análisis de la referida norma, comprensivo tanto del ámbito de aplicación de la misma, dirigida a los profesionales de la intermediación en el tráfico inmobiliario, como del concreto contenido de la obligación de informar, puesta a cargo de éstos, y de las sanciones civiles y penales derivadas de su contravención. (L. M. L. F.)

229. TRIOLA, R.: «Sulla prelazione del conduttore parente di secondo grado del locatore», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1678-1680.

Comentario a la sentencia de casación de 19 de abril de 1991, n.º 4259. (Aranda/Sierra.)

230. TRIOLA, R.: «In tema di imposta de trascrizione sulle pertinenze dell'immobile trasferito», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. I, 1205.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 21 de diciembre de 1990, n.º 12153. (Aranda/Sierra.)

231. TRIOLA, R.: «Due questioni in tema di prelazione urbana», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1662-1664.

Comentario a la sentencia de casación de 16 de mayo de 1991, n.º 5519. (Aranda/Sierra.)

232. TRIOLA, R.: «Sulla pretesa nullità dell'acquisto di un fondo a seguito di esercizio di prelazione a scopo di rivendita», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1791-1793.

Comentario a la sentencia de casación de 4 de enero de 1991, n.º 31. (Aranda/Sierra.)

233. TRIOLA, R.: «Ancora in tema di prelazione legale e vendita con patto di riscatto», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2268-2269.

Comentario a la sentencia de casación de 3 de junio de 1991, n.º 6227. (Aranda/Sierra.)

234. TROIANO, P.: «La nuova legge tedesca sulla responsabilità per prodotti difettosi», *RDC*, 1991, n.º 3 (mayo-junio), parte segunda, pp. 271-278.

Análisis de la ley alemana de 15 de diciembre de 1989 (Produkthaftungsgesetz-ProdHaftG) adecuando la normativa alemana a la comunitaria. Sus innovaciones y diferencias con la ley italiana. (Aranda/Sierra.)

235. VALCAVI, G.: «Ancora sul tempo di riferimento nella stima del danno», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte segunda, pp. 67-70. Comentario a propósito de la ST de la Corte de Casación Civil, sección I, de 18 de julio de 1989, n.º 3352 sobre valoración y contenido del daño. (Aranda/Sierra.)

236. VARIOS AUTORES: «La maison individuelle et la loi du 19 décembre 1990», *RDI*, n.º 2, 1991, Articles, pp. 135-181.

Publicación de las ponencias presentadas al coloquio organizado el pasado 26 de mayo por la Asociación Francesa para el Derecho de la Construcción, con el concurso del Centro de Estudios e Investigaciones sobre el Urbanismo, la Construcción y el Alojamiento, de la Universidad Panthéon-Assas.

Se contienen los trabajos siguientes:

- Génesis de la ley, por Pierre Begault.
- Campo de aplicación de la ley, por Corinne Saint-Alary Houin.
- Las normas específicas de los dos contratos de construcción de viviendas individuales, por Hugues Perinet-Marquet.
- Las normas comunes a los dos contratos de construcción de viviendas individuales, por Pascale de La Robertie.
- Contratos de construcción de viviendas individuales y subcontratación, por Bertrand Fabre. (L. M. L. F.)

237. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice: «Indemnité de reconstruction d'un immeuble incendié: perte ou enrichissement pour le bailleur?», *LC*, abril de 1991, Chronique, p. 1. (L. M. L. F.)

238. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice: «Bail dérogatoire: faut-il l'accord du preneur pour effectuer des travaux de mise en conformité?», *LC*, enero de 1991, *Chronique*, pp. 1-3. (L. M. L. F.)

239. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice: «Bail dérogatoire: faut-il l'accord du preneur pour effectuer des travaux de mise en conformité?», *SJ*, n.º 21, 1991, *Doctrine*, 3506, pp. 187-188.

El Decreto de 22 de agosto de 1978 permite al arrendador realizar, durante el curso del arrendamiento, los trabajos de acondicionamiento del local arrendado, exigidos para cumplir con las normas técnicas de confort y habitabilidad establecidas reglamentariamente, lo cual a su vez implica la posibilidad de escapar a la regulación arrendaticia contenida en la Ley de 1948. La jurisprudencia anterior venía exigiendo el consentimiento del arrendatario para la realización de tales obras, según impone el artículo 1723 del Code Civil, no derogado formalmente, y sin embargo, el fallo del Tribunal de Casación de 17 de octubre de 1990, criticado por la autora, viene a afirmar la derogación del precepto contenido en el Código por la norma reglamentaria. (L. M. L. F.)

240. VIGNALI, C.: «Sul preliminare di vendita con riserva di usufrutto», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2151-2155.

Comentario a la Sentencia de Casación de 9 de junio de 1990, n.º 5618. (Aranda/Sierra.)

241. VINEY, Geneviève: «Vers un élargissement des personnes dont on doit répondre: la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1, du Code Civil», *RDS*, n.º 23, 1991, *Chronique*, pp. 157-161.

El debate abierto en la doctrina francesa en torno a si el apartado primero del artículo 1384 recoge un principio general de responsabilidad por el hecho de otro, o se debe poner en relación con los casos enumerados en los apartados 4 y siguientes del propio precepto legal, ha sido reabierto por el fallo del Tribunal de Casación de 29 de marzo de 1991, en virtud del cual se declara la responsabilidad de un organismo que había aceptado organizar el modo de vida de un minusválido, en relación con el incendio provocado por éste, sin que se estableciera la concurrencia de culpa *in vigilando*. (L. M. L. F.)

242. VRANKEN, J. B. M.: «Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht», parte II, *AcP*, 1991, pp. 411 y ss.

Sobre la nueva regulación holandesa de la responsabilidad civil extracontractual, indemnización de daños y enriquecimiento injustificado, tras la entrada en vigor, el 1-1-1992, de parte del nuevo Código Civil. (E. G. C.)

243. WACKE, Andreas: «Donatio non praesumitur», *AcP*, 191, 1991, pp. 1 y ss. A propósito de la prueba de la voluntad de donar. (E. G. C.)

244. WOOPEN, Herbert: «Für eine systematische Auslegung von § 327 Satz 2 BGB», *JZ*, 1991, pp. 539 y ss.

El segundo inciso del § 327 BGB prevé la posibilidad de desistimiento por una de las partes de un contrato sinalagmático sin que tenga que probar la circunstancia que le hace desistir.

La doctrina alemana dominante lo considera un precepto desafortunado, por entender que contradice al § 325 I 1 BGB, que presupone que el deudor tiene que probar la imposibilidad de la prestación.

En contra de esta opinión se manifiesta el autor, que ofrece una nueva interpretación del precepto criticado, apoyándose muy especialmente en un argumento sistemático. (E. G. C.)

245. ZAHN, Herbert: «Neues Recht des Leasingvertrages durch das Verbraucherkreditgesetz», *BB*, 1991, pp. 81 y ss.

Sobre la incidencia de la nueva Ley alemana sobre crédito al consumo en el contrato de leasing. (E. G. C.)

246. ZOLLER, Edgar: «Dogmatik, Anwendungsprobleme und die ungewisse Zukunft des Vorrangs individueller Vertragsvereinbarungen vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 4 AGBG)», *JZ*, 1991, pp. 850 y ss.

Según el § 4 AGBG (Ley sobre condiciones generales de la contratación), los pactos contractuales particulares tienen prioridad sobre las condiciones generales. El artículo estudia esta prioridad y los problemas que suscita su aplicación, al tiempo que cuestiona su «incierto futuro». (E. G. C.)

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

247. D'ALESSANDRO, P.: «La sopravvivenza di antiche forme di collettivismo nel godimento di diritti reali», *RDC*, 1991, n.º 3 (maggio-giugno), parte seconda, pp. 263-269.

El autor analiza el desarrollo de la propiedad como institución y su función social. (Aranda/Sierra.)

248. AMENTA, G.: «Observaciones a la ST de la sección I del Tribunal de Casación Civil de 11 de julio de 1990, n.º 7210 en materia de ocupación de urgencia y expropiación por interés público», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 291-293. (Aranda/Sierra.)

249. ANNUNZIATA, M.: «Su di un caso di illegittima limitazione, disposta dal comune, dell'uso di un paso carrabile», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 1016-1017.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 30 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra.)

250. ANNUNZIATA, M.: «Sull'applicabilità del art. 873 del Código Civil alle distanze fra costruzione in relazione all'altezza», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 1019-1020.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 7 de septiembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

251. ANNUNZIATA, M.: «Le distanze tra costruzioni nei comuni sprovvisti strumenti urbanistici», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. II, 475-478.

Variaciones en la tendencia jurisprudencial, desde la aplicación del art. 873 del Código Civil a la del artículo 17, c/ de la L., de 6 de agosto de 1967, n.º 765. (Aranda/Sierra.)

252. D'ASCOLA, P.: «Notas a la sentencia de 2 de agosto de 1990, n.º 7731 de la sección II de la Corte de Casación Civil sobre formación del condominio», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, pp. 166-169. (Aranda/Sierra.)

253. AUCKENTHALER, Franck: «Les incertitudes juridiques de la pension livrée», *SJ*, n.º 23, 1991, Doctrine, 3509, pp. 202-204.

La pensión livrée, definida por el grupo de trabajo reunido por el Banco de Francia para el desarrollo de esta forma de garantía como «la operación por la cual el cedente transmite en propiedad al cesionario efectos públicos o privados, valores mobiliarios o títulos de crédito negociables, obligándose, respectiva e irrevocablemente, el primero a readquirirlos y el segundo a revendérselos a un precio y fecha convenidos», plantea idénticas incertidumbres que cualquier otro negocio fiduciario con finalidad análoga, básicamente en cuanto a la tipicidad de los derechos reales de garantía y a la prohibición del pacto comisorio. Tales problemas son los abordados por el autor en su trabajo. (L. M. L. F.)

254. BARALIS, G./METITIERI, G.: «Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarile», *RDC*, 1991, n.º 4 (julio-agosto), parte seconda, pp. 363-398.

El artículo consiste en una primera parte destinadas al estudio del concepto, naturaleza y efectos de la publicidad sanatoria y la posible invalidez de leyes especiales. En una segunda parte se expone el problema de la buena fe del tercero y la posible responsabilidad civil del notario. (Aranda/Sierra.)

255. BRAUNERT, Ulrich: «Haftungserstreckung bei formularmäßiger Gestaltung von Sicherheiten für Darlehensverbindlichkeiten», *NJW*, 1991, pp. 805 y ss.

Al tiempo que comenta la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 10-11-1989, la autora reflexiona en torno a la admisibilidad o no de ciertas cláusulas incluidas en formularios de hipotecas en garantía de préstamo utilizados por los bancos acreedores, en las cuales se agrava la responsabilidad tanto del propio deudor prestatario, como —en su caso— de los terceros que respondan de la deuda ajena. (E. G. C.)

256. CAROSONE, O.: «In materia di protezione del titolo di riviste e giornali: dal diritto d'autore al brevetto per marchi d'impresa», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (julio-setiembre), pp. 401-405. Notas a la decisión de la pretura de Roma sobre tutela del título de un periódico como signo distintivo. (Aranda/Sierra.)

257. DI CATALDO, V.: «Notas a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 16 de noviembre de 1990, n.º 11094 sobre inventos químicos», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 554-562 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

258. CAVALLO, S.: «Comentario a la ST de la Corte de Casación Civil (sección II) de 3 de mayo de 1990, n.º 3627 sobre ejecución forzosa de un inmueble pignorado», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (mayo-junio), pp. 345-347. (Aranda/Sierra.)

259. COLLOVA, T.: «Dal libro verde sul diritto d'autore e la sfida tecnologica, e dalla direttiva "televisione senza frontiere" alla prospettiva di un nuovo corso della politica comunitaria», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 2 (abril-junio), pp. 209-243.

Estudio de la comunicación emitida por la comisión de la CE al Consejo de Ministros comunitario de 28 de febrero de 1990 sobre el mercado europeo audiovisual. Funciones de la sociedad de autores nacional ante tal proyecto. (Aranda/Sierra.)

260. CORAPI, D.: «Author's rights in the light of new technology», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 253-267.

Protección del *software* en los diversos medios audiovisuales. (Aranda/Sierra.)

261. CORRADI, E.: «Comentario a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil sobre procedimiento para realizar la expropiación por interés público», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 590-600 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

262. DALMOTTO, E.: «Notas a la sentencia de 21 de abril de 1990, n.º 3348 de la sección 3.º de Casación Civil en materia de ejecución forzosa en caso de prenda», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 207-213. (Aranda/Sierra.)

263. DAVERAT, Xavier: «L'impuissance et la gloire. Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes», *RDS*, n.º 13, 1991, Chronique, pp. 93-98.

El autor, al hilo de tres recientes decisiones jurisdiccionales, resume la evolución seguida por el derecho del artista sobre sus interpretaciones, años después de la entrada en vigor de la ley francesa de 3 de julio de 1985, resultando que el derecho del artista se ha ido replegando al ámbito puramente económico, en detrimento del derecho moral sobre su obra. (L. M. L. F.)

264. DITTA, E.: «Parti e spese comuni nel condominio degli edifici», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, pp. 29-61. (Aranda/Sierra.)

265. EISENHARDT, Ulrich: «Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips», *JZ*, 1991, pp. 271 y ss.

El carácter abstracto de los negocios dispositivos (y la consiguiente idea de que el llamado «contrato real» es abstracto y, por tanto, independiente del negocio jurídico base) es —desde hace ya bastantes años— motivo de una viva polémica en Alemania, por entender muchos autores que puede tener consecuencias difícilmente aceptables y que debe buscarse un modo de suavizarlas que sea acorde con el BGB.

En esta línea se inscribe la autora, que estudia la posibilidad de unión del negocio obligatorio y del negocio dispositivo en un unitario negocio jurídico por vía de la voluntad acorde de las partes al efecto. (E. G. C.)

266. FABIANI, M.: «Diritto morale di autore e presentazione dell'opera al pubblico», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 2 (aprile-giugno), pp. 153-158.

Exposición de los límites entre la tutela de los derechos de autor y el ejercicio del derecho patrimonial por parte del adquirente de los derechos de utilización, a raíz de la sentencia del Tribunal de Apelación de Parigi de 16 de marzo de 1989. (Aranda/Sierra.)

267. FABIANI, M.: «La protection de l'oeuvre audiovisuelle en Italie», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 424-430. Estudio comparativo de la ley italiana sobre derecho de autor de 22 de abril de 1941, n.º 633 con la ley de PI española de 11 de noviembre de 1987 realizado durante el seminario de la Universidad Internacional de Santander los días 8 a 12 de julio de 1991. (Aranda/Sierra.)

268. FABIANI, M.: «Diritto morale di autore e tutela della personalità professionale del giudice estensore di provvedimenti giudiziari», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 395-397. Comentario a la sentencia de la pretura de Roma de 19 de abril de 1989 sobre el objeto del derecho de autor. (Aranda/Sierra.)

269. FLUME, Werner: «Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerkes», *JZ*, 1991, pp. 633 y ss.

Sobre las cuestiones y problemas que, en las ventas de obras de arte, puede suscitar la autoría de la obra. (E. G. C.)

270. FOGLIA, R.: «Verso una protezione giuridica comunitaria dei programmi per elaboratore», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 2 (aprile-giugno), pp. 189-208.

La importancia del desarrollo de la informática para el progreso económico recogida en el art. 130-f del TCEE lleva al autor a estudiar las intervenciones comunitarias para su protección basándose en la garantía de la libre competencia empresarial. (Aranda/Sierra.)

271. FRAGOLA, A.: «I rapporti tra cinema e televisione nella legge, n.º 233, 1990», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 2 (aprile-giugno), pp. 159-177.

Análisis de la Ley 223/90 y su relación con la directiva comunitaria 89/552. (Aranda/Sierra.)

272. FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo (3.ª serie)», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 321-329.

El autor se centra en la tutela legal de los videoclips, la figura del director artístico y las remuneraciones a fines públicos de las copias para uso personal. (Aranda/Sierra.)

273. FUSARO, A.: «Resena a la Sentencia del Tribunal de Apelación de Genova de 4 de octubre de 1989 sobre copropiedad», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennanio-febbraio), pp. 29-32. (Aranda/Sierra.)

274. GABRIELLI, G.: «Pubblicità degli atti condizionati», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennanio-febbraio), parte prima, pp. 21-47.

El autor analiza la función de la publicidad de los actos sujetos a condición en materia inmobiliaria, según lo dispuesto en el codice de 1942. (Aranda/Sierra.)

275. GESSA, C.: «Riflessioni sul "sistema" della SIAE», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 315-320.

Fines de la SIAE. Influencia francesa; historia; carácter de sus miembros y disciplina sancionadora. (Aranda/Sierra.)

276. GIANCOTTI, G.: «Comentario a la sentencia de 19 de julio de 1990, n.º 7378 de la sección única de la Corte de Casación Civil sobre ejecución forzosa en materia de prenda y expropiación inmobiliaria», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, pp. 219-222. (Aranda/Sierra.)

277. GILLI, Jean-Paul: «Le refus illégal de permis de construire: quelle sanction?», *RDS*, n.º 16, 1991, Chronique, pp. 116-118.

Interesante problema para el derecho de propiedad del suelo, es el planteado por el acto municipal de denegación de licencia de obras, posteriormente anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Como tal declaración no implica concesión de la licencia denegada, ¿qué ocurre si, cuando el propietario obtiene la resolución judicial que declara la ilegalidad de la denegación, no se puede conceder la licencia por haber mediado una modificación del planeamiento? (L. M. L. F.)

278. GRANDINETTI, O.: «Da un caso trascurato ad un problema ancora controverso: esiste un autonomo diritto di paternità sulle fotografie oggetto di diritti connessi

al diritto d'autore?», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 372-389. Notas a la Sentencia del Tribunal de Roma de 20 de febrero de 1990 sobre el derecho moral del fotógrafo. (Aranda/Sierra.)

279. GURSKY, Karl-Heinz: «Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mobiliarsachenrecht», partes 1 y 2, *JZ*, 1991, pp. 496 y ss., y 650 y ss., respectivamente.

Resumen de las decisiones que el Tribunal Supremo alemán (BGH) ha tomado desde 1984 en el ámbito de los derechos reales mobiliarios. (E. G. C.)

280. HABERSTUMPF, Helmut: «Neue Entwicklungen im Software-Urheberrecht», *NJW*, 1991, pp. 2105 y ss.

Comentario y presentación de las novedades que introduce la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 4-10-1990, sobre protección del *Software*. (E. G. C.)

281. HORNUNG, Anton: «Vollstreckungsunterwerfung und Höchstbetragsypothek», *NJW*, 1991, pp. 1649 y ss.

Análisis de algunas cuestiones que giran en torno a la sujeción a ejecución en las hipotecas de máximo. (E. G. C.)

282. JUNKER, Abbo: «Die Entwicklung des Rechtsschutzes für EDV-Leistung in den Jahren 1988 und 1989», *NJW*, 1991, pp. 2117 y ss.

Informe sobre el desarrollo, en 1988 y 1989, de la protección jurídica a productos y prestaciones del tratamiento de datos (así, a programas de ordenador, derechos sobre bancos de datos o manuales explicativos de programas, etc.). En este ámbito se analiza el fundamento de la protección de la propiedad intelectual, los derechos patrimoniales del autor, los problemas de competencia, así como los proyectos comunitarios que existen para la protección de programas de ordenador. (E. G. C.)

283. KNÖPFLE, Robert: «Liegt ein Rechtsmangel vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Eigentum nicht verschafft hat?», *NJW*, 1991, pp. 889 y ss.

En torno a la cuestión de si se da un defecto jurídico cuando el vendedor no proporciona al comprador la propiedad de lo vendido. (E. G. C.)

284. LECCHI, E.: «Propietà "a tre dimensioni"», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1613-1619.

Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional de 14 de marzo de 1990, n.º 184. (Aranda/Sierra.)

285. LEHMANN, Michael: «Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen», *NJW*, 1991, pp. 2112 y ss.

Con la Directiva comunitaria de 14-5-1991 sobre protección jurídica de los programas de ordenador, se introduce definitivamente en los Estados miembros un sistema unitario de protección de la propiedad intelectual. El artículo examina esta Directiva, así como sus repercusiones en el Derecho alemán y, especialmente, en la jurisprudencia del BGH sobre protección de la propiedad intelectual de programas de ordenador. (E. G. C.)

286. LIBERTINI, M.: «Sui "trasferimenti di cubatura"», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 73-95.

Exposición crítica de las diversas posiciones doctrinales sobre el encuadramiento y disciplina aplicable al contrato por el que un particular cede a otro la facultad de edifi-

car en su terreno conforme a la normativa urbanística, obteniendo el cesionario a través de dicha facultad la posibilidad de conseguir una concesión de edificación mayor. El autor concluye su estudio configurando tal contrato como una servidumbre de no edificar finalizada que debe regirse por las normas de la servidumbre predial. (Aranda/Sierra.)

287. LIEBS, Rüdiger, y PREU, Peter: «Probleme der Rückgabe enteigneter Unternehmen in der früheren DDR», *BB*, 1991, pp. 145 y ss.

Sobre los problemas que suscita el regreso de empresarios otrora expropiados a la antigua RDA, y los conflictos entre los anteriores propietarios y el *Treuhandanstalt*, organismo de reciente creación en Alemania, cuya tarea es privatizar las empresas y estructurarlas de forma que sean competitivas. (E. G. C.)

288. DI MAJO, A.: «La clausola omnibus nelle fideiussione e parametri valutativi», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 19-32.

Análisis en torno a la validez legal y jurisprudencial de la fianza con cláusula omnibus. Especial atención de sus problemas típicos: modo en que opera la exigencia de la buena fe, atendiendo al tipo de actividad; desistimiento del deudor e interés del garante. (Aranda/Sierra.)

289. MANN, F. A.: «Zur Wirkung des Eigentumsvorbehalts in England und Schottland», *NJW*, 1991, p. 608.

Breve indicación de los distintos efectos del pacto de reserva de dominio en la compraventa en Inglaterra y en Escocia. (E. G. C.)

290. MORAND, Marcel: «Lot Détruit ou Inutilisable. Participation aux Charges», *GP*, 15 de enero de 1991, *Doctrine*, página 27 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

Estudia el autor el problema representado por la participación de los copropietarios en el pago de las cargas, en los supuestos de edificaciones temporalmente inutilizables o enteramente destruidas, al hilo de la resolución adoptada por el Tribunal de Apelación de París en un caso extremo, de destrucción total del edificio no reconstruible, además, según la vigente normativa urbanística. (L. M. L. F.)

291. MULLER, F.: «Un incontro-dibattito sul diritto di autore audiovisivo», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 358-361.

Exposición de los temas e intervenciones manifestadas en el debate organizado por el Instituto Jurídico del Espectáculo y de la Información el 11 de noviembre de 1991. (Aranda/Sierra.)

292. MÜNCH, Joachim: «Die Beweislastverteilung bei der Vollstreckungsgegenklage», *NJW*, 1991, pp. 795 y ss.

A propósito del reparto de la carga de la prueba en los supuestos de reconvencción en un procedimiento ejecutivo. (E. G. C.)

293. NATUCCI, A.: «Occupazione espropriativa e tipicità dei modi di acquisto della proprietà nella giurisprudenza della Cassazione», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 257-284.

A raíz de la innovadora posición del Tribunal de Casación italiano con la Sentencia de 26 de febrero de 1983, n.º 1461 y recogida nuevamente en la Sentencia de 11 de julio de 1990, n.º 7210, en la que se transforma el bien expropiado en bien público, el

autor crítica, apoyándose en el artículo 3 de la Ley de 27 de octubre de 1988, n.º 458, el fundamento de la teoría jurisprudencial de la ocupación apropiativa. (Aranda/Sierra.)

294. OREFICE, C.: «Modifiche apportate della Corte costituzionale alla l.16 febbraio 1913, n.º 89, sull'ordinamento del notariato e degli archivi notariali», *GC*, fasc. I, pp. I, 21-26.

Comentario a la ST de la Corte Constitucional de 7 de febrero de 1990, n.º 40. (Aranda/Sierra.)

295. PAOLINI, E.: «Ipoteca cambiaria», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 413-442.

Estudio detallado de la hipoteca en garantía de títulos de crédito: naturaleza jurídica; constitución; transmisión; notificación; revocación; naturaleza y efectos de su anotación, y su cancelación ante la Ley de 27 de febrero de 1985, n.º 52. (Aranda/Sierra.)

296. PASTORE, S.: «L'attività della Società Italiana Autori ed Editori per la tutela giuridica e per la protezione del *Software*», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 2 (april-giugno), pp. 178-188.

Protección de la obra de los autores y de sus derechos como función institucional impuesta por Ley y Estatutos a la SIAE. Estudio legal de la tutela jurídica del *Software* a raíz de la Sentencia de la Corte de Casación de 24 de noviembre de 1986, n.º 1323. (Aranda/Sierra.)

297. PASTORE, S.: «Reato di ricettazione e riproduzione e vendita abusiva di opere cinematografiche», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 407-414. Observaciones a las sentencias de la sección 2.ª de lo penal de la Corte Suprema de Casación de 19 de julio de 1990 y 26 de noviembre de 1990 sobre subsistencia de la relación de especialidad entre videocassette que reproduce abusivamente una obra cinematográfica. (Aranda/Sierra.)

298. PERINET-MARQUET, Hugues: «L'inefficacité des sanctions du droit de l'urbanisme», *RDS*, n.º 6, 1991, *Chronique*, pp. 37-46.

Interesante artículo que muestra claramente como el régimen legal de la propiedad del suelo urbano se halla establecido en normas de dudosa eficacia, tanto en Francia como en nuestro país. La violación sistemática de los planes de urbanismo, tanto por personas jurídico privadas como por entes públicos, además de poner en tela de juicio su propio carácter normativo, hace peligrar la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley, cuando se deja ésta caer con todo su rigor sobre algún ciudadano, entre el incumplimiento o la laxitud generalizados. (L. M. L. F.)

299. RAU, Joachim: «Zulässigkeit und Geltendmachung von Verwaltersondervergütungen», *NJW*, 1991, pp. 1278 y ss.

Cuando el administrador de una comunidad de propietarios de viviendas tiene que demandar judicialmente a alguno de los copropietarios morosos para el cobro de los gastos comunitarios, ello genera unos gastos adicionales. El artículo analiza hasta qué punto pueden serle reclamados estos gastos al propietario moroso. (E. G. C.)

300. RICOLFI, M.: «La proposta di direttiva del Consiglio sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 918-927 (parte prima).

El autor centra su estudio en dos aspectos: relación problemática del sector de la invención biotecnológica con los principios clásicos del derecho de invención y posibles soluciones, y, problemas discutidos por los expertos. (Aranda/Sierra.)

301. DE SANCTIS, L.: «Nuovi contenuti delle cessioni dei diritti dell'opera cinematografica e problemi del loro inquadramento normativo: in particolare il diritto di remake (o rifacimento) e il diritto di sequel (o continuazione)», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (julio-settembre), pp. 330-347.

El desarrollo de la cesión de este tipo de derechos y los problemas que plantean los derechos de remake y de sequel. (Aranda/Sierra.)

302. SASSANI, B.: «L'istanza di conversione del pignoramento non arresta la procedura di vendita: le Sez un anticipano lo spirito del nuovo art. 495 c.p.c.», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1542-1543.

Comentario a la Sentencia de Casación de 19 de julio de 1990. (Aranda/Sierra.)

303. SCASSELLATI SFORZOLINI, M. T.: «Conflitto di acquirenti di diritti di utilizzazione di opera cinematografica e trascrizione nel PRC», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (julio-settembre), pp. 364-369. Anotaciones a la sentencia del Tribunal de Apelación de Roma de 26 de abril de 1988, n.º 1059 sobre transmisión de los derechos de utilización en televisión. (Aranda/Sierra.)

304. SCHANBACHER, Dietmar: «Der Ausgleich zwischen dinglichem Sicherer (Grund, Hypotheken und Pfandschuldnr) und persönlichem Sicherer (Bürgen)», *AcP*, 191, 1991, pp. 87 y ss.

Sobre las relaciones que surgen entre garante personal, por un lado, y garante real de la misma obligación, por otro, cuando uno de ellos satisface al acreedor. Se trata, concretamente, del tema de la admisibilidad y medida de la compensación y acción de regreso entre los garantes de distinto tipo. (E. G. C.)

305. SERMET, Laurent: «La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Droit de Propriété: L'arrêt Mellacher 19-12-1989», *GP.*, 24-25 de abril de 1991, *Doctrine*, pp. 8-12.

Análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la incidencia de la reforma de la legislación austríaca de arrendamientos en el derecho de propiedad. (L. M. L. F.)

306. SPADA, P.: «Prodotto, procédé et utilisation: de la réalité technologique au droit des inventions industrielles», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 11-21.

Hace el autor una recopilación de las máximas o principios por los que se regían los derechos de invención antes de su regulación en la Ley de 1979, como se plasma en la Ley y la posterior reglamentación. (Aranda/Sierra.)

307. STELLA, G.: «L'azione surrogatoria», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 287-320 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

308. TANGUY, Yann: «Les Servitudes de passage des Piétons sur le littoral», *RDI*, enero-marzo de 1991, *Articles*, pp. 7-18.

Estudio de las servidumbres de paso de peatones al litoral, con especial alusión a las modalidades de constitución y efectos de las mismas, entre los cuales destaca la posibilidad de indemnizar a los propietarios de los fondos ribereños por los daños

directos, materiales y ciertos, resultantes del gravamen impuesto, en relación con la cual el autor enumera algunas pautas jurisprudenciales. (L. M. L. F.)

309. THELEN, Werner: «Ist der Bürge im Bankkreditgeschäft weniger schutzwürdig als der fremdnützig handelnde Besteller einer Sicherungsgrundschuld?», *BB*, 1991, pp. 741 y ss.

El autor critica el diferente tratamiento dispensado por el Alto Tribunal alemán (BGH) a quien, en los negocios de crédito bancario, actúa como fiador y a quien constituye una hipoteca de seguridad en garantía de una deuda ajena; la divergencia se proyecta en la distinta protección que dispensa a uno y otro frente a aquellas estipulaciones contenidas en los formularios utilizados por los bancos dirigidas a ampliar la responsabilidad de estas personas. (E. G. C.)

310. TILLA, M.: «Impianto di riscaldamento: proprietà comune, distacco del condominio e altri problemi», *GC*, fasc. I, pp. I, 95-107. Comentario a la ST de la Corte de Casación de 21 de mayo de 1990, n.º 4653. (Aranda/Sierra.)

311. DE TILLA, M.: «Disciplina giuridica ed uso comune ed esclusivo di terrazzo, lastrici solari, tetti, coperture ecc.», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 978-982.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 1 de junio de 1990, n.º 5162. (Aranda/Sierra.)

312. TRIOLA, R.: «La trascrizione delle domande giudiziali», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 262-286 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

313. TULLO, A.: «Tesi di laurea e diritto di autore», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1847-1849.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Perugia de 31 de diciembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

314. UBERTAZZI, L. C.: «La protezione del *Software* nei rapporti italo-tedeschi», *Dir. Aut.*, 1991, n.º 3 (luglio-settembre), pp. 348-356.

El autor expone en su estudio una ponencia presentada al XIII Congreso para los cambios culturales entre juristas italianos y alemanes celebrado en Ferrara los días 5 y 6 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra.)

315. VALIGNANI, M.: «Clausole fideiussorie uniformi e buona fede», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 33-47.

Análisis del tema a partir del estudio de las cinco sentencias del Tribunal de Casación italiano de julio de 1989: 18 de julio de 1989, n.º 3362; 20 de julio de 1989, n.º 3385; 20 de julio de 1989, n.º 3386; 20 de julio de 1989, n.º 3387, y 20 de julio de 1989, n.º 3388. (Aranda/Sierra.)

316. VIGNERON, Guy: «La contribution du nouvel utilisateur aux frais d'installation de l'ascenseur», *LC*, febrero de 1991, *Chronique*, pp. 1-2.

Al hilo de la Sentencia del Tribunal de Casación de 12 de octubre de 1988, el autor expone los criterios a seguir para calcular la contribución exigida a un nuevo usuario del ascensor, cuando los gastos de instalación fueron sufragados inicialmente sólo por algunos copropietarios. (L. M. L. F.)

317. VIGNERON, Guy: «La conception des décisions d'assemblée générale», *LC*, mayo de 1991, *Chronique*, pp. 1-2.

Análisis de los problemas planteados por los supuestos en los cuales resulta difícil, en orden a decidir acerca de su obligatoriedad, saber si ha existido o no una auténtica decisión de la asamblea de copropietarios. (L. M. L. F.)

6. DERECHO DE FAMILIA

318. ALAGNA, S.: «Doveri patrimoniali dei figli legittimi e adottivi», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 231-248.

Los deberes de contribución y mantenimiento impuestos por los artículos 324 y 315 del Código Civil se analizan por el autor como un instrumento de solidaridad familiar, que vivifica las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre éstos y los hijos. Igualmente, estudia la hipótesis de disociación entre el deber de contribución y el de mantenimiento. (Aranda/Sierra.)

319. ANDREIS, G./SORMANO, E.: «Il rapporto biologico tra genitori e figli è in rerum natura?», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 48-57.

Posible legitimación de la adopción por el cónyuge del padre biológico del menor adoptado. Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 24 de enero de 1991, n.º 27. (Aranda/Sierra.)

320. AZZARITI, G.: «Il legittimario non erede», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. II, 471-474.

Partiendo de las sentencias de la Suprema Corte n.º 2923 de 7 de abril de 1990, hace el autor unas reflexiones sobre la inoficiosidad de legados y donaciones si existe heredero legítimo no instituido como tal en testamento. (Aranda/Sierra.)

321. BARBIERI, L.: «Tempus regit actus: anche in materia di trascrizione matrimoniale», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 215-220.

Inadmisibilidad de la petición de transcripción tardía de matrimonio concordatario celebrado antes de la entrada en vigor del acuerdo de modificación y protocolo adicional entre Italia y la Santa Sede de 18 de febrero de 1984, por falta de consentimiento del cónyuge difunto. Anotación a la Ordenanza de 14 de diciembre de 1990 emitida por el Tribunal de Benevento. (Aranda/Sierra.)

322. BASILICO, G.: «Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta», *RDC*, 1991, n.º 3 (mayo-junio), parte seconda, pp. 253-261.

La Ley 74/1987 en su artículo 8.13.º recoge la posibilidad de presentar demanda conjunta de divorcio, como un nuevo instituto que incide en la sustancia del divorcio. (Aranda/Sierra.)

323. BONNARD, Jérôme: «La garde du mineur et son sentiment personnel», *RTDC*, n.º 1, 1991, articles, pp. 49-67.

El presente artículo intenta llamar la atención acerca de la necesidad de tomar en consideración las razones invocadas por el menor antes de adoptar decisión alguna en relación con su guarda, señalando el peligro de que los artículos 371 y siguientes del Code, relativos a la patria potestad, queden despojados de todo interés jurídico, en la medida en que no sean actualizados, mientras la conquista progresiva de derechos del niño continúa imparable. (L. M. L. F.)

324. BRUSCHI, E.: «Le sezioni unite e l'assegno di divorzio», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2119-2123.

Comentario a la Sentencia de Casación de 29 de noviembre de 1990, n.º 11490. (Aranda/Sierra.)

325. CAMPEIS, G./DE PAULI, A.: «Comentario a la Sentencia de la sección única del Tribunal de Casación de 29 de agosto de 1990, n.º 8981 sobre demanda de divorcio», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 50-53. (Aranda/Sierra.)

326. CASOTTO, M.: «Notas a la ST del Tribunal de Pádua de 8 de junio de 1990 sobre procedimiento del juicio de separación personal pendiente en apelación y demanda de divorcio», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 495-499 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

327. CECCHERINI, A.: «Questione processuali nella separazione e nel divorzio», *GC*, fasc. I, pp. II, 27-35.

Mientras se prepara la Ley de Reforma del Proceso Civil, pasados casi tres años desde la Ley 74/87 se han introducido importantes innovaciones en el procedimiento por aplicación extensiva de la norma contenida en el art. 23.1.º de la citada Ley. Estudia este artículo, la estructura del procedimiento de divorcio y separación, así como la forma en el procedimiento de apelación. (Aranda/Sierra.)

328. CONTE, Philippe: «L'article 389-4 du Code Civil», *SJ*, n.º 26, Doctrine, 3513, pp. 227-230.

El presente artículo versa sobre la sorprendente redacción dada al artículo 389-4 del Código Civil francés por la reforma de 23 de diciembre de 1985, de acuerdo con la cual se presume, frente a terceros y respecto a los actos para los cuales un tutor no precisaría autorización alguna, que cada uno de los padres está apoderado por el otro. La doctrina francesa ha criticado tal redacción, por cuanto los poderes de ambos padres parecen configurarse como independientes respecto de los actos de administración, de modo que cualquiera de ellos puede realizarlos por sí mismo. (L. M. L. F.)

329. CRISTIANI, F.: «Comentario a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 20 de octubre de 1990, n.º 10515 sobre oposición en la adopción», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 417-421 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

330. DETHLOFF, Nina, y WALTHER, Susanne: «Abschied vom Zwang zum gemeinsamen Ehenamen», *NJW*, 1991, pp. 1575 y ss.

El § 1355 II 2 BGB dispone que el apellido del marido pasará a ser el común del matrimonio, si los contrayentes no acuerdan otra cosa. Esta prioridad del apellido del marido ha sido declarada inconstitucional (por contraria al art. 3 II de la Ley Fundamental) por el Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 5-3-1991.

El artículo se ocupa tanto de las reglas que para la transición fija el alto Tribunal, como de las cuestiones centrales de la ahora pendiente reforma legislativa en esta materia. La sentencia significa, según las autoras, el fin de la obligación de tener un apellido matrimonial común. (E. G. C.)

331. DITTA, E.: «Anotación a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 24 de agosto de 1990, n.º 8703 sobre nulidad del matrimonio», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), pp. 336-341. (Aranda/Sierra.)

332. DOGLIOTTI, M./BOCCACCIO, S.: «Il divorzio negli orientamenti della giurisprudenza», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 361-376 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

333. DORIA, G.: «Considerazioni sulla "revisione" dell'assegno di divorzio», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 165-179. Comentario al decreto emitido por la Corte de apelación de roma de 12 de febrero de 1990. (Aranda/Sierra.)

334. DÖRR, Claus: «Die Entwicklung des Familienrechts seit 1989. Schlüsselgewalt, Güterrecht, vermögensrechtliche Beziehungen und Versorgungsausgleich», *NJW*, 1991, pp. 1090 y ss.

Exposición del desarrollo de algunas cuestiones de Derecho de familia en Alemania desde 1989 hasta, aproximadamente, noviembre de 1990; las cuestiones se plantean en los siguientes campos: potestad doméstica, regímenes económico-matrimoniales, relaciones patrimoniales entre los cónyuges y compensaciones económicas. (E. G. C.)

335. DRERUP, Karl Thomas: «Die Beweislastregel des neuen § 1610 a BGB», *NJW*, 1991, pp. 683 y ss.

El autor estudia la regla probatoria que consagra el § 1610 a BGB, norma introducida por Ley de 15-1-1991, que establece la presunción legal de que los gastos producidos a consecuencia de un daño corporal o en la salud no son menores que la cuantía de las prestaciones sociales que se dan para su cobertura. Por otra parte, esta presunción del § 1610 a (que se encuentra en sede del deber de alimentos entre parientes) es de aplicación a todas las pensiones que han de abonarse por una persona para el mantenimiento de otra, ya que los §§ 1361 y 1571 BGB (para los casos de separación o divorcio de un matrimonio) remiten a ella. (E. G. C.)

336. ENDREO, Gilles: «Bigamie et double ménage», *RTDC*, n.º 2, 1991, Articles, pp. 263-282.

Estudio del tratamiento dispensado por el ordenamiento a la «bigamia de hecho», con especial atención a las diferencias observadas entre el derecho fiscal, social y civil, en el modo de acercarse al problema. (L. M. L. F.)

337. FINOCHIARO, M.: «Autorizzazione a vivere separati e preteso scioglimento dei regime di comunione dei beni dei coniugi», *GC*, fasc. I, pp. I, 210-212. Comentario a la ST del Tribunal de Ravenna de 17 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra.)

338. FINOCCHIARO, M.: «Ignoranza della nascita e insussistenza dell'abbandono», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2031-2035.

Comentario a la Sentencia de Casación de 28 de marzo de 1991, n.º 3353. (Aranda/Sierra.)

339. FINOCCHIARO, M.: «La Cassazione e l'art. 112 c.p.c.», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1471-1472.

Estudio del procedimiento en caso de separación conyugal basado en el comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1991, n.º 1501. (Aranda/Sierra.)

340. GALOPPINI, A. M.: «Note in tema di infermità mentale e addebito della separazione», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 155-161. Notas a la ST del Tribunal de Apelación de Perugia de 23 de septiembre de 1989. (Aranda/Sierra.)

341. GALUPPI, G./VENUTI, V.: «Una ricerca sulle adozioni effettuate sotto la giurisdizione del Tribunale per i minorenni di Torino», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 316-345.

Anotaciones y gráficos sobre el cuestionario realizado por psicólogos para valorar la idoneidad y madurez del adoptante en los Tribunales de menores de Turín. (Aranda/Sierra.)

342. GERNHUBER, Joachim: «Probleme der Zugewinnngemeinschaft», *NJW*, 1991, pp. 2238 y ss.

Partiendo de lo que el autor destaca como defectos metódicos de la Ley en la regulación de la comunidad de ganancias, así como de la inconsecuente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) al respecto, el artículo va analizando los diversos problemas que plantea este régimen económico-matrimonial. (E. G. C.)

343. GIORGI, M. S.: «Comentario a la ST de la sección I del Tribunal de Casación Civil de 21 de julio de 1990, n.º 7450, sobre impugnación de la patria potestad», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 313-316. (Aranda/Sierra.)

344. GIUSSANI, A.: «Comentario a la ST de 16 de enero de 1991, n.º 381 de la sección única de la Corte de Casación Civil sobre competencia jurisdiccional en caso de separación convencional», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 566-571 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

345. GROSLIERE, Josette: «La possession d'etat pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique», *RDS*, n.º 22, 1991, *Chronique*, pp. 149-153.

La autora subraya el valor dado a la posesión de estado por la Ley de 3 de enero de 1972, concluyendo de su estudio que la función probatoria ha pasado a ser secundaria, produciéndose una evolución que hace más importante su juego en relación con el derecho material. (L. M. L. F.)

346. HENRICH, D.: «Diritto di famiglia e giurisprudenza costituzionale in Germania: riforma del diritto di famiglia ad opera dei giudici costituzionali?», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 49-76.

El autor resalta la importancia de la jurisprudencia en la transformación del derecho de familia y la implantación de un nuevo desarrollo. En cada Estado es diferente por la influencia de los cambios sociales. (Aranda/Sierra.)

347. KALTHOENER, Elmar: «Gesetz zur unterhaltsrechtlichen Berechnung von Aufwendungen für Körper oder Gesundheitsschäden», *NJW*, 1991, p. 1037.

Exposición de la Ley de 15-I-1991, sobre el cómputo de los gastos por daños corporales o en la salud, a los efectos de calcular una pensión de mantenimiento adecuada, sea en el campo del deber de alimentos entre parientes (nuevo § 1610 a BGB), sea en el de las pensiones que un ex cónyuge debe abonar al otro en casos de separación o divorcio (§§ 1361 I 1 y 1578 a BGB). (E. G. C.)

348. KNÖPFEL, Gottfried: «Gerechtigkeit und nachehelicher Unterhalt-eine ungelöste Frage», *AcP*, 191, 1991, pp. 107 y ss.

Desde una perspectiva crítica sobre la justicia o no de la regulación positiva, se enjuicia la obligación que, en los supuestos de ruptura matrimonial, pesa sobre uno de los cónyuges, de abonar al otro una pensión para su mantenimiento; asimismo, el autor presenta modelos alternativos de regulación, para concluir que la vigente hoy en Alemania precisa ser revisada, dado que no satisface las exigencias de justicia. (E. G. C.)

349. LANDOLFI, M. C.: «Inseminazione artificiale e tutela del nascituro», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 194-201.

Anotaciones a la Sentencia de 27 de octubre de 1989 del Tribunal de Monza sobre los diversos aspectos del contrato de maternidad (contenido, forma, causa, objeto, nulidad). (Aranda/Sierra.)

350. LIACI, A.: «Observaciones a la Sentencia de 9 de junio de 1990, n.º 5626 de la sección I del Tribunal de Casación Civil en materia de filiación ilegítima», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 227-233. (Aranda/Sierra.)

351. MELILLO, M.: «Processo di separazione: sono ammissibili nuove domande relative alla prole in fase di appello?», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1546-1550.

Comentario a la Sentencia de Casación de 9 de junio de 1990. (Aranda/Sierra.)

352. MENESTRINA, L.: «Dubbi sulla costituzionalità della presunzione muciana», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (Maggio-giugno), pp. 352-359 (parte seconda). Comentario a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 18 de julio de 1990, n.º 7338 sobre la posible aplicación de la presunción muciana en los supuestos de régimen de separación de bienes. (Aranda/Sierra.)

353. MENESTRINA, L.: «Presunzione muciana: la scelta della Cassazione», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 13-25 (parte seconda). Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 23 de enero de 1990, n.º 351 sobre la aplicación de la presunción muciana en los casos de separación de bienes. (Aranda/Sierra.)

354. MIRANDA, A.: «Sullo statuto giuridico del preembrione: brevi considerazioni in margine al caso Davis y Davis», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 109-119.

Segundo comentario que enlaza con el de M. L. Di Pietro a raíz de la decisión de la Corte de Apelación de Tennessee de 13 de septiembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

355. MORA, A.: «Rassegna critica di tesi et opinioni su alcuni aspetti delle pubblicità del regime patrimoniale tra coniugi, ed., in particolare, sull'errata annotazione», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 274-304.

Ante la previsión legal del art. 159 del Código Civil el autor examina la necesidad o no de anotación en el Registro Civil del régimen económico del matrimonio en cuanto a su oponibilidad frente a terceros. Expone el panorama doctrinal y la solución recogida en la Ley 74/87 de 6 de marzo. (Aranda/Sierra.)

356. MORA, A.: «Observaciones a la Sentencia de 23 de abril de 1990 del Tribunal de Monza sobre demanda conjunta de divorcio», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 86-90. (Aranda/Sierra.)

357. NAPPI, G. B.: «Sull'ambito di applicazione dell'art. 12 bis della n.º 898/1970», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 38-41.

Comentario de la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 24 de enero de 1991, n.º 23 en torno al requisito de la duración de la relación matrimonial para la petición de divorcio. (Aranda/Sierra.)

358. NAPPI, G. B.: «Sull'assegno di divorzio aleggi ancora il fantasma del matrimonio», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 137-140.

Anotaciones a la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 29 de noviembre de 1990, n.º 11492. (Aranda/Sierra.)

359. DINARDO, M.: «Coniuge separato assegnatario ex art. 155 del C. C. della casa familiare ed opponibilità ai terzi del godimento dell'immobile», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 77-86.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 28 de marzo de 1990, n.º 2529. (Aranda/Sierra.)

360. DI NARDO, M.: «Notas a la Sentencia de 24 de agosto de 1990, n.º 8705, de la sección I de la Corte de Casación sobre separación conyugal», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 104-111. (Aranda/Sierra.)

361. DI NARDO, M.: «Comentario a la Sentencia de 16 de junio de 1990, n.º 6093 de la Corte de Casación Civil sobre reconocimiento de filiación», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, pp. 237-243. (Aranda/Sierra.)

362. NDOKO, Nicole Claire: «Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire», *RIDC*, n.º 1, 1991, études, pp. 87-104. (L. M. L. F.)

363. NEIRINCK, Claire: «De Charybde en Scylla: l'administrateur *ad hoc* du mineur», *SJ*, n.º 12, 1991, Doctrine, 3496, pp. 99-103.

La Ley 84-487, de 10 de julio, relativa a la prevención de malos tratos a los menores y protección de la infancia, establece la posibilidad de que el juez de instrucción pueda nombrar administrador *ad hoc* para el ejercicio de los derechos reconocidos a la parte civil, en nombre del niño sometido a malos tratos por los titulares de la patria potestad o por uno de ellos. Dicha eventualidad es analizada por el autor, que viene a establecer sus relaciones con el otro régimen de administrador *ad hoc*, previsto en el artículo 389-3 del Code y cuyo nombramiento corresponde al Juez Tutelar. (L. M. L. F.)

364. DALL'ONGARO, F.: «Le SS.UU. de la SC si pronunciano sul concetto di mezzi adeguati di cui all'art. 10 della legge n.º 74/1987», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 140-143.

Comentario a la ST de la Corte de Casación italiana de 29 de noviembre de 1990, n.º 11492. (Aranda/Sierra.)

365. DALL'ONGARO, F.: «L'art. 333 Cod. Civ. ed il concorso delle competenze», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 209-213.

La tutela de los intereses del menor en los supuestos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio. Estudio a propósito del Decreto de 19 de octubre de 1990 emitido por el Tribunal de Menores de Venecia. (Aranda/Sierra.)

366. PACIA DEPINGUENTE, R.: «Comentario a la ST de la sección III de la Corte de Casación Civil de 17 de agosto de 1990, n.º 8379 en materia de régimen de comunidad legal del matrimonio», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 301-310. (Aranda/Sierra.)

367. PANNAIN, B.: «Il preminente interesse del minore: principio fondamentale della normativa sull'adozione et esigenza biopsicologica primaria», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 223-230.

Estudio centrado en el artículo 1 de la Ley n.º 184/1983 de 4 de mayo sobre el derecho que preside toda la normativa de la adopción: Derecho del menor a ser educado en el ámbito de la propia familia. (Aranda/Sierra.)

368. PEPE, A.: «Convenzioni matrimoniali. Comunione convenzionale. Separazione dei beni», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 233-261 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

369. PHILIPPE, C atherine: «Volont , responsabilit  et filiation», *RDS*, n.º 7, 1991, Chronique, pp. 47-48.

La autora se muestra partidaria de reforzar la intangibilidad de la filiación, estableciendo restricciones a su impugnación. (L. M. L. F.)

370. PIEDELIEVRE, Stéphane: «Réflexions sur l'achat pour autrui entre  poux», *SJ*, n.º 4, 1991, 3484, pp. 31-38.

Análisis del tratamiento jurisprudencial dado a la adquisición de un bien a título oneroso por un cónyuge, casado en régimen de separación de bienes, con los fondos aportados gratuitamente por su consorte. (L. M. L. F.)

371. DI PIETRO, M. L.: «Sette embrioni in cerca di una madre: nuova sentenza dello Stato del Tennessee», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 102-109.

Problemas de la fecundación artificial en casos de separación o divorcio de los cónyuges. Comentario a la decisión de la Corte de Apelación de Tennessee de 13 de septiembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

372. PITTER, P.: «Le obbligazioni tributarie dei coniugi in regime di comunione legale con riferimento alla distinzione tra obbligazioni della comunione e obbligazioni personali», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-abrile), parte seconda, pp. 97-114.

El autor ante la obligación e pagar el IRPF distingue los diversos supuestos de separación conjunta o separada. (Aranda/Sierra.)

373. PORRARI, A.: «Comentario a la ST de 28 de noviembre de 1990, n.º 11449 de la sección I de la Corte de Casación Civil sobre constitución de un fondo patrimonial común conyugal y quiebra», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 649-652 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

374. QUADRI, E.: «Anotaciones a la Sentencia de 29 de noviembre de 1990, n.º 11490 de la sección única de la Corte de Casación en materia de divorcio», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennanio-febbraio), parte prima, pp. 125-127. (Aranda/Sierra.)

375. QUADRI, E.: «Notas a la Sentencia de 23 de julio de 1990, n.º 7458 de la sección I de la Corte de Casación en materia de declaración de divorcio», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, pp. 247-250. (Aranda/Sierra.)

376. RAUSCHER, Thomas: «Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung», *NJW*, 1991, pp. 1087 y ss.

La Ley para la ayuda de niños y jóvenes (*KJHG*), en vigor desde el 1-1-1991, ha alterado las competencias de los organismos para jóvenes en el ámbito del derecho de cuidado de los hijos, cuando los padres se divorcian o separan. El autor analiza esta reforma y sus repercusiones en el concepto del derecho de cuidado. (E. G. C.)

377. RIMINI, C.: «L'assegno di divorzio fra tenore di vita matrimoniale e stato di bisogno», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, pp. 1-28. (Aranda/Sierra.)

378. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline: «La famille et le droit au logement», *RTDC*, n.º 2, 1991, Articles, pp. 245-261.

La autora lleva a cabo una recopilación del disperso tratamiento jurídico dispensado por el derecho francés a la vivienda familiar.

Aborda así, desde las medidas tendentes a posibilitar el acceso de la familia a una vivienda en propiedad o en arrendamiento, hasta las disposiciones legales y jurisprudencia fundamentadoras de la existencia de una obligación de alojamiento en favor de determinados familiares, sin olvidar la atención particular dispensada al problema del alojamiento familiar durante y después de la separación de los esposos. (L. M. L. F.)

379. RUBELLIN-DEVICHI, Jaqueline: «Procréations assistées et stratégies en matière de filiations», *SJ*, n.º 21, 1991, Doctrine, 3505, pp. 181-187.

El autor ha considerado adecuado este título, por reflejar el ánimo de algunas personas que intentan hallar los medios para dar la filiación deseada a un niño, corresponda ésta o no a la verdad biológica. En tal sentido, su artículo intenta resumir las vías que el derecho ofrece a los «padres» de niños nacidos a través de técnicas de fecundación asistida. (L. M. L. F.)

380. RUSSO, R.: «Il matrimonio concordatario: tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 249-261.

Tomando como referencia especial la jurisprudencia de los Tribunales de Catania, se estudia la reserva de la jurisdicción eclesiástica y su posible concurso con la jurisdicción civil. (Aranda/Sierra.)

381. SALVADORI, M. G.: «Anotación a la ST de la sección I de la Corte de casación civil de 12 de febrero de 1990, n.º 1018 sobre eficacia de sentencia matrimonial emitida por tribunal eclesiástico», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 460-463 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

382. SCHWERDTNER, Eberhard: «Das Wohl des Kindes im Wandel der Zeiten», *NJW*, 1991, pp. 2543 y ss.

Reflexiones sobre la noción del llamado «bienestar del hijo» y la concreción de su contenido, tema especialmente relevante en Alemania a raíz de la amplia utilización que del mismo ha hecho últimamente el legislador. Así lo ha hecho sobre todo al reformar la regulación de la patria potestad, pretendiendo que el hijo no sea tratado como un objeto de los derechos de dominación de los padres, sino como un sujeto con derecho a la autodeterminación. (E. G. C.)

383. SPADAFORA, A.: «L'orientamento delle Sezioni unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. 1, 1223-1227.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 29 de noviembre de 1990, n.º 11490. (Aranda/Sierra.)

384. TEDESCHI, D.: «Appunti sulla prassi del Tribunale per i minorenni di Genova per la selezione delle coppie aspiranti all'adozione», *DFP*, 1991, n.º 1-2 (enero-junio), pp. 346-353.

Exposición y análisis de los pasos a seguir en el procedimiento de adopción de menores ante los Tribunales de Génova. Idoneidad de la demanda de adopción y examen de la familia de inserción del menor abandonado. (Aranda/Sierra.)

385. TULLIO, A.: «L'assegnazione della cosa familiare nella separazione dei coniugi: Nuovi orientamenti della Suprema Corte», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1800-1805.

Comentario a la Sentencia de Casación de junio de 1990, n.º 5384. (Aranda/Sierra.)

386. UDA, G.: «Comentario a la Sentencia de 26 de enero de 1990 del Tribunal de Trieste en materia de matrimonio civil de nacionales italianos en el extranjero», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 77-83. (Aranda/Sierra.)

387. VITALONE, V., y ZAFFIRI, C.: «La famiglia di fatto», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. II, 303-312.

Concluye el autor, tras su análisis, que la jurisprudencia entiende que hay que valorar las circunstancias que en cada caso originan el vínculo de convivencia; que no todas las situaciones son dignas de tutela, que siempre se debe proteger al menor y finalmente que no todas las hipótesis de convivencia pueden recubrirse con un conjunto de derechos y deberes. Deben valorarse fundamentalmente la seriedad, estabilidad y certeza del vínculo. (Aranda/Sierra.)

7. DERECHO DE SUCESIONES

388. ACKMANN, Hans-Peter: «Die deutsche und amerikanische Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit von Erbschaftsstamm und —erträgen auf Unterhaltersatzansprüche (§ 844 Abs. 2 BGB) im Wege der Vorteilsausgleichung», partes 1 y 2, *BB*, 1991, pp. 8181 y ss., y 967 y ss., respectivamente.

El § 844 BGB regula las pretensiones indemnizatorias que, por la muerte de una persona, pueden surgir a favor de terceros; en su segundo párrafo establece que, cuando el fallecido estuviese o pudiese estar obligado legalmente a prestar alimentos a ciertas personas en el momento de ser herido, de modo que, por la muerte, se las desprotee de dicho derecho, las mismas pueden exigir del responsable de la muerte el pago de una renta en dinero durante el tiempo que especifica el precepto.

En estos casos surge la cuestión de si los que sobreviven al fallecido y obligado a prestar alimentos, especialmente la viuda y/o los hijos, están obligados a tolerar que se tome en cuenta la anticipación de la sucesión hereditaria de la víctima o, al menos, los beneficios que pueden obtenerse de la misma, para el cálculo de sus pretensiones indemnizatorias ex § 844 II BGB y, concretamente, para reducir las.

Este es el tema de estudio en el artículo, a la luz de la jurisprudencia alemana y americana. (E. G. C.)

389. COSTANZA, M.: «Negozio mortis causa o post mortem?», *GC*, 1991, fgasc. 4, pp. I, 956-957.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 17 de agosto de 1990, n.º 8335. (Aranda/Sierra.)

390. EBENROTH, Carsten T.; BACHER, Urban, y LORZ, Rainer: «Dispositive Wertbestimmungen und Gestaltungswirkungen bei Vorempfängen», *JZ*, 1991, pp. 277 y ss.

En materia sucesoria, el BGB está presidido por el intento de tratar por igual a los descendientes del causante; de ahí que en diversos preceptos obligue a tomar en cuenta lo que ya se recibió del causante, mientras vivía, a fin de establecer las correspondientes compensaciones. Asimismo, fija criterios dispositivos para calcular el valor de lo recibido, que permiten tener en cuenta la depreciación monetaria.

Los autores del presente artículo se centran en la medida en que el mismo causante puede determinar sus propios criterios valorativos y con qué límites; también analizan las posibles formas de esas entregas previas hechas por el causante, en relación con sus efectos fiscales (concretamente, con el impuesto de sucesiones). (E. G. C.)

391. GAUTIER, Pierre-Yves: «La “Solution Goncourt”: les fondations indirectes en droit d'auteur», *RDS*, n.º 21, 1991, Chronique, pp. 145-148.

Estudio de los aspectos jurídicos que plantea el legado universal de los derechos de autor, imponiendo al legatario la carga de crear una fundación y dotarla con tales derechos. Se abordan los argumentos tradicionalmente invocados para fundamentar la nulidad de semejante disposición testamentaria y las eventuales dificultades que plantearían la renuncia o el incumplimiento del legatario y el rechazo, por parte de la administración, del reconocimiento de la utilidad pública de la fundación. (L. M. L. F.)

392. DI GIANDOMENICO, G.: «Fondamento, applicazione e limiti del diritto di accrescimento», *RDC*, 1991, n.º 3 (maggio-giugno), parte prima, pp. 257-276.

El autor hace un estudio de los antecedentes históricos de la figura y de la actual regulación en el Codice, señalando su relación con la cuota hereditaria. Analiza los presupuestos y efectos legales, para concluir con una exposición de casos impropios. (Aranda/Sierra.)

393. GRUNEWALD, Barbara: «Die Auswirkungen eines Irrtums über politische Entwicklungen in der DDR auf Testamente und Erbschaftsauschlagen», *NJW*, 1991, pp. 1208 y ss.

El artículo estudia los efectos de los cambios políticos en la antigua República Democrática Alemana sobre los testamentos y transmisiones hereditarias en los que se hubiera presupuesto la continuidad de la situación política en dicho país. (E. G. C.)

394. MARELLA, M. R.: «Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), pp. 91-113 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

395. DI MAURO, N.: «Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1791-1793.

Comentario de la Sentencia de Casación de 17 de agosto de 1990, n.º 8335. (Aranda/Sierra.)

396. DI MAURO, N.: «Ambito di applicazione dell'art. 17 C. C. e legato a favore dello Stato», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1728-1730.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 15 de marzo de 1991, n.º 2782. (Aranda/Sierra.)

397. DI MAURO, N.: «La clausola si sine liberis decesserit», *GC*, fasc. 5, pp. I, 1231-1233.

Comentario que versa sobre la condición testamentaria en base a la Sentencia de la Corte de Casación de 27 de noviembre. (Aranda/Sierra.)

398. PEREGO, E.: «La successione tra fratelli naturali dopo la sentenza della Corte costituzionale, n.º 184 de 1990», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. I, 1133-1134.

Comentario a la Sentencia de 12 de abril de este Tribunal. (Aranda/Sierra.)

399. PERSIANI, V.: «La revoca tacita del testamento», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte seconda, pp. 153-171. (Aranda/Sierra.)

400. PROBST, Martin: «Konkurrenz zwischen Unterhaltsberechtigten und Pflichtteilsberechtigten?», *AcP*, 191, 1991, pp. 138 y ss.

Sobre el problema que surge cuando, a la muerte de un sujeto que estuviera separado y obligado a pagar una cantidad al que fue su cónyuge para su mantenimiento, concurren, por un lado, la pretensión de éste a seguir percibiendo dicha cantidad con cargo a la herencia y, por otro, las pretensiones de los legitimarios del difunto. (E. G. C.)

401. RUPERTO, S.: «Sul legato di debito», *RDC*, 1991, n.º 3 (maggio-giugno), parte prima, pp. 277-312.

Tras realizar un estudio de los argumentos en favor y en contra del artículo 235 del proyecto preliminar del Codice, el autor se centra en la naturaleza y función de la norma recogida en el artículo 659 del Codice. (Aranda/Sierra.)

8. VARIAS

402. AVRIL, Yves: «Loi n.º 90-1259 du 31 décembre 1990 Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques», *GP*, 30 de abril de 1991, Doctrina, páginas 151-170 del tomo bimestral marzo-abril de 1991.

Comentario, artículo por artículo, del indicado texto normativo. (L. M. L. F.)

403. BENABENT, Alain: «Avocats: Premières vues sur la nouvelle profession», *SJ*, n.º 14-15, Doctrina, 3499, pp. 119-138.

Comentario de la nueva Ley reguladora de la abogacía francesa. (L. M. L. F.)

404. DAMIEN, André: «Commentaire de la Loi Portant Reforme de Certaines Professions Judiciaires et Juridiques», (Loi n.º 90-1259 du 31 décembre de 1990), *GP*, 12 de febrero de 1991, Doctrina, pp. 47-59 del tomo bimestral enero-febrero de 1991. (L. M. L. F.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

405. ALAGNA, S.: «Impresa illecita e impresa mafiosa», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 141-179.

Estudios de los problemas que plantean las empresas ilícitas (existencia, causas de ilicitud, tipos de empresas ilícitas) y las empresas mafiosas (objetivos económicos perseguidos y medios utilizados; efectos de su actividad). (Aranda/Sierra.)

406. ALESSI, R.: «Sulla libera circolazione dei capitali e dintorni», R. D. Comm. D. O., 1991, fasc. 1-2, pp. 23-47.

El cuadro normativo: Directiva de la CE 88/361. Información estadística sobre las valoraciones de los movimientos. Los procedimientos sobre la liquidación bancaria. Medidas para atenuar los riesgos de infracciones de ley. La cooperación internacional. La eliminación del secreto bancario. La identificación de la clientela. (Aranda/Sierra.)

407. BALLARINI, S.: «La regolamentazione dell'insider trading nel Regno Unito», R. D. Comm. D. O., 1991, fasc. 3-4, pp. 163-200.

Transformación del mercado mobiliario británico y su regulación antes y después de 1986. (Aranda/Sierra.)

408. BAZEX, Michel: «L'art. 90-3 du Traité CEE ou Le Grand Chamberdement», *GP*, 7-8 de junio de 1991, *Doctrine*, pp. 28-32.

El fallo del Tribunal de Luxemburgo recaído el 19-3-1991, en relación con la competencia en el sector de terminales de telecomunicación, ha puesto claramente de manifiesto, según expone el autor, cómo las relaciones del poder público nacional con las empresas a las cuales otorga derechos exclusivos —lo que tradicionalmente se denomina sector público—, queda sometido a la actividad de la Comisión de la CEE, a través de las competencias que a este órgano le otorga el artículo 90-3 del Convenio de Roma. (L. M. L. F.)

409. BECKER, Wolfgang: «Berichtsprinzipien der Konzernrechnungslegung», *BB*, 1991, p. 345.

Sobre los principios esenciales de información en la presentación de la lista de ingresos y gastos en los consorcios. (E. G. C.)

410. BIANCARELLI, Jacques: «L'Application du Droit Communautaire de la Concurrence au Secteur Financier» (1), *GP*, 7-8 de junio de 1991, *Doctrine*, pp. 5-22.

En el presente artículo se lleva a cabo un interesante estudio acerca de la efectiva aplicación del derecho de la competencia comunitario al sector financiero en general, haciéndose particular hincapié en los problemas jurídicos que puede plantear la especificidad del sector bancario. (L. M. L. F.)

411. BONNEAU, Jacques: «La Loi du 4 novembre 1987 Relative á la Protection des Topographies des Produits Semiconducteurs», *GP*, 10 de enero de 1991, *Doctrine*, pp. 15-18 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor realiza un análisis de la referida Ley, concluyendo finalmente que el sujeto protegido no es ya el individuo sino la empresa, con sus servicios de investigación y fabricación, lo cual no deja de significar una nueva forma de entender la propiedad intelectual. (L. M. L. F.)

412. CAPPONI, M. C.: «Il demanio marittimo», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), pp. 218 y 11 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

413. CASELLA, P.: «La legge sulla repressione dell'Insider Trading», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 858-883 (parte prima).

Estudio de la Ley de 17 de mayo de 1991, n.º 157: antecedentes y contenido. (Aranda/Sierra.)

414. CHAVANNE, Albert: «La loi du 4 janvier 1991 sur les marques de fabrique», *SJ*, n.º 22, 1991, *Doctrine*, 3507, pp. 189-196.

Comentario de la nueva ley de marcas francesa, considerada por el autor como más clara y mejor elaborada que la anterior, y que presenta la ventaja adicional de no plantear problema alguno para la vigencia de la jurisprudencia establecida en torno a la regulación sustituida. (L. M. L. F.)

415. CHEROT, Jean-Yves: «La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution», *RDS*, n.º 24, 1991, *Chronique*, pp. 163-168.

La atribución al Tribunal de Apelación de París de los procesos de reforma de las decisiones adoptadas por el Consejo de la Competencia, habida cuenta de la aplicabilidad a las personas jurídico-públicas del derecho concurrencial, puede suponer que el control de determinados actos administrativos sea ejercido por el mencionado órgano jurisdiccional. El autor analiza este problema a través de la interpretación dada por el Consejo Constitucional al principio de reserva competencial, en favor de la jurisdicción administrativa, del control de los actos administrativos. (L. M. L. F.)

416. DALMOTTO, E.: «Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación Civil (sección III), de 27 de junio de 1990, n.º 6542 sobre valor de título ejecutivo de la asignación bancaria», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 402-407. (Aranda/Sierra.)

417. DENOZZA, F.: «La disciplina della concorrenza e del mercato», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 365-380 (parte prima).

El autor realiza un estudio de diversos problemas surgidos en el comercio internacional desde el punto de vista de la normativa comunitaria. (Aranda/Sierra.)

418. DREHER, Meinrad: «Schutz Dritter nach § 15 HGB bei Geschäftsunfähigkeit eines Geschäftsführers oder Vorstandsmitglieds?», *BB*, 1991, pp. 533 y ss.

Sobre la protección de los terceros conforme al § 15 HGB (Código de comercio alemán) en los casos de incapacidad de obrar de un administrador o de un miembro de la Junta Directiva. (E. G. C.)

419. GAETANO, A.: «L'“appendice fiscale” al conto economico nello schema di legge delegata per l'attuazione della IV direttiva CE», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 275-295 (parte prima).

Análisis de la relación entre la normativa civil y fiscal en el balance de ejercicio según el esquema de ley delegada para la actuación de la IV y VII directivas de la CE. (Aranda/Sierra.)

420. GALGANO, F.: «Professioni intellettuali, impresa, società», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 1-18.

Estudio jurisprudencial sobre las formas de ejercicio profesional de los intelectuales (individual o colectiva: empresas o sociedades) y las posibilidades de exigir sus prestaciones. (Aranda/Sierra.)

421. GALLI, S.: «Insider Trading: un primo commento», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 928-974 (parte prima).

Análisis artículo por artículo de la ley italiana de 17 de mayo de 1991, n.º 157, surgida ante la directiva comunitaria de 13 de noviembre de 1989, n.º 89/592/CE sobre el Insider Trading. (Aranda/Sierra.)

422. GANDIN, R.: «La disciplina CE del franchising alla luce del regolamento comunitario, n.º 4087/88», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggió-giugno), pp. 496-528 (parte prima).

Estudio detallado del reglamento comunitario de 30 de noviembre de 1988 sobre aplicación del artículo 85.3.º TCEE a la categoría de los acuerdos de franchising (noción de franchising; ámbito y condiciones de aplicación; exenciones; oposición de los acuerdos; revocación del beneficio de exención). (**Aranda/Sierra.**)

423. GUARDIA, Charles de: «L'origine des marchandises en 1991 selon le Droit Communautaire», *GP*, 23-25 de junio de 1991, *Doctrine*, pp. 2-6.

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo relativa a la determinación del origen de las mercancías. (**L. M. L. F.**)

424. IANNONE, C.: «L'art. 5, n.º 3 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e la nozione di danno indiretto», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. 1, 1630-1633.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Justicia de la CE de 11 de enero de 1990. (**Aranda/Sierra.**)

425. JEANTET, Fernad-Charles: «Le rôle préventif du contrôle communautaire des opérations de concentration», *RDS*, n.º 1, 1991, *Chronique*, pp. 4-8. (**L. M. L. F.**)

426. LAMANDINI, M.: «Osservazioni a Trib. Udine, 22 giugno 1989, decr., in tema di denuncia di gravi irregolarità», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abrile), pp. 324-326 (parte seconda). (**Aranda/Sierra.**)

427. LIBONATI, B.: «Sindacato di voto e gestione d'impresa», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, pp. 97-117.

Estudio del problema sobre la posible unanimidad de los socios sindicados para que los socios de voto sean jueces válidos; eficacia del sindicato de voto y valor de su papel en el plano económico y jurídico actual. (**Aranda/Sierra.**)

428. MANCINI, M.: «Natura giuridica dell'impresa familiare», *RDC*, 1991, n.º 3 (maggió-giugno), parte seconda, pp. 301-318. Análisis doctrinal y jurisprudencial del tema realizado a propósito de la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 27 de junio de 1990, n.º 6559. (**Aranda/Sierra.**)

429. MARZONA, N.: «Considerazioni sul modello d'amministrazione dei mercati finanziari secondo il diritto interno e comunitario», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-feb-braio), pp. 89-94 (parte prima).

Exposición y estudio de la normativa comunitaria sobre el tema. El autor realizó este estudio para una comunicación al congreso sobre «La tutela dei risparmiatori nei mercati finanziari. Profili civilistici», de Nápoles 22-23 de junio de 1990. (**Aranda/Sierra.**)

430. MAZZI, G.: «La disciplina penale dell'assegno nella legge 15 dicembre 1990, n.º 386», *BBTC*, 1991, fasc. IV (luglio-agosto), pp. 484-528 (parte prima).

La Ley n.º 386 de 1990 ha modificado radicalmente las normas penales por su finalidad de tutelar el derecho de crédito. Se analizan los trabajos preparatorios y se compara con la normativa anterior. (**Aranda/Sierra.**)

MOUSSERON, Jean Marc: «Droit des brevets et la loi du 26 novembre 1990», *SJ*, n.º 18, 1991, *Doctrine*, 3503, pp. 157-164.

Comentario de los preceptos dedicados a las patentes por la Ley Francesa de propiedad industrial, sistematizado por el autor en tres apartados que, respectivamente, se ocupan de los objetivos técnicos, sociales y políticos, perseguidos por el legislador con la nueva regulación establecida. (L. M. L. F.)

432. MUCCIARELLI, F.: «L'art. 326.3.º co. c.p. e l'insider trading: un'anticipazione consapevole?», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abrile), pp. 310-317 (parte prima).

Examen del artículo 326.3.º del Código Penal italiano según la modificación realizada por el artículo 15 de la Ley 86/90, en la que se recoge como un delito punible a título de dolo específico. (Aranda/Sierra.)

433. PELLISTRANDI, Blandine: «La Qualification juridique des Lettres de la Commission en Matière de concurrence», *GP*, 7-8 de junio de 1991, doctrine, pp. 33-39.

Estudio acerca del valor jurídico de las notificaciones remitidas por la Comisión a los agentes económicos durante el desarrollo de un proceso de instrucción. (L. M. L. F.)

434. PERCHIUNUNNO, R.: «Forme di pubblicità e tecniche civilistiche nei controlli della Consob», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 671-686.

El reforzamiento, mediante formas de publicidad del Código Civil, del control sobre la totalidad y veracidad de los datos y noticias publicadas y comunicadas. Los poderes que esas formas de publicidad civiles otorgan al Consob. (Aranda/Sierra.)

435. PETITI, P.: «La direttiva CE sul ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri in materia di marchi d'impresa», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 331-369.

Estudio de la directiva de 21 de diciembre de 1988, n.º 89/104 de armonización de la normativa de los Estados miembros sobre mercados de productos y servicios. (Aranda/Sierra.)

436. DE RITIS, M. R.: «Associazione in partecipazione con apporto di un bene in godimento e locazione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 110-120 (parte seconda). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 28 de febrero de 1989 sobre configuración de una comunidad de la empresa y compatibilidad con el régimen societario. (Aranda/Sierra.)

437. SAJA, F.: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggio-giugno), pp. 455-467 (parte prima).

Análisis crítico de la Ley de 10 de octubre de 1990, n.º 287, denominada «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato». (Aranda/Sierra.)

438. SANTINI, R.: «Bilancio consolidato di gruppo», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 811-830.

La función del balance. Su configuración según la normativa comunitaria y la normativa y jurisprudencia de la Corte de Casación italianas. (Aranda/Sierra.)

439. SCANO, D.: «L'esercizio del potere discrezionale degli Stati Uniti contro "unfair trade practices" di governi stranieri: la sezione 301 del Trade Act», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 103-122 (parte prima).

Los problemas surgidos en el comercio ante el crecimiento del mercado internacional y la concurrencia de las empresas, lleva al autor a analizar esencialmente (puesto que recoge otras formas de protección) la disciplina contenida en la sección 301 del «Trade Act» norteamericano de 1974 y su enmienda «Omnibus Trade and Competitive-nes Act» de 1988 como forma de protección del comercio internacional, su aplicación y efectividad. (Aranda/Sierra.)

440. SCHMIDT, Karsten: «Gleichordnung im Konzern: terra incognita?», *ZHR*, 1991, pp. 417 y ss.

Estudio de la figura del consorcio entre empresas que, siendo jurídicamente independientes, y sin depender una de otra, se reúnen bajo una única dirección. (E. G. C.)

441. SPITERI, Pierre: «La vente "aux enchères" d'une entreprise», *SJ*, n.º 17, 1991, Doctrine, 3502, pp. 154-156.

Estudio esquemático de los aspectos prácticos y jurídicos de la venta de empresas mediante subasta, modalidad importada de los países anglosajones y que ha comenzado a desarrollarse en Francia. (L. M. L. F.)

442. TOFFOLETTO, A.: «La disciplina della concorrenza e del mercato», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 1002-1025 (parte prima).

Comentario ante la decisión de la Comisión de la CE sobre la aplicación del Reglamento 4064/89 del Consejo en materia de control sobre concentraciones. (Aranda/Sierra.)

443. TRAPPMANN, Helmut: «Handelsrechtliche und steuerrechtliche Aufbewahrungspflichten und der Begriff des Handelsbrief», *BB*, 1990, pp. 2437 y ss.

En torno al concepto de «cartas comerciales» (escritos cuyo objeto es la preparación, perfección, ejecución o anulación de un negocio mercantil, siempre que se haya llegado a celebrar) y a los deberes de conservarlas y archivarlas, tanto a efectos mercantiles como fiscales. (E. G. C.)

444. TURNER, George: «Zur Stellung des Aufsichtsrats im beherrschten Unternehmen», *BB*, 1991, pp. 583 y ss.

En virtud del llamado «contrato de dominación» se confiere a la empresa dominante el derecho de hacerse con la dirección de la sociedad dependiente en toda su extensión. En tales casos se plantea la cuestión —objeto de este artículo— de cómo este contrato afecta a la posición del Consejo de Administración de la empresa dominada. (E. G. C.)

445. VANZETTI, A.: «Sulla sentenza Hag. 2», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 536-545 (parte seconda). Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de Justicia de la CE de 17 de octubre de 1990, causa 10/90, sobre función del mercado en el sistema de competencia tutelado por el Tratado comunitario. (Aranda/Sierra.)

446. VEZZOSO, S.: «La disciplina della concorrenza e del mercato», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggio-giugno), pp. 623-637 (parte prima).

A través del análisis de ciertas decisiones emitidas por la Comisión de la CE, así como de las leyes de los distintos Estados miembros sobre la distribución y producción de productos comerciales, el autor determina el derecho de la competencia y del mercado. (Aranda/Sierra.)

447. VILMART, Christine-Maud: «La Référence à la Marque d'Autrui sera-t-elle encore sanctionnée en dehors de la Contrefaçon? (Le cas de la parfumerie)», *GP*, 21 de febrero de 1991, *Doctrine*, pp. 63-65 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor analiza, a la vista de la entrada en vigor de la reforma de la Ley Francesa de Marcas, el tratamiento que en el futuro habrá de darse a los característicos supuestos de venta de productos auténticos fuera de las redes de distribución del titular de la marca y utilización de listas de concordancia, práctica esta última mediante la cual se presentan al cliente determinados perfumes como equivalentes a otros de prestigiosas marcas, utilizando así ilícitamente el prestigio de éstas. (L. M. L. F.)

448. VONNEMANN, Wolfgang: «Die Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen Konzern», *BB*, 1990, pp. 2509 y ss.

En virtud del llamado «contrato de dominación» se confiere a la empresa dominante el derecho de hacerse con la dirección de la sociedad dependiente en toda su extensión. El artículo analiza algunas cuestiones relacionadas con la responsabilidad de la empresa dominante. (E. G. C.)

449. WESTERMANN, Harm Peter: «Umwelthaftung im Konzern», *ZHR*, 1991, pp. 223 y ss.

Análisis de cuestiones que la responsabilidad por daños causados al medio ambiente plantea en el concreto caso de los consorcios de empresas. (E. G. C.)

2. DERECHO DE SOCIEDADES

450. DE ACUTIS, M.: «Il nuovo regime dell'invalidità della fusione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (julio-agosto), pp. 729-744 (parte prima).

El Decreto Legislativo de 16 de enero de 1991, n.º 22 adapta al normativa italiana sobre fusión y escisión de sociedades a las directivas comunitarias en materia societaria III (n.º 78/855) y VI (n.º 82/891). Su artículo 15 se recoge en el artículo 2504 quater del Codice Civile. El autor estudia este artículo, párrafo por párrafo, y lo compara con la normativa comunitaria. (Aranda/Sierra.)

451. DE ACUTIS, M.: «Comentario a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 19 de enero de 1991, n.º 502 sobre socio oculto», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 505-508 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

452. ANGELICI, C.: «Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (julio-agosto), pp. 681-702 (parte prima).

El autor analiza la posible relevancia social de las relaciones contractuales entre socio y sociedad, en los supuestos en que el socio actúa como un tercero. Para ello, examina los diversos apartados del artículo 2343 bis del Código civil. Finalmente, centrándose en la discusión de la doctrina alemana sobre el *Gesellschafterdarlehen*, y destacando la importancia jurídica de la *verdeckten Gewinnausschüttungen*, deduce como el socio actúa como tercero cuando su posición representa un instrumento de actuación de la relación social. (Aranda/Sierra.)

453. BALBI, C. E.: «Azioni di risparmio: aumento di capitale e riconversione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 21-29 (parte prima).

Atendiendo a la regulación establecida en la Ley de 7 de junio de 1974 el autor analiza las semejanzas y diferencias de estas acciones con las ordinarias; establece los

derechos del accionista ordinario (art. 14) y los del representante (art. 16). Termina estableciendo la posibilidad de conversión de estas acciones en ordinarias. (Aranda/Sierra.)

454. BECCHIS, R.: «Osservazioni a Trib. Roma 13 luglio 1990», R. D. Comm. D. O., 1991, fasc. 3-4, seconda parte, pp. 197-201. Inexistencia del acuerdo de la asamblea convocada por el Consejo de administración irregularmente convocado. (Aranda/Sierra.)

455. BELLING, Detlev, y COLLAS, Martín: «Der Schutz der Arbeitnehmer vor den haftungsrechtlichen Folgen einer Betriebsaufspaltung», *NJW*, 1991, pp. 1919 y ss.

Es frecuente que una empresa se divida en varias empresas independientes, separando sus funciones y bienes económicos entre ellas, a fin de reducir la protección social que el Derecho del Trabajo trata de garantizar a los empleados. Esta constatación mueve al autor a intentar demostrar la utilidad que para la protección de los derechos de los empelados tienen, sobre todo, las normas sobre responsabilidad contenidas en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y en la Ley sobre Acciones. A tal fin considera útil para el Derecho del Trabajo la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán acerca de la responsabilidad de empresas. (E. G. C.)

456. BENAZZO, P.: «Azione sociale di responsabilità, revoca ex lege degli amministratori in carica e nomina dei nuovi amministratori», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggio-giugno), pp. 529-576 (parte prima).

El autor expone los problemas que plantea el artículo 2393.3.º C. C. en cuanto a la revocación y sustitución de los administradores. Se cuestiona la posibilidad de que éstos gocen de electorado activo y pasivo. (Aranda/Sierra.)

457. BOERO, P.: «Sulle modalità del rifiuto di iscrizione nel registro società», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 294-298 (parte seconda).

Comentario al decreto emitido por el Tribunal de Turín el 10 de diciembre de 1990 sobre los efectos de la inscripción de los actos societarios. (Aranda/Sierra.)

458. BOGLER, Anja: «Gesellschafts und Gesellschafterhaftung bei Auseinanderfallen von Gründungs und Sitzstaat», *BB*, 1991, pp. 848 y ss.

Estudio de los problemas de la responsabilidad de las sociedades y de los socios en aquellos casos en que el Estado en que se fundó la sociedad es distinto del Estado de domicilio. (E. G. C.)

459. BORK, Reinhard: «Die als vermögenslos gelöschte GmbH im Prozeß», *JZ*, 1991, pp. 841 y ss.

Estudio acerca de las consecuencias que tiene sobre el proceso civil iniciado por una sociedad de responsabilidad limitada, el hecho de que su inscripción en el Registro sea cancelada durante el proceso por insolvente.

El autor llega a la conclusión de que, en la mayoría de los casos, la cancelación no afecta a la legitimación de la sociedad, sino solamente a su representación legal. (E. G. C.)

460. BRUNO, S.: «Notas a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 22 de junio de 1990, n.º 6278 en materia de responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 396-398. (Aranda/Sierra.)

461. CAIFA, A.: «Sull'applicabilità del termine di un anno di cui all'art. 10.1 fall. in caso di fusione di società», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1841-1844.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Roma de 6 de febrero de 1991. (**Aranda/Sierra.**)

462. CALVOSA, L.: «Sulle cc.dd. clausole di riscatto», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 115-136 (parte seconda). Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Milán de 14 de julio de 1988 sobre previsión de la cláusula de rescate de acciones sí se interrumpe la prestación accesorio, en una sociedad por acciones. (**Aranda/Sierra.**)

463. DE CASTELLO, V.: «La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 696-706 (parte seconda). Comentario al decreto de 16 de octubre de 1989 emitido por el Tribunal de Nápoles sobre las obligaciones de los administradores de una sociedad cooperativa en relación a los acuerdos adoptados en Asamblea. (**Aranda/Sierra.**)

464. DI CATALDO, V.: «Gli statuti speciali delle società azionarie», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggio-giugno), pp. 468-495 (parte prima).

Desde la perspectiva del Derecho comparado y ante al existencia de diferentes normativas especiales, el autor estudia la posibilidad de que exista más de una sociedad por acciones. Posteriormente, se centra en el análisis de los problemas sobre la titularidad de las acciones: propiedad; circulación; reglas del capital y reglas de administración. (**Aranda/Sierra.**)

465. CEDELI, S.: «Osservazioni a Tribunale Cassino, 21 novembre 1990», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, parte seconda, pp. 240-242. (**Aranda/Sierra.**)

466. COSTA, C.: «Osservazioni a Trib. Catania, 17 maggio 1990, in tema di società consortile», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 312-321 (parte seconda). (**Aranda/Sierra.**)

467. CREZELIUS, Georg: «Zu den Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen im GmbH-Recht», *BB*, 1990, pp. 2458 y ss.

En torno a las consecuencias jurídicas de las aportaciones ocultas de bienes, en el Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. (**E. G. C.**)

468. CHIAPPETTA, F.: «La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto di interessi», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 265-274 (parte prima).

El autor analiza el problema atendiendo a la norma recogida en el artículo 2391 del codice. (**Aranda/Sierra.**)

469. CHIOMENTI, F.: «Note minime in tema di nomina di amministratori s.p.a. per cooptazione», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 315-320.

Problemas del ejercicio del cargo de administrador. Consecuencias de su sustitución. (**Aranda/Sierra.**)

470. CHIONNA, V.: «Sulla c.d. inefficacia delle clausole di "mero" gradimento», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 296-309 (parte prima).

El artículo 22 de la Ley de 4 de junio de 1985, n.º 281, recogido en el artículo 2355.3 del Código establece el supuesto de ineficacia de la enajenación de acciones por la sociedad por acciones. El autor puntualiza el sentido del término ineficacia recogido en dicho precepto, llegando a la conclusión de que significa nulidad "sucesiva". (Aranda/Sierra.)

471. DAMRAU-SCHRÖTER, Heike: «Der Ausschluß eines (mißliebigen) GmbH-Gesellschafters», *NJW*, 1991, pp. 1927 y ss.

Cuando una sociedad quiere deshacerse lo más rápido posible de un socio con el que se ha enfrentado, es frecuente que los Estatutos no regulen —o lo hagan sólo insuficientemente— cómo se ha de proceder. El Derecho de sociedades de responsabilidad limitada reconoce tres vías al efecto. El artículo expone los requisitos y los efectos de cada una de ellas, con el fin de ofrecer una sugerencia global acerca de cómo expulsar al socio *non grato*. (E. G. C.)

472. DENOZZA, F.: «La conversione dei fallimenti delle società "collegate" a società fiduciarie», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abrile), pp. 174-177 (parte secunda).

Comentario a propósito de la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 18 de enero de 1991, n.º 19. (Aranda/Sierra.)

473. DESARIO, M. S.: «Numero degli amministratori e clausola di stile», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 42-49.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Milán de 4 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra.)

474. DREHER, Meinrad: «Unternehmen und Politik», *ZHR*, 1991, pp. 349 y ss. Sobre la competencia político-social de la sociedad por acciones. (E. G. C.)

475. EBENROTH, Carsten Thomas, y WILKEN, Oliver: «Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht», partes 1 y 2, *JZ*, 1991, pp. 1014 y ss., y 1061 y ss., respectivamente.

Sobre las tendencias de desarrollo del Derecho alemán de sociedades internacionales, atendiendo muy particularmente a la incidencia del Derecho comunitario.

Tras analizar, en el ámbito de la regulación europea, la Sociedad Europea de Acciones —o Societas Europaea— y la Asociación Económica Europea de Intereses, se pasa al estudio de cuestiones concretas relacionadas, por un lado, con las sociedades capitalistas y personalistas (así, por ej., la repercusión en ellas de la libertad de establecimiento en la Comunidad Europea, la admisibilidad de tipos sociales híbridos, la compatibilidad con el Derecho europeo de la doctrina de las aportaciones ocultas de bienes) y, por otro, con los trasposos transnacionales de empresas (aquí se examina, por ejemplo, la regulación de la figura del «Management Buy-Outs», sobre cuyo concepto vid. el comentario al artículo de EBKE, en este mismo apartado II.2). (E. G. C.)

476. EBKE, Werner F.: «Management Buy-Outs», *ZHR*, 1991, pp. 132 y ss.

Análisis general económico y jurídico de una forma de compra de empresas que se conoce con el término «Management Buy-Outs»; se trata de una operación a resultados de la cual quienes dirigen una empresa adquieren, ya sea solos ya sea junto con otros, las acciones de la sociedad que controla la empresa o su patrimonio. (E. G. C.)

477. ELSCHEN, Rainer, y TROMPETER, Frank: «Der Zwischenwertansatz-Das verkaufte Optimum bei der Einbringung in eine Kapitalgesellschaft», *BB*, 1991, pp. 2533 y ss.

Sobre la óptima valoración de las aportaciones a sociedades capitalistas. (E. G. C.)

478. D'ERRICO, N.: «Osservazioni ad App. bologna, 16 dicembre 1988, decre., sull'ammissibilità del conferimento a un terzo di un mandato generale ad amministrare la società», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 57-60 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

479. FAUCEGLIA, G.: «Sul procedimento per l'acquisto della qualità di socio nelle società cooperative», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 579-585 (parte seconda). Comentario a la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana de 12 de julio de 1990, n.º 7252, sobre la adquisición y condiciones de admisión de la cualidad de socio en una sociedad cooperativa. (Aranda/Sierra.)

480. FELSANI, F. M.: «Oposizione e mancato consenso dei creditori sociali nella fusione c.d. eterogenea», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, parte seconda, pp. 267-280. (Aranda/Sierra.)

481. FORTUNATO, S.: «Riflessione a margine delle proposte finali del libro bianco in tema di revisione e certificazione», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, pp. 119-133.

Análisis del documento introducido por un grupo de trabajo a propuesta del Consob en febrero de 1989 sobre el sistema de revisión y certificación de los balances. Actualidad e hipótesis de modificación. (Aranda/Sierra.)

482. FREDDI, A.: «Osservazioni a Pret. Roma 13 aprile 1989, in tema di tutela in via d'urgenza dei diritti degli azionisti de una società bancaria il cui pacchetto di maggioranza è stato venduto ad altro istituto di credito», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 142-176 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

483. GALLI, S.: «Osservazioni in tema di modificazioni del prestito obbligazionario», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggio-giugno), pp. 511-518 (parte seconda).

Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Milán de 28 de septiembre de 1989 sobre la deliberación, en la asamblea de obligacionistas de la sociedad por acciones, de la modificación de las condiciones de préstamo. (Aranda/Sierra.)

484. GAMBINO, A.: «Le mutue assicuratrici: funzione contrattuale e posizione giuridica dei soci», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 5-20 (parte prima).

Desarrollo de la mutua frente a la cooperativa provocado por la potenciación de las empresas aseguradoras en las mutuas. Ello ha motivado un cambio socio-económico y normativo de la mutua aseguradora. Por un lado, surgen dos categorías de socios ante las necesidades de capital fijo: la primaria (socio asegurado) y la secundaria u ocasional (socio sovventori), y, de otro, puede conseguir su fin a través de dos vías alternativas: transformándose en sociedad por acciones o bien utilizando la estructura jurídica capitalista. (Aranda/Sierra.)

485. GENCO, R.: «Privilegio dei crediti di cooperative di produzione e lavoro e qualificazione dell'impresa mutualistica», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 759-7 (parte seconda).

Comentario a las ST del Tribunal de apelación de Bolonia de 22 de septiembre de 1990 y del Tribunal de Modena de 21 de enero de 1988 sobre sociedades cooperativas de producción y trabajo. (Aranda/Sierra.)

486. DI GIANDOMENICO, G.: «Beni immateriali e programmi per elaboratore», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 65-96.

Relevancia jurídica de la elaboración conceptual de bienes inmateriales. Información y bienes inmateriales. (Aranda/Sierra.)

487. GIULIANI, F.: «Interesse sociale e determinazione del compenso dell'amministratore-socio», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 95-106 (parte seconda). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Milán de 27 de abril de 1989 sobre la deliberación de la asamblea de las sociedades de capital. (Aranda/Sierra.)

488. HABERSACK, Mathias: «Genußrechte und sorgfaltswidrige Geschäftsführung», *ZHR*, 1991, pp. 378 y ss.

Sobre la protección al titular de derechos de disfrute frente a los perjuicios que puedan derivarse para su valor económico de una negligente administración de la sociedad. (E. G. C.)

489. HEINEMANN, Klaus: «Gesellschafter am seidenen Faden?», *ZHR*, 1991, pp. 447 y ss.

El tema tratado es la libre revocabilidad de las donaciones de participaciones sociales. Se analiza, en primer lugar, si es posible reservarse en el contrato de donación el derecho a revocarla libremente; caso de que se considere admisible, se plantea la cuestión —que el artículo sigue examinando— de si esta reserva puede ser tratada o no de igual modo que la revocación por ingratitud. (E. G. C.)

490. HELOT, Sylvie: «La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux», *RDS*, n.º 20, 1991, Chronique, pp. 143-144.

El autor mantiene la vigencia del intuitus personae en la sociedad de capitales, en tanto fundamento de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones que representan las cláusulas de consentimiento de la cesión y de la adquisición. (L. M. L. F.)

491. IBRA, C.: «La "legificazione" della Monte titoli s.p.a.», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-aprile), parte prima, pp. 191-209.

Problemas constitucionales que presenta la adecuación de los estatutos de los Montes de Títulos como sociedades por acciones a la Ley de 19 de junio de 1986, n.º 289. (Aranda/Sierra.)

492. JEANTIN, Michel: «Commentaire de la loi n.º 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral», *SJ*, n.º 19-20, 1991, Doctrine, 3504, pp. 165-180.

Amplio comentario de la regulación *ad hoc* establecida en nuestro país vecino para las sociedades mercantiles que tengan por finalidad el ejercicio de profesiones liberales. (L. M. L. F.)

493. KEMPERMANN, Peter: «Die Formbedürftigkeit der Abtretung einer Beteiligung an einer GmbH & Co KG», *NJW*, 1991, pp. 684 y ss.

En torno a los requisitos de forma para la cesión de una participación en una sociedad de responsabilidad limitada y en una sociedad en comandita. (E. G. C.)

494. KOPPENSTEINER, Hans-Georg: «GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Outs», *ZHR*, 1991, pp. 97 y ss.

Examen de algunos de los problemas jurídicos que la operación conocida como «Management Buy-Outs» (sobre cuyo concepto vid. el comentario al artículo de EBKE, en este mismo Apartado II.2) plantea cuando en ella intervienen sociedades de responsabilidad limitada. (E. G. C.)

495. LUMBAU, D.: «La partecipazione di società di capitale e società personali: situazione presente e tendenze evolutive», R. D. Comm. D. O., 1991, fasc. 5-6, parte seconda, pp. 221-230. Comentario a la ST de la Corte de Casación de 17 de octubre de 1988. (Aranda/Sierra.)

496. MAIENZA, A.: «Brevi note in tema di deroghe statutarie alle maggioranze deliberative e costitutive delle assemblee ordinarie delle s.p.a.», Giur. Comm., 1991, 18.2 (marzo-abril), pp. 299-311 (parte segunda). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Milán de 6 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra.)

497. MARANO, P.: «Legittimazione attiva del rappresentante comune degli azionisti di risparmio ed emissione di azioni di risparmio con sovrapprezzo», Giur. Comm., 1991, 18.5 (septiembre-octubre), pp. 783-786 (parte segunda).

Anotación a la ST del Tribunal de Milán de 6 de diciembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

498. MARANO, P.: «Considerazioni sulla ratifica di un negozio posto in essere in nome di una costituenda società di capitali e su di un presunto obbligo di verbalizzazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione», Giur. Comm., 1991, 18.2 (marzo-abril), pp. 248-261 (parte segunda).

Estudio elaborado por el autor ante la decisión emitida por la sección II de la Corte de Casación Civil el 5 de mayo de 1989, n.º 2127. (Aranda/Sierra.)

499. MARTIN, Jean-Francois: «Les Membres du Conseil de Surveillance sont-ils des Dirigeants Sociaux au sens de la Loi du 25 janvier 1985?», *GP*, 15 de enero de 1991, Doctrine, pp. 24-26 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor estima que en la Sociedad Anónima Dualista los miembros del Consejo de Vigilancia no están sujetos al mismo estatuto que los componentes del directorio, no siendo por ello responsables del pasivo social, ni sometidos a las inhabilitaciones establecidas por la Ley para los supuestos de rehabilitación o liquidación judicial de la persona jurídica, a menos que intervengan habitualmente en la gestión de la sociedad, circunstancia que guardará relación con la definición estatutaria de las operaciones sometidas a autorización previa. (L. M. L. F.)

500. MARTORANO, F.: «Riflessioni sull'art. 2329, n.º 3 C. C. in relazione alle società esercenti l'attività bancaria», *BBTC*, 1991, fasc. IV (julio-agosto), pp. 421-443 (parte prima).

Estudio doctrinal crítico sobre el requisito de la autorización exigida por el artículo 2392.3 para constituir una sociedad. Consecuencias del defecto de autorización. (Aranda/Sierra.)

501. MASTRELLI, M.: «Ancora sul versamento dei decimi nelle operazioni di ricapitalizzazione», Giur. Comm., 1991, 18.3 (Maggio-giugno), pp. 521-523 (parte segunda). Comentario de los decretos emitido por el Tribunal de Brescia el 6 de diciembre de 1988, y por el Tribunal de Apelación de Brescia el 30 de marzo de 1989 sobre la posible aplicación de los artículos 2446 y 2447 C. C. (Aranda/Sierra.)

502. MASTROGIACOMO, M.: «Osservazioni a Trib. Latina, 12 ottobre 1990, in tema di decreto di nomina dei liquidatori nella società di capitali», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 665-667 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

503. MAUGERI, M.: «L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CE», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 745-762 (parte prima).

La incorporación en el Codice civile de los artículos 2504 septies; 2504 opties; 2504 novies, y 2504 decies, producida como consecuencia de las especialidades que en materia de escisión de sociedades ha provocado la adaptación de la normativa italiana (a través del Decreto Legislativo 22/91 de 16 de enero), a la normativa comunitaria (Directiva 891/82). El artículo que reseñamos se centra en el análisis del artículo 2504 septies sobre forma de escisión. (Aranda/Sierra.)

504. MAURIZI, A.: «Sull'applicabilità della sospensione ai sensi dell'art. 2378, 4 comma C. C. alla deliberazione di nomina degli amministratori di s.p.a.», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 49-53.

Comentarios a la sentencia del Tribunal de Milán de 4 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra.)

505. DI MAURO, N.: «Cause di scioglimento e nomina dei liquidatore nelle società per azioni: poteri del presidente del tribunale», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1686-1690.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 6 de abril de 1991, n.º 3602. (Aranda/Sierra.)

506. DI MAURO, N.: «In tema de opposizione dei creditori alla delibera di diffusione», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1447-1448.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 5 de marzo de 1991, n.º 2321. (Aranda/Sierra.)

507. MORERA, U.: «Osservazioni a Trib. Roma 13 luglio 1990», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, seconda parte, pp. 201-202. Inexistencia del acuerdo de la asamblea convocada por el Consejo de administración irregularmente convocado. (Aranda/Sierra.)

508. MORERA, U.: «Sulla decadenza automatica dalla carica di Direttore generale nell'amministrazione straordinaria delle aziende di credito», *BBTC*, 1991, fasc. IV (luglio-agosto), pp. 559-564 (parte seconda). Comentario a la decisión de la Pretura di Crema de 24 de enero de 1990 y 26 de febrero de 1990 sobre suspensión por vía de urgencia del acto del Comisario extraordinario de destitución del director general. (Aranda/Sierra.)

509. MOSCO, G.D.: «La dodicesima direttiva CE sulle società unipersonali e riconversione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 30-60 (parte prima).

A raíz de la Directiva de la CE sobre la sociedad de responsabilidad limitada con un socio único, el autor realiza un estudio sobre el proceso de transformación, en Italia, de las sociedades de capital en sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Para ello, estudia el contenido de dicha directiva en relación con su propuesta inicial; su obligatoriedad para los Estados miembros, y, los problemas de adaptación al Derecho nacional. (Aranda/Sierra.)

510. MOTTI, C.: «Revoca dell'omologazione di società iscritta nel registro delle imprese e modificazioni dell'atto costitutivo in corso di procedimento», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 137-162 (parte seconda). Estudio a propósito de las Sentencias del Tribunal de Lecce de 10 de febrero de 1989 y Tribunal de Apelación de Lecce de 28 de junio de 1989 sobre el acto constitutivo y el objeto social de la sociedad de capital. (Aranda/Sierra.)

511. NICCOLINI, G.: «Scioglimento, liquidazione ed estinzione di società di capitali (prima puntata)», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 772-797 (parte prima).

Reseña de la situación doctrinal y jurisprudencial en torno a las causas que provocan estas situaciones en las empresas y su posible operatividad. (Aranda/Sierra.)

512. NICCOLINI, G.: «Scioglimento, liquidazione ed estinzione di società di capitali (seconda puntata)», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 975-1001 (parte prima).

Segunda parte del estudio jurisprudencial iniciado por el autor y recogido en esta revista, n.º 18.4. Se centra en la liquidación, cancelación y extinción de la sociedad. (Aranda/Sierra.)

513. OPPO, G.: «Futuro della cooperativa e futuro della cooperazione», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 1-10.

Intervención en la mesa redonda «¿Cuál es el futuro de la disciplina jurídica de la sociedad cooperativa?» del Convenio internacional del estudio en memoria de Piero Verrucoli sobre «La sociedad cooperativa en los años noventa, problemas y perspectivas». (Aranda/Sierra.)

514. PALMIERI, G.: «Nomina dei nuovi amministratori ex art. 2393.3 C. C., conflitto d'interessi e "casting vote"», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abril), pp. 332-341 (parte segunda). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 28 de septiembre de 1988. (Aranda/Sierra.)

515. PALMIERI, G.: Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a., *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 61-102 (parte prima).

La problemática de la configuración y relevancia de la simulación en las sociedades por acciones. Posición doctrinal y jurisprudencial. Posible aplicación del artículo 2332 del código y su valor en relación con las experiencias del Derecho comparado. La simulación de la participación social: sus problemas. (Aranda/Sierra.)

516. PAOLINI, E.: «Scissione di società», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 831-874.

El autor analiza el proceso de escisión de las sociedades en el Derecho italiano antes de la entrada en vigor de la normativa comunitaria. (Naturaleza jurídica, figuras afines y tipos de escisión.) Posteriormente, se centra en el análisis de la figura tras la nueva normativa establecida por el Decreto Legislativo 22/90 recogida en el artículo 2358 del Codice (ámbito de aplicación, procedimiento, tutela de los obligacionistas; eficacia e invalidez). (Aranda/Sierra.)

517. PAOLUCCI, L. F.: «La partecipazione di cooperative in società di capitali», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 133-139.

El autor analiza el tema a raíz de la modificación legal en materia de cooperativas con la Ley de 19 de marzo de 1983, n.º 72 denominada *Legge Visentini bis*. (Aranda/Sierra.)

- 518. PASCHKE, Marian:** «Die fehlerhafte Korporation», *ZHR*, 1991, pp. 1 y ss.
Sobre la doctrina de la corporación defectuosa y su regulación (objetivos de esta regulación, sus fundamentos, la ponderación de intereses que en ella está en juego, su impregnación por el Derecho de la Comunidad Europea, etc.) (E. G. C.)
- 519. PORTALE, G. B./DOLMETTA, A.:** «L'assunzione di partecipazione in compagnia assicurativa-ramo vita da parte di sezione di credito speciale», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 1-14 (parte prima).
Estudio sobre el problema y la normativa existente en torno a la autorización de los bancos para adquirir participaciones en el capital de empresas de seguros. Confirmación de la tesis mantenida en este estudio, elaborado el 19 de febrero de 1990, por el Decreto Ministerial de 4 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra.)
- 520. RADICI, M.:** «Notas al Decreto de 13 de noviembre de 1989 emitido por el Tribunal de Cassino sobre aplicación del artículo 2544 a la sociedad cooperativa», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 695 y ss. (parte prima). (Aranda/Sierra.)
- 521. RAGAZZINI, G.:** «I soci sovventori nelle mutue assicuratrici e nelle società cooperative», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 331-362.
Estudio crítico doctrinal sobre la naturaleza jurídica de estos socios; sus derechos y deberes, y, las recientes propuestas legislativas de la figura elaboradas por Zangheri, Borgoglio y Martinazzoli. (Aranda/Sierra.)
- 522. ROITMAN, H.:** «I gruppi societari nel diritto argentino», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 49-64.
Precedentes argentinos. La Ley de Sociedades de Quiebras. Sanciones en caso de quiebra. Control de sociedades y participación. (Aranda/Sierra.)
- 523. ROTH, Günter H.:** «"Schütt aus hol zurück" als verdeckte Sacheinlage», *NJW*, 1991, pp. 1913 y ss.
Acerca de los problemas jurídicos que suscitan ciertas aportaciones de bienes que se hacen encubiertamente a las sociedades de capital, como es el caso de las aportaciones de dinero procedente del reparto de beneficios. (E. G. C.)
- 524. ROTH, Günter H.:** «Die Kleine Erwerbsgesellschaft zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht», *ZHR*, 1991, pp. 24 y ss.
Presentación y examen crítico de la Ley austríaca sobre «sociedades de ganancias», de 25-4-1990, y análisis de las consecuencias que de ella pueden extraerse para el Derecho alemán. (E. G. C.)
- 525. SALIMEI, P. M.:** «Scioglimento della società per impossibilità di funzionamento o continuata inattività della assemblea. Poteri del presidente del Tribunale ex art. 2450 C. C.», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, seconda parte, pp. 180-187. Comentario a la ST del Tribunal de apelación de Roma de 20 de febrero de 1989. (Aranda/Sierra.)
- 526. SANDRI, S.:** «Fusioni e proprietà industriale», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 657-669.
Repercusiones en ambos institutos con la llegada del Mercado Unico Europeo. Las previsiones legales comunitarias sobre el problema. (Aranda/Sierra.)

527. SANTARSIERE, V.: «Aumento del capitale di s.p.a. con sacrificio del diritto di opzione. Rilevanza dell'informativa», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. I, 1331-1343.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Potenza de 11 de enero de 1991. (**Aranda/Sierra.**)

528. SANTOSSUOSO, D. U.: «Osservazioni a Cass. 16 giugno 1990, n.º 6080», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, seconda parte, pp. 163-167. Sentencia dictada en materia de transmisión de participaciones sociales. (**Aranda/Sierra.**)

529. SCANO, D.: «Osservazioni a App. Cagliari 19 dicembre 1989», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 3-4, seconda parte, pp. 189-196. En materia de inadmisibilidad de prórroga de sociedad. (**Aranda/Sierra.**)

530. SCHNEIDER, Uwe H.: «Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts», *NJW*, 1991, pp. 1985 y ss.

El autor trata de demostrar, utilizando el ejemplo de la regulación del contrato bancario, que la armonización del Derecho Privado en la Comunidad Europea sólo puede realizarse limitadamente, dada la existencia de diferencias esenciales, sobre todo en la política de instrumentos de ajuste, así como en los respectivos ámbitos de aplicación de los proyectos de armonización. (**E. G. C.**)

531. SEMINARA, S.: «Disposizioni penali in materia di società e di consorzi (prima puntata)», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 123-156 (parte prima).

Estudio jurisprudencial sobre las normas penales en materia de sociedades y consorcio. (**Aranda/Sierra.**)

532. SEMINARA, S.: «Disposizioni in materia di società e di consorzi (seconda puntata)», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 325-364 (parte prima).

Conclusión del estudio jurisprudencial iniciado en el número uno de esta misma revista. (**Aranda/Sierra.**)

533. STORCHI, M. C.: «Note in tema di fusione di società irregolari», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 268-291 (parte seconda). Comentario a la Sentencia de la sección III de la Corte de Casación Civil de 11 de enero de 1989, n.º 58. (**Aranda/Sierra.**)

534. TASSINARI, F.: «Questioni in materia di decorrenza del termine per l'attuazione della fusione tra società», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 672-678 (parte seconda). Reseña al Decreto de 26 de junio de 1990 emitido por el Tribunal de Milán sobre la aplicación del término de oposición de los acreedores en los casos de fusión (art. 2503.1.º Codice Civiel). (**Aranda/Sierra.**)

535. VALIN, Gérard et LE ROY, Hervé: «L'émission de Titres Participatifs en Europe par les Sociétés d'Assurances Mutuelles», *GP*, 20-21 de marzo de 1991, Doctrine, pp. 8-20.

El autor señala como los títulos participativos (valor mobiliario a medio camino entre la acción y la obligación), responden perfectamente, tanto a los deberes a que están sometidas las sociedades mutuas de seguros, como a sus dificultades para obtener financiación, defendiendo por ello su utilización por dichas entidades, si bien sometida al control casuístico de la autoridad administrativa del país de la sede social. (**L. M. L. F.**)

536. WEBER, Dolf: «GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Outs», *ZHR*, 1991, pp. 120 y ss.

Examen de algunos de los problemas jurídicos que la operación conocida como «Management Buy-Outs» (sobre cuyo concepto vid. el comentario al artículo de EBKE, en este mismo Apartado II.2) plantea cuando en ella intervienen sociedades de responsabilidad limitada. (E. G. C.)

537. WEIGMANN, R.: «Osservazioni a Cass., 7 luglio 1989, n.º 3228, in tema di operazioni compiute dalla società prima dell'iscrizione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 24-31 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

538. ZANINI, G.: «Clausola di delega ad apportare agli atti societari le aggiunte, soppressioni e modificazioni richieste dall'autorità giudiziaria in sede di omologazione: il punto della situazione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 683-690 (parte seconda). Comentario al decreto emitido por el Tribunal de Cassino de 1 de junio de 1990 sobre modificación del acto constitutivo de una sociedad de capital por un delegado. (Aranda/Sierra.)

539. ZÖLLNER, Wolfgang: «Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH», *ZHR*, 1991, pp. 168 y ss.

Los llamados «contratos de compromiso de voto» son aquéllos mediante los cuales los socios se obligan a ejercitar su derecho de voto, no libremente, sino en un determinado sentido, sea en el que se especifique ya en el mismo contrato, sea conforme a lo que le sea indicado concretamente más adelante.

El autor analiza los límites y los efectos de estos contratos, en particular en las sociedades de responsabilidad limitada. (E. G. C.)

540. ZUTT, Jürg: «Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmbindungen», *ZHR*, 1991, pp. 190 y ss.

El autor examina la protección jurídica provisional de los llamados «compromisos de voto» (sobre su concepto, vid. *supra*, el comentario de Zöllner, en este mismo Apartado II.2), concretamente, la forma de hacer valer procesalmente estos compromisos en el procedimiento de urgencia, utilizando sobre todo el ejemplo de las sociedades de responsabilidad limitada. (E. G. C.)

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRAFICO

541. BAGNOLI, M.: «Insolvenza dell'agente di cambio e procedure concorsuali», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 72-77 (parte seconda).

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Roma de 6 de julio de 1989. (Aranda/Sierra.)

542. BASILE, M.: «Notas a la sentencia de la sección 1.ª del Tribunal de Casación Civil de 10 de abril de 1990, n.º 2983 sobre asociaciones no reconocidas», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 12-16. (Aranda/Sierra.)

543. BOLLINO, G.: «Ora anche per la giurisprudenza le modificazioni statutarie delle Casse di Risparmio sono legittime», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-aprile), pp. 249-259 (parte seconda). Artículo a propósito de la Sentencia del Tribunal de Prato de 13 de enero de 1990 sobre validez de la modificación estatutaria de las cajas de ahorro. (Aranda/Sierra.)

544. CAPRIGLIONE, F.: «Evoluzione del sistema finanziario e riforme legislative (Prime riflessioni sulla legge "Amato")», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 42-65 (parte prima).

El estudio comienza con el análisis de la legislación bancaria surgida tras la crisis económica de 1929-30 ante los cambios económicos y la incidencia de las directivas comunitarias en la materia, esencialmente la directiva 88/361 sobre liberalización de los movimientos de capital. Continúa manifestando la importancia de la Ley 218 de 1990 sobre adecuación de los entes de crédito públicos al esquema de la sociedad por acciones, y, finaliza expresando la internacionalización de los sistemas económicos y la ampliación de los mercados. (Aranda/Sierra.)

545. CHIAPPETTA, F.: «I contratti d'investimento, la violazione della disciplina sulla sollecitazione del pubblico risparmio ed il problema della nullità cd. virtuale», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 80-84.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Torino de 19 de diciembre de 1989. (Aranda/Sierra.)

546. FERRARINI, G.: «I modi della sollecitazione del risparmio», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 15-41 (parte prima).

El autor estudia las posibilidades de solicitud (oferta pública de valores mobiliarios; publicidad financiera semejante al modelo inglés del Financial Services Act. de 1986, sección 158, y, residualmente, el «puerta a puerta») recogidas en la Ley de 23 de marzo de 1983, n.º 77, en vías de reforma mediante el artículo 1/18 de la Ley 216. (Aranda/Sierra.)

547. LOBUONO, M.: «Le regole di comportamento degli intermediari mobiliari tra istanze professionali e disciplina del mercato: l'esperienza inglese e francese», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 99-138.

Estudio sobre la tendencia de profunda renovación del mercado financiero italiano ante las reformas del mercado anglosajón y francés. Se subraya el surgimiento de nuevos intermediarios y la creación de nuevos instrumentos financieros como medios de pago. (Aranda/Sierra.)

548. MARRA, L.: «La nuova disciplina creditizia e la decadenza della carica e della funzioni del direttore di banca», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 922-923.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 7 de diciembre de 1990, n.º 11753. (Aranda/Sierra.)

549. MERUSI, F.: «Tre obiettivi per un cannone: la c.d. privatizzazione delle banche pubbliche in Italia», *BBTC*, 1991, fasc. IV (luglio-agosto), pp. 444-452 (parte prima).

La Ley de 30 de julio de 1990, n.º 218 (Ley Amato) recoge en un canon los tres objetivos previstos para adaptar la banca italiana al Mercado común. El proyecto legal de transformación se centra en al racionalización del sistema de la banca pública mediante concentración. El autor señala como única solución la privatización de la forma jurídica: transformación de la banca pública italiana en sociedad por acciones. (Aranda/Sierra.)

550. PETTITI, P.: «Il caso Société Générale de Belgique: spunti per una riflessione sulle offerte pubbliche di acquisto», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 1-2, pp. 128-137.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bruselas de 19 de enero de 1988. (Aranda/Sierra.)

551. DE POLI, M.: «Banca e automazione: il servizio Bancomat», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-abril), parte seconda, pp. 115-143.

La informatización bancaria ha provocado cambios en el sistema de pago bancario. En este artículo se realiza un estudio del sistema nacional BANCOMAT. (Aranda/Sierra.)

552. SANTARSIERE, V.: «Delle quote di risparmio. Nullità del negozio di sottoscrizione per il vincolo perpetuo», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I 2437-2440.

Comentario a la ST de App. de Firenze de 20 de mayo de 1991. (Aranda/Sierra.)

4. CONTRATOS MERCANTILES

553. AGOSTINELLI, R.: «Struttura e funzione dei contratti di swap», *BBTC*, 1991, fasc. IV (julio-agosto), pp. 437-442 (parte seconda). Observaciones a la decisión de la Cámara de los Loes inglesa de 24 de enero de 1991 sobre el contrato de swap. (Aranda/Sierra.)

554. ANCESCHI, P.: «Ancora in tema di falsità da prospetto», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (julio-agosto), pp. 629-639 (parte seconda). Estudio a propósito de la Sentencia de Apelación del Tribunal de Milán de 30 de julio de 1990 sobre la aplicación del artículo 18.5.º de la Ley de 7 de junio de 1974, n.º 216, en los casos de falsedad de un folleto publicitario de una sociedad y sus consecuencias. (Aranda/Sierra.)

555. BARBIERA, L.: «Inefficacia parziale della fideiussione omnibus», *RDC*, 1991, n.º 3 (mayo-junio), parte prima, pp. 223-228.

El autor expone los problemas que surgen de este tipo de garantía bancaria en relación con los artículos 2740 y 2741 sobre la ampliación de responsabilidad y la transgresión de la buena fe. (Aranda/Sierra.)

556. BASEDOW, Jürgen: «Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht», *NJW*, 1991, pp. 785 y ss.

La Directiva 88/357 del Consejo de la CE establece la libre prestación de servicios para el seguro directo, con la excepción del seguro de vida. Parte de la Directiva es una detallada regulación del Derecho interno alemán del contrato de seguro, que el legislador alemán ha incorporado al Derecho interno alemán (concretamente, a los arts. 7 a 14 de la Ley de introducción a la Ley del Contrato de Seguro, *Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz, EGVVG*).

El autor analiza las nuevas normas de conflicto y las valora desde el punto de vista de la técnica jurídica y del método. (E. G. C.)

557. BAUER, Günter: «Die Rechtssprechung zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) im Jahre 1990», *NJW*, 1991, pp. 1335 y ss.

Resumen de la jurisprudencia alemana en 1990 sobre las condiciones generales en el seguro de defensa jurídica. (E. G. C.)

558. BELZ, Friedbert: «La Protection de Systèmes Exclusifs de Distribution Sélective par la Jurisprudence Allemande», *GP*, 5-7 de mayo de 1991, Doctrine, páginas. 5-8.

Examen del modo en que la jurisprudencia alemana viene interpretando los conceptos de estanqueidad teórica y práctica, exigidos como presupuesto para la tutela jurídica de las redes de distribución selectiva. (L. M. L. F.)

559. BENATTI, F.: «La deroga agli art. 1956 e 1957», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-abrile), pp. 164-175 (parte prima).

Estudio sobre la posible validez o no de la derogación de los artículos 1956 y 1957 en los modelos de fianza bancaria. Para ello expone y analiza los criterios de las tesis contrarias a la derogación, llegando a la conclusión de la validez de su derogación limitando el comportamiento abusivo de la banca mediante la *exceptio doli generalis*. (Aranda/Sierra.)

560. BIANCA, M.: «Anotación a la decisión del Colegio arbitral de 17 de julio de 1990 sobre incumplimiento del contrato de esponsorización deportiva», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 576-578 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

561. BONET, Georges: «Distribution sélective des parfums: les arrêts sur renvoi après cassation», *RDS*, n.º 2, 1991, Chronique, pp. 9-16.

Examen crítico de la más reciente doctrina derivada de las decisiones de los Tribunales de Apelación de Dijon y Lyon. Presentan especial interés las consideraciones relativas a la licitud de las redes de distribución selectiva, y los efectos frente a los terceros (vendedores no agregados) de los contratos concluidos entre el fabricante y sus distribuidores agregados. (L. M. L. F.)

562. BORTOLOTTI, F.: «La legge antitrust: ámbito di applicazione e status delle intese compatibili con la libertà di concorrenza», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 597-638.

Delimitación del ámbito de aplicación de la Ley antitrust de 1990 en relación con la normativa comunitaria. Como conclusión de su estudio el autor se decanta por una aplicación restrictiva de la ley. (Aranda/Sierra.)

563. BRUGGI, M. I.: «Osservazioni a Cassazione, 16 giugno 1990, n.º 6081, in tema di polizza fideiussoria», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 712-715 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

564. CAMARDI, C.: «Note problematiche in tema di emissione di quote di partecipazione al patrimonio da parte di Casse di Risparmio», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 77-93 (parte seconda). Notas a la Sentencia del Tribunal de Prato de 13 de enero de 1990 sobre el posible litisconsorcio necesario en los casos de relaciones contractuales plurisubjetivas. (Aranda/Sierra.)

565. CAPPONI, M. C.: «Comentario a la Sentencia de la sección I de la Corte de Casación de 20 de marzo de 1990, n.º 2322, en materia de contrato de seguro: subrogación del asegurador», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 271-275. (Aranda/Sierra.)

566. DI CATALDO, V.: «Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 111-124.

El autor estudia la relación del Código de autodisciplina publicitaria con el ordenamiento estatal. Continúa analizando las modalidades de adhesión a dicho código (por

vía asociativa y contractual). Y, finaliza su trabajo, deteniéndose en el examen sobre el control de las normas del código y de su ejecución. (Aranda/Sierra.)

567. CERVEAU, B.: «Assurance de Protection Juridique, les décrets d'application fixant les modalités de gestion des sinistres», *GP*, 28 de febrero de 1991, *Doctrine*, pp. 75-78 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

El autor comenta las normas de transposición al derecho francés de la Directiva Comunitaria sobre Defensa Jurídica, señalando como, de las tres alternativas permitidas a las compañías aseguradoras: gestión de los siniestros por empresa jurídicamente distinta, servicio interno diversificado en el seno de la propia sociedad, o designación de un abogado desde el momento de declaración del siniestro, son las dos primeras opciones las inicialmente más utilizadas. (L. M. L. F.)

568. CICALA, R.: «Sul contratto autonomo di garanzia», *RDC*, 1991, n.º 2 (marzo-abril), parte prima, pp. 143-152.

Penencia presentada al Congreso de civilistas italianos celebrada en Venecia los días 23-24 de junio de 1988, en la que el autor se centra en la aclaración de puntos debatidos sobre el contrato autónomo de garantía (riesgos; objeto y mandato del deudor-garante) así como sobre el pacto de no oponibilidad de excepciones relativas a la relación de valuta. (Aranda/Sierra.)

569. CLEMENT, Jean-Paul: «La Nouvelle Donne Juridique de la Franchise», *GP*, 14-15 de junio de 1991, *Doctrine*, pp. 2-11.

Los problemas planteados en los contratos de colaboración empresarial por la posibilidad de que una de las partes abuse de su posición dominante, han llevado al legislador francés a adoptar una serie de medidas que, aún partiendo del principio de libertad contractual, vienen a imponer un mayor rigor en la información a suministrar en la fase precontractual cuyo concreto contenido constituye el objeto del presente comentario. (L. M. L. F.)

570. DENOZZA, F.: «La Cassazione e la risoluzione del leasing», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 845-857 (parte prima).

Exposición de la problemática que se plantea en los supuestos de resolución del contrato de leasing. Posible aplicación alternativa de los artículos 1526 y 1458.1.º y problemas que representa. (Aranda/Sierra.)

571. DITTA, E.: «Comentario a la ST del Tribunal de Génova de 13 de agosto de 1990 sobre el objeto del contrato de viaje», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 445-448 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

572. EL-MOKHTAR BEY: «Du Contrat de "Facilities Management"», *GP*, 12 de enero de 1991, *Doctrine*, pp. 19-23 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

Análisis de esta figura contractual, centrado en torno a su definición y naturaleza jurídicas y a los derechos y obligaciones que para las partes derivan del mismo. El autor concluye que es un contrato de empresa (y, por tanto, podríamos afirmar que mercantil), cuyo objeto consiste en el tratamiento por un tercero, a cambio de la remuneración pactada y bajo su responsabilidad, de todo o parte de la informática de su cliente. (L. M. L. F.)

573. FRANZOSI, M.: «La protezione del disegno industriale (Unmittelbare Leistungübernahme quale base della protezione)», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 97-110.

Planteamiento de los diversos problemas que surgen en el sector debidos a la normativa existente y a la tardanza de los proyectos. (Aranda/Sierra.)

574. GIAMPIERI, A.: «Comentario a la ordenanza de la Pretura de Perugia, sección Foligno, de 28 de mayo de 1990 sobre crédito documentario irrevocable», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 671-679 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

575. GIUFFRIDA, A.: «Profili problematici del c.d. brokeraggio», *GC*, fasc. I, pp. II, 27-35.

El autor realiza el estudio de la figura del broker en el marco de las directivas comunitarias. Perfil administrativo, deontológico, etc. (Aranda/Sierra.)

576. DI GREGORIO, V.: «Leasing e prassi contrattuale», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (julio-agosto), pp. 414 y ss. (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

577. IZZO, N.: «In tema di validità delle clausole limitative del valor degli oggetti da immettere nelle cassette di sicurezza», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2453-2454.

Comentario a la ST de App. de Roma de 6 de noviembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

578. KLINGSPORN, Burkhard: «Zum Widerruf von Bürgschaftserklärungen bei Haustürgeschäften», *NJW*, 1991, pp. 2259 y ss.

Sobre la revocación de las declaraciones de fianza en los negocios a domicilio. (E. G. C.)

579. LENER, R.: «Osservazioni in tema di emissione di "quote di risparmio" da parte di Casse di Risparmio», *BBTC*, 1991, fasc. IV (julio-agosto), pp. 470-476 (parte seconda). Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de Apelación de Firenze de 20 de mayo de 1991 sobre emisión de cuotas de ahorro por la Caja de Ahorros. (Aranda/Sierra.)

580. LIBERTINI, M.: «Le condizioni generali di contratto del monopolista legale», *CI*, 1991, n.º 2 (mayo-agosto), pp. 579-596.

Análisis del problema atendiendo a la regulación legal recogida en el artículo 2597 del Codice y en la Ley Antitrust italiana de 10 de octubre de 1990, n.º 287. (Aranda/Sierra.)

581. LUCCHINI, E.: «Risoluzione del contratto di locazione finanziaria: un interessante soluzione del Tribunale di Milano», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (julio-agosto), pp. 655-662 (parte seconda). Observaciones a la Sentencia del Tribunal de Milán de 6 de diciembre de 1990 sobre configuración y resolución del contrato de *leasing* financiero. (Aranda/Sierra.)

582. MAIMERI, F.: «Servizi bancari: la cassa continua versamenti e la carta assegni», *BBTC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), pp. 66-88 (parte prima).

Análisis de la naturaleza jurídica, responsabilidad de las partes y aspectos probatorios de estas operaciones surgidas en Italia durante los años sesenta. (Aranda/Sierra.)

583. MARTINEK, Michael: «Der Bereicherungsausgleich bei veranlaßter Dritteistung auf fremde nichtbestehende Schuld», *JZ*, 1991, pp. 395 y ss.

Comentario a la Sentencia del Alto Tribunal alemán (BGH) de 28-11-1990, para un caso en que una compañía aseguradora había pagado, a instancias de su asegurado

(tomador de un seguro de responsabilidad civil), una indemnización a una persona, pese a que ésta carecía de derecho a indemnización; el Tribunal admitió que la aseguradora tenía acción directa contra el acreedor aparente para obtener la debida compensación por su injustificado enriquecimiento. Con ello, la sentencia rompe la anterior línea del BGH. (E. G. C.)

584. MORENI, G.: «Comentario a la Sentencia de la sección 1.^a de la Corte de Casación Civil de 14 de noviembre de 1989, n.º 4849 sobre contrato de seguro», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 3-5. (Aranda/Sierra.)

585. MUNARI, A.: «Trasferimento e affitto dell'azienda in relazione all'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-aprile), pp. 231-240 (parte seconda).

Comentario a la Sentencia de la sección laboral de la Corte de Casación Civil de 15 de enero de 1990, n.º 123 sobre transmisión de la empresa mercantil. (Aranda/Sierra.)

586. NAGEL, Bernhard: «Schuldrechtliche Probleme bei Just-in-Time Lieferbeziehungen», *BB*, 1991, pp. 319 y ss.

Consideración de los problemas jurídicos que plantean las relaciones de suministro en la figura del «just-in-time», utilizando como ejemplo el campo de la industria del automóvil; se trata de una estrategia de producción, consistente en que el suministrador se integra en el proceso productivo del fabricante. (E. G. C.)

587. NUZZO, E.: «Lease-back, elusione, potere degli organi ispettivi», *BBTC*, 1991, fasc. IV (luglio-agosto), pp. 453-483 (parte prima).

Estudio del contrato del lease-back: estructura, contenido, su relación con el pacto comisorio. (Aranda/Sierra.)

588. PADOVINI, F.: «Contratto autonomo di garanzia e contratti standard», *CI*, 1991, n.º 1 (enero-abril), pp. 125-132.

El problema del contrato autónomo de garantía (Garantievertrag) en relación con el régimen de excepciones oponibles por el garante al beneficiario de la garantía. Su posible inserción en la relación contractual standard. (Aranda/Sierra.)

589. PALISI, F.: «Anotación a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 5 de julio de 1990, n.º 7075 en materia de libreta de ahorros al portador como contrato bancario», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 438-441 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

590. PANZANI, L.: «La revocatoria delle rimesse di conto corrente: saldo contabile, saldo disponibile e saldo per valuta», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 600-607 (parte seconda). Anotaciones a la Sentencia de la sección I de la Corte de Casación Civil de 29 de mayo de 1990, n.º 5023, en materia de determinación del saldo cubierto y descubierto de una cuenta corriente. (Aranda/Sierra.)

591. DE RENZIS, L.: «Anotaciones a la Sentencia de 16 de febrero de 1990 del Tribunal de Verona en materia de giro bancario», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, pp. 152-154. (Aranda/Sierra.)

592. REVIGLIONO, P.: «Osservazioni sulla responsabilità ex art. 2331.2 C. C.», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 42-55 (parte seconda).

Comentario a la Sentencia de la sección II de la Corte de Casación Civil italiana de 5 de mayo de 1989, n.º 2127 sobre contratación y ratificación de los contratos por sociedades de capital. (Aranda/Sierra.)

593. RIVOLTA, G. C. M.: «Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa», *RDC*, 1991, n.º 1 (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 1-19.

Estudio del artículo 1330 del codice: precedentes, ratio, aplicabilidad y estudio de su supuesto de hecho. (Aranda/Sierra.)

594. RUSSO, C.: «Polizze fideiussorie, spedizione doganale e surrogazione dell'assicuratore», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-aprile), pp. 177-181 (parte seconda). Comentario a las Sentencias del Tribunal de Apelación de Milán de 10 de julio de 1990 y del Tribunal de Nápoles de 11 de enero de 1990 sobre póliza de fianza y posible subrogación por falta de pago. (Aranda/Sierra.)

595. SALOMONI, A.: «Comentario a la sentencia de 11 de abril de 1989 emitida por la Pretura de Roma en materia de factoring», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 63-66. (Aranda/Sierra.)

596. SALOMONI, A.: «Comentario a la ST del Tribunal de Milán de 15 de noviembre de 1990 sobre convenio derogatorio de la competencia territorial en el contrato de factoring», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 602-604 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

597. SANTARSIERE, V.: «Profili in materia di copertura di credito, regolata in conto corrente, e sconto bancario», *GC*, fasc. I, pp. I, 55-57. Comentario a la ST de la Corte de Casación de 10 de agosto de 1990, n.º 8128. (Aranda/Sierra.)

598. SANTARSIERE, V.: «Diritti costituiti a garanzia di rapporti bancari. Subordinazione alla vigenzia del negozio tutelato», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2317-2318.

Comentario a la Sentencia de Casación de 20 de marzo de 1991, n.º 2996. (Aranda/Sierra.)

599. SCHEIDT, Heinz-Albert: «Drohverlustrückstellungen aus Versicherungsverhältnissen nach Eintritt eines Schadensfalls», *BB*, 1991, pp. 613 y ss.

En muchos seguros la producción de un hecho dañoso siempre conduce a una subida de la cuantía de las primas (es típico el caso del seguro de automóviles). Frente a este sistema se ha defendido la previsión anticipada de la cobertura de gastos, mediante la creación de unos fondos de reserva para hacer frente a posibles pérdidas; el artículo se centra en la exposición de este nuevo modelo. (E. G. C.)

600. TILLA, M.: «Indennità di avviamento commerciale: un rompicato od un sistema articolato di norme?», *GC*, fasc. I, pp. I, 148-158. Comentario a las ST de la Corte de Casación Civil de 27 de abril, 5 de mayo, 1 de marzo y 6 de junio de 1990; y 8 de noviembre y 29 de octubre de 1989. (Aranda/Sierra.)

601. VENEGONI, A.: «Observaciones al decreto de 19 de julio de 1990 emitido por la Pretura de Genova sobre incumplimiento del contrato autónomo de garantía», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, pp. 179-180. (Aranda/Sierra.)

602. WAGNER, Eberhard: «Einseitige Umwandlung von Oder-Konten in Und-Konten?», *NJW*, 1991, pp. 1790 y ss.

Acerca de la admisibilidad o no de la transformación de una cuenta indistinta en una cuenta cumulativa por uno solo de sus cotitulares, sin contar con el consentimiento del otro. (E. G. C.)

603. ZANOTTI, M.: «Brevi note su un caso anomalo di infedele dichiarazione del sostituto di imposta», *BBTC*, 1991, fasc. II (marzo-aprile), pp. 300-304 (parte seconda). Observaciones a la Sentencia del Tribunal de Milán de 3 de febrero de 1989 sobre descuento de intereses de un instituto bancario con organización estable. (Aranda/Sierra.)

5. DERECHO CAMBIARIO

604. CAVALLO, S.: «Observaciones a la Sentencia de 7 de abril de 1990 n.º 2917 de la sección 2.ª del Tribunal de Casación sobre ejecución forzosa de prenda de crédito cambiario», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 56-59. (Aranda/Sierra.)

605. CHIOMENTI, F.: «L'azione causale del richiedente di assegno circolare per la restituzione della prevvista ha trovato espresso riconoscimento legislativo (in un decreto legge contro il riciclaggio del denaro sporco)», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 371-378.

Análisis del artículo 1 del D. L. de 3 de mayo de 1991, n.º 143 sobre la posibilidad de retirar la provisión previa restitución del título al emitente en caso de títulos no transferibles. (Aranda/Sierra.)

606. FELSANI, F. M.: «Tra legittimazioni e titolarità del diritto cartolare. Alcune questioni in tema di ammortamento», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 269-313.

Configuración dogmática. Datos positivos sobre legitimación. Problema doctrinal. Relevancia de la posesión qualificada. El artículo 2016 y ss. del Codice. La oposición del deudor. (Aranda/Sierra.)

607. GRACIADEI, G.: «Note a margine de "mito" della circolazione reale dei titoli di credito», *R. D. Comm. D. O.*, 1991, fasc. 5-6, pp. 321-329.

El autor centra su estudio en el problema de la posesión del documento. (Aranda/Sierra.)

608. MARTORANO, F.: «Problemi in tema di domiciliazione del titolo cambiario», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-aprile), pp. 218-223 (parte prima).

Requisitos exigidos por la Ley cambiaria italiana para exigir judicial o extrajudicialmente el pago. (Aranda/Sierra.)

609. DE POLI, M.: «Notas a la ST del Tribunal de Padua de 27 de agosto de 1990 sobre libreta al portador», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 409 y ss. (Aranda/Sierra.)

610. SCHNAUDER, Franz: «Sachenrechtliche und wertpapierrechtliche Wirkungen der kaufmännischen Traditionspapiere», *NJW*, 1991, pp. 1642 y ss.

Estudio de los efectos de aquellos títulos mercantiles que, emitidos por quien recibe un bien para su almacenaje o transporte, documentan el derecho a la entrega de dicho bien; lo cual se analiza, tanto desde el punto de vista de sus efectos reales, como teniendo en cuenta su función de títulos valores, tratando de conciliar ambos aspectos. (E. G. C.)

611. ZENCOVICH, V. Z.: «Considerazioni sul danno da protesto illegittimo», *BBTC*, 1991, fasc. IV (luglio-agosto), pp. 498-503 (parte seconda). Notas a la Sentencia del Tribunal de Milán de 28 de septiembre de 1989 sobre daños causados por el levantamiento ilegítimo de protesto y posible responsabilidad. (Aranda/Sierra.)

6. DERECHO CONCURSAL

612. ARATO, M.: «I contratti pendenti nel fallimento», *LGCC*, 1991, fasc. II (marzo-abril), pp. 114-140 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

613. CANALE, G.: «Questioni in tema di prescrizione della revocatoria fallimentare», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 81-91 (parte seconda).

Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal de Turín de 16 de mayo de 1989. (Aranda/Sierra.)

614. CANALE, G.: «Osservazioni ad Appello Roma, 27 de marzo de 1990, in tema di insinuazione tardiva al passivo fallimentare», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 770-775 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

615. CASTAGNOLA, A.: «Il piccolo imprenditore e il fallimento dopo la recente pronuncia della Corte costituzionale», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abril), pp. 188-199 (parte seconda).

Comentario a diversas sentencias de diferentes tribunales italianos en relación con la declaración de quiebra según lo dispuesto en el artículo 2083 del Codice. (ST Corte constitucional de 22 de diciembre de 1989, n.º 570; ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 6 de marzo de 1989, n.º 98; ST del Tribunal de Verona de 16 de febrero de 1990, y ST del Tribunal de Firenze de 18 de octubre de 1990.) (Aranda/Sierra.)

616. CORRADI, E.: «Notas a la decisión del Juzgado ejecutivo del Tribunal de La Spezia de 31 de enero de 1990 sobre quiebra en casos de crédito "fondario"», *LGCC*, 1991, fasc. 3.º (maggio-giugno), parte prima, pp. 295-298. (Aranda/Sierra.)

617. COSTA, C.: «Osservazioni a Trib. Ragusa, 8 marzo 1990, in tema di fondo patrimoniale e fallimento», *Giur. Comm.*, 1991, 18.1 (gennaio-febbraio), pp. 66-68 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

618. DIMUNDO, F. M.: «Notas a la ST del Tribunal de Génova de 19 de noviembre de 1990 sobre naturaleza del contrato de factoring y casos de quiebra del cedente», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 610-620 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

619. FERRARI, M.: «Osservazioni a App. Milano 28 febbraio 1989, in tema di prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-abril), pp. 244-248 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

620. GALLET, Charles-Henrin: «L'ouverture d'une Procédure de Redressement Judiciaire á l'Encontre d'un Agriculteur á l'Initiative d'un Créancier», *GP*, 1 de enero de 1991, *Doctrine*, p. 1 del tomo bimestral enero-febrero de 1991.

Se aborda el análisis de los términos en que puede tener lugar la apertura de un procedimiento concursal contra el titular de una explotación agrícola a instancia de un acreedor. (L. M. L. F.)

621. IDOT, Laurence: «Perspectives Communautaires du Droit des "Faillites"», *GP*, 7-8 de junio de 1991, *Doctrine*, pp. 39-43.

Exposición del estado actual del problema consistente en lograr un derecho comunitario aplicable a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos. (L. M. L. F.)

622. INZITARI, B.: «Il problema della "retrodatazione" dei termini per la revocatoria fallimentare nella consecuzione delle procedure concorsuali», *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abrile), pp. 253-264 (parte prima).

Análisis del problema atendiendo a la normativa, doctrina y jurisprudencia italianas. (Aranda/Sierra.)

623. LO CASCIO, G.: «La compenzazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento», *GC*, 1991, fasc. 7-8, pp. I, 1721-1723.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 20 de marzo de 1991, n.º 3006. (Aranda/Sierra.)

624. LO CASCIO, G.: «Amministrazione controllata: questioni interpretative vecchie e nuove», *GC*, 1991, fasc. 6, pp. I, 1488-1492.

Estudios de cuestiones viejas y nuevas en situaciones de quiebra, con base en al Sentencia de la Corte de Casación de 10 de enero de 1991. (Aranda/Sierra.)

625. LO CASCIO, G.: «Ripartizione dell'attivo, creditori tardivi e obbligo di accantonamenti», *GC*, 1991, fasc. 5, pp. I, 1212-1214.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 17 de diciembre de 1990, n.º 11961. (Aranda/Sierra.)

626. LO CASCIO, G.: «Decorrenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento in estensione al socio accomodante in tema di revocatoria fallimentare», *GC*, 1991, fasc. 4, pp. I, 1003-1007.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Pavia de 6 de diciembre de 1990. (Aranda/Sierra.)

627. LO CASCIO, G.: «La compensazione nel fallimento dichiarato a seguito del rigetto dell'istanza di ammissione al concordato preventivo», *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2255-2257.

Comentario a la Sentencia de Casación de 22 de junio de 1991, n.º 7046. (Aranda/Sierra.)

628. LO CASCIO, G.: «L'accertamento dei c. d. debiti di massa», *GC*, 1991, fasc. 9, pp. I, 2002-2003.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de mayo de 1991, n.º 5124. (Aranda/Sierra.)

629. LO CASTEO, G.: «Sulla data certa della scrittura privata e dei titoli cambiari in sede di formazione dello stato passivo fallimentare», *GC*, fasc. I, pp. I, 42-44.

Comentario a la ST de la Corte de Casación de 26 de agosto de 1990, n.º 8879. (Aranda/Sierra.)

630. LUCCHINI, E.: «Notas a la Sentencia de 27 de junio de 1990, n.º 6559, de la sección I de la Corte de Casación sobre quiebra», *LGCC*, 1991, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, pp. 71-75. (Aranda/Sierra.)

631. LUPO, I.: «Lo stato di insolvenza nel reato di omesso o ritardato versamento delle ritenute», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 763-771 (parte prima).

La autora analiza la modificación que, en torno al momento en que se produce la insolvencia, ha provocado el artículo 3 del D. L. 16 de marzo de 1991, n.º 83 en relación con el anterior artículo 2.2.º de la Ley 516/82 Cost. (Aranda/Sierra.)

632. DI MAURO, N.: «Azione revocatoria fallimentare erimesse in conto corrente bancario» *GC*, 1991, fasc. 10, pp. I, 2320-2328.

Comentario a la Sentencia de Casación de 16 de marzo de 1991, n.º 2821. (Aranda/Sierra.)

633. MODICA, E.: «Notas a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 7 de febrero de 1991, n.º 1285 en materia de actos perjudiciales a los acreedores en caso de quiebra», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 635-639 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

634. MONTREDON, Jean-Francois: «La compensation de dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janvier 1985?», *SJ*, n.º 1, 1991, Doctrine, 3480, pp. 6-8.

El autor analiza las limitaciones derivadas del nuevo derecho concursal francés en relación con la posibilidad de invocar la compensación de créditos y deudas conexas, por parte de los acreedores de la empresa en crisis. (L. M. L. F.)

635. PETTARIN, G. G./PONTI, L.: «Comentario a la ST de la sección I de la Corte de Casación Civil de 10 de enero de 1991, n.º 186 sobre situación de los créditos por suministro en régimen de monopolio legal en casos de quiebra», *LGCC*, 1991, fasc. 4.º (luglio-agosto), pp. 629-630 (parte prima). (Aranda/Sierra.)

636. DEL PINTO, G. C.: «Ancora sul diritto di difesa nei giudizi di verificazione ordinaria del passivo nel fallimento», *Giur. Comm.*, 1991, 18.4 (luglio-agosto), pp. 549-557 (parte seconda). Anotaciones a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 14 de diciembre de 1990, n.º 538 en torno a la inconstitucionalidad del artículo 100, 1.º del Real Decreto 267/42 d 16 de marzo sobre quiebra. (Aranda/Sierra.)

637. PISCITELLO, P.: «Il regresso del solvens in bonis nei confronti del coobbligato fallito», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-aprile), pp. 191-217 (parte prima).

Estudio del artículo 61.2.º de la Ley de Quiebra. Argumentación en pro de una interpretación restrictiva. Solución a las diversas situaciones en que se puede encontrar el acreedor in bonis en relación con la acción de regreso. (Aranda/Sierra.)

638. PONCEBLANC, Gérard: «Le Droit des Procédures Collectives. L'art. 40 de la loi du 25 janvier 1985 et la résolution des plans de redressement», *GP*, 12-13 de abril de 1991, Doctrine, pp. 2-5.

Analiza el presente artículo el ámbito temporal al cual ha de extenderse la preferencia otorgada a los créditos surgidos tras la apertura del período de intervención judicial

de la empresa en los juicios universales, con especial atención al supuesto de los planes de rehabilitación que conllevan la continuidad en la actividad empresarial. (L. M. L. F.)

639 RONDINONE, N.: «Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale», *Giur. Comm.*, 1991, 18.3 (maggio-giugno), pp. 397-447 (parte seconda). Anotación a la Sentencia de la Sección I de la Corte de Casación Civil de 26 de febrero de 1990, n.º 1439 sobre la posible legitimidad de una declaración de quiebra en caso de holding. (Aranda/Sierra.)

640. RUOSI, W.: «L'esercizio del diritto di difesa in caso di dichiarazione d'ufficio di fallimento nel corso della procedura di concordato preventivo», *Giur. Comm.*, 1991, 18.5 (settembre-ottobre), pp. 869-880 (parte seconda).

Comentario a la ST del Tribunal de Busto Arsizio de 9 de octubre de 1987 en materia de declaración de quiebra del art. 173 de la Ley de quiebra. (Aranda/Sierra.)

641. SCHICK, Walter: «Der Konkursverwalter-berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte», *NJW*, 1991, pp. 1328 y ss.

Estudio de la figura del síndico de la quiebra, atendiendo a sus aspectos profesionales (así, p. ej., sus tareas y posición jurídica) y fiscales. (E. G. C.)

642. TASSINARI, F.: «Soggettività giuridica e legittimazione processuale passiva» *Giur. Comm.*, 1991, 18.2 (marzo-abril), pp. 220-228 (parte seconda).

Comentario a la Sentencia de la sección I de la Corte de Casación Civil de 7 de marzo de 1990, n.º 1799. (Aranda/Sierra.)

643. VIGO, R.: «Osservazioni a Cass. 14 luglio 1989, n.º 3319, in tema di opposizione allo stato passivo di impresa in l.c.a. e di subingresso del commissario nell'amministrazione straordinaria di grande impresa in crisi, nei contratti inerenti la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa», *BBTC*, 1991, fasc. I (marzo-abril), pp. 194-197 (parte seconda). (Aranda/Sierra.)

ABREVIATURAS

AcP:	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.:	Archivio Giuridico
BB:	Betriebs Berater
BBTC:	Banca, Borsa e Titoli di credito
CI:	Contrato e Impresa
DFP:	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.:	Il Diritto di autore
GC:	Giustizia Civile
Giur. Comm.:	Giurisprudenza Commerciale
GP:	Gazette de Palais
JZ:	Juristen Zeitung
LC:	Loyers et Copropriété
LGCC:	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
RDC:	Rivista di Diritto Civile
RD CommDo.:	Rivista di Diritto Commerciale e Diritto Generale delle Obligazioni
RDS:	Recueil Dalloz-Sirey
RIDC:	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC.:	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SJ:	Semaine Juridique
ZHR:	Zeitschrift für das Gesamte Handels und Wirtschaftsrecht

La eficacia jurídica del Derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna

(En torno a la STJCE de 13 de noviembre de 1990)

JOSE ANTONIO GARCIA-CRUCES GONZALEZ

Universidad de Salamanca

SUMARIO.— 1. Preliminar.— 2. Antecedentes de hecho.— 3. La eficacia jurídica del artículo 11 de la directiva 68/151 en el Derecho Interno Español de Sociedades de Capital: 3.1. El Régimen de la nulidad de Sociedades en el Derecho Interno Español de Anónimas.— 3.2. La incidencia de la directiva 68/151 en el Régimen Interno de la nulidad de Sociedades Anónimas según el TJCE.— 4. Análisis de las principales cuestiones planteadas: 4.1. El problema del «efecto directo» de las directivas.— 4.2. El criterio de la interpretación de la legislación interna «a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva».— 4.3. La noción de «objeto social» en la normativa comunitaria sobre sociedades de capital.— 5. Consideraciones finales: 5.1. Fundamentación Jurídica del Criterio de Interpretación del Derecho Interno «A la luz de la letra y finalidad de la directiva».— 5.2. Alcance de tal criterio.— 5.3. Consecuencias Prácticas.

1. PRELIMINAR (*)

Con fecha de 13 de noviembre de 1990 (1) el TJCE ha dictado una importante sentencia en la que se analiza la incidencia de la normativa

(*) Una vez entregado este trabajo para su publicación, el TJCE ha dictado una importantísima Sentencia que afecta, en parte, a los problemas que se comentan en el texto. Se trata de la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, Francovich, pendiente de publicación, en la que, tras negar el efecto directo de una Directiva por incumplimiento de las condiciones requeridas, se analiza la posible responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que sobre aquél (transposición) pesan en virtud del Derecho Comunitario (art. 189, 3.º TCEE).

El TJCE considera que «la possibilité de réparation à charge de l'Etat membre est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'Etat et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit commu-

comunitaria en materia de sociedades mercantiles sobre la legislación interna, cuando los Estados miembros no han cumplido su obligación de ejecución de la norma comunitaria (art. 189 TCEE).

Esta última particularidad —no trasposición de la Directiva— nos muestra la importancia de la sentencia a la que nos vamos a referir, pues no siempre los Estados miembros han mostrado un excesivo entusiasmo en el proceso de ejecución de las Directivas societarias ni de aquéllas otras que están llamadas a tener una incidencia relevante en el ámbito del Derecho Mercantil (2).

El esquema que pretendemos seguir en este comentario arranca, lógicamente, de la narración de los antecedentes de hecho que han dado origen a esta sentencia (n.º 2) y la exposición, necesariamente breve, del Derecho interno aplicable en el litigio principal (n.º 3.1.). A continuación, expondremos la doctrina formada por el TJCE en esta sentencia (n.º 3.2.).

Mención aparte han de merecer las cuestiones principales que son analizadas por el TJCE en este pronunciamiento, tales como el alcance de la doctrina del «efecto directo» (n.º 4.1.), el criterio de interpretación del Derecho interno «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva» (n.º 4.2.), y la interpretación que hace el TJCE del término «objeto social» (n.º 4.3.).

Acabamos estas páginas con unas breves consideraciones acerca de la fundamentación jurídica y del alcance de los criterios sentados en esta sentencia por el Tribunal de Luxemburgo, así como de sus posibles consecuencias prácticas.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

El juez de Primera Instancia e Instrucción, n.º 1, de Oviedo planteó, mediante Auto de 13 de marzo de 1989, una cuestión prejudicial, de acuer-

nautaire» (apto. n.º 34). Conclusión que el TJCE fundamenta en la necesidad de asegurar el efecto útil de las disposiciones de la Directiva, así como en el principio de cooperación enunciado en el art. 5 TCEE. (Cfr. Apto. n.º 36).

En cuanto a los requisitos a que se sujeta tal responsabilidad, el TJCE considera los siguientes (apto. n.º 40): 1.º que el resultado perseguido por la Directiva comporte la atribución de derechos en favor de los particulares; 2.º el contenido de tales derechos ha de poder ser identificado en base a las disposiciones de la Directiva, y 3.º la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de trasposición y el daño sufrido por los particulares.

(1) STJCE de 13 de noviembre de 1990, C-106/89, Marleasing, pendiente de publicación.

(2) Por citar algún ejemplo importante, baste con señalar la Directiva 374/85 en materia de responsabilidad derivada de productos (JOCE, L/210, de 7 de agosto de 1985). Sobre las dificultades del proceso de armonización en esta materia, vid. Lorenz, W., «Europäische Rechtsangleichung auf den Gebiet der Produzentenhaftung. Zum Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25 Juli 1985», *ZHR*, 1987, pp. 1 y ss.

Nuestro país no ha procedido aún a realizar la trasposición de esta Directiva en la legislación interna.

do con la previsión del artículo 177 del Tratado CE, acerca de la interpretación del art. 11 de la Directiva 68/151, de 9 de marzo de 1968 (3), tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las Sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado CEE, para proteger los intereses de los socios y terceros.

El origen de esta actuación judicial está en el litigio planteado ante dicho Juzgado por Marleasing, S. A., como demandante, y la Comercial Internacional de Alimentación, S. A., como demandada entre otras. Esta última fue constituida como Sociedad Anónima por una pluralidad de personas, entre las que participó la Sociedad Barviesia mediante la aportación de su patrimonio en concepto de suscripción de capital de la Comercial Internacional de Alimentación, S. A.

En el litigio suscitado, Marleasing solicitó la declaración judicial de nulidad de la Comercial Internacional de Alimentación, S. A. por falta de causa en el contrato de Sociedad, debido a que el mismo se hizo por simulación y en fraude de los acreedores de Barviesia, cofundadora —como se ha indicado— de la Sociedad demandada. La argumentación jurídica ofrecida por el demandante se fundamentaba, principalmente, en la aplicabilidad de los artículos 1261 y 1275 del Código Civil —ineficacia jurídica de los contratos sin causa o con causa ilícita— ante la inexistencia de una normativa específica que resultara aplicable al contrato de Sociedad.

La contestación de la demandada tenía su fundamento en la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil antes citadas pues, a su juicio, resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 11 de Directiva 68/151, en donde se enumeran taxativamente las causas de nulidad de las Sociedades de Capital, sin que entre ellas aparezca la ausencia o ilicitud de la causa contractual (4).

(3) JOCE, L/65, de 14 de marzo de 1968.

(4) El art. 11 de la citada Directiva establece que «la legislación de los Estados miembros sólo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes:

1. La nulidad deberá ser declarada por resolución judicial.
2. Los únicos casos en que podrá declararse la nulidad son:
 - a) La falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública.
 - b) El carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad.
 - c) La ausencia en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas a la denominación de la sociedad, o a las aportaciones, o al importe del capital suscrito, o al objeto social.
 - d) La inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital mínimo desembolsado.
 - e) La incapacidad de todos los socios fundadores.
 - f) El hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos.

Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad».

Por su parte, el art. 12 de esta Directiva determina cuales son los efectos de la declaración de nulidad (no retroactividad y apertura del proceso de liquidación).

Conocidos los términos de la «litis», es necesario advertir, igualmente, que el Reino de España no había adoptado su legislación interna a pesar de que tenía obligación de hacerlo desde el momento de su adhesión, tal y como se deriva del Acta de Adhesión española (5).

Ante estos hechos, el órgano jurisdiccional español consideró que la cuestión planteada suscitaba un problema de interpretación y aplicación de la normativa comunitaria, por lo que acordó el planteamiento de la cuestión prejudicial que motiva este pronunciamiento del TJCE (6).

3. LA EFICACIA JURIDICA DEL ARTICULO 11 DE LA DIRECTIVA 68/151 EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL DE SOCIEDADES DE CAPITAL

3.1. El régimen de la nulidad de sociedades en el Derecho interno español de anónimas

Para un correcto análisis de los problemas planteados y a los que pretende ofrecer respuesta la citada sentencia del TJCE, parece conveniente examinar, aún cuando sea de forma extremadamente breve, el derecho material aplicable, tanto comunitario como interno, en los supuestos de nulidad de Sociedades de capital.

El régimen interno español que resultaba aplicable en el supuesto enjuiciado estaba constituido por la ley sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y por el Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Lo cierto es que el estudio del problema de la nulidad de la anónima bajo la vigencia de aquella normativa quedó en el olvido, quizá debido a las particularidades del sistema español de control previo en la fundación de la Sociedad (7) que motivaron un limitado número de conflictos (8).

(5) Cfr. art. 395 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, DOCE, L/302, 1985, p. 23.

(6) La cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, n.º 1 de Oviedo era la siguiente:

«¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva 68/151/CE del consejo de 9 de marzo de 1968, no desarrollada en el Derecho interno, para impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima fundada en causa distinta de las enumeradas en dicho artículo?»

El órgano jurisdiccional español considera que el litigio planteado suscita el problema de la eficacia directa horizontal —o en las relaciones entre particulares— de las Directivas comunitarias que no han sido desarrolladas en el Derecho interno. Desde luego, el mencionado artículo 11 de la citada Directiva no deja margen al legislador nacional, pues establece taxativamente las causas posibles de nulidad de Sociedades. Por ello, se verían afectados los intereses —no sólo de los propios socios, sino, también, de terceros— si se entendiera el efecto directo de la disposición comunitaria.

(7) Sobre el régimen jurídico de la nulidad de las Sociedades Anónimas bajo la vigencia de la Ley de 1951, vid. Girón, J.: «Derecho de Sociedades», vol. I, Madrid, 1976, pp. 226 y ss.; id., «Las Sociedades Irregulares», ADC, 1951, pp. 1291 y ss.; Garrigues, J., «Teoría general de las Sociedades Mercantiles», RDM, 1974, pp. 226 y

Sin embargo, la normativa ahora derogada no se ocupaba de establecer un régimen jurídico propio de los supuestos y efectos de la nulidad de una Sociedad Anónima (9). Ante esta laguna legal se consideraba, en atención a la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la Sociedad (10), la plena aplicabilidad de la normativa de derecho común (11). En atención a tal régimen, se consideraría, por tanto, como causa de nulidad de la Sociedad Anónima la falta de causa o la causa ilícita en el contrato (arts. 1261 y 1275 del Código Civil). En este sentido, no cabe duda de que, bajo la vigencia de la Ley de 1951, «el contrato fundacional resultará viciado por falsedad de la causa del mismo, cuando se revele que el esquema societario proclamado en el negocio constitutivo no ha sido efectivamente querido por los fundadores y sí tan solo utilizado para encubrir otras finalidades distintas de la retenida por el ordenamiento jurídico al tipificar aquella estructura organizativa» (12). Estos vicios de naturaleza causal (inexistencia de causa, causa ilícita) determinarán la ineficacia del contrato de Sociedad, por ser subsumibles en los supuestos de nulidad absoluta (13).

ss.; De la Cámara, M., «Estudios de Derecho Mercantil», vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1977, pp. 527 y ss.; Robles, «La nulidad de Sociedades mercantiles en el Derecho español», *RDM*, 1949, pp. 121 y ss.

Un excelente estudio comparativo de la Legislación derogada y la proyectada, así como de la normativa comunitaria, puede consultarse en Eizaguirre, J. M., «La Sociedad nula», en *AAVV*, «La reforma del Derecho español de Sociedades de capital», Civitas, Madrid, 1987, pp. 281 y ss.

(8) La intervención notarial que requería la LSA de 1951 al exigir la forma pública en el acto constitutivo de la Sociedad (art. 6), implicaba una cierta función de «jurisprudencia cautelar» (Fernández de la Gándara, L., «La atipicidad en el Derecho de Sociedades», *Pórtico*, Zaragoza, 1977, p. 106). Por otro lado, hay que advertir un segundo control en la normativa societaria española, pues, también se requiere la inscripción, con carácter constitutivo, del acto fundacional en el Registro Mercantil. Por ello, «el sistema español de control preventivo de la fundación (calificación registral) constituye un importante factor restrictivo de los supuestos de nulidad en la constitución de sociedades de capital»; Eizaguirre, J. M., «La sociedad...», *op. cit.*, p. 288. En igual sentido, pero ya en referencia a la nueva normativa española de anónimas, vid. Sánchez Calero, F., «La Sociedad nula», en *AAVV*, «Derecho de Sociedades Anónimas», vol. I, «La Fundación», Civitas, Madrid, 1991, pp. 1016 y 1017.

(9) En los más de treinta años de vigencia de la Ley de 1951, el Tribunal Supremo español sólo se ocupó en dos ocasiones del problema de la nulidad de una Sociedad Anónima, vid., SSTS de 13 de junio de 1983 (Az. 3542) y de 18 de julio de 1989 (Az. 5714). En ambos supuestos el TS estima la nulidad de la sociedad por simulación.

(10) La STS de 13 de junio de 1983 (Az. 3524) no se pronuncia explícitamente sobre tal aspecto, aún cuando implícitamente considera su naturaleza contractual por lo que afirma la plena aplicación en tales supuestos de la normativa general relativa a los vicios negociales.

(11) Se ha señalado que la finalidad de esta laguna legal no era otra que la de permitir una mayor libertad a los Tribunales. Vid. Garrigues, J., y Uria, R., «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», vol. I, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Menéndez, A., y Olivencia, M., Madrid, 1976, p. 182.

(12) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 318.

(13) Señala el prof. Eizaguirre, que es necesario delimitar en tales supuestos la simulación y el empleo de testaferreros. Del ámbito del negocio simulado es necesario

Ahora bien, la cuestión principal que plantea el régimen jurídico de la nulidad de las Sociedades de Capital es el de sus efectos (14). En principio, la nulidad —que deberá declararse por sentencia— tendrá unos efectos predeterminados que deberán retrotraerse al momento de la constitución de la Sociedad, como así se deriva de la aplicación del art. 1303 del Código Civil (15). Esta eficacia *ex tunc* de la sentencia de nulidad conllevará la restitución de las prestaciones realizadas, lo cual, desde un punto de vista de la equidad y, sobre todo, de la seguridad del tráfico, es absolutamente criticable (16).

Sin embargo, se ha propuesto una interpretación diversa que tenga en cuenta la normativa registral, la cual también es de aplicación en los supuestos de nulidad de una Sociedad Anónima (17). En el tratamiento del problema de la nulidad de una anónima y, de forma especial, en la delimi-

excluir el supuesto del *fraus legis*, ya que éste tiene un tratamiento autónomo. Por otra parte, igualmente será necesario excluir de los supuestos de simulación, la actuación del testaferro con una real voluntad de producción de efectos jurídicos aún cuando sea en beneficio de su mandante. Por ello, su posible ineficacia no derivaría de su falta de voluntad (simulación) sino de su contradicción con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. Vid. Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 325.

(14) Advertía el prof. Girón la consideración de distintas razones que fundamentarían un tratamiento específico de la nulidad de la anónima, como el «fortalecimiento de la seguridad del Tráfico, protección de la apariencia jurídica, importancia de la realidad de la organización efectiva que como tal ha funcionado y que no se puede desconocer, etc... En realidad estas construcciones de principios pueden parecer de escasa importancia en ordenamientos en los cuales existen normas legislativas concretas. Pero tiene interés dejarlas indicadas, para servir de primer asidero que utilizará nuestra jurisprudencia para ir recibiendo en nuestro país este sector de ideas que es tan importante respecto de la S. A., salvando así la omisión de la Ley. Igualmente admitida la doctrina general que separa el contrato de sociedad de los contratos ordinarios, tendríamos la otra base precisa para obtener, en cada caso, una justa solución de problemas prácticos»; Girón, J., «Derecho de Sociedades Anónimas», Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, p. 171.

Sin embargo, la Jurisprudencia, en los escasos pronunciamientos que ha formulado, afirmó la aplicación de la doctrina general de los contratos en los supuestos de nulidad de Sociedades, sin hacer posteriores matizaciones. Vid. SSTS de 13 de junio de 1983 y de 18 de julio de 1989, ya citadas.

(15) Por supuesto, el enjuiciamiento de tales supuestos habrá de actuarse, conforme a reiterada jurisprudencia de nuestro TS (vid., *ad ex.* STS de 13 de febrero de 1984, Az. 651), bajo un criterio restrictivo.

(16) «El punto más relevante es, sin duda, el de la estimación de los efectos de la declaración de nulidad y, en particular, la exigencia, unánimemente planteada en la doctrina, de tutelar la posición de los terceros que han confiado en la realidad externa de la Sociedad y en la consiguiente legitimidad de la relación entablada con ella. Esta orientación teleológica del tema que nos ocupa obliga a una profunda reconsideración de la forma de operar la nulidad en el marco de las sociedades.» Embid Irujo, J. M., «La validez de las obligaciones sociales», en AAVV, «La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», dir. por A. Rojo, Civitas, Madrid, 1987, p. 62.

(17) Vid. Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, en especial, pp. 333, 338 y 339, a quién seguimos en este punto.

tación de sus efectos, se suele a veces omitir el análisis de la normativa registral. No hay que olvidar que el Registro Mercantil en España no ha sido, ni tampoco lo es en la actualidad, un simple instrumento para el depósito de documentos sino que al mismo se accede en virtud de la previa calificación registral. En virtud de tal mecanismo de control preventivo, el legislador español sanciona un principio de presunción de exactitud del contenido registral. De esta manera, las disposiciones reguladoras del Registro Mercantil estarán llamadas a influir en la determinación del régimen jurídico de la nulidad de las anónimas bajo la vigencia de la Ley de 1951, en especial en lo que se refiere a sus efectos, pues no tendrán incidencia alguna en cuanto a la delimitación de las causas de tal nulidad. Podrá considerarse entonces que las disposiciones del RRM de 1956 incidían —o, al menos, podrían incidir— en este tema alterando la doctrina civil en cuanto a los efectos derivados de la nulidad.

Así lo ha señalado Eizaguirre, para quien la solución al problema puede venir dada en atención al principio de *fides publica* que proclamaba el artículo 3.2.º.2 del RRM entonces en vigor, ya que «la regla según la cual, la declaración de nulidad (de la sociedad inscrita) no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro, permite inferir la excepción respecto de éstos, de las consecuencias retroactivas de la declaración de nulidad (art. 3.2.º.1 RRM), pero tal estado es inoponible retroactivamente a los terceros de buena fe... Frente a los socios la sociedad es nula *ex tunc*. Por ello no es oponible a terceros de buena fe, que serán la mayoría. Consiguientemente, éstos a su conveniencia, podrán valerse de la apariencia registral o invocar por el contrario la nulidad. El art. 1.3.º RMM no hace sino indicar el instante en que el contenido protector del Registro cesa: el momento de la inscripción de la sentencia de nulidad» (18).

La nueva normativa española en materia de Sociedades Anónimas (19), establece el régimen jurídico aplicable en los supuestos de nulidad de tales sociedades, con la doble finalidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, así como el colmar la laguna existente en la Ley ahora derogada (20).

El aspecto más destacado del nuevo régimen jurídico español de la nulidad de Sociedades Anónimas es la formulación de los principios de

(18) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, pp. 338 y 339.

(19) Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, *BOE* de 27 de diciembre de 1989.

(20) Sin embargo, esta segunda finalidad no se cumple en su integridad, pues la nueva normativa mantiene silencios en aspectos importantes del régimen jurídico de la nulidad, como en lo referente a la convalidación del negocio fundacional, la legitimación en el ejercicio de la acción de nulidad o el plazo de prescripción de ésta última. Sin embargo, el prof. Sánchez Calero considera que tales problemas pueden ser superados con criterios interpretativos en atención a los arts. 115.3.º y 117.1.º de la LSA y los arts. 1301 y 1302 del Código Civil. Cfr. Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, pp. 1028 y 1029.

taxatividad y de exclusión en punto a las posibles causas de nulidad (21). En primer lugar, un principio de taxatividad o delimitación positiva de aquellas causas que puedan acarrear la nulidad de una sociedad anónima. Por otra parte, un principio de exclusión o delimitación negativa de los supuestos de hecho determinantes de la eficacia claudicante del acto constitutivo de la sociedad, en cuanto que el nuevo artículo 34.2.º LSA determina la imposibilidad de declarar la nulidad por alguna causa distinta de las enumeradas en el párrafo primero de este precepto (22).

Pero también el artículo 35 LSA resultante de la reforma establece cuáles son los efectos de la declaración de nulidad. En este sentido, hay que entender que la declaración de nulidad —que, en todo caso, ha de ser judicial— determina la apertura del proceso de liquidación de la sociedad, no afectándose a la validez de sus relaciones con terceros, y pudiendo estar obligados —en su caso— los socios al desembolso de los dividendos pasivos (23).

Como se ha podido observar, las diferencias entre el régimen ahora derogado y la nueva normativa societaria son evidentes. De igual manera, esta constatación de sus diferencias nos advierte ya del diferente criterio mantenido por la Directiva 68/151 en punto a la nulidad societaria, respecto al régimen vigente y aplicable al supuesto enjuiciado, esto es, la derogada LSA de 1951 (24). Pues bien, habiendo constatado tales diferencias parece que ya se está en condiciones de intentar determinar la incidencia que, a juicio del TJCE, tiene la normativa comunitaria en materia de Sociedades en las legislaciones internas cuando no hubieran sido desarrolladas por estas últimas.

(21) Vid. Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 1017. En relación al Anteproyecto de 1987, vid. Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 341.

(22) Ha señalado el prof. Sánchez Calero que esta «norma de cierre» del sistema «se anunciaba quizá más correctamente en el Anteproyecto de 1987 al decir que fuera de los casos indicados no podría declararse “la inexistencia ni la nulidad absoluta o relativa de la sociedad”. Esta norma, que en cualquier caso no se limita a decirnos simplemente que no son admisibles causas de nulidad diversas a las enunciadas, sino que la ley desea que no puedan aumentarse tales causas alegando que nos hallamos ante supuestos de inexistencia o anulación». *Op. cit.*, p. 1017.

(23) Advierte Sánchez Calero que, en puridad, no puede afirmarse que estemos ante un supuesto de verdadera nulidad, ya que cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico quedan sin efecto los derechos de los terceros, aun cuando hayan sido adquiridos de buena fe y, por otro lado, las partes se liberan de las eventuales obligaciones que tuvieran su fundamento en aquella relación jurídica; cosa que, obviamente, no sucede en esta pretendida «nulidad», a tenor de los párrafos 2.º y 3.º del art. 35 LSA. Cfr. *op. cit.*, p. 1012.

(24) La limitación de las causas de nulidad, tanto en su aspecto positivo (Principio de taxatividad), como negativo (Principio de exclusión), que formula el art. 11 de la Directiva 68/151, tiene su fundamento en el sistema de control previo que recoge la propia Directiva, aun cuando en razón a su «carácter eminentemente compósito» (Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 301), la normativa comunitaria establece una equivalencia entre la forma pública del acto constitutivo y un sistema estricto de control previo o registral. Cfr. art. 10 de la Directiva 68/151.

3.2. La incidencia de la Directiva 68/151 en el régimen interno de la nulidad de las sociedades anónimas según el TJCE

La diferencia de regímenes jurídicos —tanto en su concepción como en sus aspectos particulares— entre la norma comunitaria y la Ley española de sociedades anónimas ahora derogada es, a mi juicio, evidente. Mientras la Directiva 68/151 asume, no sin matices que deben ser destacados, el modelo alemán (25); la normativa interna española no se pronunciaba sobre el particular. Por ello, aplicando las disposiciones generales vigentes en el derecho interno (26), no habría ninguna duda en afirmar la aplicabilidad de la doctrina común o general de los contratos en los supuestos de nulidad de sociedades anónimas.

La Directiva 68/151 establece, principalmente, un doble criterio en materia de nulidad de sociedades anónimas; ya que, por un lado, limita en el tiempo los efectos de la declaración judicial de nulidad, al excluir toda retroactividad, y, por otra parte, limita materialmente tal declaración de nulidad, pues la misma no podrá estimarse por causa distinta a alguno de los supuestos de hecho reconocidos como tales (Principios de taxatividad y de exclusión). Frente a esa concepción rígida, el régimen aplicable en España bajo la vigencia de la Ley de anónimas de 1951 permitía, por su reenvío a las disposiciones comunes, un número mucho más amplio de causas de nulidad y, por otra parte, y con muchas dudas, la posible retroactividad de los efectos de su declaración judicial.

Esa contradicción de regímenes es analizada por el TJCE, a quien el Juez español solicita su pronunciamiento acerca de *si la normativa comunitaria (art. 11 de la Directiva 68/151) es directamente aplicable al presente litigio, ante su falta de desarrollo en el Derecho interno.*

El TJCE se enfrenta a tal cuestión recordando su reiterada jurisprudencia sobre el *efecto directo horizontal*, cuestión sobre la que volveremos más adelante. A juicio del Tribunal, «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal contra dicha persona» (27). Por tanto, la Directiva 68/151 no es directamente aplicable en el presente supuesto, ya que se trata de relaciones entre particulares (ausencia de «efecto directo horizontal»). El TJCE contesta así a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional español. Sin embargo, va más allá de la petición formulada —al menos de sus términos literales— cuando, a continuación, afirma que «de los autos se desprende que el órgano jurisdiccional pretende, en esencia, dilucidar si el Juez nacional al que se le somete un litigio relacionado con alguna materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151, antes citada, tiene la obliga-

(25) Sobre el proceso de elaboración de la Directiva 68/151, *vid.* el trabajo clásico de Van Ommeslaghe, P., *La première Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés*, Ch. Dr. Europ., 1969, en especial, pp. 494 y ss.

(26) *Vid.* arts. 2.º, 50 y 59 C.com.

(27) Apto. n.º 6.

ción de interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, con el fin de impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima por alguna causa distinta de las enumeradas en su artículo 11» (28).

Como puede observarse en la cita anterior, se ha cambiado totalmente el planteamiento del problema. No se trata ya de analizar si el artículo 11 de la Directiva 68/151 es directamente aplicable —conclusión negada conforme a una reiterada jurisprudencia—, sino si el citado precepto puede incidir, *por vía de interpretación del derecho interno*, a fin de impedir la declaración de nulidad de una sociedad por causas distintas a las que reconoce la norma comunitaria.

Desde este nuevo punto de vista, el TJCE contesta al Juez nacional formulando una observación general y una conclusión concreta. En primer lugar, y tras recordar algún precedente (29), señala que «al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» (30). El Tribunal de Luxemburgo hace derivar esta conclusión del deber ex artículo 5 TCEE, de adopción de todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de la obligación de los Estados miembros, a fin de alcanzar el resultado previsto por la Directiva; obligación que también recae —dentro del marco de sus competencias— sobre las autoridades judiciales (31).

Esa obligación de interpretación de Derecho interno de conformidad con la Directiva («Richtlinienkonforme Auslegung»), que pesa sobre los Tribunales nacionales, lleva al TJCE a la conclusión de que la misma «impide interpretar las disposiciones del Derecho nacional sobre sociedades anónimas de manera tal que pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva de referencia» (32).

Parece, pues, fuera de duda la solución concreta al litigio planteado. El Juez nacional deberá realizar una interpretación de su Derecho interno que le permita declarar la nulidad *sólo en aquellos supuestos enumerados como causas de nulidad en el artículo 11 de la norma comunitaria*. De esta

(28) Apto. n.º 7.

(29) STJCE de 10 de abril de 1984, 14/83, Von Colson et Kamann, Rec. 1984, páginas 1891 y ss.

(30) Apto. n.º 8.

(31) El art. 5.º TCEE enuncia el «principio de la cooperación» o de «lealtad comunitaria». Vid. Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 184. Sobre el alcance de la «Gemeinschaftstreue», o cláusula de «lealtad comunitaria» en relación a la función jurisdiccional, vid. Bleckmann, *Europarecht*, Köln, 1980, pp. 120 y ss.

(32) Apto. n.º 9.

manera, se tiene la impresión de que el Tribunal de Luxemburgo no sólo limita las posibles interpretaciones del Derecho interno, sino que, además, se pronuncia sobre las normas nacionales. Así se puede comprobar si se atiende a la interpretación que hace el TJCE del artículo 11.B.2.º de la Directiva 68/151, pues señala que esta norma «prohíbe que las legislaciones de los Estados miembros prevean una anulación judicial fuera de los casos taxativamente enumerados en la Directiva, entre los que figura el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad» (33), el cual comprende sólo aquel que aparece descrito en la escritura de constitución o en los estatutos, por lo que «la declaración de nulidad de una Sociedad no puede ser consecuencia de la actividad que realmente se desarrolla, tal como, por ejemplo, el expolio de los acreedores de los fundadores» (34).

Conocidas ya las soluciones que ofrece el Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas, conviene ahora analizar los aspectos presentes en la argumentación jurisprudencial.

4. ANALISIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS

4.1. El problema del «efecto directo» de las Directivas

La cuestión planteada por el Juez nacional y que, conforme a una reiterada jurisprudencia, resuelve en primer lugar el TJCE es la de la aplicabilidad directa del artículo 11 de la Directiva 68/151. El problema planteado es, pues, el posible «efecto directo» de tal disposición comunitaria.

Como es conocido, el artículo 189 TCEE establece que la Directiva impone a los Estados miembros destinatarios una obligación de resultado, esto es, la armonización de su Derecho interno de conformidad con las exigencias derivadas de la Directiva. De ahí que esta norma comunitaria vinculará al Estado miembro al cual se le notifica en cuanto al logro del resultado pretendido, pero el mismo será libre en cuanto a la forma y medios de su realización (35). Por tanto, y en principio, la Directiva no va

(33) Apto. n.º 10.

(34) Apto. n.º 11.

(35) Ha señalado Pescatore que la Directiva, por comparación con el Reglamento, se concibe como un instrumento de legislación indirecta y mediata. Cfr. Pescatore, *L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification*, Rec. Dalloz-Sirey, 1980, p. 171. Sobre la «obligación de resultado» a que se hace referencia en el texto, vid. Plender, R., y Pérez Santos, J., *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1984, p. 4; Louis, J. V., *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Col. Perspectivas Europeas, Oficina de las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1980, pp. 53 y 54.

La libertad de los Estados miembros en cuanto a la forma y medios a emplear para la consecución del resultado armonizador pretendido está sujeta a un doble límite. En primer lugar, tal y como ha advertido el TJCE, «del artículo 189, párrafo 3.º, del Tratado, se desprende que la competencia dejada a los Estados miembros en lo referente a la

a generar por sí derechos y obligaciones que un particular pudiera hacer valer ante la jurisdicción nacional, esto es, no goza de aplicabilidad directa (36).

Pero no puede olvidarse que, conforme a la jurisprudencia del TJCE, las disposiciones de una Directiva pueden tener —en determinadas condiciones— *efecto directo*, o lo que es lo mismo, pueden ser invocadas por los particulares ante su jurisdicción nacional (37). En definitiva, según la posición adoptada por el Tribunal de Luxemburgo (38), la Directiva,

forma y los medios de las medidas a adoptar por las instancias nacionales está en función del resultado que el Consejo o la Comisión esperen alcanzar» (STJCE de 23 de noviembre de 1977, 38/77, Enka, Rec., 1977, p. 2122). Pero también hay que advertir una limitación material, pues no hay que olvidar que en ocasiones las Directivas tienen un carácter minucioso y detallado que limita la libertad de los Estados miembros y que lleva a afirmar una atenuación en la práctica de los efectos unificadores del Reglamento y la Directiva. *Vid.* Bouza Vidal, N., «Modalidades de unificación y armonización de las Legislaciones en la Comunidad Económica Europea», en AAVV, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dir. por E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, vol. I, Civitas, Madrid, 1986, p. 557.

(36) La distinción entre «aplicabilidad directa» y «efecto directo» existe aun cuando no siempre esté perfectamente delimitada. Sobre su distinción, *vid.* Winter, J. A., *Direct applicability and direct effect: two distinct and different conceptions in Community Law*, CMLR, 1974, pp. 425 y ss. En la doctrina española, *vid. ad ex*, Millán Mozo, L., *Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, RIE, 1984, pp. 445 y ss.

(37) El fundamento del efecto directo de las Directivas no es explícito en la Jurisprudencia del TJCE, aun cuando en el fondo se puedan afirmar razones de fortalecimiento y avance en el proceso de integración europea. No obstante lo anterior, se ha señalado como tal fundamento la doctrina del *estoppel*, aunque con unos perfiles más amplios. En este sentido, se afirma que un Estado miembro no puede oponer a los particulares el incumplimiento de las obligaciones que la Directiva impone. *Vid.* Green, N., *Directives, Equity and The Protection of Individual Rights*, ELR, 5, 1984, p. 306.

Esta idea es reiterada por Mangas Martín, quien, tras recordar el art. 7.º TCEE como otro fundamento del efecto directo (principio de no discriminación), afirma que «el efecto directo de una Directiva emerge únicamente como correctivo frente al Estado miembro en el caso en que éste no haya adoptado los actos internos necesarios para su ejecución o que los puestos en vigor fueran inadecuados o insuficientes». *Cfr.* Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 76.

(38) La bibliografía acerca de la Jurisprudencia y doctrina del «efecto directo» de las Directivas es numerosísima. *Vid. ed ex.*, Easson, A., *Can Directives impose obligations on individuals?*, ELR, 1979, pp. 67 y ss.; Timmermans, C., *Directives: Their effect within the national legal systems*, CMLR, 1979, pp. 533 y ss.; Pescatore, P., *The Doctrine of Direct Effect. An Infant Disease of Community Law*, ELR, 1983, pp. 155 y ss.; Wyatt, D., *The Direct Effect of Community Social Law*, ELR, 1983, pp. 245 y ss.; Pellicer, R., *Condiciones y tipos de invocabilidad de la Directiva Comunitaria*, RIE, 1985, pp. 7 y ss.; Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., *El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Europea*, RAP, 1986, pp. 119 y ss.; Morris, P. E., «The Direct Effect of Directives. Some recent developments in the European Court», *Journal of Business Law*, 1989, pp. 233 y ss., y 309 y ss.; Manin, Ph., *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, RTDE, 1990, pp. 669 y ss.

cuando reúne las condiciones señaladas por la Jurisprudencia (39) podrá ser alegada o invocada por los particulares ante la Jurisdicción nacional (40).

Esta es, de forma extremadamente sintética, la doctrina jurisprudencial sobre el llamado «efecto directo» de las Directivas. Sin embargo, debemos añadir —pues su importancia en el presente litigio así lo requiere— que el TJCE ha procedido a una doble reducción del alcance de tal doctrina (41),

(39) El TJCE ha señalado cuatro condiciones que ha de reunir una Directiva para que tenga efecto directo. En primer lugar, que el plazo de ejecución hubiera expirado, condición que viene exigida con carácter absoluto por el Tribunal. Por otra parte, también es necesario el concurso de otras tres condiciones, aun cuando éstas tengan un carácter relativo. Tales condiciones son: que la disposición no fuera ejecutada o lo fuera incorrectamente, que la misma no deje un sustantivo «margen de discrecionalidad al Estado miembro para el cumplimiento de la ejecución de la Directiva», y, en último lugar, que la disposición sea clara e incondicional. Un análisis de tales condiciones puede verse en Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., «El efecto directo...», *op. cit.*, pp. 130-133.

Ha señalado Manin que la importancia de tal condicionalidad es radical. Esta caracteriza de forma efectiva la invocabilidad fundada sobre el efecto directo como una invocabilidad «excepcional» y no de «derecho común». La invocabilidad «normal» de una regla jerárquicamente superior —aquella que conocemos y aplicamos en Derecho interno— no subordina la invocabilidad a ninguna condición previa. En el sistema que nosotros calificamos de «normal», la utilidad de la invocación de una norma superior depende solamente del contenido de la norma y de la interpretación que se haga. Cfr. Manin, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 673.

(40) STJCE de 5 de abril de 1979, 148/78, Ratti, Rec., 1979, p. 1642, y de 19 de enero de 1982, 8/81, Becker, Rec., 1982, p. 70. *Vid.* Louis, J. V., «El Ordenamiento...», *op. cit.*, pp. 84 y ss.; Plender, R., y Pérez Santos, J., «Introducción...», *op. cit.*, pp. 72 y 73; Rodríguez Iglesias, G. C., *Los efectos internos del Derecho Comunitario*, DA, 201, 1984, pp. 49 y ss.; Santaolalla Gadea, F., *La aplicación del Derecho Comunitario en España*, DA, 201, 1984, pp. 83 y ss., en especial, pp. 218-226.

(41) Los resultados a que conlleva la doctrina del efecto directo de una Directiva sólo podrán comprenderse si se tienen presentes las consecuencias que se derivan del principio de primacía del Derecho Comunitario. Sobre el alcance de tal principio, *vid.*, Louis, J. V., «La primauté du Droit Communautaire», en AAVV, *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du Droit européen*, Larcier, Bruxelles, 1978, pp. 145 y ss.

Los efectos que se derivan de tal principio de primacía son remarcados por Mangas Martín, al hilo de la conocida sentencia Simmenthal (STJCE, de 9 de marzo de 1978, 106/77, Rec., 1978, pp. 643 y 644). Así, hay que recordar como «el Tribunal deduce del principio de la primacía dos efectos que enmarcan las relaciones entre las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables y el Derecho interno de los Estados miembros: el primero, es que una una norma comunitaria hace *inaplicable de pleno derecho desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la Legislación nacional existente*; el segundo de los efectos se dirige hacia la norma futura (posterior y contraria a la comunitaria) y consiste en que la vigencia de la normativa comunitaria impide *la formación válida de nuevos actos Legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias*. Y en el caso en que se adoptase una norma nacional contraria a la comunitaria, el juez nacional tiene obligación de asegurar el pleno efecto de las disposiciones comunitarias, *dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria a la Ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria*». Cfr. Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 89.

mediante la exclusión del efecto directo horizontal (42), y, por otra parte, la exclusión del efecto directo vertical inverso (43). Estas exclusiones han de llevar a la conclusión de que el TJCE reconoce tal «efecto directo» en las relaciones de los administrados con la administración (efecto vertical) (44), pero lo niega en las relaciones privadas, considerando que las disposiciones de las Directivas no pueden generar derechos y obligaciones que sean invocables en las relaciones intersubjetivas (45).

(42) «Según el artículo 189 del Tratado, el carácter obligatorio de una Directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional, sólo existe respecto a *todo Estado miembro destinatario*. De ello se deriva que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona». STJCE de 26 de febrero de 1986, 152/84, Marshall, Rec., 1987, p. 723.

(43) *Vid.* SSTJCE de 11 de junio de 1987, 14/86, *Pretore de Saló*, 1987, p. 2545, y 8 de octubre de 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec., 1987, p. 3969.

(44) Pero no en sentido contrario («efecto directo vertical inverso»), por lo que el Estado no podrá alegar el contenido de una Directiva frente a un particular cuando hubiera incumplido su deber de ejecución. Cfr. STJCE de 8 de octubre de 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit.

(45) La negativa del TJCE a reconocer el «efecto directo horizontal» de las Directivas ha sido valorado críticamente. *Vid.* Manin, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, pp. 688-690. De hecho, esta limitación puede conducir a consecuencias prácticas no queridas, como el mantenimiento de discriminaciones en el ámbito laboral (cfr. Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, pp. 81 y 82), o una distorsión en las condiciones de competencia (cfr. García-Cruces González, J. A., *Derecho Comunitario y Derecho del Consumo*, RDM, 1989, pp. 327 y ss., en especial, pp. 377-379 y 395).

(46) La doctrina del «efecto directo» de las Directivas señalada en el texto plantea numerosos problemas que, por razones evidentes, se obvian en este momento. Desde luego no es mi intención recoger aquí el mayor número posible de ellos y exponer las soluciones que ha ido formando el TJCE y la doctrina más autorizada. Sin embargo, sí me parece que puede tener interés remarcar el «carácter funcional» de las nociones de «Estado» y «particular» con la finalidad de aplicar tal doctrina del «efecto directo».

Respecto a la noción de «Estado», el Tribunal advirtió en la sentencia Marshall, ya citada, que «cuando los justiciables puedan invocar una Directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya como empresario, ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho Comunitario», cit., p. 723.

Esta delimitación de la noción de «Estado», de carácter quizá excesivamente amplio, puede plantear numerosos problemas. Así, y por citar tan sólo un ejemplo que luce en la propia Jurisprudencia, en el asunto British Gas Plc., (STJCE de 12 de julio de 1990, C-189/89, pendiente de publicación), las disposiciones de una Directiva sólo pudieron invocarse respecto a situaciones registradas en el período durante el cual la empresa estaba nacionalizada, pero no una vez que fue privatizada. Podría contestarse entonces como hizo el propio Tribunal en la ya citada sentencia Marshall, cuando señaló que tal distinción podría haberse evitado si el Estado miembro afectado hubiera traspuesto correctamente la Directiva en su Derecho nacional. Sin embargo, como ha observado Manin («L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 684), esta contestación no es suficiente, ya que no soluciona la cuestión de fondo y legitima una discriminación posible. El citado autor advierte, no obstante, que en tales supuestos el particular que viera lesionada su posición jurídica por la falta de «efecto directo horizontal» podría exigir la oportuna responsabilidad al Estado infractor (*op. cit.*, p. 684, nota 50), posibilidad a mi juicio teórica según la práctica habitual de muchos Estados miembros.

Siendo ésta la doctrina formada por el TJCE en lo referente al efecto directo de una Directiva (46), parece lógico concluir en una contestación negativa a la cuestión planteada por el Juez nacional. En este sentido, el Tribunal recuerda que «sobre la cuestión de si un particular puede ampararse en una Directiva contra una Ley nacional, debe recordarse la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia según la cual una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona» (47).

Sin embargo, el Tribunal, tras negar el «efecto directo horizontal» del artículo 11 de la Directiva 68/151, analiza su posible incidencia en el Derecho interno por otras vías. Así entiende que «de los autos se desprende que el órgano jurisdiccional nacional pretende, en esencia, dilucidar si el Juez nacional... tiene la obligación de interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva».

Sobre el concepto de «Estado» en la Jurisprudencia relativa al «efecto directo», *vid.* el reciente trabajo de Curtin, D., *The Province of Government. Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common law Context*, ELR, 1990, pp. 195 y ss.

Pero no sólo plantea —o puede plantear— problemas la noción de «Estado» a los efectos de determinar la invocabilidad de una Directiva. De igual manera, es preciso delimitar la noción de «particular», cuestión a la que ha dedicado, también, su atención el TJCE. En este sentido, el Tribunal ha señalado que «une organisme de droit public peu invoquer l'article 4, paragraphe 5, de la sixième directive afin de s'opposer à l'application d'une disposition nationale prévoyant son assujettissement à la taxe sur le valeur ajoutée pour une activité accomplie en tant qu'autorité publique ne figurant pas à la annexe D de la directive et dont le non-assujettissement n'est pas susceptible de donner lieu à des distorsions de concurrence d'une certaine importance» (STJCE de 17 de octubre de 1989, 231/87 y 129/88, *Comune di Carpaneto et al.*, Rec. 1989, p. 3281). De esta manera, un Ayuntamiento —cosa que ocurría en tal caso— será considerado, cuando invoca una Directiva frente al Estado y en tal contexto, como «assimilée aux particuliers».

Tal criterio ha sido reafirmado en la STJCE de 22 de febrero de 1990 (C-221/88, *Busseni*, Rec., 1990, pp. 529 y 530), en donde se reconoce el efecto directo de una «recommendation» de la CECA cuando el «particular» que pretende valerse de su invocabilidad es la propia CECA. Por ello, y a modo de primera conclusión, un ente público podrá actuar tanto como «Estado» que como «particular». Todo dependerá de la posición que ocupe. *Vid.*, críticamente, Manin, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, pp. 684 y 685. El problema del efecto directo de las Directivas comunitarias en materia de Sociedades no ha sido ajeno a la doctrina mercantil española. En este sentido, se ha afirmado que «el reclamo de la propia Directriz examinada en el art. 54.3.g TCEE, que persigue la coordinación de las garantías impuestas a las sociedades en los Estados miembros, en interés de los socios y de terceros, con el fin de hacerlas equivalentes, aleja toda interpretación de aquélla como sucedáneo de «loi uniforme». El resultado pretendido por la Directiva se limita a crear una equivalencia material de los efectos jurídicos derivados de cada ordenamiento nacional, reservando un apreciable margen de maniobra al legislador interno en su cometido armonizador». Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 298. En favor de tal «efecto directo» de las Directivas, y afirmando la necesidad de favorecer su impulso, *vid.* Fernández de la Gándara, L., *Derecho Europeo de Sociedades y reforma del ordenamiento español*, DA, 202, 1984, p. 232.

(47) Aptdo. n.º 6.

Por ello es ahora necesario detenerse en este criterio hermenéutico y valorar su alcance, tal y como parece haber sido formulado por el TJCE en esta sentencia.

4.2. El criterio de la interpretación de la legislación interna «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva»

El criterio de interpretación del derecho interno por las Jurisdicciones nacionales, de conformidad «a la luz de la letra y de la finalidad de una Directiva» no es un criterio nuevo en la jurisprudencia del TJCE. Una de sus formulaciones más importantes puede ser la que aparece en el asunto *Mazzalai* (48), cuyo conocimiento parece tener un interés evidente, a fin de poder analizar esta nueva sentencia del TJCE. En la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mazzalai*, el gobierno italiano planteó una argumentación interesante, aunque, a juicio del Tribunal, no fuera correcta. Así, se señalaba que con carácter previo a la interpretación de una Directiva, el TJCE debería valorar «si la norme communautaire n'était pas directement applicable dans le ordre juridique nationale, et si, partant, le juge national ne pouvait pas l'appliquer, L'interprétation donné par la Cour restreint privée d'effet...» (49).

Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo rechazó tal argumentación señalando que «qu'aux termes de l'article 177 la Cour est compétente pour statuer à titre prejudiciel, sur L'interprétation des actes puis par les institutions de la Communauté, indépendamment du fait qu'ils soient directement applicables on non» (50). Reiterando tal conclusión, el Tribunal advierte que su interpretación de la Directiva puede ser útil, a fin de que el Juez nacional asegure una interpretación y aplicación de la norma interna a las exigencias derivadas del Derecho Comunitario (51).

Este criterio del TJCE ha sido mantenido en diversas sentencias (52), algunas de las cuales han resuelto litigios que afectaban a la interpretación de la Directiva 68/151. Así, la conocida sentencia que resolvió el caso *Haaga*, en donde el «Bundesgerichtshof» solicitó del TJCE la interpretación del artículo 2.º, párrafo 1.º, letra D, de tal Directiva, con la finalidad de solventar las dudas acerca de cuál tenía que ser la interpretación más correcta —de entre las que se ofrecieron por las partes en el litigio principal— de la norma interna de trasposición (53).

Sin embargo, el TJCE va a completar este criterio hermenéutico dándole un mayor alcance e importancia en las sentencias *Von Colson* y

(48) STJCE de 20 de mayo de 1976, 111/75, *Mazzalai*, Rec., 1976, pp. 657 y ss.

(49) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, cit., p. 661, donde se añade que «dans un tel cas (disposición no directamente aplicable), le arrêt interprétatif de la Cour devrait se borner à affirmer que la norme n'est pas directement applicable», loc. ult. cit.

(50) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, cit., p. 665.

(51) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, cit., p. 666.

(52) *Vid.ad ex.*, SSTJCE de 26 de febrero de 1975, 67/74, *Bonsignore*, Rec., 1975, pp. 297 y ss., y de 8 de febrero de 1990, C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*, Rec., 1990, pp. 285 y ss.

(53) STJCE de 12 de noviembre de 1974, 32/74, *Haaga*, Rec., 1975, pp. 1205 y ss.

Harz (54). El TJCE va a reformular —o, mejor, completar— tal criterio hermenéutico, pues, con fundamento en el artículo 5 TCEE, sentará dos conclusiones importantísimas. En primer lugar, que la obligación genérica de trasposición recogida en el artículo 189.3.º TCEE también recae, dentro de sus competencias, sobre los tribunales nacionales. Por otra parte, que los jueces nacionales, a la hora de aplicar el Derecho interno, estarán obligados a hacerlo de conformidad con el texto y finalidad de una Directiva, a fin de lograr el resultado pretendido por el artículo 189.3.º TCEE (55).

El TJCE delimita aún más tal obligación de los Tribunales nacionales, pues señala que tal criterio interpretativo conforme a las exigencias comunitarias deberá actuarse en la aplicación del derecho interno «dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national» (56).

Por tanto, el criterio de interpretación del derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva» —de obligada observancia para la jurisdicción nacional— está sujeto a un doble límite. En primer lugar, que el TJCE procederá a resolver las dudas interpretativas que la jurisdicción nacional someta a su examen (57), pero no se pronunciará sobre la interpretación que, a su juicio, sea más correcta de la legislación nacional (58). Esta última es una labor privativa de los Tribunales nacionales (59). Por

(54) SSTJCE de 10 de abril de 1984, 14/83, Von Colson, Rec., 1984, pp. 1891 y ss., y de 10 de abril de 1984, 79/83, Harz, Rec., 1984, pp. 1921 y ss.

(55) Así, ha señalado el TJCE que la obligación de los Estados miembros de desarrollar una Directiva en su Derecho interno, «d'atteindre le resultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de L'article 5 du Traité de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer L'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des Etats membres y compris, dans le cadre de Leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la Directive pour atteindre le résultat visé par L'article 189, paragraphe 3». STJCE de 10 de abril de 1984, Von Colson, cit., p. 1909.

(56) STJCE de 10 de abril de 1984, Von Colson, loc. últ. cit. El carácter obligatorio de este criterio hermenéutico es reiterado en la STJCE de 17 de octubre de 1989 (109/88, Dansk Arbejdsgiverforening, Rec., 1989, pp. 3199 y ss.), en donde el Tribunal advierte que «le souci d'efficacité qui sous-tend ainsi la directive doit conduite à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en oeuvre effective du principe d'égalité». Cfr. STJCE de 17 de octubre de 1989, Dansk Arbejdsgiverforening, cit., p. 3226.

(57) El supuesto paradigmático es el caso *Haaga*, en donde ante las diferentes interpretaciones de la ley interna que propusieron las partes en el litigio principal, el «Bundesgerichtshof» solicitó del TJCE la interpretación de la Directiva 68/151, a fin de conformar su fallo. Cfr. STJCE de 12 de noviembre de 1974, *Haaga*, cit., pp. 1205 y ss.

(58) *Vid. ad ex.*, STJCE de 8 de febrero de 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*, cit., p. 304. Con anterioridad, *vid.* STJCE de 10 de marzo de 1983, 172/82, *Fabricants Raffineurs D'Huile de Graissage*, Rec., 1983, pp.

(59) Cuando en un litigio ante la Jurisdicción nacional surja un problema de validez o de interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal nacional podrá o, según los

otra parte, en la aplicación de tal criterio interpretativo, los Tribunales internos deberán siempre respetar sus propias competencias, y sólo dentro de ellas deberán seguir el criterio de la interpretación de conformidad con la Directiva.

Este criterio hermético, de indudable trascendencia práctica, como más adelante tendremos ocasión de analizar, es el que reafirma el TJCE en esta sentencia de 13 de noviembre de 1990. Así, el Tribunal vuelve a recordar la obligación que pesa sobre las jurisdicciones nacionales de actuar una interpretación de su derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» (60).

4.3. La noción de «objeto social» en la normativa comunitaria sobre sociedades de capital

Tras la negación del «efecto directo horizontal» de la Directiva 68/151, y la reiteración de la obligación de los Tribunales nacionales de interpretar su legislación interna de conformidad con tal Directiva, el TJCE se ocupa de una cuestión que, como veremos más adelante, tendrá importantes consecuencias prácticas. Nos referimos a la interpretación del término «objeto social» que emplea el artículo 11.2.B de la Directiva.

La Comisión CE entendía que tal «objeto social» lo era en sentido formal y no material; esto es, la referencia al objeto social habría que entenderla como a la descripción del mismo contenida en la escritura de constitución o en los estatutos. Esta interpretación del término objeto social es aceptada por el Tribunal, quien expresamente rechaza que la actividad

casos, estará obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Cfr. art. 177, párr. 3.º TCEE. Ahora bien, tal cuestión prejudicial no implica una privación de las competencias del juez nacional, ya que será éste quien deba resolver sobre el fondo del asunto una vez dictada la sentencia por el TJCE y, por tanto, pronunciarse sobre el particular. Esta conclusión se fundamenta, en definitiva, en la finalidad de interpretación uniforme del Derecho Comunitario que tiene la cuestión prejudicial. Cfr. STJCE de 16 de enero de 1974, 166/73, Rheinmühlen, Rec., 1974, p. 33. Por tales razones, la cuestión prejudicial «no es un recurso frente a una decisión de una jurisdicción nacional. El juez comunitario sólo se pronuncia sobre el alcance o validez de la norma comunitaria, ya que a quien corresponde dirimir el asunto de fondo es al juez nacional, dando aplicación a la norma comunitaria y constatando si hubo o no violación por parte del Estado. El Tribunal de la Comunidad es incompetente para pronunciarse sobre el Derecho interno de los Estados a través del mecanismo del reenvío judicial», Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 283. *Vid.*, en igual sentido, Waelbroeck, M., en Megret, J. (dir.), *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 10, IEE/ULB, Bruxelles, 1983, pp. 178 y ss., en especial, p. 196. Sobre el alcance del art. 177 TCEE y las competencias del Tribunal de Justicia, *vid.* las consideraciones de Arnulf, A., *References to The European Court*, ELR, 1990, pp. 375 y ss.

(60) Aptdo. n.º 8.

desarrollada por la Sociedad pueda fundamentar una causa de nulidad ex artículo 11 de la Directiva 68/151 (61). El TJCE fundamenta tal conclusión con el carácter restrictivo que ha de informar toda interpretación de una posible causa de nulidad y, por otra parte, en la finalidad de garantizar «la seguridad jurídica en las relaciones entre la Sociedad y los terceros, así como entre los socios» (62) que persigue la regulación comunitaria de la nulidad de Sociedades de capital (63).

Esta interpretación del TJCE parece descartar las dudas que podría existir acerca del significado de la expresión «objeto social». Sin embargo, con anterioridad a esta sentencia se hizo notar que mediaba una diferencia importante entre las versiones latinas y la germánica del texto de la Directiva que podría tener alguna consecuencia importante en este tema (64). Así, en la versión alemana del texto comunitario se configura como causa de nulidad el supuesto en que el objeto social *resulte* («tatsächlich») ilícito o contrario al orden público. Esta matización podría justificar, por tanto, una interpretación de la expresión «objeto social» como «objeto social real», esto es, la actividad efectivamente desarrollada por la Sociedad.

Ahora bien, tras esta sentencia de 19 de noviembre de 1990, la referencia que se establece en el texto alemán no puede tener más que un alcance puramente temporal. El TJCE ha solventado en este pronunciamiento cualquier duda que quedara. El objeto social a que se refiere el artículo 11.2.B, de la Directiva 68/151 no es otro que aquel que aparezca en los Estatutos.

(61) Señala el TJCE que «la expresión “el objeto de la sociedad” debe entenderse referida al objeto de la sociedad, según la descripción contenida en la escritura de constitución o en los Estatutos». Aptdo. n.º 12.

(62) Considerando n.º 6 de la Directiva 68/151.

(63) En este sentido, Van Onmeslaghe («La première...», *op. cit.*, p. 660) advertía que la Directiva admite como causa de nulidad el objeto ilícito o contrario al orden público, pero no comprende la «causa ilícita» entre los motivos de anulación. En consecuencia, si los fundadores están animados por móviles ilícitos, sin que el objeto social como tal lo sea, la sociedad no podrá ser anulada.

Sin embargo, este autor advierte que la Directiva no impide el ejercicio de la acción pauliana respecto a las aportaciones que se hicieran en fraude de los acreedores del aportante, ya que —a su juicio— no se trata de una acción de nulidad ni entraña la anulación de la Sociedad (cfr. *op. cit.*, p. 657). La justificación de esta afirmación radica, aparte del carácter de la acción pauliana, en el hecho de que la Directiva no regula la anulación de ciertas suscripciones que no entrañen la anulación de la Sociedad. Desde luego, continúa Van Onmeslaghe, los efectos de tales anulaciones no son los mismos que se derivan de la nulidad de una Sociedad para los terceros. Por tanto, los Estados miembros podrán establecer en su legislación interna la posibilidad de una anulación parcial y completarla con la responsabilidad de los fundadores o de los miembros del primer órgano de administración. De ahí que las reglas en vigor en ciertos Estados miembros, en especial, en materia de vicios del consentimiento o de incapacidad, puedan continuar surtiendo efectos en la medida en que no afectan a la validez de la Sociedad. Cfr. *op. cit.*, loc. ult. cit.

(64) Bärmann, *Europäische Integration im Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, p. 285, cit. por Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 239.

La referencia al objeto social que resulte ilícito o contrario al orden público en cuanto causa de nulidad deberá entenderse como aquel supuesto sobrevenido de ilicitud o contradicción con el orden público del objeto social. Así, esa alusión no puede tener otro alcance —como se deriva de la interpretación jurisprudencial— que configurar, como causa de nulidad, el supuesto de hecho en que, el juicio de reprobación que al ordenamiento jurídico o a la conciencia social merece el objeto social delimitado en Estatutos, sea posterior a la válida constitución de la Sociedad.

Como conclusión, podemos entonces observar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 11.2.B de la Directiva 68/151, la nulidad de una Sociedad de capital por ser su objeto social ilícito o contrario al orden público, sólo podrá ser declarada cuando el objeto social que conste en Estatutos así lo sea, o bien lo llegue a ser de forma sobrevenida, sin que el objeto social real o actividad realmente desarrollada por la Sociedad pueda justificar tal declaración judicial de nulidad (65).

La interpretación del término «objeto social», que ha formulado el TJCE en esta sentencia tiene, por otra parte, una consecuencia práctica evidente en la nueva legislación española de sociedades de capital. Tras la reforma de la Ley de anónimas de 1951, el legislador español —a fin de adaptar la normativa interna y, por otra parte, colmar una laguna legal— reguló en los artículos 34 y 35 la nulidad de la Sociedad anónima.

En lo que ahora nos interesa, habrá que destacar cómo la Ley española señala como causa de nulidad el «resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público» (art. 34.1.A). Prescindiendo de otras cuestiones que plantea el citado precepto (66), debemos plantearnos la cuestión de la delimitación del supuesto de hecho que la nueva LSA configura como causa de nulidad. En este sentido, y ya en relación al Anteproyecto de 1987, se advertía que la mención del objeto social ilícito o contrario al orden público como causa de nulidad habría que entenderla no sólo como objeto social estatutario, sino también por su referencia al «objeto social real o actividad efectivamente desarrollada por la Sociedad, a despecho del consignado en el acto constitutivo» (67).

(65) Pero la Directiva no impide que la legislación interna configure la ilicitud de la actividad desarrollada por la Sociedad como una *causa de disolución*. Como advirtiera Van Onmeslaghe (*op. cit.*, p. 656), la Directiva enumera solamente las causas de nulidad, por lo que los Estados miembros podrán sancionar la disolución de las Sociedades con fundamento en otras irregularidades no previstas como causas de nulidad. Ahora bien, la cuestión que puede plantearse inmediatamente es la del alcance de tal facultad. Si se recuerda el significado práctico que tiene la nulidad en la Directiva 68/151 (*vid.*, en relación a su trasposición en la legislación interna española, Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 1012), parece que su «efecto útil» impediría un excesivo realce de la disolución fundada en irregularidades no contempladas como causas de nulidad.

(66) Sobre tales aspectos, *vid.* Sáenz García de Albizu, J. C., *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 99 y ss.

(67) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 349. En este sentido, y tras la aprobación de la nueva Ley, Sánchez Calero advierte, citando a Eizaguirre y a Sáenz, «que la ley al hablar de la nulidad de la Sociedad cuando el objeto «resulta» ilícito o

Pues bien, tras esta sentencia del TJCE en el asunto *Marleasing*, no creo que pueda entenderse que la causa de la letra A del artículo 34.1.º de la nueva LSA incluya como supuesto de nulidad la ilicitud del objeto social real o licitud de la actividad social efectivamente desarrollada. La interpretación que el TJCE ha realizado del artículo 11.2.B de la Directiva 68/151 nos lleva a tal conclusión. Al interpretar la Ley española habrá que negar la posibilidad de que sea declarada la nulidad judicial por el desarrollo de una actividad ilícita a pesar de la licitud del objeto social consignado en Estatutos. Esta conclusión se afirma, evidentemente, con fundamento en una interpretación de la legislación interna de conformidad «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva», tal y como ésta ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia.

Sin embargo, la consideración del objeto social a que se refiere el artículo 34.1.A de la LSA como objeto social formal o estatutario plantea dos problemas que, a mi juicio, son de compleja solución.

El primer problema que se plantea es el de la posible nulidad de una sociedad cuyo objeto social real o actividad implica la infracción de normas administrativas (68). En tales supuestos, el ordenamiento jurídico no sanciona, con carácter general, tal ilicitud de actividad más que con sanciones administrativas. Sin embargo, en la reciente legislación económica española se pueden encontrar supuestos en que, junto a sanciones puramente administrativas, el legislador establece sanciones de derecho privado (69), llegando incluso a configurar tales supuestos como causas de nulidad (70). En estos supuestos, cabe plantearse la duda de si la Sociedad anónima válidamente constituida podrá ser declarada nula, pues la actividad que desarrolla es contraria a esta normativa económica (71).

contrario al orden público, ha querido referirse tanto al objeto estatutario como al objeto real, si bien se matiza por esos autores que en este último supuesto nos encontramos ante una nulidad de la Sociedad únicamente si el cambio entre el objeto estatutario (aparentemente lícito) y el objeto real (que resulta ilícito), se debe a una decisión de los socios en el momento de constitución de la Sociedad. Pero no sucede así cuando el objeto social, es decir, la actividad que de hecho realiza la sociedad, sea diversa al objeto estatutario, no por voluntad de los socios, si no por voluntad de los administradores, ya que en tal caso, la Sociedad constituida será válida, sin perjuicio de la responsabilidad de los propios administradores». Cfr. Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 1021. En este sentido, *vid.* Sáenz García de Albizu, J. C., «El objeto social...», *op. cit.*, p. 137.

(68) Este problema es analizado por Sánchez Calero («La Sociedad...», pp. 1020 y 1021), quien, al considerar posible la nulidad por ilicitud de la actividad social efectivamente desarrollada, no verifica la posible incompatibilidad de la sanción administrativa de nulidad en tales supuestos respecto a lo establecido en la Directiva 68/151.

(69) Cfr., *ad ex.*, art. 6.º de la Ley 33/84, de 14 de agosto, de Ordenación del Seguro privado, en donde se sanciona la nulidad de los contratos de seguros celebrados por entidades no inscritas.

(70) Así, el art. 28.1.º de la Ley 26/88, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece la nulidad «de pleno derecho» de aquellas Sociedades que —habiéndose sido inscritas— su actividad, objeto social o denominación resulten contrarios a las disposiciones de la propia ley (reserva de la actividad bancaria).

(71) En tales supuestos puede intentar buscarse una posible solución mediante la aplicación del criterio hermenéutico defendido por el TJCE en esta sentencia de 13 de

Por otra parte, el segundo problema anunciado hace referencia a la posible nulidad de la Sociedad por la ilicitud sobrevenida del objeto social. Evidentemente, tal causa de nulidad por ilicitud del objeto social no pugna con la interpretación que ha hecho el TJCE de lo dispuesto en el artículo 11.2.B de la Directiva 68/151. La ilicitud sobrevenida del objeto social aparece, pues, como una causa de nulidad admitida tanto por la normativa comunitaria como por la legislación interna española. Ahora bien, se ha afirmado que la ilicitud sobrevenida del objeto social no puede configurarse como causa de nulidad, ya que las causas previstas como tales «afectan al fundamento genético de la sociedad», aunque «tal vicisitud no puede estimarse carente de consecuencias sobre el devenir de la sociedad, en la medida en que equivaldría a la imposibilidad de realización del objeto, causa de disolución» (72). Se opte por una u otra solución, las consecuencias prácticas —no así en el orden conceptual— que se derivarían serían las mismas: apertura del proceso de liquidación y no afectación de las relaciones anteriores con terceros (73).

5. CONSIDERACIONES FINALES

5.1. Fundamentación jurídica del criterio de interpretación del Derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva»

Sin intentáramos señalar ahora cuál es el fundamento jurídico de este criterio hermenéutico establecido por el TJCE, parece que la simple lectura del artículo 189 TCEE no nos ayudaría mucho. Por ello, no basta con una simple interpretación literal de lo dispuesto en aquel precepto.

noviembre de 1990. Así deberíamos interpretar lo dispuesto en el art. 28.1.º de la Ley de Disciplina e intervención de Entidades de Crédito, de conformidad a «la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva», tal y como ésta ha sido interpretada por el Tribunal. En este sentido, podría llegar a ser una solución —en el caso de que entendiéramos el conflicto entre la Directiva y la norma interna— interpretar la sanción dispuesta en el art. 28.1.º de la Ley española como causa de disolución, logrando de este modo un resultado muy similar al que se derivaría de su configuración como nulidad (cfr. art. 12 Directiva 68/151 y art. 35 LSA) y que, por otra parte, es el que establece la propia Ley 26/88 (cfr. art. 30). En este sentido, quizá fuera un apoyo el texto del artículo 1666 C.c.

(72) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 349, quien sigue y cita en este punto a Bocchini, *I vizi della costituzione e la nullità della società per azioni*, Napoli, 1977, p. 238.

(73) A mi juicio, parece preferible configurar la ilicitud sobrevenida del objeto social como causa de nulidad reconocida, tanto por el art. 11.2.B. de la Directiva 68/151, como por el art. 34.1.A de la Ley española. La razón está en no privar de sentido práctico a la regla allí establecida, máxime si se tiene presente la interpretación que del término «objeto social» ha hecho el TJCE. En un sistema de publicidad sujeto a control previo como el que —con carácter general, aun cuando se deba señalar la equi-

Atendiendo al significado de la disposición del artículo 189 TCEE, es indudable que del mismo se deriva el carácter normativo de la Directiva. Pues bien, como señaló el TJCE en el asunto Van Duyn, sería incompatible con el carácter normativo que el artículo 189 TCEE reconozca a la Directiva el excluir en principio que la obligación que ella impone pueda ser invocada por las personas afectadas. Particularmente, en el caso en que las autoridades comunitarias, por Directiva, hubieran obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, el *efecto útil* de tal acto quedaría diluido si los justiciables estuvieran impedidos de valerse en justicia y la jurisdicción nacional no pudiera tener en consideración la propia Directiva (74).

Por tanto, el carácter normativo de la Directiva también se refleja en la posibilidad de su invocación ante los Tribunales nacionales. Ahora bien, tal invocabilidad —como ya conocemos— tiene un alcance distinto según las relaciones de hecho que se den en el litigio enjuiciado. Si esas relaciones son las de un particular frente al Estado —entendido éste en el sentido amplio con que, según se expuso con anterioridad, el TJCE interpreta tal término— la Directiva será plenamente invocable, es decir, tendrá «efecto directo vertical» (75).

Si, por el contrario, en el litigio en el que se alega la invocabilidad de las disposiciones de una Directiva, las relaciones que subyacen son entre particulares —con la amplitud que, como también ha quedado indicado, da a este término el propio TJCE— la misma no goza de tal efecto directo, pues éste sólo se da frente al «Estado destinatario» incumplidor del deber de trasposición, conforme a una constante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (76).

paración del art. 10— establece la Directiva, parece muy extraño y poco factible que tal causa de nulidad por ilicitud del objeto social pudiera tener alguna virtualidad práctica, salvo que en el mismo supuesto se encuadrara la ilicitud sobrevenida de tal objeto social. En el caso español, en donde a ese sistema de control previo (calificación registral) debemos añadir la exigencia de la forma pública (control notarial), me parece poco probable que pudiera existir algún supuesto en donde, tras superar esa dualidad de controles, un Juez pudiera declarar la nulidad de una Sociedad por ser ilícito el objeto social que, constando en escritura pública, aparece en la inscripción registral de la Sociedad. Parece lógico, pues, incluir como causa de nulidad ex art. 34.1.A de la LSA el supuesto de la ilicitud sobrevenida del objeto social.

(74) STJCE de 4 de diciembre de 1974, 41/74, Van Duyn, Rec., 1974, pp. 1337 y ss. En esta misma sentencia advierte el TJCE que «L'article 177 qui permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de la validité et de l'interprétation de tous les actes son susceptibles d'être invoqués par les justiciables devant les dites juridictions», cit., p. 1349.

(75) No así «efecto directo vertical inverso», o, lo que es lo mismo, el Estado incumplidor no podrá hacer valer frente a un particular su propio incumplimiento, esto es, las disposiciones de la Directiva no ejecutada por él. Cfr. STJCE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen BV, cit., pp. 3986 y 3988.

(76) Es la negación del efecto directo en las relaciones intersubjetivas o «efecto directo horizontal». Cfr. STJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall, cit., página 723.

Ahora bien, la negación del «efecto directo horizontal» de una Directiva no implica la irrelevancia de sus disposiciones en los litigios entre particulares que se sustancian ante los Tribunales nacionales. El Tribunal considera que, en tales supuestos, la jurisdicción nacional deberá interpretar el Derecho interno «a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva». Pero, para llegar a tal conclusión, el TJCE acude —como así ha hecho— a una interpretación armónica del artículo 189 en relación al principio de cooperación recogido en el artículo 5.º TCEE. En este sentido, el Tribunal advierte que esta última disposición impone a los Estados miembros una obligación positiva de trasponer el Derecho Comunitario que no tiene, por sí misma, una eficacia directa en la Legislación nacional (77). Una falta de ejecución o una ejecución ineficaz de la Directiva han de considerarse contrarias no sólo a la previsión específica del artículo 189.3.º TCEE sino, también, respecto al deber de cooperación legal impuesto por el artículo 5.º TCEE (78).

Pues bien, al considerar como «Estado» —o mejor, integrante del mismo— a los Tribunales nacionales, éstos quedarán sujetos por el deber impuesto por el artículo 189 TCEE, de conformidad con el deber de cooperación afirmado en el artículo 5.º TCEE (79). Esta obligación que pesa sobre los Tribunales nacionales a fin de lograr la efectividad del resultado previsto por la Directiva («efecto útil»), y el propio carácter de norma de derecho objetivo que ésta tiene, fundamentan, por tanto, que los Jueces nacionales deban seguir, como criterio de interpretación de su Derecho interno, su conformidad «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva» («Richtlinienkonforme Auslegung») (80).

(77) STJCE de 29 de junio de 1978, 77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV*, Rec., 1978, pp. 1513 y 1525.

(78) Sobre tal principio de cooperación, *vid.* SSTJCE de 16 de diciembre de 1976, 39/76, *Rewe*, Rec., 1976, pp. 1989 y 1997, y de 10 de diciembre de 1969, 6/69 y 11/69, *Commission v. France*, Rec., 1969, pp. 523 y 540.

(79) Sobre el alcance del art. 5.º TCEE, *vid.* Belckmann, *Europarecht*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

(80) Recuérdese que la disposición del art. 189 TCEE deja un amplio margen de libertad a los Estados miembros para elegir los medios y la forma de ejecución de la Directiva. En este sentido, se ha afirmado que «la facultad estatal de determinar la forma y los medios de desarrollo y ejecución de las Directivas tiene por objeto, sobre todo, evitar irrumpir bruscamente en los sistemas nacionales de fuentes jurídicas, de ordinario fruto de un laborioso decurso histórico; por ello, dicha facultad configura una función instrumental por referencia a un contenido jurídico, ya en muy buena medida determinado por la Directiva misma». Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., «El efecto directo...», *op. cit.*, p. 139.

Siendo cierta la anterior afirmación, la misma no puede hacernos olvidar las limitaciones que pesan sobre tal facultad estatal, pues ésta quedará compensada con la *obligación ex art. 5.º TCEE de elegir la forma y medios más apropiados para conseguir la plena efectividad de la norma comunitaria*. Así lo señaló el TJCE en el asunto Royer, cuando advierte que «la liberté laissée par L'article 189 aux Etats membres quant aux choix des formes et moyens, en matière d'exécution des directives, laisse entière leur obligation de choisir les formes et les moyens le plus appropriés en vue d'assurer L'effet utile des directi-

5.2. Alcance de tal criterio

Conocido el fundamento jurídico del criterio de interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas, es ahora el momento de intentar delimitar su alcance.

Desde luego, para mejor aplicar tal criterio, el Juez nacional podrá acudir al TJCE para que éste le ofrezca una interpretación de la norma comunitaria a fin de que el primero resuelva el litigio planteado ante la jurisdicción nacional. Por supuesto, y de conformidad con la finalidad que tiene asignada la cuestión prejudicial (81), la sentencia del TJCE no procederá a interpretar la norma interna ni su compatibilidad con la comunitaria, cuestiones que quedan confiadas a los Tribunales nacionales (82). Ahora bien,

ves». STJCE de 8 de abril de 1976, 48/75, Royer, Rec., 1976, p. 519. Vid. también STJCE de 6 de julio de 1982, 61/81, Commission V. Royaume Uni, Rec., 1982, p. 2601.

La exigencia de salvaguardia del «efecto útil» de las Directivas lleva a la conclusión de que, en atención a las competencias que tradicionalmente les han sido asignadas, los Tribunales nacionales cumplan tal obligación mediante el seguimiento del criterio de interpretación conforme a las Directivas en aquellos supuestos en que éstas no fueran ejecutadas o lo fueran incorrectamente.

Por otra parte, se ha advertido que la obligación de resultado impuesta a los Estados miembros por el párrafo 3.º del art. 189 TCEE implica que la simple reproducción literal de los objetivos de la Directiva en la legislación nacional sea insuficiente para las finalidades perseguidas por la normativa comunitaria. La exigencia de efectividad en el resultado impone tal conclusión. Vid. Cutin, D., *Effective Sanctions and the equal treatment Directive: The Von Colson and Hazr Cases*, CMLR, 1985, página 514.

(81) La cuestión prejudicial, como anteriormente indicamos, es un *instrumento de cooperación* entre el TJCE y las Jurisdicciones nacionales por el cual «La première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu'elles sont appelées à trancher». STJCE de 18 de octubre de 1990, C-297/88 y 197/89, Dzodzi, pendiente de publicación, Apto. n.º 33.

(82) El art. 177 TCEE confiere al Tribunal de Justicia la competencia de interpretar el Tratado y los actos de las Instituciones, pero no la de aplicarlos a un caso sometido a un juez nacional. Waelbroeck, M., en Mégret, J.: «Le Droit...», *op. cit.*, pp. 224 y 227. Por ello, el TJCE dará al Juez nacional todas las indicaciones precisas que le permitan aplicar la disposición comunitaria que el Tribunal interpretó. Así se ha manifestado reiteradamente el TJCE, para quien «La compétence de la Cour au titre de l'article 177 ayant pour objectif d'assurer l'interprétation uniforme, dans tous les Etats membres, des dispositions de Droit Communautaire, la Cour se borne à deduire de la lettre et de l'esprit de celles-ci la signification des normes communautaires en cause. Il appartient ensuite aux seules juridictions nationales d'appliquer les dispositions de droit communautaire ainsi interprétées, entendant compte des circonstances de fait et de droit de L'affaire dont elles sont saisies». STJCE de 8 de octubre de 1990, Dzodzi, *cit.*, Apto. n.º 38. Vid., igualmente, SSTJCE de 28 de junio de 1984, 180/83, Mosez, Rec., 1984, p. 2539; de 29 de noviembre de 1978, 21/78, Delkvist, Rec., 1978, p. 2327; de 30 de enero de 1974, 158/73, Kampffmeyer, Rec., 1974, p. 101; de 11 de julio de 1968, 5/68, Sayag, Rec., 1968, p. 576, y de 8 de febrero de 1968, 32/67, Van Leuwen, Rec., 1968, p. 64.

la incidencia práctica de este criterio de la «Richtlinienkonforme auslegung» sólo podrá conocerse en toda su extensión si se tienen presentes los efectos de la sentencia de interpretación que, en su momento dicte el TJCE, bien porque él acuda voluntariamente el Tribunal nacional, bien porque éste esté obligado a formular la cuestión prejudicial (83).

Desde este punto de vista y con la finalidad perseguida, cabe preguntarse ahora por los efectos de las sentencias de interpretación dictadas por el TJCE. Desde luego, para analizar tal cuestión, parece conveniente diferenciar entre su eficacia material y sus efectos en el tiempo.

Respecto a los efectos materiales que se derivan de una decisión judicial de este tipo, se ha advertido (84), aún cuando fuera ocasionalmente, que las mismas tendrían el carácter de «arrêts de réglemant», por lo que una vez dictada la sentencia ésta impediría volver a plantear una cuestión prejudicial sobre un problema idéntico. Sin embargo, el propio TJCE ha rechazado de forma expresa tal caracterización y no ha dudado en admitir a trámite una cuestión prejudicial para interpretar una disposición ya interpretada con anterioridad en un caso igual (85). Esta última afirmación no implica la negación de los efectos materiales de una sentencia de interpretación del TJCE. Como el propio Tribunal ha advertido, la sentencia de interpretación dictada vincula al juez nacional (86). Por ello, una decisión de un Tribunal nacional inferior podrá ser recurrida ante los Tribunales nacionales superiores si no respetara la interpretación que de la norma comunitaria realizó el TJCE. Las sentencias del Tribunal de Luxemburgo no son simplemente las decisiones de una autoridad moral; aunque no tengan un

(83) En la práctica, la aplicación del criterio de interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva irá, lógicamente, precedido de la interpretación de la norma comunitaria por parte del TJCE. Así se deriva, no sólo por razones de prudencia por parte del Tribunal nacional sino que, en aquellos casos en que —al no ser obligatoria— un Tribunal nacional inferior prescindiera de formular la cuestión prejudicial, bastará con que el litigante que así lo quisiera recurriera hasta agotar la vía de los recursos, en cuyo caso, el último Tribunal nacional estaría obligado a formular tal cuestión prejudicial. Cfr. art. 177, párrafo 3.º TCEE.

(84) Köhl, A.: «Note sous l'arrêt Defrenne», *Rev. Crit. Jur. Belg.*, 1977, p. 231.

(85) Vid., ad ex. STJCE de 15 de mayo de 1990, C-4/89, «Comune di Carpaneto et al. II», *Rec.*, 1990, pp. 1869 y ss.

(86) Vid. STJCE de 3 de enero de 1977, 52/76, Benedetti, *Rec.*, 1977, p. 183. Se ha recordado que «el Tribunal no decide sobre un caso, sino sobre un punto de interpretación y lo hace de manera abstracta. Se trata pues, en realidad, de la "autoridad del precedente", según el concepto genuinamente anglosajón. A imitación de la práctica seguida a partir de 1976 por la "House of Lords", el Tribunal de Justicia se reserva el derecho de modificar sus decisiones precedentes. No obstante, hasta que no proceda de esta manera, las jurisdicciones nacionales deberán seguir la jurisprudencia por él establecida. La solución es equilibrada, ya que contribuye a la unidad de interpretación del Derecho Comunitario sin paralizar su evolución». Louis, J. V., «Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *RIE*, 1983, pp. 11 y 12. Sobre los efectos de las STJCE en el tiempo, vid., igualmente, Waelbroeck, M., «May the Court of Justice Limit The Retrospective Operations of its Judgements?», *Yearbook of European Law*, 1981, pp. 115 y ss.

carácter normativo absoluto, se imponen «erga omnes» en todos los futuros litigios, aun cuando los Tribunales nacionales conserven siempre la facultad de acudir de nuevo al TJCE sobre una cuestión ya resuelta (87).

Por otra parte, hay que recordar la eficacia temporal de las sentencias dictadas por el TJCE. Como criterio general habrá que señalar como tales fallos tienen una eficacia retroactiva (88). Con carácter general los pronunciamientos en interpretación que realice el TJCE tienen efectos retroactivos, aun cuando el Tribunal se reconoce la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de su decisión (89). Ante estos supuestos en que el TJCE limita la eficacia temporal de una sentencia de interpretación, se ha afirmado que el Tribunal «aparece como una instancia que dicta una nueva regla: actúa como un legislador» (90).

Si se tiene presente la eficacia que, como acabamos de exponer, se deriva de las sentencias de interpretación dictadas por el TJCE, podrá comprenderse fácilmente la gran importancia que está llamado a tener este criterio hermenéutico de la interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva. Sin embargo, no puede desconocerse que este criterio interpretativo, a pesar de su importancia, no goza de un valor absoluto pues está limitado. El límite de tal criterio no es otro, conforme al propio concepto de Directiva, que aquél se deriva del principio de la autonomía institucional.

La labor de desarrollo de la normativa comunitaria, y por tanto, la ejecución de las Directivas, corresponde a los Estados miembros de conformidad con su ordenamiento jurídico interno pues el Derecho Comunitario no establece procedimiento o regla alguna. En el supuesto de la ejecución de una Directiva, el principio de la autonomía institucional implica que será el Estado destinatario de la misma quien procederá a la trasposición de la norma comunitaria de conformidad con el procedimiento previsto en su legislación interna (91). De esta manera, la distribución competencial establecida en el ordenamiento

(87) Waelbroeck, M. en Mégret, J., «Le Droit...», *op. cit.*, p. 247.

(88) STJCE de 28 de marzo de 1980, 66127, y 128/79, Salumi, Rec., 1980, página 1260.

(89) STJCE de 8 de abril de 1976, 43/75, Defrenne II, Rec., 1976, p. 455.

(90) Louis, J. V., «Los efectos...», *op. cit.*, p. 13. Poco más adelante, este autor señala que «en su función de juez de interpretación y de apreciación de la validez de los actos de las instituciones, el Tribunal de justicia aparece como un auténtico Tribunal constitucional, preocupado por las consecuencias de sus decisiones en la valoración de una constitución cuya rigidez es un elemento característico. El Tribunal no quiere paralizar la evolución del Derecho Comunitario y por ese motivo, se niega a otorgar a sus sentencias una autoridad absoluta. Al mismo tiempo, desea mantener el control sobre toda posible evolución e invitar a los Tribunales nacionales a respetar la autoridad de las interpretaciones o declaraciones de invalidez. Si éstos prefieren no seguir la Jurisprudencia comunitaria les queda siempre la posibilidad de someter nuevas cuestiones», *op. cit.*, p. 19.

(91) En este sentido, el TJCE advirtió que «dans le cas où la mise en oeuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national», STJCE de 11 de febrero de 1971, 39/70, Fleikschkontor, Rec., 1971, p. 58.

jurídico interno determinará la habilitación de que goza cada uno de los órganos del Estado en la ejecución y desarrollo de las Directivas. Conforme a tal reparto de competencias, será preciso, pues, determinar el alcance que puede tener este criterio hermenéutico sentado por el TJCE en un concreto ordenamiento jurídico, ya que el mismo también quedará sujeto a las limitaciones que se deriven del mencionado principio de la autonomía institucional (92).

Estas consideraciones nos permiten encarar el problema de fondo que puede plantear esta sentencia de 13 de noviembre de 1990. En ella, como hemos visto, el TJCE reitera la obligación de los Tribunales nacionales de interpretar su derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva». Así, en lo supuestos en que quepa una cierta discrecionalidad judicial dentro del Derecho nacional, la misma estará limitada por las exigencias derivadas del Derecho Comunitario, ya que la Directiva podría ser alegada ante tal jurisdicción en cuanto criterio interpretativo de la norma interna, llegando al resultado de que los jueces nacionales podrían considerar inaplicable o reinterpretar su legislación interna (93). Ahora bien, cuando el Estado hubiera incumplido su deber de trasposición de la Directiva Comunitaria, el Tribunal nacional también deberá observar el criterio de la «richtlinienkonforme auslegung» en la aplicación de la normativa interna, pero la observancia de tal criterio no puede justificar ni amparar una actuación judicial contraria a las funciones y competencias reconocidas a los Tribunales en la Constitución y Legislación internas.

De esta manera, podemos llegar a la conclusión de que el criterio hermenéutico afirmado por el Tribunal de Luxemburgo tendrá un alcance diverso en razón de las competencias reconocidas a la Jurisdicción nacional en cada ordenamiento interno. Si, como ocurre en España, la labor judicial no es creadora ni puede llevar a cabo una interpretación *contra le-*

(92) El TJCE fundamenta este principio de la autonomía institucional en el art. 5 TCEE. El propio Tribunal de Justicia ha señalado que «conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les Etats membres, il appartient aux Etats membres, en vertu de L'article 5 du Traité, d'assurer sur leurs territoires L'exécution des réglementations communautaires, notamment dans le cadre de la politique agricole commune. *Pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national...*», STJCE de 21 de septiembre de 1983, 205 a 215/82 Deutsche Milchkontor, Rec., 1983, p. 2665.

Ahora bien, no puede desconocerse que «ese principio de la autonomía institucional no tiene carácter absoluto sino que está limitado por el respeto a los principios de la primacía y de la aplicación directa y uniforme del Derecho Comunitario. En efecto, cuando el Estado toma medidas para ejecutar el Derecho Comunitario no puede dictar normas incompatibles en el contenido y objetivos marcados en la norma comunitaria, ni entorpecer el efecto directo y útil al elegir procedimientos excesivamente complejos o lentos. Especialmente, el mayor daño que puede proceder de una desmedida atención al principio de autonomía procedimental se causaría a la uniformidad de la aplicación del Derecho Comunitario...»; Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 184.

(93) Curtin, D., «Effective Sanctions...», *op. cit.*, pp. 531 y 533.

gem (94) el criterio interpretativo sentado por el TJCE no puede justificar —en mi opinión— una interpretación del derecho interno que resulte prohibida por tal normativa.

Esta es la conclusión que se deriva del principio de autonomía institucional, el cual necesariamente también ha de incidir en la aplicación judicial de la normativa interna por su interpretación conforme con la comunitaria (95).

5.3. Consecuencias prácticas

La sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, que hemos ido comentando, plantea, a mi juicio, una serie de consecuencias importantísimas. Pero, parece conveniente distinguir aquéllas que, en principio, pueden darse en la aplicación de las Directivas comunitarias, y por otra parte, las consecuencias que el pronunciamiento del Tribunal puede tener en relación al supuesto de hecho societario que motivó el litigio principal.

En lo que respecta a la primera cuestión, se advirtió ya en relación a las sentencias Von Colson y Harz (96), y —sin duda— puede trasladarse esta observación respecto a esta nueva sentencia, que el criterio interpretativo de la «Richtlinienkonforme auslegung» del Derecho interno, conducirá en la práctica a los mismos resultados que el reconocimiento del «efecto directo horizontal» de las Directivas. Por supuesto, desde un punto de vista dogmático se trata de conceptos diferentes. Sin embargo, las consecuencias prácticas de la aplicación de este criterio hermenéutico conducen a resultados similares que el reconocimiento de tal efecto directo en las relaciones intersubjetivas o entre particulares (97). Ahora bien, tales consecuencias

(94) Art. 1.6.º del Código Civil.

(95) Lo contrario sería afirmar que el TJCE pretende deprimir el alcance del principio de la autonomía institucional. Este principio no tiene, como ya vimos, un significado absoluto, pues estará limitado por una finalidad uniformadora en la aplicación de la normativa comunitaria. Pero, tal finalidad no puede justificar una alteración de la distribución competencial entre los órganos del Estado conforme establece su legislación interna. Si la Jurisprudencia —como ocurre en España— no es fuente del Derecho y, por tanto, no puede crear éste, a los jueces españoles les estará prohibida una interpretación de la normativa interna que, aun cuando se justificara en la propia Directiva, tuviera carácter *contra legem*.

(96) Curtín, D., «Effective Sanctions...», *op. cit.*, pp. 506 y 532.

(97) Un repaso de la Jurisprudencia comunitaria sobre este criterio hermenéutico conduce a tal conclusión. Evidentemente, estas consecuencias prácticas no aparecen reflejadas tan claramente en la Jurisprudencia inicial acerca del criterio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con las Directivas, como puede comprobarse en la sentencia Mazzalai (STJCEE de 20 de mayo de 1976, *cit.*, pp. 665 y 666). La razón está en que el Tribunal aún no había configurado la observancia de tal criterio por parte de los Tribunales nacionales como una obligación. Sin embargo, tras la sentencia Von Colson (STJCE de 10 de abril de 1984, *cit.*, p. 1909), y con fundamento tanto en el art. 189 (obligación de resultado) como en el art. 5 TCEE (principio de cooperación), el TJCE advierte del carácter obligatorio de una interpretación del Derecho interno conforme a la Directiva por parte de los jueces nacionales. Vid., igualmente STJCE de 17 de octubre de 1989, 109/88, *Dans arbejds giverforening, Rec.*, 1989, p. 3226.

prácticas se darán siempre que sea posible la aplicación de tal criterio por la jurisdicción nacional. En aquellos supuestos en que, como ya vimos, el principio de autonomía institucional impida al juez nacional seguir tal criterio, la Directiva no desplegará su «efecto útil» en la aplicación del Derecho interno (98).

Pero, ante esta identidad de resultados que, en la práctica, puede darse entre dos conceptos diferentes como son los de «efecto directo horizontal» y, por otro lado, el criterio de la «*Richtlinienkonforme auslegung*», el justiciable tendrá, a su vez, una doble vía a la que acudir cuando solicite de su jurisdicción nacional la aplicación de la norma interna de trasposición de una Directiva (99). Así, podrá alegar, ante la incorrección de la norma interna de trasposición, su propio defecto y requerir el «efecto directo», si es posible, de tal Directiva. Pero, también, podrá solicitar al Juez nacional que éste, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, realice una interpretación de la legislación interna de desarrollo conforme «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva», obteniendo así un resultado similar al que se lograría en el caso anterior, pero con la ventaja de no quedar sujeta su petición a los límites y condiciones de la doctrina del «efecto directo».

Pero, el problema principal radica en aquellos supuestos en que el Estado incumpliera su deber de ejecución ex artículo 189 TCEE. En estos supuestos, la aplicabilidad del criterio hermenéutico expuesto tiene un alcance diferente. A fin de delimitar la operatividad de tal criterio interpretativo en estos supuestos parece conveniente distinguir dos casos distintos, según que frente al particular se intente hacer valer tal interpretación en su jurisdicción nacional por parte del Estado —en su sentido amplio, tal y como interpreta el término el TJCE— o, por el contrario, se trate de su aplicación en un litigio motivado dentro de relaciones intersubjetivas o entre particulares.

El primer supuesto que hemos de analizar es aquél en que el Estado requiriera la aplicación del criterio de la «*richtlinienkonforme auslegung*»

Sin embargo, puede parecer llamativo que el TJCE en el conocido caso Marshall (STJCE de 26 de febrero de 1986, *cit.*, p. 723), tras rechazar la posibilidad del «efecto directo horizontal», no realizara una interpretación de la Directiva y recordara la obligación del juez inglés de seguir el criterio de la interpretación de su Derecho interno de conformidad con la Directiva. Sobre la Jurisprudencia posterior a este asunto, así como la evolución de diversas soluciones, vid., Prechal, S., «Remedies after Marshall», *CMLR*, 1990, pp. 451 y ss., en especial, pp. 457 y 468.

(98) Parece que puede existir una cierta contradicción en la Jurisprudencia del TJCE al negar el «efecto directo horizontal» y, por otra parte, la afirmación de que el Juez nacional ha de interpretar la legislación interna «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva». La negación del «efecto directo horizontal» perseguía el resultado de evitar que tal Directiva creara obligaciones para los particulares. Cfr. SSTJCE de 11 de junio de 1987, Pretore de Saló, *cit.*, p. 2545, y 8 de octubre de 1987; Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3998. Sin embargo, no hay duda de que ese resultado podría conseguirse por vía de interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas. En este sentido, vid., Manín, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 686.

(99) Manín, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 677.

ante los Tribunales nacionales para sustanciar un litigio frente a un particular. En tal caso, parece que la Jurisdicción nacional no debería seguir tal criterio si, como consecuencia de una interpretación del Derecho interno de conformidad a la Directiva, se derivara el resultado de crear nuevas obligaciones sobre este particular o agravara su responsabilidad (100).

Mayor complejidad plantea el último supuesto anunciado, esto es, el de la aplicabilidad del criterio hermenéutico analizado en aquellos litigios ante las Jurisdicciones nacionales que tienen su origen en las relaciones intersubjetivas o entre particulares. En definitiva, éste es el supuesto del litigio enjuiciado y que ha dado origen al pronunciamiento del TJCE que venimos comentando. Como ya conocemos, al incumplirse por parte del Estado su deber de trasposición, la Directiva no gozará de «efecto directo» en las relaciones entre particulares. Pero, el TJCE advierte que, en tales supuestos, el juez nacional «está obligado a *hacer todo lo posible* por conseguir el resultado querido por la Directiva mediante la interpretación de la legislación interna de conformidad a aquélla».

Este criterio, como hemos tenido ocasión de comprobar, fue expuesto en una pluralidad de sentencias por parte del TJCE. Sin embargo, entre aquéllas y esta otra sentencia de 13 de noviembre de 1990 hay una diferencia que probablemente sea esencial. En las sentencias anteriormente expuestas se observa, como nota común, que el Estado había traspuesto la Directiva en su Legislación interna. Por ello, el TJCE, primero como facultad, después como obligación que recae sobre los Tribunales nacionales,

(100) Está la conclusión que parece inferirse de las SSTJCE de 11 de junio de 1987, Pretore de Saló, *cit.*, p. 2545, y de 8 de octubre de 1987; Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3988. En esta última sentencia, el Tribunal de justicia advierte que «cette obligation pour le juge national de se référer au contenu de la Directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites dans les principes généraux de droit qui font partie du droit communautaire, et notamment dans ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité», por lo que «une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un Etat membre pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions». Cfr. STJCE de 8 de octubre de 1987; Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3986. En esta sentencia se limita el criterio de interpretación analizado pero, aun cuando el TJCE lo haga con la finalidad de no agravar la responsabilidad penal de un particular, parece que no habría obstáculos para referir válidamente tales límites respecto a otras obligaciones o al agravamiento de responsabilidades de otro tipo (p. ej., civil).

Esta conclusión parece respetuosa con la Jurisprudencia del TJCE, ya que éste advirtió que de la imposibilidad del «efecto directo horizontal» (STJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall, *cit.*, p. 723) se deriva que «une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne devant une juridiction nationale». STJCE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3985. Por otra parte, la solución contraria no vendría a ser muy coherente ya que permitiría al Estado valerse ante su jurisdicción nacional de las disposiciones de una directiva cuya falta de trasposición es a él imputable.

había señalado la obligación de éstos de *interpretar la legislación interna de ejecución de la Directiva de conformidad a ésta* (101).

Sin embargo, el TJCE reitera tal obligación del juez nacional en esta nueva sentencia, teniendo en cuenta que en este supuesto no había mediado aún, la ejecución de la Directiva 68/151 en la Legislación interna española. En este sentido, el TJCE advierte (102) que el Tribunal nacional, al aplicar la legislación interna, «ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva», deberá hacer todo lo posible por interpretar aquélla de conformidad con esta última. Parece, pues, que el TJCE da un alcance nuevo a este criterio hermenéutico, pues el mismo deberá respetarse por el Juez nacional tanto si el Estado ha ejecutado la Directiva como si, por el contrario, aquél hubiera omitido su deber ex artículo 189 TCEE.

No obstante, creo necesario señalar que este criterio interpretativo —tal y como ha sido expuesto— aparece, sin embargo, limitado en la sentencia de 13 de noviembre de 1990 (103). En este sentido, pueden recordarse algunas expresiones que utiliza el TJCE y que muestran la incidencia, en este aspecto, del principio de autonomía institucional (104). Por ello, el

(101) En todas las sentencias del TJCE que hemos ido exponiendo puede comprobarse que el Estado destinatario de la Directiva había traspuesto ésta en su Legislación interna. Quizá ello explica el alcance que, en ocasiones, ha dado el Tribunal a este criterio hermenéutico, como por ejemplo en su STJCE de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, *VJV Centrum*, pendiente de publicación, en donde se afirma que si la directiva «laisse aux Etats membres, pour sanctionner la violation de L'interdiction de la discrimination, la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, elle implique toutefois que, lorsqu'un Etat membre choisit une sanction s'inscrivant en un régime de responsabilité civile, toute violation de L'interdiction de discrimination suffise pour engager, à elle seule, la responsabilité entière de son auteur sans qu'il puisse être compte des causes d'exonération prévues par le droit national», Aptdo. n.º 26.

(102) Cfr. Aptdo. n.º 8.

(103) Puede dudarse de la coherencia de este pronunciamiento del TJCE respecto a anteriores sentencias suyas. Así, habrá que recordar como, a juicio del TJCE, la Directiva —*por sí misma, esto es, sin norma interna de trasposición*— no puede crear obligaciones a cargo de un particular o agravar su responsabilidad. (Cfr., STJCE de 8 de octubre de 1987; *Kolpinghuis Nijmegen*, *cit.*, p. 3985.) Ciertamente es que en esta sentencia el TJCE enjuicia la supuesta eficacia de la Directiva no traspuesta cuando la alega el Estado incumplidor frente a un particular, pero, por los términos que en ella se emplean, no parece razonable negar la posibilidad de extender esta limitación a la eficacia jurídica de la Directiva en los supuestos de relaciones horizontales o entre particulares. A mi juicio, tal conclusión podría apoyarse, sin excesivas dudas, en la doctrina sentada en el caso *Marshall* (sentencia ya citada). Sin embargo, los términos empleados por el TJCE en esta Sentencia *Marleasing* —a pesar de una posible incoherencia— rechazan tal posibilidad limitativa en la aplicación del criterio interpretativo expuesto.

(104) El propio Tribunal de Justicia advierte que las obligaciones derivadas de los arts. 5 y 189 que pesan sobre los jueces, deberán ser ejecutados por éstos *en el marco de sus competencias* (Aptado. n.º 8). Por esta razón, el Tribunal nacional «sólo» está obligado a *hacer todo lo posible*, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva...» (Aptado. n.º 8).

juez español, al aplicar este criterio, efectuará una interpretación de su legislación interna de conformidad con la Directiva siempre que el resultado que alcance le esté permitido por la distribución competencial y las funciones que le ha encomendado su Derecho interno (105).

Pues bien, si estas consideraciones generales las trasladamos al caso concreto podremos llegar a una última conclusión. Desde luego habrá que recordar como el derogado Derecho español de anónimas—que era el aplicable en el litigio planteado ante la jurisdicción nacional— no establecía un régimen de la nulidad de sociedades ni, tampoco, una limitación o tasa-

Hay que hacer notar como tal «limitación competencial» aparece reconocida, de manera expresa, en numerosas sentencias en las que el TJCE se pronuncia sobre el criterio de la «Richtliniekonforme Auslegung». Así, se advierte que la obligación ex art. 189 TCEE «s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles» (STJCE de 10 de abril de 1984; Von Volsón, *cit.*, p. 1909), y también, que el resultado pretendido por la Directiva deberá conseguirse por los Estados miembros «conformément à leurs situations nationales et à leurs systèmes juridiques» (STJCE de 17 de octubre de 1989, Dansk Arbejdsgiverforening, *cit.*, p. 3226).

(105) Comparando la normativa comunitaria e interna en materia de Sociedades, el prof. Fernández de la Gándara advertía que «no existe en nuestro ordenamiento una disposición análoga a la establecida en el artículo 11 (de la Directiva) sobre "nulidad del proceso fundacional", tendente a coordinar la disciplina sobre causas de nulidad, su procedimiento y efectos así como a reconocer la validez de las sociedades de hecho. Resulta, pues, necesario modificar en este punto el Derecho español, refundiendo en un sólo precepto los motivos de nulidad contemplados en la ley y tasando sus causas en los términos que la Directiva previene»; Fernández de la Gándara, L., y Calvo Caravaca, A. L., «Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea», Tecnos, Madrid, 1988, p. 123.

(106) No creo que la conclusión contraria pudiera justificarse en el principio básico de la primacía del Derecho Comunitario respecto a las Directivas. La razón estriba en que este principio de primacía no es contradictorio con el principio de la autonomía institucional, el cual delimita el ámbito del primero pues nos indica las competencias de los distintos órganos estatales en la trasposición de las Directivas. Por ello, el principio de jerarquía fundamentará el efecto directo de la Directiva en las relaciones verticales, pero el mismo no tendrá aplicación cuando, simplemente, el órgano estatal—en nuestro caso, los Tribunales nacionales— no pueda realizar una aplicación de la legislación interna de conformidad con la Directiva, pues el ordenamiento jurídico interno no le habilita para hacer una interpretación *contra legem*. Por supuesto, si el resultado de tal interpretación del Derecho interno de conformidad con al Directiva no es *contra legem*, el juez nacional no sólo estará facultado para hacer tal interpretación sino que, además, estará obligado a llevarla a cabo (arts. 5 y 189 TCEE).

Las afirmaciones anteriores no significan que el principio de jerarquía sólo tenga aplicación cuando la norma comunitaria sea directamente aplicable, esto es, goce de efecto directo. La Directiva puede incidir en la legislación interna, como hemos ido viendo, por vía de su interpretación de conformidad con aquélla. Pero se trata, simplemente, de evitar una actitud poco respetuosa del principio de autonomía institucional so pretexto de la jerarquía de la norma comunitaria.

Por las razones expuestas, puede resultar confusa la mención del principio de jerarquía en las observaciones escritas que presentó la Comisión CE ante el Tribunal de Justicia en este asunto Marleasing. Así, se entiende que «el efecto de dicho mecanismo puede determinar que la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el

ción de las posibles causas de nulidad, por lo que tales cuestiones venían determinadas por la normativa general de los contratos (arts. 1261 y 1275 del Código Civil). El juez español, pues, quedaría sujeto a tal régimen jurídico y su interpretación, aun cuando fuera mediante su conformidad a la Directiva, no podría —a mi juicio— justificar una restricción de las causas de nulidad y su limitación a las enumeradas en el art. 11 de la Directiva 68/151. Una interpretación de tal tipo sería contraria a la Legislación interna española y, de igual manera, a la Comunitaria, pues, aún siendo conforme al texto de la Directiva, no lo sería, sin embargo, respecto al Tratado por violación del principio de la autonomía institucional (106) (107).

Derecho Comunitario prime sobre las normas de interpretación comúnmente admitidas en el ordenamiento interno, pero precisamente, en virtud del principio de la primacía del Derecho Comunitario, deben considerarse excluidas todas las reglas de interpretación que pudieran impedir el resultado querido por los autores de la Directiva». En realidad, el alcance así formulado del principio de jerarquía no contradice cuanto venimos afirmando. Cuestión distinta —y, a nuestro juicio, no aceptada— es intentar dar un alcance diferente a la jerarquía del Derecho Comunitario afirmando una contradicción con el principio de la autonomía institucional.

(107) El criterio de la «Richtliniekonforme auslegung» puede tener un alcance imprevisto si, tal y como ha sido formulado en esta sentencia de 13 de noviembre de 1990, se relaciona con algún pronunciamiento anterior del TJCE.

En la STJCE de 8 de octubre de 1987 (Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3987) el Tribunal indica la irrelevancia del plazo de ejecución de la Directiva otorgado a los Estados destinatarios, ya que advierte que respecto a la cuestión «concernant les limites que pourrait poser le droit communautaire a L'obligation ou à la faculté pour le juge national d'interpréter les règles de son droit national à la lumière de la directive, *ce problème ne se pose pas de manière différente selon que le délai de transposition est écoulé ou non*».

Una interpretación de la normativa interna que, con carácter radical, atendiera a estos dos criterios del TJCE, tendría como consecuencia que los plazos dados para la trasposición de las Directivas no gozarían de justificación alguna.

La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Profesor de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

SUMARIO.—1. Introducción.—2. Los hechos.—3. Fundamentos de derecho.—4. Comentario: A) Colación y legítima; conexión y diferencias. Aplicación a la legítima del cónyuge viudo de las instituciones de defensa de la legítima. B) Fundamentos de la colación. C) Sujetos de la colación. D) Extensión al cónyuge viudo. E) Adjudicación compensatoria. F) Modo de realizar la adjudicación compensatoria. G) Frutos e intereses.

1. INTRODUCCION

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989 plantea un interesante supuesto práctico de Derecho de sucesiones al que da solución mediante una justificación teórica que, ya en una primera aproximación, produce cierta perplejidad pues contradice algunos de los postulados que la doctrina tenía por indudables en materia de colación. Por otro lado, también resuelve la Sentencia sobre algunos aspectos de esta institución, en una línea más acorde con la doctrina científica.

Sin perjuicio de la exposición posterior más detenida, el caso es el siguiente: al testador le sobreviven varios descendientes de su primer matrimonio y su segundo cónyuge. En favor de los primeros había realizado donaciones que superan los dos tercios de la masa de computación de la legítima. En el testamento se establece un legado de la totalidad del tercio libre en favor de la viuda.

Lógicamente la viuda pretende recibir completo su legado, y no sólo la cantidad que queda en la herencia. El Tribunal Supremo entiende que para ello tiene derecho a accionar pidiendo la colación de las donaciones hechas a los otros legitimarios, pues considera que la colación se extiende, incluso, a la parte de las donaciones que rebasa la cuota hereditaria que han de recibir los descendientes. Este exceso debe ser restituido por los herederos.

Esta argumentación teórica choca, como he señalado, con varias conclusiones sobre la colación que la doctrina mayoritaria entendía firmes:

En primer lugar, con la afirmación de que para pedir y estar obligado a la colación se ha de tener la cualidad de heredero testamentario o abintestato: en el caso el cónyuge era simple legatario de cuota; en segundo lugar, con la exclusión del conyuge viudo del ámbito subjetivo de la colación; en tercer lugar, con la creencia casi unánime de que la colación no obliga al colacionante que haya recibido por donación más de lo que según su cuota hereditaria le corresponda a restituir a la masa dicho exceso.

Parece, pues, atípico acudir a la figura de la colación para explicar el supuesto. Para defender la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería necesario analizar los tres puntos indicados y demostrar que están mal fundados. Parte de este comuntario se dedicará a debatir si la postura del Tribunal Supremo en esta materia es o no correcta. Además de abordar estas cuestiones, la Sentencia se ocupa de otros aspectos de la colación que resuelve en un sentido compartido por la doctrina común: así, la distinción de la colación respecto de las instituciones de cálculo y defensa de la legítima; el fundamento de la colación; el modo de realizarse (no *in natura* sino por imputación).

Es importante destacar desde el principio que la solución dada por el Tribunal Supremo es probablemente irreprochable, como oportunamente resaltaré, desde el punto de vista de la justicia material: sin embargo, pienso que la justificación teorica podía haberse buscado por otras vías. Creo que no sería erróneo considerar el caso como un ejemplo de colación impropia o voluntaria, más que de colación propia o legal. Colación voluntaria, entiende la doctrina, es la establecida por decisión del causante en un supuesto no expresamente previsto por la ley, o dotándola de unos efectos distintos de los legales. En este caso práctico, los efectos de esta colación atípica vendrían a ser, sustancialmente, los del legado de cosa propia del heredero gravado. Se logra por esta vía, en mi opinión, conservar con nitidez el perfil de la figura jurídica de la colación, a la vez que se atiende a la voluntad testamentaria, que debe ser criterio fundamental de solución.

2. LOS HECHOS

Los hechos que se desprenden de los antecedentes y del primer Fundamento de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989 son los que se relatan a continuación.

El litigio se plantea en la sucesión de don Alfonso L., entre su viuda, doña Concepción G. L., y las hijas del testador, nacidas de anteriores nupcias, Aurora y Policarpa y los hijos de una tercera hija, Catalina, que premurió al causante (nietos, por tanto, de éste).

Don Alfonso había fallecido el 18 de febrero de 1975, bajo testamento abierto otorgado el día 18 de abril de 1974 en el que instituía herederos asus hijas y nietos, éstos últimos por estirpe, y legaba a su esposa la nuda propiedad del tercio de libre disposición, además de reconocerle sobre él el usufructo viudal (en la fecha de apertura de la sucesión, y en la del testamento, estaba vigente el artículo 836 que prescribía en su primer párrafo:

«En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición»). Por tanto, la viuda debía recibir el tercio de libre disposición en plena propiedad.

Durante su vida el testador había realizado dos donaciones: una de ellas de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza, de escaso valor, a una Cofradía. La otra donación fue hecha a sus tres hijas citadas, durante la viudedad de su primer matrimonio, y consistió en la nuda propiedad de trece fincas atribuidas en indivisión, de las cuales se reservó el usufructo vitalicio. A la muerte de una de ellas, Catalina, sus hijos (nietos del donante y demandados) suceden a su madre en la cuota indivisa sobre las 13 fincas.

La primera donación es ratificada en el testamento anteriormente mencionado; respecto a la segunda, en dicho testamento se declara la voluntad de que sea colacionable.

Es de destacar igualmente que los litigantes son los únicos legitimarios del testador.

Como quiera que los bienes que restaban a la muerte del testador no bastan para pagar el legado hecho al cónyuge viudo, éste interpone demanda contra las hijas y los nietos del testador por considerar inoficiosas las donaciones realizadas en su favor. Los demandados se oponen a la demanda.

El Juez de Primera Instancia, número 1 de Murcia dicta Sentencia disponiendo que:

- 1) Los bienes donados por el causante a sus hijas son colacionables.
- 2) Se aprecia un exceso de 3.338.053 pesetas sobre las cuotas legítimas de los herederos en su totalidad o en su conjunto, en perjuicio de la actora, que por ello no puede completar el haber que le corresponde percibir del causante.
- 3) Los bienes donados deben reducirse por inoficiosidad en la cantidad suficiente para cubrir dicho exceso.
- 4) Consecuencia de ello deben cancelarse los asientos e inscripciones registrales practicados en favor de los demandados respecto de las fincas a las que afecte la reducción.

En cuanto a los frutos se establece la obligación de restituir los producidos desde la interposición de la demanda.

Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia, las comunes lo serán por mitad.

Los demandados apelaron la Sentencia anterior, y con fecha de 8 de junio de 1987 la Audiencia Territorial de Albacete dictó Sentencia confirmando la del Juez de Primera Instancia.

Por los apelantes se interpone recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

- 1) Violación de la doctrina jurisprudencial referida al litisconsorcio pasivo necesario, puesto que tratándose de inoficiosidad de donaciones se debió demandar a todos los donatarios, y en el caso no se demanda a la Cofradía donataria de la imagen.

- 2) Violación del artículo 820 del Código Civil, por cuanto no se respeta el orden de reducción de disposiciones inoficiosas. Se estima que

según dicho artículo se reducirían primeramente las disposiciones a causa de muerte y después, si fuera necesario, las donaciones *inter vivos*. En el caso debería reducirse primeramente el legado hecho al cónyuge viudo.

3) Violación del artículo 1045 en cuanto a la valoración dada a los bienes objeto de colación.

4) Violación del artículo 1045 en cuanto a que la colación ha de realizarse mediante aportación contable y no mediante la aportación de las mismas cosas donadas.

El Tribunal Supremo dicta Sentencia rechazando los tres primeros motivos del recurso y admitiendo el cuarto. Por lo cual confirma los dos primeros pronunciamientos del Juez de Primera Instancia y rechaza los contenidos bajo los números tercero y cuarto, los cuales sustituye por la condena a pagar en dinero el exceso antes consignado, con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo del recurso es de orden puramente procesal, pues por la vía del ordinal 5.º del artículo 1692 de la LEC, se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial referente al litisconsorcio pasivo necesario, ya que, según el recurrente, se ha debido demandar a la Cofradía de Penitencia de Nuestro Padre Jesús Nazareno de Alcantarilla (Murcia), donataria de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza. El principio básico del alegado litisconsorcio, consiste en la obligación de traer a los autos a todas aquellas personas a quienes pueda afectar la resolución que se dicte, en íntima relación con el concepto de la cosa juzgada, y para evitar situaciones de indefensión o fallos contradictorios; pero este supuesto doctrinal no coincide en absoluto con el caso que nos ocupa, según veremos a continuación. En los autos se acciona en base de la pretendida obligación de colacionar que corresponde a los herederos del causante; nadie ha ejercitado la acción que autoriza el artículo 655 del Código Civil, ni se ha discutido siquiera la condición de inoficiosa, en el sentido de violadora de legítimas, que pueda tener la donación de la imagen a la Cofradía, incluso es remotamente probable que el valor de esta donación exceda del importe del tercio de libre disposición. Cosa distinta es que, para determinar el importe de las legítimas, y saber lo que se puede o no recibir por testamento (artículos 636 y 654 del Código Civil) haya de tenerse en cuenta, no sólo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones gratuitas realizadas *inter vivos* (reunión ficticia del *donatum* y el *relictum*), cuyo valor contable representará el activo de la herencia, y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios, no legitimarios o extraños (según determina el párrafo segundo del artículo 818 del Código Civil), pero con la salvedad de que la palabra «colacionables» referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del artículo 1035, y que más bien significa «computables». Computabilidad que viene referida exclusiva-

mente a la operación contable para la determinación de si ha existido inoficiosidad, habida cuenta del importe que corresponde a cada uno de los tres tercios de la herencia, pero que en nada afecta a la obligación de colacionar que sólo puede corresponder «al heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean», pero en ningún caso a los donatarios extraños, como ocurre con la pretendida Cofradía; circunstancias que, juntamente con la interpretación de la voluntad testamentaria, que se analiza en el fundamento siguiente, hacen inviable la excepción y el motivo que la contiene.

Tercero.—En el segundo motivo se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 820 del Código Civil, utilizando también el cauce procesal del número 5 del artículo 1692 de la Ley Procesal, y argumentando que el orden legal a seguir en la reducción de disposiciones inoficiosas, actuando en defensa de las legítimas, se hará reduciendo primero las que lo sean por causa de muerte, a prorrata entre ellas, y después las donaciones entre vivos, empezando por las de fecha más reciente; regla que no puede tener aplicación al presente caso, pues la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, como ya se indicó en el anterior motivo, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria. En la demanda se postula una declaración respecto a la obligación que tienen los demandados de colacionar los bienes que recibieron por donación del causante de la herencia, en vida de éste, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello según dispone la ley, y en este caso también la voluntad expresa del testador. En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con lo cual, con toda probabilidad, se hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria. Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el artículo 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito, cesando esta obligación (art. 1036) «si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia», todo ello con independencia, claro está, de que la donación deba reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso par-

ricular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones, figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica, que el Código disponga en el artículo 1037 que «No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas»; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La posición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora G. L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legitimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto de las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieren los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo.

Cuarto.—Los motivos tercero y cuarto los dedica la parte recurrente a denunciar, a través de la idónea vía procesal: la infracción del artículo 1045 del Código Civil, en cuanto entiende que el valor dado a los bienes hereditarios no se corresponde con el que tenían al momento de la donación, pues no se ha deducido el importe del usufructo, y a impugnar los apartados 3.º y 4.º de la Sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en apelación, por decretarse en ellos la traída a la partición de las mismas cosas donadas y no de su valor, con las correspondientes incidencias en las inscripciones registrales. La primera causa de impugnación obligadamente debe desestimarse pues en la Sentencia de primer grado se acepta como hecho probado que «el albacea tuvo suficientemente en cuenta la incidencia del derecho de goce que se reservaba el donante, al restar, al valor total de los bienes, un tanto por ciento atribuible al derecho de usufructo», afirmación que es ratificada en la Sentencia recurrida, y al no combatirse ahora por la vía que señala la Ley de Procedimiento, resulta inamovible. Distinto tratamiento merece la segunda impugnación, pues tanto en la redacción que el artículo 1045 tenía antes de la publicación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, como en la literalidad actual, figura: «que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor», consistiendo la modificación actual solamente, en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación; manteniendo unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para su dueño (artículo 1045, párrafo

2.º), regla completada en los artículos 1047, 1048 y 1049, todos del Código Civil, debiendo entenderse que la toma de menos del donatario, o la atribución compensatoria, incluso cuando exista parte en lo donado que exceda de la cuota del colacionante, como sucede en el caso que estudiamos, las compensaciones tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo repartible, y compensando, en su caso, las diferencias en metálico, pero de ninguna forma mediante la aportación de bienes *in natura*, no contemplada en ningún precepto legal. Y puesto que la declaración básica de la confirmada Sentencia de primer grado sancionaba: «el carácter colacionable de los bienes donados... y la computación de un exceso de 3.338.053,59 pesetas en favor de los demandados, sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su conjunto, y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que le corresponde percibir», resulta obligado ser consecuente con tales declaraciones, atribuyendo, a la cantidad que corresponde percibir a la señora G. L., el carácter de deuda de cantidad, o si se prefiere de deuda de valor; razones que abonan la estimación del cuarto motivo del recurso.

Quinto.—Habiéndose estimado el punto al que se refiere el motivo cuarto de los que componían el recurso, resulta obligada la casación y anulación de la Sentencia recurrida, confirmándose el fallo de la Sentencia de primera instancia en lo que respecta a sus dos primeros apartados, y revocando el resto de la misma, que se sustituirá por la condena de los demandados a satisfacer, en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias, a doña Concepción G. L. la suma de 3.338.053, 59 pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, ni en este recurso, y con la devolución del depósito que se constituyó.

4. COMENTARIO

A) Colación y legítima: conexión y diferencias. Aplicación a la legítima del cónyuge viudo de las instituciones de defensa de la legítima

El deslinde conceptual entre las instituciones de cálculo y protección de la legítima, por un lado, y la colación, por otro, se encuentra resuelto en la Sentencia en los Fundamentos de Derecho 2.º y 3.º antes transcritos, en los que nuestro Tribunal Supremo recoge los resultados y conclusiones de la polémica doctrinal y utiliza las categorías con corrección, y en el sentido de la doctrina común.

La discusión sobre el alcance de estas instituciones del Derecho sucesorio se puede decir que es clásica en nuestra doctrina civilista; no sólo en la posterior al Código sino que, como pone de manifiesto Vallet de Goytisoló, la cuestión fue objeto de controversias entre los juristas clásicos castellanos. A pesar de esto, voy a prescindir de la consideración de la doctrina precedente a la codificación, no por considerarla carente de importancia —lo que no respondería a la realidad— sino por dos motivos: porque en la bibliografía reciente, sobre todo en las obras de Vallet de Goytisoló y en la

de De los Mozos, se encuentran suficientes referencias al tema (1), y por-que creo que eso sería llevar demasiado lejos un comentario de Sentencia, siendo más propio de una elaboración más extensa de la materia.

Nos centramos, pues, en la doctrina posterior a la Codificación Civil española. El punto de partida de la discusión está constituido por la regulación bastante semejante en algunos puntos que contiene nuestro Código, incluso por la aparente confusión en que incurre su texto.

Es una afirmación habitual decir que el Código al referirse a estas materias no distingue suficientemente instituciones que tienen un carácter por completo diverso; en concreto, se dice que el artículo 818,2 emplea en materia de cálculo de la legítima el término incorrecto de donación colacionable, o que los artículos que tratan de la colación hacen referencia continua a la cuestión de la protección de la legítima, lo cual puede llevar a equívocos (p. ej., artículos 1035, 1036, 1037, 1038, 1042 y 1044) (2).

(1) Se puede ver por ejemplo Vallet de Goytisolo, últimamente en «Panorama del Derecho de Sucesiones», tomo I, Madrid, 1982, pp. 523 y ss.; tomo II, Madrid, 1984, pp. 765 y ss. Anteriormente, con más amplitud, en «Estudios de Derecho Sucesorio», volumen IV, Madrid, 1982, donde se recogen dos trabajos anteriores del autor publicados en la *Revista de Derecho Privado* y el *Anuario de Derecho Civil*. Igualmente en «Las Legítimas», Madrid, 1974, pp. 460 y ss. En cuanto al segundo autor citado ver su obra «La colación», Madrid, 1965, pp. 97 y ss.

(2) Así por ejemplo: Díez Picazo y Gullón, «Sistema de Derecho Civil», IV, Madrid, 1989, pp. 457 y 578; Royo Martínez, «Derecho Sucesorio *mortis causa*», Sevilla, 1951, p. 355, «pero fuerza es reconocer que el propio Código no las separa y distingue con la nitidez y precisión que fuera de desear»; De Buen, Notas al «Curso elemental de Derecho Civil», de Colín y Capitant, tomo octavo, Madrid, 1928, p. 340, donde se consigna la diferencia de la colación del artículo 818,2, y p. 424: «la colación es una institución que en sus líneas fundamentales aparece muy desdibujada en el Código español... el artículo 1035 como varios de los que le siguen se desvían en parte de la intención manifiesta que los inspira y juegan con el doble sentido de la palabra colación sin distinguir con claridad cuando se refieren a cada uno de ellos»; Fuenmayor, «Estirpe única y representación hereditaria», *Estudios Jurídicos*, IV, 1942, pp. 371 y ss.; id., «Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria», *RGLJ*, 1946, pp. 55 y ss., donde dice de la colación que es «una de las instituciones de régimen más desdichado dentro de nuestro sistema vigente... se confunden a veces —por falta de terminología precisa— la colación, en sentido estricto... con la reunión ficticia del art. 818»; Cossio, «Instituciones de Derecho Civil», tomo II, Madrid, 1988, pp. 622 y ss.; Albaladejo, «Derecho Civil», V, Barcelona, 1979, pp. 412 y s.; id., «Curso de Derecho Civil», V, Barcelona, 1991, pp. 186 y ss.; Lledó Yagüe, «Derecho de sucesiones», volumen I, Bilbao, 1989, pp. 140 y ss.; Puig Brutau, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo V, volumen III, Barcelona, 1983, pp. 116 y ss., y 559 y ss.; Castán Tobeñas, «Derecho Civil español, común y foral», tomo sexto, volumen primero, Madrid, 1978, p. 363: «no separa y distingue el Código los dos sentidos de la colación con la nitidez y precisión que fueran de desear»; Lacruz, «Elementos de Derecho Civil», V, Barcelona, 1988, pp. 190 y 509; Roca Juan, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Albaladejo, tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 5 y ss.; De los Mozos, «La colación», pp. 97 y ss.; Vallet de Goytisolo, «Estudios», IV, pp. 339 y ss., estos dos últimos autores realizan un importante esfuerzo sistematizador de la doctrina española anterior y posterior al Código, recogiendo la postura de cada autor en la materia estudiada.

La doctrina ha explicado estas normas de dos maneras diferentes: o diciendo que la colación es una institución con el mismo sentido y finalidad que las de protección de las legítimas (3), o por el contrario que es necesario distinguir entre ellas puesto que son cosas muy diferentes. Esta segunda postura llegará a la conclusión de que las normas del Código antes citadas son incorrectas o imperfectas (4).

Yo creo que el planteamiento del problema en los anteriores términos, si bien puede llegar a resultados parcialmente satisfactorios, impide calar en el completo significado de la regulación de la colación en nuestro Derecho. Incluso pienso que habría que prestar atención —con más razón en el momento de la evolución doctrinal en que nos encontramos, cuando ya se distingue con claridad entre cálculo de la legítima y colación— a las indudables analogías y a los posibles campos de intersección. Sin entrar a fondo en el problema se pueden hacer al menos tres observaciones.

Una primera es la que realiza Lacruz después de distinguir la colación respecto de las operaciones para el cálculo de la legítima: «Esto no excluye la aplicación de preceptos de la colación a las legítimas y viceversa, cuando se aprecie una clara identidad de razón» (5).

En segundo lugar en la colación aparece un principio general de la partición hereditaria que también se manifiesta en las normas sobre la legítima, y en las que regulan la partición entre coherederos. Se trata del criterio de formación material de los lotes hereditarios guardando la posible igualdad, expresado en los artículos 1061 y 1062 para la partición entre coherederos, y que en materia de colación se manifiesta en los artículos 1047 y 1048 con la peculiaridad de que para formar los lotes se incluyen también los bienes donados y no sólo los relictos. Dentro del ámbito propio de la legítima se suele decir que la regla general de igualdad en los lotes se manifiesta a través del principio de igualación cualitativa, no formulado expresamente en la regulación legal, pero que se deduce por vía de excepción de los artículos 821, 829, 841 y ss. y 1056 (6).

(3) Se puede decir que esta línea doctrinal está superada; puede verse magníficamente sistematizada por Vallet en «Estudios», IV, pp. 339 y ss.; id., «Las legítimas», *loc. cit.*

(4) Ver la doctrina recogida en nota 2.

(5) «Derecho de sucesiones», I, Madrid, 1971, p. 287.

(6) Es necesario advertir que la protección cualitativa se estudia en la doctrina con mayor amplitud haciendo referencia sobre todo a la prohibición de imponer gravámenes, condiciones o sustituciones, norma establecida en el artículo 813.2. Así por ejemplo, al estudiar la protección cualitativa de la legítima no hacen referencia a la cuestión de recibir la legítima en bienes de la herencia: Díez Picazo y Gullón, *op. cit.*, pp. 481 y ss.; Lledó, *op. cit.*, p. 182; García Bernardo, «La legítima en el Código Civil», Oviedo, 1964, p. 146. Sin embargo, es claro que la protección cualitativa tiene dos aspectos: uno tratado en la norma citada, y otro que se suele enunciar como derecho a recibir la legítima *in natura*, ver en este sentido Lacruz, «Elementos», *cit.*, pp. 514 y ss., consultar también Real Pérez, «Intangibilidad cualitativa de la legítima», Madrid, 1988, pp. 101 y ss.; id., De la Cámara, «Compendio de Derecho sucesorio», Madrid, 1990, pp. 243 y ss. Se ha discutido en la doctrina si la introducción en la reforma del Código Civil de 1981 de los nuevos supuestos de pago en metálico de la legítima ha significado un cambio en la natu-

Como tercera cuestión, me parece que no resuelta por la doctrina, está la de la interrelación de las normas de colación con las de imputación, manifestado en la doctrina bajo el problema del valor que hay que dar a la voluntad de dispensa de colación en orden a la imputación a los diferentes tercios; o al que hay que dar a la voluntad de imputación a un tercio determinado, o a la expresión de realizar una donación en concepto de mejora, en cuanto a la influencia que ello pueda tener sobre la colación o no de esa donación (7).

Vistas cuales son las lagunas que pienso que hay en la postura de la doctrina más común, paso a ver cual ha sido en concreto su desarrollo. Antes hago una advertencia: a pesar del esfuerzo doctrinal en la materia y a pesar de que se consideren como pacíficas las conclusiones sobre esta cuestión, la práctica no deja de ofrecer supuestos en los que la jurisprudencia debe pronunciarse sobre estas conclusiones, lo que supone que éstas quizá no hayan calado en los juristas prácticos, incluyendo a algunos jueces y magistrados. La Sentencia comentada creo que es un buen ejemplo de cómo el Tribunal Supremo tiene que salir al paso de erradas interpretaciones; en efecto no hace falta más que ver el fallo de la Sentencia de instancia, reproducido al comienzo, para apreciar que se confunde en él de la

raleza jurídica de la legítima, o si la reforma ha supuesto la desaparición del principio de igualación cualitativa en la misma. Es cierto que ya antes de la reforma se había puesto en duda la vigencia del citado derecho, aunque se puede decir que la opinión, aún viniendo de un importante autor, no alcanzó éxito en el resto de la doctrina (vid. De la Cámara, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», Centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, volumen I, Madrid, 1964, pp. 713 y ss.; id. «Compendio», pp. 251 y ss., donde se hace eco de la falta de acogida de la tesis mantenida en su anterior trabajo a pesar de que sigue creyendo que estaba bien fundamentada). En cualquier caso me parece que el nuevo sistema si bien generaliza una opción ya antes existente, no modifica la estructura del mismo, que sigue basándose en considerar la igualación cualitativa en la legítima como una cuestión dispositiva para el testador (si bien con límites importantes). Lo único que varía en el sistema actual es la amplitud de ese poder de disposición. Sobre la materia pueden verse además: De la Cámara, «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la ley de 13 de mayo de 1981», *Anales RALJ*, 1983, pp. 125 a 171; Vattier Fuenzalida, «El pago en metálico de la legítima de los descendientes», *RDP*, 1983, pp. 453 a 478; Vallet, «Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales RALJ*, 1983, pp. 113 a 124; Suárez Sánchez-Ventura, «Naturaleza de la legítima y pago en metálico», *La Ley*, 1984, pp. 997 a 1032; Pantaleón Prieto, «Comentarios a las reformas del Derecho de familia», volumen II, Madrid, 1984, pp. 1332 y ss.; Real Pérez, «Usufructo universal del cónyuge viudo», Madrid, 1988, pp. 410 y ss.; Domínguez Duermo, «El pago en metálico de la legítima de los descendientes», Madrid, 1989. Sobre el sistema anterior a la reforma: Vallet, «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes», *ADC*, 1970, pp. 3 y ss.; también es útil, Fuenmayor, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 46 a 77.

(7) Me parece que lo que se pierde de vista en ocasiones es que todas estas cuestiones dependen casi siempre de la voluntad del causante, por lo que no se pueden dar reglas fijas. No es éste el lugar de entrar en un análisis más pormenorizado de las diversas posturas y los errores en que incurrían.

manera más burda colación y reducción por inoficiosidad (8). En la misma línea de clarificación conceptual que la comentada se puede citar la más reciente de 21 de abril de 1990 (9). Tristemente en otras ocasiones es el propio Tribunal Supremo el que da lugar a imprecisiones, quizá por no ser lo suficientemente explícito: por ejemplo en la también reciente Sentencia de 13 de marzo de 1989 (10).

Para el análisis de la evolución doctrinal nada mejor que comenzar de nuevo con una remisión a las obras de Vallet de Goytisolo que recogen de forma exhaustiva la doctrina sobre la materia (11).

(8) Hace hincapié en este aspecto clarificador de conceptos jurídicos que realiza el Tribunal Supremo, Maluquer de Motes Bernet, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 20, p. 445.

(9) Dice esta Sentencia en su segundo Fundamento de Derecho que: «La doctrina científica predominante, al interpretar el precepto del artículo 818 del Código Civil, viene entendiendo que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (como pueden ser, entre otras, las remuneratorias, onerosas y modales, usuales, las de frutos y en particular algunas otras entre las que no se encuentran las del supuesto que nos ocupa), y que así se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 808 y 818 del Código Civil, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción, mientras que el segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, estableciendo la base a la que debe aplicarse aquélla, así como la de los artículos 819 y 820, cuya interpretación conjunta con el 818 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos, agregándose, finalmente, que, si tal y como el artículo 636 afirma, ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que puede dar o recibir por testamento, tendremos que convenir que, o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con todo lo relicto o lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma, o bien habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que habría una legítima, mejora y tercio de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado, duplicidad que es desmentida por el artículo 820, 1.º, al disponer que se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento.»

(10) Señala la Sentencia en su tercer Fundamento de Derecho que «parece olvidarse que las diferencias que el Código establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (artículo 1035 del Código Civil), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código Civil». Pienso que el Tribunal Supremo es aquí impreciso porque las donaciones no colacionables también se computan, ya que ésa es la única forma de calcular la medida de la oficiosidad. Sin embargo, creo que no hay nada que reprochar en cuanto a la solución, mi crítica se refiere sólo a la expresión literal que puede originar equívocos.

(11) Vid., por ejemplo, «Las legítimas», pp. 460 y ss., con mayor amplitud en «Estudios», IV, pp. 474 y ss.

En los primeros años de vigencia del código la doctrina ya tuvo ocasión de enzarzarse en polémica sobre el alcance e interpretación de los preceptos referidos al objeto de nuestro estudio.

Mucius Scaevola (12) opinó respecto del párrafo segundo del artículo 818 que para determinar qué son las donaciones colacionables hay que acudir a los artículos 1035 y siguientes, y señala que al patrimonio relicto han de ser añadidos los bienes que salieron del patrimonio del causante y que sean colacionables por naturaleza.

Manresa (13) sostuvo una interesante polémica sobre este punto con Morell y Terry (14). La postura de Manresa, en síntesis, era la siguiente: donaciones colacionables a los efectos del artículo 818,2 son las que señalan los artículos 1035 y siguientes, por tanto, son sólo estas donaciones, es decir, las hechas a los legitimarios, las que se computan a los efectos de calcular la legítima; en ningún caso se computan las donaciones hechas a extraños, éstas simplemente se compararán con el valor obtenido de la manera señalada para ver si lo superan, en cuyo caso deberán ser reducidas. Estas ideas son reiteradas al comentar los artículos referidos a la colación.

En contra de los dos ilustres comentaristas se pronunció el ya citado Morell y Terry que señaló que los preceptos de los artículos 818 y 1035 se movían en órbitas distintas y que no servían para interpretarse mutuamente. En resumen señala que en el artículo 818,2 hay que tener en cuenta todas las donaciones efectuadas por el causante, incluidas las realizadas a extraños; en cambio en los artículos referidos a la colación en sentido estricto sólo se tienen en cuenta las realizadas en favor de los legitimarios. Su postura supone afirmar que el término colación debe ser entendido de dos formas según en qué materia nos encontremos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo pronto se inclina por esta última opción en Sentencias de 4 de mayo de 1899 (15) y 16 de junio de

(12) «Código Civil», tomo XIV, cuarta edición, Madrid, 1944, art. 818, p. 457.

(13) «Comentarios al Código Civil español», tomo 6, vol. 1, art. 818, octava edición, Madrid, 1973; id., tomo 7, art. 1035, séptima edición, Madrid, 1955; id., «Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas», *RGLJ*, vol. 99, 1901, pp. 331 a 352.

(14) «Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima», *RGLJ*, vol. 98 y 99, pp. 288 a 307 y 320 a 330.

(15) «El derecho de los herederos forzosos a que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable a la cuota hereditaria de libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo a personas extrañas, expresamente declarado en los artículos 818 y 819, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior, puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, o sean las hechas con perjuicio de la legítima debida a los herederos forzosos, que había de quedar a salvo aún para después de la muerte del donante, preciso era computar el importe de lo donado, cargándolo a la cuota hereditaria de libre disposición, para que a su vez quedara a salvo la cuota destinada a legítima.»

(16) «Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para

1902 (16), así como en la Memoria anual del Tribunal Supremo de 1902 (17).

La doctrina científica fue adoptando poco a poco esta opinión que se puede calificar hoy como unánime y sin discusión (18); sin embargo, esporádicamente aflora cierta confusión; sea por falta de claridad en los conceptos, sea simplemente por no utilizar una terminología adecuada, como en el caso de la Sentencia de 13 de marzo de 1989.

Un aspecto que ha sido poco tratado por la doctrina, lógicamente tampoco es éste el lugar para tratarlo por extenso, es la aplicación de las instituciones de defensa de la legítima al caso del cónyuge viudo. En este tema nos encontramos con algún problema motivado por la especialísima naturaleza jurídica de la legítima viudal. El cálculo de la masa no presenta ninguna dificultad especial: se realizará según dispone el artículo 818 del Código Civil; pero sí supone algún problema la determinación de la cuantía de la legítima. En una consideración apresurada podría parecer que la cuantía de la legítima, y por tanto, la medida de la inoficiosidad, está constituida por la cuota de la masa de cálculo en que consista en el caso concreto el usu-

computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa, para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas, en su caso, en el tercio libre o en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de la libertad de testar condicionado por las legítimas.

Que empleada la palabra colación por el artículo 1035 del Código Civil en el primer sentido, según su texto mismo lo revela... (esto constituye un error de la Sentencia)... es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiese, salvo el caso de inoficiosidad, lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda..., para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades.»

(17) Dice, por ejemplo, esta última que: «Basta con la lectura atenta de los mismos (arts. 818 y 1035) para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos, y por eso es por lo que, sin determinarlo bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea, el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de intangibilidad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1035 1037? ¿sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?... No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición.» (La cita al tomo de Vallet, «Estudios», IV, pp. 364 y ss.)

(18) Puede verse en las obras más recientes: Díez Picazo y Gullón, «Sistema», IV, pp. 456 y 578; De la Cámara Alvarez, «Compendio», cit., pp. 169 y 240; Lacruz, «Elementos», V, cit., pp. 190 y 509; Rivas Martínez, «Derecho de sucesiones, común y foral», tomo II, Madrid, 1987, pp. 105 y ss; Roca Juan, «Comentarios», cit., pp. 5 y ss.; Puig Brutau, «Fundamentos», V, 3.º, pp. 116 y ss., y 559 y ss.

fructo (un tercio en el caso de concurrir con hijos, la mitad si concurre con ascendientes, etc.). Así, por ejemplo, en el caso de que el cónyuge concurriera con hijos podría sostenerse que el causante no puede disponer, en plena propiedad y en perjuicio del cónyuge; por encima de dos tercios de la masa, porque en caso contrario el cónyuge tendría la posibilidad de reducir las disposiciones que lesionaran su cuota usufructuaria. Se trataría de una acción de reducción de disposiciones inoficiosas sólo en cuanto al usufructo.

Sin embargo, hay que preguntarse: ¿existe, en el caso del cónyuge viudo, una correlación tan estrecha entre la cuantía de la legítima y acción de reducción como en el caso de los demás legitimarios? La cuestión no es tan sencilla, puesto que responder afirmativamente a esta pregunta conlleva una serie de consecuencias que me parece que no se compaginan bien con la total regulación del Código sobre la legítima viudal. El ejemplo antes citado manifiesta a las claras que la materia no es demasiado sencilla. La respuesta comienza a aclararse si nos planteamos si el viudo tiene derecho en todo caso a recibir su legítima en usufructo. Parece claro que no, ya que incluso los herederos pueden conmutar el valor del usufructo por otros bienes (art. 839); incluso se pregunta la doctrina, y da diferentes soluciones, si puede el testador obligar al cónyuge viudo a la conmutación (19). Aunque la cuestión es discutible, probablemente no haya ningún obstáculo.

Puede añadirse a las anteriores consideraciones que el testador puede imponer la imputación a la legítima viudal de las donaciones o legados, aún los que consistan en bienes en plena propiedad, hechos en favor del viudo; aunque esta conclusión es también discutida en la doctrina, pienso que no hay ninguna dificultad para admitirla (20).

Queda, pues, esbozado que el derecho del cónyuge al usufructo no es, en realidad, más que una de las posibles formas en que su legítima puede quedar satisfecha, ya que existe la posibilidad de que otros interesados opten por satisfacerla de otro modo. Consecuencia de esto será que el viudo no tenga en todos los casos un derecho a impugnar los actos lesivos de su usufructo. Incluso podría decirse que rara vez lo tendrá.

Por tanto, creo que para calificar de inoficiosa una donación que lesione la legítima viudal hay que tener en cuenta, además de la cuota de usufructo, el valor que a éste se le pueda dar en el caso concreto, pues la medi-

(19) Se puede ver sobre esto: Lacruz, «Elementos», V, p. 505; Vallet, «Panorama», I, pp. 583 y ss.; Maside Miranda, «Legítima del cónyuge supérstite», Madrid, 1989, pp. 175 y ss.; Cárcaba Fernández, «Reflexiones sobre la conmutación del usufructo viudal», *RGLJ*, 1986, p. 583; López Beltrán de Heredia, «La conmutación de la legítima», Madrid, 1989, pp. 143 y ss.

(20) Se muestra en contra Lacruz: «Elementos», V, p. 505, que piensa que el viudo siempre tiene el derecho de pedir el usufructo viudal, excepto cuando los herederos se lo conmuten; de la misma opinión, hoy, De la Cámara, «Compendio», pp. 178 y ss. En cambio otros autores piensan que el testador puede imponer al cónyuge la imputación: así Vallet, «Panorama», II, pp. 820 y ss.; Fuenmayor, «Acumulación», *cit.*, p. 75. Este último autor se refiere solamente a la imputación de los legados, puesto que en la fecha de su trabajo no estaban permitidas las donaciones entre cónyuges.

da de la inoficiosidad viene dada en los distintos casos por uno u otro de estos parámetros (21). Pienso también que en ocasiones quedará en manos de los herederos evitar la inoficiosidad de las disposiciones del causante, pues los medios de pago de la legítima previstos en el artículo 839 estarán siempre a su alcance, incluso cuando el causante haya dispuesto de todos los bienes (por eso acabo de decir que es muy raro que pueda tener derecho alguna vez a reducir en cuanto al usufructo las disposiciones del causante).

Probablemente consideraciones de este tipo son las que tiene presente el Tribunal Supremo cuando afirma en el tercer Fundamento de Derecho: «En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con lo cual, con toda probabilidad, se hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria.» Lógicamente con los pocos datos fácticos que suministra la Sentencia sobre este punto no es fácil determinar a qué se refiere exactamente el Tribunal Supremo con esta afirmación, sin embargo, sí se puede deducir que para él no existe un derecho general del viudo a recibir la legítima en usufructo, puesto que no puede atacar por inoficiosidad los actos del causante contrarios a él.

B) Fundamento de la colación

Llegados a este lugar es oportuno hacer referencia al fundamento de la colación, que es uno de los puntos sobre los que el Tribunal Supremo se extiende, ya que es una de las formas más claras de hacerse una idea correcta de la institución regulada en los artículos 1035 y siguientes.

Lacruz señala que «la doctrina le atribuye un fundamento doble: de una parte, la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en la herencia le correspondería; de otra, la voluntad del legislador que quiere, objetivamente, que todos los herederos forzosos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar. Pero aquella presunción no se plasma como tal en la regla que ordena la colación, y que es de Derecho dispositivo: es más bien la idea que inspiró al legislador al establecer la colación» (22). La sistematización de Lacruz creo que responde con corrección

(21) Como dice López Beltrán de Heredia, «La conmutación de la legítima», Madrid, 1989, pp. 143 y ss.: «La legítima del cónyuge consiste, en principio, en una cuota de la herencia en usufructo. El valor que representa ese derecho de usufructo, en la herencia del causante, se ha de tener en cuenta para fijar el importe de la legítima, pero su satisfacción admite siempre otras fórmulas.» Esto es independiente de que se entienda que existe en favor del cónyuge viudo un llamamiento legal al usufructo, como pone de manifiesto De la Cámara, *loc. cit.*

(22) «Elementos», V, p. 189.

a las posturas que sobre este tema se han sostenido por la doctrina, no sólo española sino en el derecho comparado, especialmente en Italia (23). En cualquier caso se suelen distinguir en una sistemática más pormenorizada, un mayor número de teorías.

Inspirándome en la doctrina más común señalo como teorías sobre el fundamento de la colación, las siguientes:

1) Voluntad presunta del causante. Se trata de una teoría que tiene un fundamento romanista como señala De los Mozos (24). El contenido de la voluntad presunta se considera por algunos autores mantener la igualdad entre los coherederos; por otros la idea de que el causante al verificar la donación, esta pensando en realizar un anticipo a cuenta de la herencia. Con lo cual esta teoría puede presentarse con elementos propios de alguna de las que enuncio a continuación.

2) Igualdad entre los descendientes. Se dice por los partidarios de esta teoría que el legislador, en principio, quiere la igualdad entre los herederos obligados a colacionar. Hay que precisar que en nuestro sistema la colación se refiere a todos los herederos forzosos, no sólo a los descendientes.

3) Interés familiar. Se considera que existe en el fundamento de la colación un interés familiar superior que justifica la institución de la colación. Dentro de este grupo de autores se engloban los que piensan que la colación es una institución de defensa de la legítima.

4) La donación sujeta a colación tiene carácter de anticipo hereditario.

De los Mozos, comentando las diversas teorías expuestas, señala que: «todas ellas, si bien unas de forma más próxima que otras, ponen en claro los principios que laten en el planteamiento de esta regulación» (25). La propia Sentencia señala varias de estas teorías en su tercer Fundamento de Derecho, en términos que parecen un eco de los utilizados por el último autor citado: «la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones [de esta primera teoría así expuesta dice de los Mozos que alude al fundamento de equidad que se manifiesta en el origen de la institución], por presumirse

(23) Para una sistematización de la doctrina italiana sobre la materia del fundamento de la colación puede verse el artículo de Gazzara en la voz *Collazione c) diritto civile*, en la «Enciclopedia del diritto»; para obras posteriores ver la monografía de Visalli, «La collazione», Padova, 1988; Azzariti, «Le successioni e le donazioni», Padova, 1982, pp. 670 y ss.; Forchielli, voz «Divisione» en *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna, 1978, pp. 216 y ss. Las posturas de la doctrina italiana se reflejan en la española en diversos autores.

(24) *Op. cit.*, p. 154. Sin embargo Windscheid, «Diritto delle Pandette», trad. italiana, Torino, 1925, p. 352, afirma: «La collazione è in generale destinata a rimuovere una non equa disparità che altrimenti esisterebbe fra i coeredi.» En cualquier caso no es oportuno hacer aquí un estudio exhaustivo de la evolución del concepto de colación en Derecho Romano. Sí es importante señalar que la institución se configura con los rasgos que nos resultan familiares en la época posclásica. A esta época se refieren los juicios de Longo (voz *Collazione a) Diritto romano* en «Enciclopedia», *cit.*, pp. 212 y ss.), y Vismara (*ibid.* b) *Diritto intermedio*, pp. 317 y ss.).

(25) *Op. cit.*, pp. 165 y 166.

que el causante no quiso la desigualdad de trato [de este fundamento dice el autor antes citado que se adapta bien al juego dispositivo de la colación], de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria» [de esta teoría dirá De los Mozos que pone de relieve la estructura funcional de la colación] (26). Y añade el mismo autor: «Todas ellas... pueden ser valederas en este plano de los principios... en cambio, no sirven para apoyar un fundamento técnico que responda tanto a la *ratio legis* como a su adaptación a la variedad de situaciones que ofrece la concreta regulación positiva.» Entiende que la colación supone: «una modificación en la formación de las cuotas sucesorias, que se produce cuando hay herederos forzosos y alguno de ellos ha recibido donaciones del causante... Establece, únicamente, una ordenación típica de las disposiciones del causante en la que se toma en cuenta, para la formación de las cuotas, no solamente el *relictum*, sino también el *donatum*». Señala que para ello hay que considerar la colación como la ordenación legal de las disposiciones del causante con arreglo a comportamientos ideales sin limitar las facultades de disposición del propio causante; fundamento que también aparece en la Sentencia cuando hace referencia al carácter dispositivo de las normas sobre colación (27).

La doctrina científica se encuentra sistematizada en la obra de De los Mozos, por lo cual no entraré de lleno en ese tema; por el contrario resulta más interesante conocer cual ha sido la postura del Tribunal Supremo en ocasiones en las que se ha referido al fundamento de la colación.

La primera ocasión en el tiempo, de las que he detectado, en que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre este aspecto del fundamento es en la Sentencia de 16 de junio de 1902 donde se señala que el fundamento filosófico de esta institución es «mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos». Se puede observar, por un lado, cómo se habla sólo de colación de descendientes (lo que es una reminiscencia del régimen jurídico anterior al Código) (28); por otro, que se hace referencia a la igualdad cuando es más correcto, como ya puso de manifiesto Lacruz, hacer referencia a proporcionalidad, puesto que la colación puede ahondar, en ocasiones, las diferencias o desigualdades entre los legitimarios (29).

La de 22 de enero de 1963 se inclina más bien por considerar que la colación se basa en que las donaciones son anticipos a cuenta de lo que pueda corresponder en la herencia. En la de 3 de junio de 1965 se pone de manifiesto de nuevo la finalidad igualatoria. También incide en esta visión la de 19 de junio de 1978, haciendo referencia además a la protección de la legítima que por esta vía se consigue.

(26) Las citas de De los Mozos corresponden a la p. 166.

(27) *Op. cit.*, p. 167.

(28) Sin embargo, recientemente Alvarez-Caperochipi sostiene que la colación sólo procede entre los legitimarios descendientes, y no entre los ascendientes. Así era históricamente, sin embargo, no se puede deducir, eso mismo y para hoy, de los artículos 1035 y 1039. Vid. «Curso de Derecho hereditario», Madrid, 1990, p. 115.

(29) *Op. cit.*, p. 190.

La de 19 de julio de 1982 aborda el tema al realizar las afirmaciones siguientes: «la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella». Es decir, se aborda el tema desde un punto de vista objetivo, y no subjetivo como hacía la jurisprudencia anterior, lo cual supone un paso importante en la comprensión completa de la figura.

Con este análisis creo que queda de manifiesto que la Sentencia comentada, junto con la anterior, son las que de manera más acabada se ocupan del tema, al hacer referencia tanto a las motivaciones del legislador al establecer la normativa de la colación, como al modo de funcionamiento, y al fundamento propiamente dicho de la misma.

En el fondo, el ordenamiento establece la regulación de la colación por estimarla justa y de interés general, aunque no hasta el punto de establecer una norma imperativa. Se estima más equitativo a la hora de repartir los bienes considerar también los donados en vida, en tanto que el testador no disponga otra cosa. Quizá haya pesado en el legislador la creencia de que, entre legitimarios, no es suficiente indicio de la voluntad de desigualar el realizar donaciones en vida, por lo que éstas han de contabilizarse a la hora del cálculo de las cuotas y de la distribución de los bienes entre los legitimarios. De todas formas es dudoso que este fundamento de la actuación del legislador aparezca sólo cuando intervienen legitimarios y no en el caso de cualquier heredero. En cualquier caso, el comportamiento ideal que ordena la colación no se extiende a esos otros sujetos lo cual deja claro que la regulación de la colación está muy influida por la evolución histórica; tampoco se puede olvidar, a estos efectos, que la idea que inspira la colación tiene su sentido más pleno precisamente dentro de los legitimarios: por ello la opción legislativa parece que tiene suficiente justificación.

C) Sujetos de la colación

Hasta aquí he analizado aspectos de la Sentencia resueltos con criterios que son plenamente compartidos por la totalidad de la doctrina actual. En este momento comienzo a examinar los puntos que se separan de la misma doctrina común, y que por ello pueden resultar más atractivos o llamativos. El análisis de la cuestión me llevará en algún punto a sugerir un replanteamiento de las conclusiones comunes, en otros habrá que discrepar de la postura del Tribunal Supremo, no en cuanto al resultado práctico, repito, pero sí en cuanto a la vía teórica utilizada para justificarlo.

En la introducción a este trabajo señalaba que el Tribunal Supremo considera, al menos en la literalidad de la Sentencia, que el supuesto planteado constituye un caso de colación típica; también dije que quizá se podía dudar de esa afirmación por cuanto el Tribunal Supremo se separaba de algunas notas que son consideradas como propias de la colación, en este caso todo lo más se podría considerar el caso como de colación impropia o voluntaria.

Es claro que en el caso se expresa una voluntad testamentaria inequívoca de que se colacionen determinadas donaciones. Sin referirme de momento a las circunstancias concretas del caso, esta voluntad expresa de colacionar puede tener diversos significados:

1) Si se manifiesta en una hipótesis de colación en sus presupuestos ordinarios y típicos esta voluntad sólo tendrá la virtualidad de excluir toda duda sobre si procede o no la colación, ya que aunque no se dispusiera nada, la colación, en principio, tendríá lugar. Así, por ejemplo, el testador que manifestara que las donaciones que hizo en vida a sus hijos instituidos herederos fueran colacionables.

2) Puede ordenar la colación en supuestos distintos de los típicos, como si la ordenara, por ejemplo, en el caso de que los herederos obligados no fueran legitimarios. En este caso los efectos que se producirían serían los ordinarios de la colación legal, pero respecto de sujetos distintos de los previstos por la ley.

3) Puede ordenar la colación añadiendo algún efecto no previsto por la ley, como si dispusiera que la colación se realizara *in natura*.

4) Finalmente, la voluntad de colación puede implicar los dos anteriores elementos.

En los próximos epígrafes la cuestión se tratará bajo este prisma, es decir, si los efectos que se producen en el supuesto estudiado derivan de la regulación típica de la colación, o proceden más bien en cuanto que son queridos por el testador, pero sin ninguna relación con la regulación legal de la colación. Ello impondrá lógicamente el atento examen de cuál es la voluntad real de éste. Hechas estas advertencias paso a ver en concreto la materia anunciada en el encabezamiento de este apartado: sujetos de la colación.

En el supuesto contemplado por la Sentencia la persona beneficiada por la colación, prescindamos de momento de que se trata del cónyuge viudo, es un legitimario, pero no está instituido heredero. La disposición testamentaria en favor del cónyuge creo que sin dificultad debe calificarse de legado de parte alícuota, ya que el testador distingue perfectamente la disposición en favor de sus descendientes (institución de herederos) y en favor del cónyuge (legado). El propio Tribunal Supremo califica repetidas veces de legataria a la viuda (especialmente en el Tercer Fundamento de Derecho, *in fine*), lógicamente hay que entender este legado como de parte alí-

(30) La doctrina admite sin problemas la posibilidad de este legado en nuestro Derecho, a pesar de no estar regulado en el Código. Así, a título de ejemplo: Vallet, «Panorama», I, pp. 199 y ss.; Lacruz, «Elementos», V, pp. 33 y ss.; Albaladejo, «Curso», V, pp. 21 y ss. La Jurisprudencia también lo admite; ciertamente, en algunos casos para referirse a instituciones en usufructo: así, por ejemplo en las Sentencias de 11 de enero de 1950 y 11 de febrero de 1956; igualmente la Resolución DGRN de 30 de junio de 1956. Pero otros casos se refieren a disposiciones parecidas a las del caso: Sentencia de 11 de febrero de 1903, 15 de enero de 1918 (en este caso la solución se impone para evitar los efectos tan radicales del antiguo artículo 814), 22 de enero de 1963 (referida además al concreto problema de la colación), y la Resolución de 12 de

cuota (30). Esto bastaría para que, en principio, si nos atenemos a la conclusión doctrinal generalmente admitida, quedara excluido de la colación.

En efecto, la doctrina dominante suele sostener que la colación, tanto en su aspecto pasivo como en el activo, sólo se refiere a los herederos forzosos, pero entendiendo esta expresión en un sentido estricto, es decir, como herederos forzosos que sucedan a título hereditario. La postura anterior se sostiene por casi la totalidad de la doctrina que se ocupa del tema (31) y puede verse consignada en las diversas obras de Vallet (32). Igualmente Lacruz (33) sostiene que sólo están obligados a colacionar y pueden beneficiarse de la colación los legitimarios que sean herederos, para ello se basa en el sentido general del Código (no sé a que se refiere con esto; si es al sentido de la expresión heredero forzoso, la conclusión

junio de 1963. No obsta a la interpretación que sostengo el que la Sentencia de 10 de abril de 1986 entienda como institución de heredero la cláusula «lego el tercio de mejora y el de libre disposición», porque las conclusiones en esta materia se derivan de la interpretación de la voluntad en el caso concreto. Además, en el caso lo que se discutía era si existía llamamiento a cuota, o legados específicos con cargo a esos tercios (porque el testador había hecho partición de los bienes), y era indiferente calificar la cláusula de institución de heredero o de legado de cuota.

(31) Además de la doctrina científica, se puede afirmar que en la jurisprudencia la mayoría de los supuestos que se han enjuiciado correspondían a casos en los que los litigantes por razón de la colación eran coherederos. Así sucede en la Sentencia de 21 de marzo de 1898: los litigantes son hermanos y nietos que suceden en representación de su padre en una herencia abintestato. Igualmente sucede en la Sentencia de 31 de diciembre de 1909 en un caso de herederos testamentarios y también legitimarios. En la Sentencia de 12 de mayo de 1925 se trata un supuesto de herencia intestada, en la cual suceden los hijos del causante. La no obligación de colación viene motivada por el hecho de haber recibido igual cantidad cada uno de los hijos. En realidad el supuesto no era de colación, puesto que las cantidades habían sido tomadas de la herencia ya abierta. Herederos testamentarios eran los hijos del testador contemplados por la Sentencia de 31 de marzo de 1936, en el caso no ha lugar la colación por no demostrarse la existencia de las donaciones. La de 3 de junio de 1965 se refiere también a un caso de herederos. Igualmente sucede en la de 29 de septiembre de 1966, en la de 19 de junio de 1978 y en la de 19 de julio de 1982.

(32) Últimamente en «Panorama», II, pp. 782 y ss. «Si... hemos aceptado que el fundamento de la colación se halla en la voluntad presunta del causante, de que lo donado se considere como un anticipo de la cuota hereditaria del donatario, es evidente que la efectividad de la colación precisa que le corresponda a éste una cuota hereditaria, es decir, a título de heredero. No basta ser denominado heredero forzoso, conforme al Código Civil, hace, además, falta serlo efectivamente... el legitimario legatario no será, por tanto, sujeto activo ni pasivo de la colación... Los instituidos en cosa cierta tampoco deben colacionar ni beneficiarse con la colación de los demás herederos forzosos.» Previamente, en el tomo I de esta misma obra, pp. 201 y ss., al tratar de los efectos del legado de parte alícuota no hace referencia a la colación.

(33) «Elementos», V, p. 191. Sin embargo, en una obra anterior había matizado algo esta opinión, pues sostenía que el legitimario que por voluntad del testador se reduzca a su cuota podrá ser sujeto pasivo de la colación, pero nunca activo (piensa que ningún interés tendrá en ello), vid. «Derecho de sucesiones. Parte general», Barcelona, 1961, p. 572.

sería la contraria pues el Código, según la propia postura de Lacruz, emplea esta expresión en sentido no técnico), los antecedentes históricos del mismo, y la literalidad de sus preceptos que hacen referencia a la cuenta de partición (art. 1035) y a los coherederos (art. 1050). La misma postura es la sostenida por De los Mozos (34), Real Pérez (35), Roca Juan (36), García Bernardo (37), Albaladejo (38).

Realmente esta posición restrictiva no se encuentra fundamentada de forma suficiente por la doctrina. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el argumento histórico debe ser usado con mucha prudencia en instituciones que han sufrido un fuerte cambio de planteamiento con la codificación. Por eso creo que no se le puede dar valor decisivo. En cuanto a los argumentos literales se puede señalar que son especialmente peligrosos en materia de Derecho de sucesiones como esos mismos autores y la común doctrina tiene de sobra comprobado (precisamente si se suele entender que el Código —así en el artículo 806— no utiliza la expresión heredero forzoso en sentido técnico, pues el legitimario no es necesariamente heredero, tiene poca fuerza argumentar en el artículo 1035 sobre la base del argumento literal, si no es apoyado por otros). Creo que la interpretación y la toma de postura se debe producir después de ponderar el sentido y finalidad de las instituciones. La opinión tradicional me parece que olvida que aunque es necesario para que proceda la colación la existencia de más de un legitimario, no hace falta que sean efectivamente herederos, puesto que fuera de ese caso también puede existir un interés atendible por parte del legitimario, y que el fundamento de la colación se puede descubrir también en algún otro caso.

Se suele decir, con razón, que la colación supone la formación de una masa de cálculo, distinta del mero *relictum* y de la masa de cálculo de la legítima, sobre la que se calcularán las cuotas que corresponden a los legitimarios. Por tanto, pienso que lo decisivo no debe ser que los legitimarios en cuestión sean nombrados herederos sino que sean llamados a una cuota (39). Creo además que ésta puede ser una consecuencia que fácilmente se deriva de la voluntad del testador, con más claridad aún en el caso de que la cuota legada esté expresada sobre la masa de cálculo de la legítima.

(34) *Op. cit.*, pp. 204 y ss. Sin embargo, más adelante (p. 206) sostiene la misma opinión que Lacruz sostenía en la última obra citada. Creo que limitarse al supuesto literal que expresan Lacruz y De los Mozos no tiene razón de ser, puesto que es posible pensar en que el legitimario beneficiado por un legado de parte alícuota reciba más que lo que le corresponda por legítima. Me parece preferible la opinión más amplia que sostengo en el texto.

(35) «Intangibilidad», *cit.*, p. 126.

(36) «Comentarios», *cit.*, pp. 17 y ss.

(37) *Op. cit.*, p. 176.

(38) «Curso», pp. 187 y ss.

(39) La doctrina precisa acertadamente que en el legado de parte alícuota la cuota viene referida a una *pars bonorum*, o simplemente a una cuota sobre el remanente una vez pagadas las deudas. En este sentido, por ejemplo, Albaladejo en «Curso», V, pp. 21 y ss.; Vallet, «Panorama», I, pp. 199 y ss.

ma, pues en este caso se manifiesta una voluntad de incluir las donaciones *inter vivos* en el cálculo de la cuota, lo cual puede ser indiciario de que también se deben incluir a la hora de satisfacer el legado.

Además la doctrina anterior suele olvidar o no hacer referencia a una serie de decisiones jurisprudenciales en las que la colación se extiende a los legatarios de parte alícuota (40). Por tanto, me parece indudable, por las razones teóricas que he apuntado, confirmadas además por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el legatario de cuota debe ser equiparado, a estos efectos, al heredero (41).

Todo esto sin querer entrar en la cuestión de si todo legitimario, por el solo hecho de serlo, tiene el título de heredero, pues si se resuelve afirmativamente, esta postura vendría a constituir un modo distinto de llegar a la misma conclusión, aunque evidentemente suponga negar la posibilidad de que el legitimario sea alguna vez legatario de parte alícuota; lo único que supondría es hacer innecesaria la institución de heredero en favor del legitimario para que esté incluido dentro de los sujetos de la colación (42).

En resumen se puede decir que aunque las referencias del Código a la cuenta de partición (art. 1035), a coherederos (1047 y 1050) y la misma colocación sistemática de los preceptos (dentro del Capítulo VI «De la

(40) En la Sentencia de 28 de noviembre de 1899 los colacionantes eran hermanos, uno instituido heredero y los demás legatarios de la cuota legítima. La de 30 de marzo de 1949 se refiere a un testamento en el que la herencia se reparte en legados de parte alícuota en favor de descendientes, reducidos a su legítima estricta, y se instituye a otro hijo en el remanente. Ambos grupos vienen obligados a colacionar. De todas formas son Sentencias con poco interés, ya que no se discute en ellas la naturaleza de la atribución. Sin embargo, en la Sentencia de 22 de enero de 1963 el núcleo de la discusión se centra precisamente sobre la naturaleza de la atribución, y sobre la obligación de colacionar que tienen los legatarios de cuota. El caso se refiere a algunos legitimarios instituidos herederos y otros que son legatarios de parte alícuota. Es cierto que esta Sentencia ha sido criticada por entender necesario para la designación de heredero la doble exigencia de estar llamado a título universal y mediante la utilización del *nomen heredis* (criterio cumulativo defendido por Roca Sastre). Sin embargo, a pesar de la consideración crítica que puede merecer lo anterior, más adelante (Considerando 5.º) destaca que deben ser de aplicación a este tipo de legado aquellos preceptos «cuyo fin inmediato es el conocimiento para el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». Creo que esta doctrina, a pesar de su deficiente formulación no cae bajo la crítica que se puede hacer al resto de la Sentencia. En el próximo epígrafe citaré alguna Sentencia que apoya sólo relativamente a la anterior, aunque referidas al problema específico del cónyuge viudo.

(41) Es la opinión que sostiene De la Cámara, «Compendio», p. 399.

(42) La única referencia que encuentro a la colación en los trabajos de Peña y Bernaldo de Quirós se contienen en «La naturaleza de la legítima», *ADC*, 1985, p. 895: «La regla de igualación —proporcional— entre los herederos, en cuanto a las especies mismas en que se concreta cada lote, viene reflejada también en los arts. 1047 y 1048 del Código Civil en relación con la colación.» Sin embargo, en ningún lugar expresa que todo legitimario sea sujeto de la colación, aunque creo que es consecuencia lógica de su teoría.

colación y partición»), pueden llevar a hacer pensar que la colación se limita a los legitimarios que sean efectivamente herederos, en realidad en una consideración detenida de los efectos y de la completa regulación se descubren algunos supuestos en los cuales no se entiende bien por qué ha de limitarse de forma tan estricta el campo de actuación subjetiva de la colación. La conclusión sería que puede haber colación cuando se produzca un llamamiento a una cuota, sin que se concreten los bienes sobre los que recaer. Así por ejemplo, no existirá colación cuando haya una institución en cosa cierta, o cuando el testador haga partición de sus bienes (conclusiones en las que está de acuerdo la doctrina), pero además sí habrá colación en los casos en que se llame a una cuota sea o no en concepto de heredero.

D) Extensión al cónyuge viudo

La Sentencia considera que el cónyuge viudo está legitimado para pedir la colación. Lógicamente el Tribunal Supremo puede considerar que procede la colación por la conclusión que hemos obtenido del anterior epígrafe: están sujetos a colación y pueden beneficiarse de ella todos aquéllos a los que el testador deje una cuota sobre una masa de bienes.

Es interesante analizar la posición del cónyuge viudo en la materia de la colación haciendo referencia a la totalidad de los supuestos en los que se puede plantear la cuestión, y teniendo en cuenta las modificaciones que la Ley 11/1981 de 13 de mayo haya podido producir en este tema.

La doctrina (43) ha venido negando que el cónyuge viudo venga obligado a traer a colación por varios motivos, alguno de los cuales después de

(43) De los Mozos, *op. cit.*, p. 208; Vallet, «Panorama», II, Madrid, 1984, p. 779; Roca Juan, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; García Bernardo, *op. cit.*, p. 177; Marín López, notas a la revisión del Código Civil, de Mucius Scaevola, p. 163; Albaladejo, «Derecho Civil», *cit.*, p. 415, n.º 4, haciendo referencia a la prohibición de donaciones entre los cónyuges; en «Curso», *cit.*, pp. 187 y ss., ya sólo hace referencia a que no tiene carácter de heredero; Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 372. Sin embargo, Fuenmayor admite que el cónyuge viudo puede ser sujeto de la colación, basándose en el art. 1037. De todas formas considera que esta solución legal no tiene demasiado fundamento. Añade que piensa que es una sutileza, el argumento de estimarlo excluido por no ser heredero el cónyuge viudo. Lógicamente Fuenmayor se plantea el supuesto de la colación de legados, ya que en la fecha de su trabajo no se podía plantear el caso de las donaciones, por estar prohibidas (vid., «Acumulación», *cit.*, pp. 75 y ss.). En realidad el problema que plantea Fuenmayor es de imputación de un legado a la cuota usufructuaria, y no de colación. Creo además que este autor confunde colación e imputación (vid. *op. cit.*, pp. 66 y 67, y los ejemplos que allí se contienen), lo cual no es nada difícil, por la implicación y fuerte relación que existe entre estos conceptos. Pienso que de la norma del artículo 1037 poco puede sacarse en orden a la determinación de los sujetos de la colación, pues se trataría en todo caso (si se entiende que este artículo es propiamente de colación, lo cual se discute) de un supuesto atípico que sólo tendrá lugar cuando se imponga expresamente, y entonces, probablemente, la voluntad en cuanto a los sujetos también quede clara, pudiendo ir más allá, incluso, que las previsiones legales. Renuncio, pues, a sacar conclusiones por este camino.

la reforma del año 1981 ya no se pueden invocar. Se decía en concreto, que no se podía plantear la cuestión por estar prohibidas las donaciones entre cónyuges con carácter general, y que las que no estaban prohibidas, las usuales o de costumbre, no se traen a colación en ningún caso (cfr. artículo 1334 en su redacción original y 1041). Hoy este argumento no se puede sostener, pues el reformado artículo 1323 permite las donaciones entre cónyuges.

Sigue teniendo fuerza actualmente el argumento de no ser el cónyuge viudo, como legitimario, heredero sino legatario. Algunos autores precisan más añadiendo que la colación sólo se realiza entre legitimarios del mismo grupo, quedando excluido, por tanto, el cónyuge viudo, que forma él sólo un grupo. Sin embargo vamos a ver cómo este criterio de que la colación sólo se realiza entre legitimarios del mismo grupo, fue puesto en duda por algunos autores en cuanto a la legítima de los hijos naturales. Esto me parece que es significativo, pues puede demostrar que la postura doctrinal en este punto tiene fundamentos más débiles. Paso ahora a exponer las principales posiciones de la doctrina sobre este tema. Hago la advertencia de que muchos de los autores que tratan la aplicación de este criterio al caso de los hijos naturales aplican las conclusiones al caso del cónyuge viudo, por lo que no resulta ocioso detenerse en el análisis de esas opiniones.

Es Morell el autor que inicia la doctrina que se puede calificar como común: «Si tal es el fundamento de la institución (anteriormente ha señalado que el fundamento de la colación es la presumible voluntad igualatoria del causante dentro de las diferentes clases, es decir de los hijos legítimos entre sí, y de los naturales entre sí), es claro que el artículo 1035 se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase, y que la colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo entre sí, y no con los demás de un grupo distintos.» A continuación señala que «el cónyuge viudo que forma por sí solo un grupo de herederos forzosos, así como no ha de colacionar, ni ha podido recibir donaciones del difunto como anticipo de legítima durante el matrimonio, tampoco ha de aprovecharse de la colación a que se obligue a los coherederos forzosos de otro grupo» (44). Se podría atribuir a esta opinión el defecto de entender que la colación está fundada en la voluntad presunta, pues difícilmente correspondería con la real cuando se instituyen herederos concurrentes a hijos de diferente grupo. Precisamente esta consideración es la que hace dudar a Vallet de Goytisolo de si en este caso (y sólo en ese, en los demás supuestos Vallet comparte plenamente la opinión de Morell) procedería la colación entre los legitimarios de diferente grupo. Sin embargo, no se pronuncia sobre la solución (45).

De los Mozos estudia el tema con mucho detenimiento, y critica las dudas de Vallet, que considera producto de estimar fundada la colación en la voluntad presunta del causante. El señala que: «esta *concurrencia* a que alude el artículo 1035 del Código Civil ha sido interpretada por la doctrina, entendiendo se refiere entre herederos forzosos de la misma clase, y que la colación ha de

(44) *Op. cit.*, . 115.

(45) «Apuntes de Derecho sucesorio», *ADC*, 1955, p. 412.

tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo, pero no respecto de los de un grupo distinto». Esto es así, añade luego, aunque los hijos naturales o el cónyuge viudo hayan sido instituidos herederos, porque el testador «lo mismo que no puede modificar las cuotas legitimarias de cada uno, tampoco puede mezclar entre sí los grupos que ha configurado la ley». En nota considera la norma que establece las clases o grupos de legitimarios como *ordenativa*, es decir de las que configuran las líneas generales o supuestos de aplicación de la ley. A esto añade los antecedentes históricos del Código, y los principios fundamentadores de la decisión del legislador al ordenar la colación. Sin embargo, a Lacruz, refiriéndose a la sucesión de los hijos naturales cuando concurren con legítimos, le parece «muy discutible que un obstáculo de tipo dogmático (precisamente está hablando de argumentos como los expuestos) pueda eliminar un instituto que, según las finalidades del legislador, parece aplicable aquí». Inmediatamente antes había excluido de la colación al cónyuge «fundamentalmente, porque (...) en cuanto legitimario no es heredero» (46).

Quizá la misma duda que manifiesta Lacruz en el caso de los hijos naturales instituidos herederos se podría aplicar al caso del cónyuge que estuviera instituido heredero: cabría entonces sostener que puede ser sujeto de la colación. Es lo que opina Real Pérez, aunque reconoce que la cuestión merece un estudio más detenido (47); lógicamente, según lo que se dijo en el anterior epígrafe, habría que entender que igualmente es posible la colación cuando exista un llamamiento a una cuota por título diferente al de heredero (48).

Sin embargo, es claro que por la propia naturaleza de la legítima viudal, no es posible la colación en los supuestos en que los derechos sucesorios se reduzcan a ésta, o incluso cuando reciba más, pero sin que su derecho quede referido a una cuota. El caso más claro sería el de la sucesión intestada, en él el conyuge conserva sus derechos a la legítima, sin embargo, no es heredero, ni puede pensarse que esté sujeto a colación. Es útil para comprender mejor esto recordar de nuevo las consideraciones que hice anteriormente sobre la peculiar forma de funcionamiento de la legítima viudal. Recuerdo aquí que el derecho legitimario del cónyuge no implica concurrencia sobre el haber hereditario como el que existe entre herede-

(46) «Derecho de Sucesiones», I, p. 289.

(47) «Usufructo», *cit.*, pp. 488 y 489. En contra de que en este caso el viudo sea sujeto de la colación, expresamente, Roca Juan, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

(48) Hay jurisprudencia que puede apoyar esta postura: la de 25 de febrero de 1916 parece que admite como sujeto de la colación al cónyuge viudo, aunque como el pleito se refiere a varias cuestiones y éste litiga «por sí, y en representación de su hija», no es posible sacar ninguna consecuencia segura. En la de 4 de julio de 1908, se legitima para pedir la colación al cónyuge viudo que era legatario del tercio libre, además de legitimar a los hijos, herederos testamentarios. La de 3 de abril de 1936 parece admitir a al viuda como interesada en la petición de colación, igualmente se refiere a un caso en el que era legataria de la parte libre. Ya veremos, sin embargo, que esta Sentencia es algo incorrecta e imprecisa, porque en realidad la cuestión se reduce a un caso de inoficiosidad. Además era imposible que hubiera colación porque la única heredera había repudiado la herencia. Expondré con más detalle estas dos últimas Sentencias en el siguiente epígrafe.

ros y legatarios de parte alícuota. Es decir que no existe el patrón, igualitario o proporcional, típico o legal que justifica en los otros casos la colación. De los Mozos, incidiendo en la misma idea, añade: «se viene a unir otro factor, que se encuentra en los principios que militan en el fundamento mismo de la colación, aquellos principios que decíamos no sirven para configurarla técnicamente, pero que aparecen como anteriores a la formulación legal y a la estructuración de la norma, en un estado anterior, revelando el íter lógico seguido por el legislador, y conforme a los cuales, parece extraña toda confusión entre las distintas clases de legitimarios» (48 bis).

En definitiva, parece extraño también que la colación del cónyuge exija la manifestación de voluntad en el sentido de instituirlo heredero para que tenga lugar. La colación, en sus presupuestos típicos no exige ninguna voluntad testamentaria del donante; en cambio, para que hubiera colación en favor del cónyuge sería necesaria la voluntad de instituirlo heredero o legatario de cuota, ¿y de esta voluntad debemos inferir que procede la colación?: no parece, pues el mismo fundamento tendría admitir por este solo hecho la colación de los extraños. Creo, en consecuencia, que la postura de Real Pérez (como la de Lacruz en su día) supone sacar de la ley una consecuencia no contemplada ni querida por ésta. Pienso que la hipótesis que plantea esta autora nos lleva fuera de la colación propia o legal, y nos conduce más bien al ámbito de la colación impropia o voluntaria. En conclusión: el cónyuge viudo no es sujeto de la colación legal, lo que no impide que pueda ser sujeto de colación impropia (impuesta por el testador, y en ese sentido voluntaria).

Aunque no acepte que por regla general haya que estimar sujeto de la colación al viudo, es necesario estudiar el caso concreto que estoy examinando para observar si por vía voluntaria se ha introducido esta mayor amplitud subjetiva. Es decir, el aspecto de la voluntad del testador que me interesa destacar es el alcance e interpretación que se puede dar a la exigencia expresa de colación de las donaciones que realiza el testador en el testamento. De la realidad del caso se desprende que si a la voluntad de que se colacionen las donaciones se le da el alcance que la doctrina suele dar a la colación, dicha voluntad queda desprovista de significado. No me refiero al hecho de que en todo caso en que expresamente no se diga lo contrario las donaciones sean colacionables (esto hace que una disposición expresa sobre la obligación de colacionar, parezca sin contenido real). Lo que quiero decir es que en el caso la donación de las fincas se había realizado de forma conjunta a las tres hijas, con lo cual realmente no había producido desigualdad entre ellas, por tanto, la cláusula de colación, teniendo en cuenta también la inexistencia de legitimarios del mismo grupo, no produciría ningún efecto (49).

(48 bis) Op. cit, p. 212, nota 26.

(49) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1925 se afirma que la colación no procedía cuando todos los legitimarios habían recibido la misma cantidad. En realidad el supuesto que planteaba la Sentencia no era de colación puesto que las cantidades recibidas no lo habían sido en concepto de donación sino que habían sido tomadas de la herencia ya abierta.

Esta voluntad expresa de colacionar, a la que por otro lado se le da gran importancia en la Sentencia, debe ser interpretada de una forma que le permita producir efectos, pues no se debe pensar que el testador pretendiera que fuera ineficaz (50). Lo que puede significar, y me parece que es la única forma de que tenga algún valor, es que obligue a extender los efectos de la colación al supuesto del cónyuge viudo. Por tanto, si se mantienen las conclusiones a las que he llegado anteriormente, la cuestión clave es la interpretación de la voluntad testamentaria, que pienso que abogaría por la extensión de la colación al cónyuge viudo. Se trataría entonces de justificar por la vía de la colación voluntaria, lo que estimo que no puede hacerse a través de los presupuestos legales ordinarios.

Lo que ya no es tan claro es que la voluntad de colación llegue hasta el establecimiento de una consecuencia que la mayoría de la doctrina piensa que no existe (la restitución del exceso sobre la cuota). Pero esto es ya una cuestión diferente que será objeto de estudio en el próximo epígrafe.

E) Adjudicación compensatoria

Es frecuente al hablar de este tema utilizar una terminología, que si bien no puede calificarse de incorrecta, sí puede dar lugar a equívocos, por lo cual creo que es mejor evitarla: me refiero a la utilización del término compensación para referirse a la adjudicación compensatoria que es uno de los efectos de la colación. Pienso que hablar de compensación puede llevar a confusión con la figura del mismo nombre que se estudia como modo de extinción de las obligaciones. Es además una terminología no contemplada por la ley. Por ello, estimo preferible la utilización de adjudicación compensatoria, atribución compensatoria (como dice la Sentencia objeto de comentario), o también igualación que es el término utilizado por la ley al referirse al efecto del que estoy tratando (art. 1048).

El supuesto que se plantea la Sentencia es el del donatario que ha recibido por donación más de lo que le corresponde heredar. A este problema respondía Lacruz diciendo que «de la estructura y el conjunto de la regulación del instituto se desprende que el donatario nada tomará del *relictum*, pero nada habrá de pagar a los coherederos (...). Es decir, que la colación se queda sin hacer por el resto; el coheredero que debía colacionar no parti-

(50) Como señala Jordano Barea en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen 1.º-A, Madrid, 1990, pp. 237 y ss., es criterio utilizado habitualmente por la Jurisprudencia, en materia de interpretación de testamento, el llamado principio de conservación, que se contiene para los contratos en el artículo 1284. Cita en apoyo de esta afirmación las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la de 26 de junio de 1951 y la de 11 de abril de 1958.

cipa en absoluto en la comunidad hereditaria, y los otros coherederos legítimos reparten entre sí los bienes asignados al grupo como si el colacionante no existiera» (51).

Sin embargo, la Sentencia comentada establece la devolución a la masa del exceso (no inoficioso) sobre la cuota del colacionante. La novedad del tratamiento directo por el Tribunal Supremo de esta cuestión es absoluta; si bien había sido discutido por la doctrina científica, aunque puede decirse que no estaba resuelto por ésta (52).

(51) «Elementos», p. 196.

(52) A la ausencia de jurisprudencia sobre la materia se refiere De la Cámara, «Compendio», *cit.*, p. 388. Aunque es cierto que la jurisprudencia no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, en varios litigios que han llegado al Tribunal Supremo se planteaba el problema, sin que, por distintos motivos tuviera oportunidad de tomar postura. El primer supuesto que he detectado es el resuelto por la Sentencia de 4 de julio de 1908. En el caso la demandada había recibido de su padre, causante de la herencia, diversos bienes en concepto de dote con el carácter de anticipo de legítima. En cuanto dichos bienes excediesen de lo que por legítima acreditara, se considerarían mejora, según disposición de la escritura de constitución de la dote. Posteriormente, el causante contrae nuevas nupcias de las que nacen nuevos hijos; consecuencia de la nueva situación, otorga testamento en el que revoca la mejora anterior, y reparte sus bienes entre sus hijos del segundo matrimonio mejorándolos en el tercio. Dispone además que la hija dotada traiga a la masa común lo recibido por dote que exceda de su legítima estricta. La Audiencia Territorial de La Coruña estimó que como quiera que los bienes recibidos por dote por la demandada superaban su legítima estricta, estaba obligada a «colacionar a la masa común, no los mismos bienes, sino el verdadero valor que tenían al tiempo de constitución de la dote» y a «devolver en partición el exceso del valor de las partidas de bienes... en lo que pase de su legítima corta o rigurosa». El recurso de casación se planteó en torno a la posibilidad de revocar la mejora que se hizo en favor de la demandada, y en cuanto al tema de la valoración de los bienes. Por ello el Tribunal Supremo no entra directamente en la cuestión que nos interesa, aunque confirma la Sentencia de la Audiencia, además confirma que al caso son de aplicación los preceptos de la colación. Ciertamente esta Sentencia no demuestra nada, pues existía una evidéntísima voluntad testamentaria de que se devolviera a la masa, con lo cual realmente puede sostenerse que el caso no es de colación legal sino voluntaria. Otro elemento interesante de esta sentencia fue citado anteriormente: el cónyuge viudo era legatario del tercio libre, y se le reconoce derecho a recibirlo íntegro, aunque para ello los herederos deban restituir a la masa el exceso sobre su cuota.

El segundo supuesto es el resuelto por Sentencia de 3 de abril de 1936, caso muy similar al de la Sentencia que comento. El causante, padre de la demandada y viudo de su primer matrimonio, hizo a su única hija, en vida, cuantiosas donaciones de tal forma que a su muerte prácticamente no le quedaban bienes. El causante contrajo matrimonio *in articulo mortis* con la demandante, a la que lega en plena propiedad el tercio libre de su herencia, en testamento en el que instituye universal heredera a su única hija citada anteriormente. El cónyuge viudo reclamó la invalidez de las donaciones de forma subsidiaria por diversos motivos, uno de ellos por entender que el donatario se reservó la facultad de disponer del tercio libre, subsidiariamente por ser inoficiosas las donaciones. Este último motivo es el acogido, tras denegación en las dos instancias, por el Tribunal Supremo. Es obvio por la lectura del caso que éste era el único motivo del recurso que podía ser acogido por el Tribunal Supremo, por estar los restantes deficientemente fundamentados. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera aplicable al caso

Sobre la cuestión se habían producido disparidad de opiniones recogidas casi todas por Vallet en varios de sus trabajos (53). La polémica más conocida es la que sostuvieron a principios del siglo Calderón Neira (54) y Morell y Terry (55). Este último autor sostenía que para que el objetivo de la colación se cumpliera era preciso que las donaciones que excedieran de la cuota del colacionante se redujeran en lo necesario para que los otros coherederos recibieran íntegra su cuota. Para él esto era una consecuencia lógica del sistema de la colación. Calderón reaccionó contra esta postura pues consideraba que «el donatario tiene dos títulos para guardarse el valor, un título que es el de heredero y otro el de donatario, y agotado el valor del uno, queda el valor del otro. Para ser alcanzado el legitimario, se precisaría demostrar previamente que una vez agotada su vocación hereditaria, caduca o se resuelve su título de donatario, que es precisamente lo que se trata de demostrar. De modo que este razonamiento no sería más que una petición de principio» (56). Yo pienso que esta opinión olvida la posibilidad de que la donación tenga límites, ya sean legales ya sean voluntarios, y que, por tanto, no es tan claro que se tenga derecho a la totalidad del valor del objeto donado si la donación nace con la carga de ser colacionable, entendiendo este carácter colacionable en los términos en que lo entiende Morell.

A propósito del comentario de esta polémica expone Vallet (57) su postura, que resume en su última obra:

los artículos 1035 y siguientes, aunque no los aplica efectivamente. De todas formas, la colación era imposible en este caso porque la hija había repudiado la herencia. Además, me parece que el Tribunal Supremo confunde colación con protección de la legítima cuando se refiere al contenido de los artículos 1035 y ss., por lo cual no se puede sacar ninguna conclusión válida de esta Sentencia.

Otro supuesto en el que también aparece el problema del exceso es el contemplado por la Sentencia de 30 de marzo de 1949. El problema se plantea en un caso de aprobación judicial de partición en la que las cuestiones controvertidas eran: el modo de valoración de las donaciones colacionables hechas a los legitimarios, y la procedencia del alcance de la colación sostenido en el cuaderno particional (se sostenía que los excesos sobre las cuotas hereditarias debían ser abonados en metálico). Como la Sentencia de la Audiencia de Sevilla deniega la aprobación del cuaderno particional basándose, además de en la improcedencia de la adjudicación compensatoria por el exceso, en otros motivos de por sí suficientes para la falta de legalidad, el Tribunal Supremo tampoco entró en la interpretación del efecto que aquí nos interesa.

Finalmente, la Resolución DGRN, de 25 de agosto de 1925, parece considerar que de la colación pueden derivarse efectos perjudiciales. Por eso estima que el padre puede repudiar la herencia de sus hijos, en representación de éstos.

(53) Por ejemplo en sus «Apuntes de Derecho sucesorio», Madrid, 1955, pp. 307 a 612; recogido en el volumen IV de sus «Estudios», *cit.*, pp. 113 y ss.; recientemente en «Panorama», II, pp. 800 y ss.

(54) «La colación en el Código Civil», *RGLJ*, n.º 111, 1907, pp. 119 y ss.

(55) «Colación especial exigida en el artículo 1035 del Código Civil», *RGLJ*, 1906, pp. 27 a 45 y 113 a 132.

(56) *Op. cit.*, p. 126.

(57) «Panorama», II, *cit.*, pp. 801 y ss.

«[...] es cierto que el artículo 1047 nada dice acerca del destino del exceso de valor que (*sic*) las donaciones colacionables sobre la cuota hereditaria del colacionante, y que ningún precepto del mismo Código ordena la reducción de las donaciones no inoficiosas pero que excedan de la cuota del colacionante. Sin embargo, Morell señaló (58) que el artículo 1035 ordena, al colacionante, traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiere recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo... en la cuenta de la partición. Por ello, entiende «que la donación íntegra se agrega a la masa hereditaria, y que teniendo por base esa suma se fija la porción correspondiente a cada heredero. Por tanto, si el donatario sólo ha de percibir la parte que le corresponde en el reparto o partición, y sus coherederos han de tener derecho a exigir íntegra su participación, necesario es que cuando la donación exceda al importe de la cuota hereditaria (legítima y no legítima), este colacione materialmente el exceso, o entregue en metálico a sus coherederos la diferencia...».

Y sigue Vallet: «Si acepta la herencia necesariamente se somete a colacionar. Si no quiere colacionar, puede repudiar la herencia. La donación no se revoca en uno ni en otro caso, ni en todo ni el exceso.» El único efecto sería el nacimiento de la obligación de aportar a la masa el equivalente de ese exceso. Además, de la razón aportada por Morell, Vallet señala que los artículos 1035 y 1045, que son los que establecen el régimen fundamental de la colación, no limitan ésta al montante de la cuota. Por otro lado, se muestra en desacuerdo con la última conclusión de Morell: en ningún caso, para Vallet, vendrá obligado el colacionante a restituir materialmente el exceso, y ello por el sistema general de colación en valor y no *in natura*.

Vallet piensa que para que exista la obligación de restituir el exceso es necesario que el colacionante haya aceptado la herencia pura y simplemente puesto que entiende que se trata de responder a una obligación *ultra vires hereditatis*, obligación que califica de legado legalmente presunto de cosa del heredero colacionante (59).

Hay que reconocer que la mayor parte de la doctrina se opone a la postura de Vallet y Morell y sostiene que no es posible pedir la adjudicación compensatoria por el exceso no inoficioso, así por ejemplo, Lacruz (60), De los Mozos (61), Puig Brutau (62), Díez Picazo y Gullón (63), García Bernardo (64), Roca Sastre (65), Real Pérez (66), Roca Juan (67) y Albala-

(58) La cita de Morell está tomada de su trabajo ya citado, pp. 131 y ss.

(59) Considerando de esta forma la restitución, no parece tan descabellado que Morell diga que se pueda realizar tanto *in natura* como en dinero porque esa es la consecuencia de calificarla de legado de cosa del heredero, sujeto, por tanto, al art. 863.

(60) «Derecho de sucesiones. Parte general», Barcelona, 1961, pp. 585 y ss.

(61) Op. cit., pp. 298 y ss.

(62) Op. cit., pp. 576 y ss.

(63) Op. cit., p. 583.

(64) Op. cit., pp. 177 y ss.

(65) Notas al «Derecho de sucesiones» de Kipp, segunda edición, p. 312.

(66) «Intangibilidad», cit., p. 128.

(67) Op. cit., pp. 63 y ss.

dejo (68). De la Cámara (69) reconoce que la cuestión es compleja y discutible, pero no se inclina por ninguna opción. Favorable a la postura de Vallet en todos sus puntos, además de los autores que él cita, se muestra últimamente Rivas Martínez (70). No es fácil interpretar la opinión de Cossío, que habla de la posibilidad de que mediante la colación se proceda a reducir una donación inoficiosa (71).

Los argumentos que utiliza De los Mozos (72), sustancialmente compartidos por toda la doctrina anteriormente citada, para oponerse a la tesis de Vallet y Morell son: en primer lugar, en materia de tanta importancia el Código debía ser más explícito si de verdad pretendiera establecer la obligación de adjudicación compensatoria por el exceso. Es evidente, como reconocen los propios Vallet y Morell que el Código no impone de manera expresa esta obligación, y por contra es bastante explícito cuando ordena devoluciones (cfr. arts. 820, 821, 1056,1, etc.). En segundo lugar, rechaza la argumentación histórica como elemento interpretativo en una cuestión que ha sufrido una profunda revisión con la codificación. En concreto piensa que hay un «evidente paralelismo entre la forma de practicarse la colación y el alcance de sus efectos» en el sentido de que la colación por imputación se limita a la toma de menos, mientras que la aportación del exceso es un efecto propio de la colación *in natura*, precisamente en la evolución histórica se ha pasado de un sistema de colación *in natura* a un sistema de colación por imputación (73).

Además de las razones institucionales y legales que utiliza Vallet, creo que es posible apoyar su tesis en un motivo de conveniencia. Este sería otorgar al causante un mayor margen de maniobra con el destino de sus bienes sin quedar bloqueado por normas rígidas. Así el causante, en vida,

(68) «Curso», *cit.*, p. 191.

(69) «Compendio», *cit.*, p. 388.

(70) *Op. cit.*, p. 747.

(71) *Op. cit.*, pp. 622 y ss. Una posible interpretación sería la del siguiente ejemplo: Un causante tiene tres descendientes herederos forzosos, instituye herederos por partes iguales a todos ellos. En vida ha donado por valor de 55 a uno de ellos. La masa de cálculo de la legítima es 90. La legítima individual es 20. En la masa sólo quedan 35, con lo cual no es posible pagar la legítima de los dos que no han recibido nada. La donación es inoficiosa por valor de cinco. Si este autor estima que la colación implica devolución del exceso, no será necesario reducir la donación, pues el donatario deberá aportar a sus coherederos 25 en total.

Sin embargo, también se puede interpretar que lo que pensaba Cossío era que las normas de la colación se aplican antes que las de reducción de donaciones, sin que se pronunciara sobre la anterior cuestión.

(72) *Loc. cit.* Muchos de sus argumentos tomados de Lacruz, *loc. ult. cit.* Sin embargo De los Mozos da poca importancia al papel del artículo 1036 que Lacruz considera que es el argumento más serio en pro de la tesis sostenida por Vallet, aunque consideraba que este artículo estaba aislado dentro de la sistemática del Código (cfr. página 586). Ya vimos cómo este artículo parecía que justificaba la interpretación de Vallet en la RDGRN de 25 de agosto de 1925 antes citada.

(73) *Op. cit.*, p. 182.

puede ir distribuyendo sus propiedades mediante donaciones, sin preocuparse, de momento, del estado final de distribución, pues sabe que a su muerte mediante la colación se corregirán estas desigualdades; con esta interpretación la única posibilidad desigualatoria es la que queda en manos del causante mediante la oportuna dispensa de colación; en ningún caso se producirá esta desigualación como consecuencia automática de la donación. De todas formas puede parecer que lo anterior contradice el carácter por lo común irrevocable de las donaciones (74), ya que por un acto posterior del donante (el testamento, acto de última voluntad) pierde eficacia la donación. Sin embargo, como dije antes, esta objeción decae si se considera que la donación en el momento de nacer está sujeta a la carga o a la condición de ser traída a colación en el caso de que se acepte la herencia. Ciertamente el donatario siempre podría repudiar la herencia para así no tener que colacionar el exceso.

De cualquier forma creo que los argumentos en favor y en contra no son especialmente concluyentes, y ninguna de las opiniones es descabellada. En todo caso, en la duda, me parece más aceptable y seguro no introducir una limitación tan fuerte de los efectos de las donaciones, cuando esta misma consecuencia se puede conseguir por disposición del donante (mediante el establecimiento de una condición o de una carga). En este caso, todavía cabe preguntarse por el papel que pueda tener la norma del artículo 647 sobre revocación de donaciones por incumplimiento de carga (75). La duda se plantea si el causante hizo la donación con el carácter expreso de colacionable: pues entonces, el no colacionar ¿no es incumplir una carga impuesta al donatario? Quizá pudiera pensarse que fallecido el donante, el heredero, como continuador de su personalidad y en tanto que heredero, podría instar la revocación de la donación por este motivo (76). Está claro que si la obligación de colacionar, con este efecto añadido, no se establece en el momento de la donación no seguirá este régimen. Me refiero, por ejemplo, al caso en que la colación con este alcance

(74) Así expresamente, Alvarez-Caperochipi, «Curso», p. 116. Para la cuestión del sentido del carácter irrevocable de las donaciones, vid. Cristóbal Montes, «El principio de irrevocabilidad de las donaciones», *RGLJ*, 1969, pp. 699 y ss.

(75) Aunque el precepto habla de condición la doctrina estima que ello es una imprecisión terminológica pues en realidad se está hablando de carga. Vid. por todos, Díez Picazo-Gullón, «Sistema de Derecho Civil», volumen II, Madrid, 1989, p. 348 «no estamos en presencia de condiciones (suspensivas o resolutorias) en sentido técnico, porque entonces no hace falta conceder al donante ninguna facultad... El incumplimiento de la condición planteará un problema de ineficacia, pero no de revocación». En el mismo sentido Albaladejo en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo VIII, vol. 2, Madrid, 1986, pp. 15 y ss.

(76) Al tema se dedica atención en la Sentencia de 26 de junio de 1946. En el supuesto el padre y causante de la herencia había donado con el carácter expreso de anticipo de legítima y con la obligación de colacionar, una serie de bienes a sus hijos menores. Acaecido el óbito, los hijos y donatarios repudian la herencia paterna, procediéndose a la apertura de la sucesión intestada. Pasado un tiempo de la muerte del donante, los acreedores de éste, cuyos créditos habían quedado insatisfechos, pretenden

se establezca en el testamento. Una disposición de este último tipo será algo parecido al legado de cosa propia del heredero o legatario gravado, por lo cual no puede estimarse prohibida. Sería éste uno de los ejemplos de lo que la doctrina conoce como colación voluntaria; es decir, colación con efectos diferentes a los que la ley establece. Realmente si los efectos que se dan a esta colación voluntaria no son los previstos en la ley, entonces verdaderamente emplear esta denominación podría considerarse innecesario o impropio. Señala a este respecto De los Mozos que la colación voluntaria sólo impropriamente puede considerarse colación (77). Parte de la doctrina italiana que ha estudiado la materia con cierto detenimiento ha considerado que cuando se extiende la colación a una donación no sujeta legalmente a ella, o se determinan efectos diferentes para la colación, en definitiva lo que se está haciendo es realizar una donación condicional o sujeta a una carga, pero entonces la obligación de colacionar ha de imponerse en el mismo acto de la donación, puesto que lo contrario sería atacar un acto plenamente válido (78). Sin embargo, parece más aceptable la tesis que considera admisible imponer la colación posteriormente a la donación siempre que se haga en testamento, basándose en que el testador puede gravar con las cargas que desee a sus sucesores, incluso ordenar legados de cosa propia del heredero, y por tanto, puede establecer también la colación (79). En el caso de la Sentencia, si entendemos que se ha impuesto la obligación de restituir por el exceso (cuestión que veremos a continuación), no se puede entender que la cláusula de colación sea una condición o carga de la donación misma, puesto que se realiza muy posteriormente, sino, por el contrario, una obligación impuesta a los herederos más parecida a un legado

atacar las donaciones por entender que al haberse otorgado con el carácter de colacionables y de anticipo de legítima estaban sujetas a condición, siendo ésta la de aceptar la herencia como presupuesto necesario para colacionar. El Tribunal Supremo establece en sus considerandos que: «no puede estimarse que sujeta (se refiere a la cláusula de la donación) esta donación a ninguna condición ni modalidad diferente a su ordenación legal, que tenga que cumplirse para que los donatarios puedan entrar en el disfrute y posesión del derecho de nuda propiedad que desde aquel momento les cede... siendo más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató de que quedara fuera de duda que con la donación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudieran corresponder a sus hijos como herederos legítimos, advertencia que realmente, dado lo dispuesto en el Código Civil era innecesaria». Me interesa destacar que el considerando, aunque parece que llega a una conclusión contraria a la posibilidad de revocación, en realidad lo que hace es interpretar la voluntad del donante, con lo cual está reconociendo que el problema del alcance de una cláusula de este tipo se plantea en sede de interpretación de voluntad, y no en sede de contenido objetivo de las instituciones.

Recuérdese, por otra parte, que aunque se discute si los herederos adquieren la acción de revocación de donaciones de su causante, en este caso sería evidente que la podrían ejercer, ya que la carga se debe cumplir cuando el donante ya no puede revocar. Vid. Díez Picazo-Gullón, «Sistema», volumen II, p. 349.

(77) *Op. cit.*, pp. 284 y ss.

(78) Así se manifiestan Azzariti, *op. cit.*, pp. 706 y Visalli, *op. cit.*, pp. 112 y ss.

(79) Es la opinión de Forchielli, *op. cit.*, pp. 302 y ss., y la doctrina que allí cita.

ordenado en favor del cónyuge viudo, y que recae sobre cosa propia del heredero.

Hemos llegado a la conclusión, desde luego discutible, de que el efecto restitutorio no es consecuencia del régimen legal de la colación; también hemos concluido que, en cualquier caso, puede ser impuesto por el causante. Por tanto, la cuestión que hay que analizar en la Sentencia es si de la interpretación de la voluntad del causante se deduce que se pretendía este efecto, lo cual es algo complejo toda vez que no se impone de una manera clara y rotunda.

Hay que tener en cuenta, en orden a la correcta interpretación de la voluntad, que el supuesto fáctico muestra una situación que en una consideración objetiva podía ser de conflicto ya que, en principio, han de concurrir a la sucesión los hijos del causante (de su primer matrimonio) y el segundo cónyuge. De hecho, el Código tenía en cuenta esta posibilidad y establecía, en su artículo 836, párrafo primero, que el usufructo, en este caso, recayera sobre el tercio libre (80). El testador, movido por el mismo deseo de evitar conflictos, lega la nuda propiedad del tercio libre, con lo cual elimina la concurrencia. Lógicamente, me parece, el testador está pensando en que el cónyuge reciba la totalidad del tercio libre, y no sólo una parte. Además me parece que la disposición testamentaria excluye que se quiera lesionar el usufructo del tercio. Desde luego creo que ante voluntad tan categórica ni los propios herederos pueden conmutar el usufructo del cónyuge.

En definitiva, pienso que interpretando la voluntad testamentaria se llegaría a resultados similares sustancialmente al legado de cosa propia del heredero o legatario; en el supuesto, de cosa de las dos hijas supérstites y los nietos que representan a la premuerta, o incluso de un legado de dinero (art. 886). Es evidente que lo anterior, al moverse en un campo interpretativo que no tiene demasiado tratamiento en la Sentencia, es inseguro; de todas formas el que las tres Sentencias que recaen en el asunto coincidan en afirmar el derecho del cónyuge a algo más que lo relicto, me parece que es un fuerte indicio de que existe un fundamento claro en la voluntad del

(80) Art. 836 (redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958): «En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición.» El originario artículo 839 disponía: «En el caso de concurrir hijos de dos o más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.» La jurisprudencia y la doctrina interpretaron que el sentido de este artículo era el de impedir la concurrencia del viudo con hijos de su cónyuge, con independencia de que existieran o no hijos comunes (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, y las que allí cita). Sin embargo, el legislador aprovechó la Ley del 58 para reformarlo. Los motivos de la derogación del precepto en la reforma de mayo del 81 los tratan: Miguel en «Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», volumen II, Madrid, 1984, pp. 1319 y ss., y Rey Portolés en «Comentario a *vuela pluma* de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», *RCDI*, 1982, pp. 1537 y ss.

testador para un efecto de este tipo. En definitiva, la interpretación posiblemente más correcta sea la de un legado que tendría estos términos: «lego a mi esposa la nuda propiedad del tercio de libre disposición, y en cuanto no se pueda cubrir, la cantidad que para ello falte a cargo de mis herederos» (81), o estos otros: «lego a mi esposa el tercio de libre disposición con cargo a la herencia, y en cuanto ésta no alcance con cargo a los bienes donados a mis legitimarios» (82). Evidentemente, establecer estas fórmulas hubiera estado a mano del testador, y no parece que lo haya hecho, pero aunque no se haya establecido esta fórmula expresa, ¿no es lo más adecuado pensar que la solución a la que llega el Tribunal Supremo corresponde a la voluntad del testador? (83). Es cierto que se puede alegar en contra de esta solución que los datos en favor del alcance restitutorio deben ser más inequívocos, pues si no se llegaría a una situación práctica en la que sería indiferente considerar que la restitución derive de la ley o de la voluntad.

(81) Aunque la solución a la que llega el Tribunal Supremo correspondería a una cláusula como ésta, no es, en realidad, demasiado claro que la verdadera voluntad del testador sea que su esposa reciba el legado en dinero.

(82) Destaco que según la interpretación más común, en este caso los herederos podrían optar por cumplir el legado mediante la entrega de las mismas cosas legadas o mediante entrega de su estimación en dinero. En contra de esta opinión común se muestra Vallet en «Panorama», I, pp. 186 y ss.

(83) Se me puede achacar que en toda la argumentación sobre el artículo 863 he escamoteado una cuestión importantísima de su interpretación que incide en los efectos que estamos considerando. Me refiero a la discusión doctrinal en el punto de la necesidad o no de que el testador conociera la ajenidad de la cosa para la validez del legado contemplado en el artículo 863. La doctrina se divide en varias posturas: de un lado, los partidarios de considerar necesario este conocimiento por pensar que el 863 es un caso que se puede incluir en la categoría más genérica de legado de cosa ajena. De esta opinión son Díez Picazo y Gullón («Sistema», IV, p. 422) y Lacruz («Elementos», *cit.*, p. 326). Esta postura suele argumentar también con una constatación histórica: en el Proyecto de García Goyena el equivalente al actual artículo 863 decía: «El legatario de una cosa propia del heredero o del legatario encargado de darla a un tercero, será válido, aun cuando el testador ignorase su verdadera pertenencia» (art. 680). Se piensa que la supresión del último inciso implica que se ha de seguir el régimen general del legado de cosa ajena.

Contra esto se argumenta, por parte de la segunda postura, que de un lado la supresión del inciso citado no modifica el sentido del artículo en cuestión, que los precedentes históricos señalan que la posición favorable a la validez en todo caso es la correcta, y que no tiene sentido desde un punto de vista sistemático considerar que los requisitos de los arts. 861 y 862 se apliquen también al 863. En favor de esta tesis se muestran: Roca Sastre (*op. cit.*, p. 564); De la Cámara («Compendio», *cit.*, p. 113); Rivas Martínez (*op. cit.*, p. 335); Vallet («Panorama», tomo I, p. 186); Albaladejo («Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo XII, volumen 1.º, Madrid, 1981, pp. 76 y ss.), con abundantes referencias a otras opiniones y amplia argumentación. Recientemente la opinión de Albaladejo ha sido matizada por González Pacanowska, «El legado de cosa ajena», Madrid, 1985, pp. 187 y ss. Señala esta autora que para la validez del legado de cosa del heredero o legatario no se precisa que el testador sepa que la cosa es ajena; aunque sí que sea clara la voluntad de establecer una obligación a cargo del heredero o legatario.

En efecto, en todos los casos en que el importe de las donaciones exceda de la cuota y se haya dispuesto de la totalidad de la herencia, existe una voluntad testamentaria que sólo puede cumplirse si se restituye. Sin embargo, no en todos los casos en los que se den los presupuestos anteriores aparecerá la obligación de restituir el exceso. Lo que ocurre es que la cuestión como dije antes es puramente de interpretación de la voluntad, y con los escasos datos que ofrece la Sentencia es difícil hacer una valoración más profunda de la voluntad.

Una cuestión en absoluto secundaria es la que se refiere a si los herederos pudieron sustraerse a la colación impropia, aceptando a beneficio de inventario. El tema ya ha sido mencionado, en concreto al exponer la opinión de Vallet. Este autor, consecuente con su postura de considerar la restitución como un legado (legalmente presunto), entiende que el heredero queda libre de esta carga si acepta la herencia a beneficio de inventario. Esta opinión de Vallet fue combatida por Lacruz con argumentos después utilizados por De los Mozos. Dice Lacruz: «no se ve cómo el heredero pueda aceptar la herencia, y sin embargo, dejar a salvo lo recibido por donación del causante. Vallet de Goytisoló entiende que basta, para ello, aceptar a beneficio de inventario, pero el inventario y el proceso de liquidación son garantías que el heredero presta a los legatarios y a los acreedores de la herencia, a fin de mantener incólume su propio patrimonio, mediante la demostración de que nada se ha sustraído al caudal hereditario, y carece de sentido frente a los coherederos» (84). Precisamente la postura que mantengo de no considerar la obligación de restituir como un efecto de la colación propia, sino una obligación que se puede imponer en el testamento, significa que la tesis de Vallet recupera su sentido, según se deduce de las propias palabras de Lacruz, pues el beneficiario de esta colación impropia recibe el exceso a título de legado más que a título de herencia.

Es preciso considerar para comprender adecuadamente lo anterior que el modo de aceptación condiciona la responsabilidad del heredero frente a los legatarios. Es opinión casi unánime que la aceptación pura y simple de la herencia tiene como efecto la responsabilidad *ultra vires* también en cuanto a los legados (85). Vallet opina, en contra de esta doctrina, que la responsabilidad *ultra vires* por legados es consecuencia de una presunción de fraude (ocultación de bienes), pero presunción *iuris tantum* (86). En cualquier caso probablemente la dificultad de probar que no hubo fraude

También se podría objetar que en el caso de la Sentencia comentada el legado no es de cosa determinada, lo cual según la doctrina es requisito para el legado que estamos considerando. La objeción me parece que tiene poco peso.

(84) «Derecho de Sucesiones. Parte general», Barcelona, 1961, p. 586.

(85) Así: Lacruz, «Elementos», p. 110; Albaladejo, «Curso», p. 116; De la Cámara, «Compendio», p. 110; Peña y Bernaldo de Quirós, «La herencia y las deudas del causante», Madrid, 1967, pp. 161 y ss.; Pérez Sauquillo, «Responsabilidad del heredero respecto a los legados», *AAMN*, VI, 1952, p. 242. En contra se muestra Roca Sastre, «Notas», p. 412.

(86) «Panorama», II, pp. 502 y ss.

hace que las consecuencias prácticas puedan ser parecidas a las que se seguirían de inclinarse por la opinión común. En definitiva, cuando el heredero acepta a beneficio de inventario no está obligado a entregar legados más allá de las fuerzas de su cuota: por eso no puede estar obligado a restituir el exceso sobre su cuota.

La Sentencia no hace referencia a la forma de aceptación. Es posible que la herencia fuera aceptada pura y simplemente. Desde luego no sería una vía de solución correcta la apuntada por la Sentencia de que lo recibido por donaciones colacionables tiene carácter hereditario: «en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias» dice literalmente el quinto Fundamento de Derecho. Esta conclusión es inaceptable pero impediría que se planteara el problema: si se admite que lo recibido por donación tiene carácter hereditario (como parece que dice la Sentencia), cuando se aceptara a beneficio de inventario también se debería restituir al exceso, puesto que siempre se podría responder con la cuota «hereditaria» (cuota hereditaria que estaría formada exclusivamente por bienes no hereditarios) (87). En cualquier caso, privados de los datos de hecho necesarios, carece de interés seguir profundizando en la cuestión.

Pienso que la consideración de este tipo de razones, de orden práctico, puede haber pesado en el ánimo del Tribunal Supremo al dictar su Sentencia.

(87) La doctrina también rechaza que lo recibido por donación, aunque esté sujeta a colación, tenga carácter hereditario. Así, por ejemplo: Gitrama González, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», tomo XIV, volumen 1.º, Madrid, 1989, pp. 393 y ss.; Vallet, «Panorama», II, pp. 806 y ss.; De los Mozos, *op. cit.*, pp. 310 y ss.; Lacruz, «Derecho de Sucesiones», I, pp. 296 y ss. Sin embargo, todos estos autores, con la excepción de Vallet, al afirmar esto están pensando en algo muy distinto a lo que consideramos aquí: lo que pretenden es evitar que los acreedores puedan dirigirse para cobrar sus créditos contra los bienes donados y colacionados, cuando el heredero ha aceptado a beneficio de inventario. Podría argumentarse, en favor de la solución de la Sentencia, que el caso no es similar y que pudiera haber datos que aconsejaran dar una solución diferente. En concreto: como primer argumento podría sostenerse que si el testador emplea el término colación parece que se está queriendo remitir a las normas de esta figura, entre las cuales está el art. 1036, que si bien permite evitar la colación repudiando la herencia, no hace referencia a la posibilidad de lograr el mismo efecto aceptando a beneficio de inventario. Contra esto se puede decir que esta norma está pensando en los supuestos de colación legal, y no en efectos que se introduzcan por disposición expresa del causante, y que sean distintos de los legales.

Como segundo argumento en favor de la Sentencia, podría alegarse que la razón de que los acreedores no puedan dirigirse contra los bienes colacionados es que no tienen derecho a considerar dentro de la cuota de su deudor (heredero) lo recibido por estos a título de donación; pero en el caso de la Sentencia se trata de un «acreedor» que es sujeto de la colación, y cuyo crédito nace precisamente de realizar las operaciones de ésta.

A pesar de todo ello, la especial naturaleza de la colación voluntaria o impropia que estoy estudiando dificulta la admisión de la anterior argumentación, pues aunque la colación legal supone que la formación de las cuotas entre los colacionantes se realiza teniendo en cuenta las donaciones, y aunque se admitiera que entre los colacionan-

cia, aunque es de destacar que no utiliza en ningún momento argumentaciones del tenor de las expuestas anteriormente; parece más bien que el Tribunal Supremo entiende que en la colación legal y típica los efectos se extienden incluso al exceso sobre la cuota. La pregunta que conviene hacerse aquí es si el Tribunal Supremo habría decidido en el mismo sentido en que lo hizo si no hubiera habido cláusula expresa de colación, y una voluntad de que la totalidad del tercio libre correspondiera a la viuda y de evitar los posibles conflictos derivados del usufructo. Esta es la pregunta más importante, pues su respuesta permitiría saber si se interpreta que en el caso de la Sentencia los efectos que se producen derivan de la voluntad del causante, o de la ley (aunque fuera en el caso de la colación una ley que pretende recoger una voluntad típica).

En último término me parece necesario destacar que la solución dada por el Tribunal Supremo, atendidas las circunstancias del caso puede estimarse justa, y conforme con la presumible voluntad del testador.

Para terminar este epígrafe creo que es útil señalar brevemente los diversos supuestos prácticos que se pueden plantear de exceso sobre la cuota. En el caso del cónyuge viudo, la posibilidad de adjudicación compensatoria con el alcance restitutorio estudiado se puede plantear en supuestos en los cuales el cónyuge sea legatario de una cuota que no puede recibir por estar ya distribuida mediante donaciones a los otros legitimarios, o bien cuando sea heredero. En el supuesto de los demás legitimarios el tema se planteará en los mismos casos. Respecto de estos últimos hay que tener en cuenta que se pueden presentar casos de exceso sobre la cuota que constituyan supuestos de inoficiosidad que se regirán por sus normas propias (88).

F) Modo de realizar la adjudicación compensatoria

Otro de los temas que plantea la Sentencia es el relativo al modo de realizar la adjudicación compensatoria en este caso de exceso sobre la cuota. Dos soluciones podrían darse al problema: la adjudicación compensatoria ha de hacerse aportando los mismos bienes donados, o bien ha de

tes normales dichas donaciones tienen carácter hereditario; esto no significaría necesariamente que en el caso de una colación voluntaria que establezca efectos no previstos en la ley (como es el caso) se pueda sostener lo mismo, pues en este caso esta afirmación tiene una consecuencia muy diferente. En concreto esta diferencia sería que las donaciones queden sujetas relativamente (sólo frente a los beneficiarios de la colación) a un sistema de responsabilidad diferente al configurado legalmente. En conclusión, si bien el testador puede imponer el efecto restitutorio que aparece en el caso estudiado, no me parece que esto modifique un postulado esencial del sistema de sucesión *mortis causa*, como es que el heredero aceptante a beneficio de inventario no puede ver agredido a sus bienes propios por los acreedores de la herencia.

(88) Real Pérez, sin embargo, piensa que quizá en estos casos sean de aplicación las normas de la colación con preferencia a las de la reducción de donaciones inoficiosas, vid. «Intangibilidad», *cit.*, pp. 131 y ss.

realizarse mediante entrega del exceso en metálico. Es esta segunda solución la que se conjuga mejor con la forma de actuar de la colación en nuestro ordenamiento como se establece en el artículo 1045 (89). La Sentencia señala siguiendo esta línea que la adjudicación compensatoria constituye una deuda de valor, afirmación hecha ya por Vallet (90), por tanto, no se trata de una restitución *in natura* como puede ser la derivada de la reducción de donaciones inoficiosas (91), lo que supone también que no estamos ante una pérdida de eficacia de la donación como señalaba algún autor (92). Por eso establece la Sentencia del Tribunal Supremo, anulando en esto la de instancia, que la devolución no ha de hacerse con los mismos bienes donados y que, por tanto, no procede la cancelación de los asientos registrales practicados. Todas estas conclusiones derivan lógicamente de que el Tribunal Supremo considera que está ante un caso de colación legal. En cambio hemos concluido anteriormente que el efecto restitutorio no era consecuencia de la ley sino de la voluntad del testador. Esto impone indagar si la solución de la colación típica y legal es aplicable a este caso.

En principio parece que sólo si el testador dispone una solución diferente hay que modificar la regla general de la ley. Sin embargo, dada la analogía del supuesto práctico con el regulado en el artículo 863 cabe dudar si no sería preferible la solución establecida en éste; es decir, entrega del exceso *in natura* o en dinero a la libre elección del gravado (93).

Por otro lado, la Sentencia puede salir al paso de una posición recientemente sostenida (94), según la cual la reducción de una donación inoficiosa

(89) Vid. Núñez Lagos, «La colación: historia y crítica de los problemas de valoración», *RGLJ*, 1946, p. 726, y en el mismo sentido cualquiera de las obras sobre la colación y los manuales de Derecho sucesorio citados anteriormente. Todos, con la excepción de Morell que ya vimos, coinciden en afirmar que la colación en nuestro derecho se produce por imputación y no mediante aportación a la masa de las mismas cosas donadas.

(90) Vid. últimamente, «Panorama», II, p. 808.

(91) Así, por ejemplo, Lacruz, «Elementos», *cit.*, pp. 540 y ss.

(92) Así parecía considerarlo Calderón Neira, *op. cit.*, pp. 126 y ss., el planteamiento es aceptado por Vallet («Estudios», *cit.*, pp. 532 y 540), que piensa que la adjudicación compensatoria estudiada repercute sobre la estructura de la donación, esta postura resulta sorprendente dentro de la tesis de Vallet, puesto que él sostiene que a lo único que obliga la colación en este caso es a la atribución del exceso en dinero. Llega a afirmar que este efecto de la colación constituye un legado legalmente presunto de cosa propia del heredero. Si no se acepta que el efecto restitutorio derive de la ley en realidad habrá un verdadero legado si esta carga se impone en testamento, o, si la obligación fue impuesta al realizarse la donación, una donación condicional (con la condición de que se colacione) o una donación modal (con la carga de colacionar). Recientemente, Alvarez-Caperochipi, «Curso», *cit.*, p. 116, entiende que la solución del caso por esta Sentencia no es admisible porque va contra la irrevocabilidad de las donaciones, y contra el orden de reducción del art. 820 del Código Civil.

(93) Respecto de la solución de este artículo, Vallet sostiene en solitario contra toda la doctrina que el gravado no tiene la facultad que parece que este artículo establece, sino que ha de entregar normalmente el objeto legado. Vid. «Panorama», I, páginas 186 y ss.

cuando estaba sujeta a colación, no se realizaba *in natura* sino siguiendo las normas propias de la colación (atribución de metálico). Aparte de que esta opinión es dudosa, la Sentencia al separar los supuestos de colación de los de reducción de disposiciones inoficiosas creo que tiene presente la dualidad de regímenes. Lo que sucede es que la Sentencia no considera posible que en el caso se esté planteando un problema de inoficiosidad, por lo cual difícilmente se puede considerar que resuelva el problema en un sentido o en otro.

G) Frutos e intereses

El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los intereses en la Sentencia comentada llama la atención de forma poderosa, y, a primera vista, podría parecer consecuencia de un imperdonable descuido, ya que cae en error en una materia no conflictiva en la ley ni en la doctrina. Además, la materia puede ser lo suficientemente importante en la práctica.

Se suele entender que los efectos de la colación incluyen según el artículo 1049 los frutos producidos desde la apertura de la sucesión. Bien es cierto que este artículo suscita algunas dudas por su carácter incompleto pero en lo anterior no cabe ninguna duda (95). Sin embargo, la Sentencia condena a satisfacer los intereses desde la interposición de la demanda utilizando así la solución establecida para la reducción de donaciones en los artículos 654 y 651, según la interpretación común (96).

La crítica anterior si bien es válida en el plano de la teoría, quizá en el supuesto práctico no lo sea tanto. En efecto, hay que tener en cuenta que en los términos del recurso de casación influyen poderosamente las declaraciones del Juez de Instancia en el sentido de tratarse de un supuesto de inoficiosidad. Los recurrentes articulan su recurso en base a considerar el supuesto como de inoficiosidad, por eso el tema de los intereses no se plantea, cuanto más que el recurso no se interpone por la viuda, que era la que podía estar interesada en que se le pagaran los intereses según las reglas de la colación. Por eso al pronunciamiento sobre los intereses no se le debe dar mayor relevancia que la que tiene: ser reflejo de la inadecuada decisión de la Sentencia de instancia, y de la concreta forma de presentar el recurso, motivada o no por dicha confusión judicial. Probablemente, si la viuda hubiera intentado por vía del recurso conseguir una modificación de la condena en intereses, lo hubiera conseguido, por ser la materia como dije pacífica en la doctrina.

Una vez sentado lo anterior parece que tiene poco sentido discutir sobre la decisión del Tribunal Supremo por cuanto la decisión está forzada por el planteamiento procesal del problema y no puede utilizarse para extraer

(94) Real Pérez, «Usufructo universal del cónyuge viudo», Madrid, 1988, p. 494, vid. también nota 88, con referencia a otra obra de la misma autora.

(95) Vid. Lacruz, «Elementos», p. 195; De los Mozos, *op. cit.*, p. 293.

(96) Vid. Lacruz, «Elementos», p. 539; Vallet, «Panorama», I, p. 668.

mayores consecuencias. De todas formas, algo se puede decir. En primer lugar, si la colación deriva de la voluntad del testador solamente, es lógico pensar que también en este punto serían de preferente aplicación las reglas que hubiera establecido el testador (lo que está de acuerdo con la norma del artículo 884). En segundo lugar, si la disposición testamentaria es sustancialmente un legado podría sostenerse que la solución en cuanto a los frutos e intereses, si el testador nada dispuso, debe fundarse en las normas del Código referidas a los legados. En concreto, me parece que se trataría de interpretar y aplicar el artículo 884, que precisamente no deja claro qué ocurre cuando el testador nada dispone sobre el particular (97).

(97) Para esto, ver Albaladejo, «Comentarios», tomo XII, 1.º, pp. 305 y ss.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

CONTRATOS CONEXOS. DEBER DE INFORMACION. RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO TECNICO EN EL CONTRATO DE OBRA

(Sentencia de 6 de julio de 1990)

1. ANTECEDENTES FACTICOS

Es obligado resumir los hechos significativos que extraemos del primer Fundamento de derecho del fallo en casación.

Al respecto, se arguye que el demandante (RPM) propietario de una finca urbana, constituida por planta baja, primera, segunda y desván, contrató, en 1983, la reforma de la misma con el arquitecto J.LL.T. y el arquitecto técnico J. M. P., encargándose de la realización de las obras «Construcciones Pilar Figuerola», sin que en el proyecto inicial de tales obras estuviera comprendida la calefacción, cuya instalación, por el sistema de suelo radiante, fue convenido más tarde por el dueño del inmueble con la sociedad «Instalaciones y Servicios Técnicos», quedando finalizadas las obras el 4 de julio de 1984. Hacia el mes de octubre de dicho año y coincidiendo con el encendido de la calefacción, comenzaron a aparecer fisuras en el pavimento de las distintas plantas del edificio.

En consecuencia con lo expuesto, el dueño de la finca promovió un juicio ordinario declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Tarragona, fijando su pretensión en los siguientes términos: Que se condenase a los demandados (arquitecto, arquitecto técnico, «Construcciones Pilar Figuerola» e «Instalaciones y Servicios Técnicos») a reparar los defectos ocasionados con la realización de las obras, así como a pagar todos los gastos que originase el tener que alquilar una vivienda durante el tiempo que durasen las obras.

El Juzgado de Primera Instancia por sentencia de 5 de junio de 1987, condenó a los demandados a reparar los defectos consistentes

en fisuras en el pavimento de las distintas estancias del edificio del actor, imponiendo a cada parte las costas propias y las comunes por partes iguales.

En el Recurso de apelación, la Audiencia Territorial de Barcelona condenó a los demandados a reparar los defectos producidos por la obra, así como el pago de todas las costas de la Primera Instancia, sin hacer pronunciamiento de las costas de la alzada. Con este segundo fallo se conformaron la constructora y el arquitecto. No fue ese el caso ni del dueño de la obra ni del arquitecto técnico quienes recurrieron en casación ante el TS.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

1. Como presupuesto fáctico fundamental a destacar en el presente recurso es, en síntesis, el siguiente: don Ramón Pitarg Martí, propietario de una finca urbana, constituida por planta baja, primera, segunda, y desván, y sita en la localidad de Vilaseca de Solcina (Tarragona) contrató, en 1983, la reforma de la misma con el arquitecto don José Llop Tous y el arquitecto técnico don Juan Mercadé Porta, encargándose de la realización de las obras doña Pilar Figuerola, conocida comercialmente por «Construcciones Pilar Figuerola», sin que en el proyecto inicial de tales obras estuviera comprendida la calefacción, cuya instalación, por el sistema de suelo radiante, fue convenido por el dueño del inmueble con la sociedad «Instalaciones y Servicios Técnicos», en anagrama «Insertec, S. L.», quedando finalizadas las obras, en 4 de julio de 1984, y hacia el mes de octubre de dicho año y coincidiendo con el encendido de la calefacción, comenzaron a aparecer fisuras en el pavimento de las distintas plantas del edificio. Con base, substancialmente, en la narración fáctica expresada, el Sr. Pitarg Martí promovió juicio ordinario declarativo de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Tarragona, contra los Sres. Llop Tous y Mercadé Porta, la Sra. Figuerola Salvat y la sociedad «Insertec, S. L.», con la súplica de que se dictase sentencia por la que se condenará a todos y cada uno de los codemandados a realizar las obras que se especificaban en el apartado A) del súplico de la demanda, compendiando el apartado B) del mismo, «todos los gastos que origine el tener que alquilar una vivienda durante el tiempo que duren las obras que han de realizar en la vivienda objeto del pleito». El Juzgado, por sentencia de 5 de junio de 1987, con desestimación de las excepciones planteadas y estimación parcial de la demanda, condenó a los demandados a reparar los defectos consistentes en fisuras en el pavimento de las diferentes estancias del edificio

del actor, en forma que se determinará en ejecución de sentencias, imponiendo a cada parte las costas propias y las comunes por partes iguales. En el trámite de apelación, dicha resolución fue revocada parcialmente por la dictada, en 6 de septiembre de 1988, por la Sala Tercera de lo Civil de la que fue Audiencia Territorial de Barcelona, en el sentido de condenarse a los demandados a reparar los defectos con la realización de las obras descritas en los ordinales uno a seis, inclusive, de las letras A del síplico de la demanda, así como el pago de todas las costas de la primera instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada. Y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la sociedad «Instalaciones y Servicios Técnicos» y por Don Juan Mercadé Porta.

2. Iniciando el estudio de los recursos por el interpuesto por la sociedad «Insertec, S. L.», dicho estudio ha de reducirse al motivo segundo, pues el primero fue declarado inadmitido por el auto de la Sala de 12 de abril de 1989. Este segundo motivo se ampara en el ordinal 5.º, del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose la infracción de los artículos 1101, 1274 y 1281 del Código Civil. La mención de los dos últimos artículos resulta intransigente al caso debatido, en cuanto que no ha existido controversia respecto a la interpretación del contrato celebrado con el actor Sr. Pitarg y la codemandada-recurrente «Insertec» para la instalación del sistema de calefacción, ni se ha desconocido su carácter oneroso, y por lo que respecta al primero de los artículos, el 1101, es de considerar que su análisis, en su proyección al caso de autos, no consiste en determinar los hechos acreditados en la instancia, pues ello correspondería a una impugnación por la vía casacional del ordinal 4.º, sino en valorar la conducta atribuida a «Insertec» en función, precisamente, de aquellos hechos, es decir, si a dicha sociedad puede exigirse algún tipo de indemnización sobre la base del contenido del referido precepto. En este orden de cosas, el enjuiciamiento de la conducta en cuestión ha de partir de dos categorías de hechos acreditados en la sentencia recurrida y de significación bien contraria, una, de carácter positivo para «Insertec», integrada por los hechos consistentes en que: «el referido sistema de calefacción, sofisticado e inusual en la zona, no había sido incluido por el arquitecto en el proyecto básico, pero, antes de proceder a la instalación, la vendedora le informó de las características de interés», «los tubos de calefacción fueron instalados por operarios de la vendedora y sobre ellos la constructora (que había sido instruida por aquélla en el curso de varias visitas, que llevó a cabo, para vigilar *in situ* la corrección de los trabajos) colocó la capa de mortero y el pavimento de grés» (fundamento tercero de la sentencia recurrida), y «la instaladora de la calefacción, aunque hubiera cumplido de modo correcto su prestación principal y ningún defecto haya sido atribuido a la mala calidad de los elementos del conjunto

que ella vendió y colocó o a una incorrecta colocación de los mismos...» (fundamento sexto de la sentencia), y otra, de carácter negativo para la repetida sociedad, constituida por el siguiente hecho: «venía obligada también, por imperio de la buena fe, aunque fuera con una intensidad complementaria, a proteger los intereses del dueño de la obra, informando con detalle a la contratista de las particularidades del sistema, sofisticado e inusual en la zona, como se dijo, ya previamente, ya *in actu*, respecto a todas aquellas particularidades de la obra que guardaban relación inmediata con su prestación» (el mismo fundamento sexto). Precisamente, la valoración del hecho de significación negativa, llevó al Tribunal *a quo* a la apreciación de una negligencia a «Insertec» en razón a que «omitió informar de modo correcto y suficiente a la constructora sobre las particularidades de la misma, a fin de que a ella se adaptara la obra a realizar (composición del mortero y coherencia entre las dilataciones del mismo y el tipo de suelo» (inciso final del fundamento sexto), así pues, el fundamento exclusivo de la responsabilidad atribuida a «Insertec», radicó no en una ausencia de información al respecto sino en no haberlo hecho de manera detallada, correcta y suficiente, pero extraer de esta omisión la conclusión de un quehacer negligente con la correlativa responsabilidad indemnizatoria, supone, desde luego, un juicio de valor equivocado, toda vez que no cabe olvidar que la sociedad recurrente informó al arquitecto y a la constructora de las características de interés del sistema de calefacción que contrató con el dueño de la obra, aparte de que por muy «sofisticado e inusual» que fuera aquél, su desconocimiento sería incompatible con el grado de pericia media, mínima incluso, que habría que atribuir a cualesquiera arquitecto, superior o técnico, y contratista, ni olvidar, tampoco, que la reiterada sociedad cumplió correctamente su prestación principal y ningún defecto se apreció en la calidad de los elementos del conjunto que vendió o en la colocación de los mismos, y de aquí, que el Tribunal *a quo* haya infringido, por inaplicación, el artículo 1101 del Código Civil, puesto que, a la vista de los hechos estimados acreditados en su sentencia, no es posible imputar a «Insertec» algún tipo de negligencia o contravención en el cumplimiento de sus obligaciones, y pretender lo contrario, imponiéndola una intensa obligación accesoria y complementaria, supondría la exigencia de una diligencia muy superior a la que correspondería la buen padre de familia de que habla el artículo 1104 del texto indicado, por todo lo cual y en definitiva, resulta procedente estimar el motivo del recurso examinado, con la consecuente casación de la sentencia.

3. Pasando a estudiar el recurso correspondiente a don Juan Mercadé Porta, el mismo se formula a través de cinco motivos acogidos al ordinal 5.º del rituario artículo 1692 y las infracciones alegadas se refieren, de modo respectivo, a los artículos 1257, 1544 y 1591 del

Código Civil, 1-A-2 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero y 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La inviabilidad de los cuatro primeros motivos se desprende de las consideraciones que se exponen a continuación: 1) aunque el Sr. Pitarg Martí hubiera contratado con «Insertec, S. L.» la instalación de la calefacción y disponga el artículo 1257 del Código que la producción del efecto de los contratos se limita a las partes otorgantes y sus herederos, no puede decirse que el arquitecto técnico hubiera quedado al margen de dicho contrato, pues en este aspecto, no cabe olvidar la afirmación del Tribunal *a quo* referida a que: «conocedores, antes de llevarse a cabo la instalación, de la decisión del propietario de instalar en su edificación el sistema de calefacción por el suelo radial, sin formular protesta o reserva de clase alguna, el arquitecto y el aparejador, bajo cuyos conocimientos técnicos había quedado sometida la obra que iba a incorporar la innovación, debieron cumplir sus obligaciones profesionales, según el módulo de pericia, teniendo en cuenta la modificación, por más que al no estar definida en el proyecto su ejecución no generó contraprestación» (fundamento sexto de la sentencia), ni, tampoco, que las fisuras aparecieron en el pavimento de las distintas plantas y que sobre los tubos de calefacción instalados por operarios de la vendedora («Insertec»), la constructora colocó la capa de mortero y el pavimento de grés (fundamento tercero y cuarto), lo que significa que al ser competencia de la constructora la colocación del pavimento, ello repercutía, a su vez, en la correlativa competencia del arquitecto técnico, el recurrente Sr. Mercadé Porta, al estar comprendida entre sus funciones técnicas la ordenación y dirección de la ejecución material de las obras e instalaciones y el cuidado de su control práctico, a tenor del artículo 1.º A).1 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, sobre «facultades y competencias» de los arquitectos técnicos; 2) por lo acabado de decir, la actuación del arquitecto técnico no puede decirse que quedara fuera del contenido del arrendamiento de obras o servicios que se define en el artículo 1544 del Código, pues, precisamente, en virtud del arrendamiento que le vinculaba con el dueño de la obra, es por lo que intervino en la colocación del pavimento; 3) respecto al artículo 1591 del Código es de tener en cuenta que conforme a constante y reiterada jurisprudencia de la Sala, que por conocida excusa la cita de las sentencias que la configuran, el concepto de ruina viene empleado en un amplio sentido, sin ser preciso que el inmueble quede o pueda quedar materialmente en ruinas o comprometida su estabilidad, bastando para calificarla como tal, la existencia de defectos constructivos que por exceder de simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura y aquellas otras que hagan inútil la edificación para la finalidad que le sea propia, sin que sea preciso que los defectos afecten al inmueble en su totalidad, pudiendo entenderlos, en definitiva, como aquellos que, por

exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. Entendida de ese modo la ruina, es indudable que las fisuras del caso de autos, que aparecieron en el pavimento de las distintas plantas, encaja dentro del sentido amplio expresado, como así lo estimó el Tribunal *a quo* (fundamento quinto de la sentencia), y, asimismo, en dicho fundamento, se consideró que no pudo conocerse la influencia causal de cada uno de los sujetos en la producción de las fisuras, con lo cual, no puede pretenderse una individualización de las responsabilidades correspondientes a cada uno de los profesionales que intervinieron en las obras llevadas a cabo en el inmueble, y 4) en cuanto al Decreto 265/1971, la sentencia recurrida, en su cuarto fundamento estableció que las «fisuras... constituyeron el adecuado efecto... a) principalmente, de la retracción del mortero, por exceso de cal en él y mala dosificación del cemento y arena, conjunto de factores que hacían previsibles importantes repercusiones sobre la cerámica empleada; b) del agarre excesivamente rígido o solidario del pavimento con el soporte de mortero, y c) de la ausencia de juntas térmicas de dilatación que, aunque no exigidas en atención a la superficie de la edificación, hubieran colaborado, en la situación de peligro creada por aquellas concausas, a evitar o disminuir el mal previsible», conclusiones éstas que, indudablemente, tienen la categoría de hecho acreditado, habiendo quedado inalterado en la casación, y con base en el cual, cabe aseverar que correspondía a la tarea del arquitecto técnico haber evitado o corregir tales deficiencias, ya que, dentro de las atribuciones en la dirección de las obras que le estaban conferidas en el artículo 1.º del precitado Decreto, además de la facultad ya mencionada en la primera consideración del presente fundamento, se encuentran las figuradas en los números 2 y 4 del apartado A) del expresado artículo, esto es: «inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación, y ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos», y de ello, que el Tribunal *a quo* dijera: «Así, la causa de las fisuras, a la luz de la prueba, permite afirmar (a) que el arquitecto técnico cumplió deficientemente su función de vigilar los trabajos de la contratista, ante la innovación introducida, así como la calidad de los materiales, las dosificaciones y mezclas (a lo que venía obligado, según el artículo 1-A-2 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero), los cuales resultaron inadecuados al sistema de calefacción elegido por el dueño» (fundamento sexto de la sentencia). Por consiguiente, cuanto se ha razonado en las precedentes consideraciones, lleva a reafirmar el fracaso de aquellos cuatro primeros motivos del recurso, al no existir posibilidad de atribuir a la Sala *a quo* las infracciones alegadas en los mismos.

4. En el quinto motivo, último, del recurso que se está estudiando, se invoca la infracción del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a que en el noveno fundamento de la sentencia recurrida se entendió que la demanda se estimaba íntegramente, cuando, en realidad, la estimación fue parcial, ya que lo concedido fue «la realización de las obras descritas en los ordinales uno a seis, inclusive, de la letra A del súplico de la demanda» y no se hizo ninguna referencia a la letra B de este mismo súplico. Efectivamente, como ya se dijo en el primer fundamento, el súplico de la demanda interpuesta por el Sr. Pitarg Martí interesaba dos pronunciamientos muy diferentes; uno, bajo la letra A), la condena de los demandados en orden a la realización de las obras que se especificaban en sus seis ordinales, y otro, bajo la letra B), que versaba sobre «todos los gastos que origine el tener que alquilar una vivienda durante el tiempo que duren las obras», pero en ninguna de las sentencias se hizo pronunciamiento respecto a la petición formulada en la letra B), y a diferencia de la del Juzgado, en que no se hizo expresa imposición de costas, debido a desestimarse parcialmente la demanda, en la de la Audiencia, se emite pronunciamiento condenatorio sobre las costas de la primera instancia, dando como razón la estimación íntegra de la demanda y la aplicación del artículo 523 de la Ley Procesal. Lo así expuesto, evidencia la infracción que la Sala *a quo* ha cometido respecto al indicado artículo pues para el caso de estimación o desestimación parciales, en su segundo párrafo se dispone que «cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes, por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad», y de aquí, que, sin necesidad de mayor argumentación, proceda estimar este último motivo del recurso, originándose con ello la casación de la sentencia.

5. La estimación de los recursos de casación formalizados por la sociedad «Instalaciones y Servicios Técnicos, S. L.» y don Juan Mercadé Porta, por acogerse un motivo en cada uno de dichos recursos, lleva consigo, como ya se dijo, la casación de la sentencia impugnada pero ello, y así se desprende del sentido en que prosperaron uno y otro motivo, no es dable entenderla cual una anulación total de la sentencia, sino parcial, en los únicos sentidos de absolver de la demanda a la sociedad «Insertec» y de no haber pronunciamiento alguno sobre las costas causadas en la primera instancia, manteniéndose los demás contenidos en aquélla. Por lo que respecta a las costas de los recursos, en virtud de lo dispuesto en el número 4.º del ritualario artículo 1715, tampoco procede ninguna declaración expresa, pues cada parte abonará las suyas, y, por último habrá de devolverse a la sociedad «Insertec» el depósito que constituyó, al ser innecesario en atención a que las sentencias recaídas en primera y segunda instancia no fueron conformes entre sí.

3. COMENTARIO

1. La *res* litigiosa que se discute en la sentencia objeto de nuestro comentario es una reclamación sobre cantidad como consecuencia de la realización por un lado, de un contrato de obra para la reforma de una finca urbana y por otro lado, de un contrato de compra-venta para la instalación de un sistema de calefacción por el sistema de suelo radiante. En síntesis, éste constituye el *dubium* del problema, que con las debidas y necesarias matizaciones y aportaciones explicativas iré desmenuzando en el desarrollo del presente trabajo.

2. Procedo a continuación a comentar algunos aspectos jurídicos de la *quaestio facti* descrita, centrandome fundamentalmente esta reflexión en primer lugar en la posible conexión existente entre el contrato de obra y el contrato de compra-venta; en segundo lugar, en el deber de una información detallada, correcta y suficiente que le impone la Audiencia Territorial de Barcelona a la instaladora, y por último, en la figura del aparejador en el contrato de obra.

3. El fenómeno de la conexión entre contratos se tiene, cuando un contrato presenta un cierto nexo con otro. El primero y más necesario presupuesto para que pueda darse la conexión es la duplicidad de contratos. Esto significa que los contratos son entidades distintas, cada uno con su propia causa jurídica, aunque con un nexo entre ellos; no se trata de dos prestaciones, o de dos grupos de prestaciones que tienen como base, en realidad un contrato único (1).

En la sentencia causante de este comentario nos encontramos con dos contratos; por un lado, un contrato de obra que tiene por objeto la reforma de la finca urbana, y por otro lado, un contrato de compra-venta para la instalación de la calefacción. Cada uno tiene su propia causa jurídica, pero al mismo tiempo el objeto y fin último coinciden, aunque sea parcialmente; ambos contratos tienen como finalidad genérica realizar la reforma del inmueble.

El contrato de obra es un contrato por virtud del cual una de las partes se obliga respecto de la otra a proporcionarle el resultado de una determinada actividad mediante precio cierto (2). Dentro de este contrato se distingue:

a) El dueño de la obra (*dominus*), que manda realizar el trabajo. Se le llama *locator operis* porque encarga el trabajo que ha de realizarse, y al mismo tiempo *conductor operarum* porque arrienda a tal

(1) Messineo, F., «Il contratto in genere», Milán, 1968, pp. 720 y ss. En esta obra se hace referencia a varios tipos de conexiones: conexión unilateral, bilateral; genética o funcional; o bien económica. La descripción de estos tipos de conexión no coincide con el caso objeto de nuestro comentario.

(2) Lucas Fernández, F., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XX, vol. I, Jaen, 1980, p. 95.

fin los servicios del operario. En este caso es el dueño del inmueble urbano el que manda realizar un trabajo consistente en la reforma de dicho inmueble, y con tal fin arrienda los servicios de un arquitecto y de un aparejador.

b) El tomador de la obra es el que la ejecuta. Este es al mismo tiempo *conductor* o *redemptor operis* y *locatur operarum* en cuanto toma a su cargo o pacta la ejecución de la obra y se obliga a realizar su actividad para lograr el resultado pactado.

La encargada de la realización de las obras es «Construcciones Pilar Figuerola», sin que formase parte de dicha reforma la instalación de la calefacción. Dicha instalación es contratada a través de un contrato de compra-venta con la sociedad «Instalaciones y Servicios Técnicos». Coincide en ambos contratos la figura del mandante que es el dueño de la finca urbana; también, hay coincidencia cronológica, ambos contratos son suscritos al mismo tiempo. Y, por último, hay coincidencia aunque sólo sea parcialmente en el objeto, ya que la instalación de la calefacción supone parte de la reforma y debe llevarse a efecto simultáneamente con la ejecución del contrato de obra. El sistema instalado resultaba un tanto sofisticado e inusual en la zona. Los tubos de la calefacción fueron instalados por operadores de la vendedora y sobre ellos la constructora (que había realizado varias visitas para vigilar *in situ* la corrección de los trabajos) colocó la capa de mortero y el pavimento de gres.

Esta hipotética conexión permitió a la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona declarar la negligencia de la instaladora en razón a que omitió informar de modo correcto y suficiente a la constructora sobre las particularidades del sistema, a fin de que a ella se adaptare la obra a realizar. El fundamento exclusivo de la responsabilidad atribuida a la sociedad «Instalaciones y Servicios Técnicos», radicó no en una ausencia de información al respecto sino en no haberlo hecho de manera detallada, correcta y suficiente. Por su parte el TS estima que no es posible imputarle algún tipo de negligencia o contravención en el cumplimiento de sus obligaciones, y pretender lo contrario, imponiéndole una intensa obligación accesoria y complementaria, supondría la exigencia de una diligencia muy superior a la que correspondería al buen padre de familia de que habla el artículo 1104 del Código Civil, por todo lo cual es casada la sentencia del Tribunal *a quo* sobre este punto.

4. El derecho a la información es un derecho privado que compete a algunos contratantes consistente en exigir determinadas informaciones sobre bienes o servicios a ciertas personas. La información ha de ser útil, utilizable y usada (3). Útil en el sentido de que con la información prestada la constructora hubiera podido resolver mejor el problema que planteaba la instalación de un sistema de calefacción tan sofisticado e inusual; por ello, para que una información pueda ser

útil, necesariamente ha de ser completa y veraz, y con ella no se induzca a error. Utilizable, lo que supone que había de presentarse del modo que fuera más accesible a la constructora para que ésta acondicionase las reformas para la colocación de la calefacción por debajo del suelo. Y, por último, la información debe ser usada, es decir, la información debe ser transmitida en el momento, en el lugar y en la forma más adecuada para que produzca efectos beneficiosos en quien la recibe, en este caso la constructora.

El TS considera que «Instalaciones y Servicios Técnicos» no ha incumplido con el artículo 1101 del Código Civil, ya que el deber de informar supone una intensa obligación accesoria y complementaria que sería incompatible con el grado de pericia media, mínima incluso, que habría que atribuir a cualquier arquitecto, superior o técnico. Establece dicho tribunal que dicha sociedad cumplió con una prestación principal, no apreciándose ningún defecto ni en la calidad de los elementos del conjunto que vendió o en la colocación de los mismos.

El deudor responde por incumplimiento no sólo de su obligación de prestación, sino de toda obligación accesoria de la misma, determinada por contrato, uso o por integración de la buena fe (art. 1258 del Código Civil). Este es el sentido de la expresión «tenor de la obligación» en el artículo 1101 (4). Las partes no sólo están obligadas a cumplir el contenido estricto del contrato, sino también lo que en su caso exija la buena fe.

La doctrina alemana ha denominado al conjunto de deberes accesorios deberes de protección de lealtad (5). Dentro de la clasificación ofrecida por Díez-Picazo (6) sobre deberes accesorios, el deber de información derivaría de la buena fe que es una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella (7). Se podría entender como un deber accesorio el deber de informar que sí reconoce el TS implícitamente al afirmar que la sociedad recurrente informó al arquitecto y a la constructora de las características de interés del sistema de calefacción.

No obstante, nos encontramos con un reconocimiento específico del deber de información en general, en primer lugar en el artículo 20 de la Constitución. Más tarde este derecho-deber se ha

(3) Pérez García, A., «La información en la contratación privada», Madrid, 1990, p. 73.

(4) Carrasco Perera, A., «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales», T. XV, Vol. I, Madrid, 1989, p. 421.

(5) Larenz, K., «Lehrbuch des Schuldrechts», T. I, München, 1989, p. 121.

(6) Díez-Picazo, L., «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, 1964, p. 363.

(7) Díez-Picazo, L., Prólogo a la obra «El principio general de la buena fe» de Wieacker, F., Madrid, 1982, p. 19.

visto materializado en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, y más concretamente en su artículo 13. La información puede ser enfocada por un lado como una forma de prevención de los clásicos vicios del consentimiento, en cuanto que tiene por cometido propio evitar que el consentimiento pueda ser afectado por error, dolo, etc. La información supone también una ampliación de la teoría general de esos vicios, porque se añade un nuevo reproche al consentimiento prestado como consecuencia de cualquier información defectuosa, apareciendo así una nueva obligación de información completa y veraz que incide en la conjunción de la oferta y de la aceptación (8).

Hay quien distingue entre lo que son obligaciones accesorias y lo que son conductas exigidas por el modelo de diligencia. Es decir, no se puede transformar el contenido de la diligencia debida en «obligación», porque entonces lo que es criterio de imputación pasa a ser incumplimiento material (9). Sin embargo, tras promulgarse la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no quedan dudas sobre este punto respecto a la información que se constituye como una obligación de informar o un derecho a recibir informaciones. Si bien es cierto que como todo derecho tiene su límite que consistiría en aquello que pueda ser descubierto por la diligencia media de un hombre normal en una época histórica determinada (10). En el asunto que estamos comentando se reconoce por el TS este deber de información (aunque aquí juega dicho deber entre profesionales y no como ocurre en el Derecho de consumo donde el profesional contrata con un consumidor), pero al mismo tiempo se estima que la instaladora ha cumplido suficientemente y que corresponde a la diligencia media, mínima incluso, del arquitecto y del aparejador prever las consecuencias de la colocación de la calefacción tal y como estaba proyectada la reforma.

5. Estudiemos seguidamente la figura del aparejador o arquitecto técnico que junto con «Instalaciones y Servicios Técnicos» recurren en casación ante el TS.

En términos generales, podemos conceptuar al aparejador o arquitecto técnico como el profesional que con título oficial de grado medio, está legalmente capacitado para realizar el control y organiza-

(8) Pérez García, P., «La información en la contratación privada», Madrid, 1990, p. 76. Este mismo autor considera que el principio de la buena fe es insuficiente para justificar, por sí sólo, una obligación de informar en los contratos que tengan alcance general, aunque no se pueda desconocer la eficacia que este principio ha mantenido en la elaboración del Derecho, especialmente en el ámbito contractual, p. 21.

(9) Carrasco Perera, A., *ob. cit.*, pp. 422 y 423.

(10) Pérez García, A., *ob. cit.*, p. 173.

ción de la ejecución material de las obras de arquitectura, bajo las órdenes del arquitecto superior director de la obra (11).

La primera norma que aparece cronológicamente sobre la competencia de los aparejadores en la construcción es el Real Decreto de 22 de julio de 1864 (12) donde la competencia que se les atribuía era muy pequeña, llamando, además, la atención la asimilación que se hace entre aparejadores y prácticos de la albañilería. Con posterioridad se dictó el Decreto de 16 de julio de 1935 (13) siendo básico dicho texto para la intervención del aparejador en toda obra de arquitectura, ya sea de nueva planta, ampliación, reforma, reparación o demolición; no es ya el aparejador el mero práctico de las obras, sino que debe tener un título académico y, además, será el responsable de que la obra se realice con sujeción a las normas de buena construcción y a las instrucciones del constructor. En virtud del Decreto de 14 de agosto de 1965 (14) los aparejadores pasan a llamarse «arquitectos técnicos» que para algún autor resulta dicho cambio de denominación un deseo inexplicable de sembrar equívocos y aparentar soluciones que no lo son (15). Será en el Decreto de 19 de febrero de 1971 (16) donde se establezcan las facultades de los aparejadores que rigen actualmente. Dicho Decreto divide las atribuciones de los mismos de la siguiente forma: A) atribuciones referentes a la dirección de obras, y B) atribuciones referentes a diversos trabajos profesionales.

Este Decreto, mucho más detallado y específico que el de 1935, configura las atribuciones del aparejador no sólo en función de la ordenación material de la ejecución de la obra sino que le confiere funciones específicas, como el control de los medios auxiliares de construcción y de los sistemas de protección, la comprobación de la correcta disposición de los medios constructivos, e igualmente exige que las certificaciones de obra sean firmadas por el arquitecto técnico conjuntamente con el superior.

La constructora cuando se le anunció la instalación del sistema de calefacción no formuló protesta o reserva de alguna clase, además de no generarle ninguna prestación. La colocación del pavimento sobre los tubos de la calefacción era competencia del arquitecto técnico, ya que cae dentro del ámbito del artículo 1.º.A).1, que establece que «deberá ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la

(11) Fernández Costales, J., «El contrato del arquitecto en la edificación», Jaén, 1977, p. 67.

(12) Gaceta del 18 de julio de 1864, dictado por el Ministerio de la Gobernación.

(13) Gaceta del 18 de julio de 1935, dictado por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes.

(14) Decreto, n.º 2430/65, publicado en el *BOE* del 24 de agosto de 1965.

(15) Oriol Bohigas, P., «Contra una arquitectura adjetivada», Barcelona, 1969, página 153.

(16) Decreto, n.º 265/71 publicado en el *BOE* del 20 de febrero de 1971.

buena construcción y con las instrucciones del arquitecto superior, director de las obras». De lo que se deduce que dado el mantenimiento de la subordinación al arquitecto superior nos permite advertir que la intervención del aparejador consiste en una vigilancia inmediata de las obras (17). En el fundamento sexto de la sentencia emitida por la Audiencia Territorial se dice que la causa de las fisuras, a la luz de la prueba, permite afirmar que el arquitecto técnico cumplió deficientemente su función de vigilar los trabajos de la contratista, ante la innovación introducida, así como la calidad de los materiales, las dosificaciones y mezclas, los cuales resultaron inadecuados al sistema de calefacción elegido por el dueño. Con lo que la conclusión sería que el arquitecto técnico no cumplió con las atribuciones que le vienen impuestas a través del Decreto 265/1971, de 19 de febrero.

La figura jurídica del aparejador no está mencionada expresamente en el artículo 1591 del Código Civil. En este artículo la responsabilidad se divide entre el contratista y el arquitecto. El primero responde de los vicios de construcción, y el segundo, de los vicios del suelo y de la dirección. En la doctrina y legislación extranjera se observa una tendencia extensiva de esta responsabilidad, que también ha hallado eco en nuestra jurisprudencia (18). Así, podemos mencionar la reciente sentencia de 15 de abril de 1991 dictada por la Sala Primera del TS donde se establece que «siguiendo una constante línea jurisprudencial, se incluye en la órbita del precepto 1591 *in fine* de su primer párrafo, máxime cuando en esas labores de dirección/inspección también interviene de forma decisiva o coadyuvante el aparejador» (19). Es lógico que se extienda la responsabilidad del artículo 1591 a los aparejadores máxime cuando legalmente no sólo se les otorga una intervención en la construcción, sino que, es imprescindible esta actuación de acuerdo con la legislación vigente (20).

Normalmente el dueño contrata directamente la obra con la constructora. No contrata directamente con el aparejador, pero éste resulta afectado por las consecuencias del contrato como profesional. La idea fundamental es que se trata de un profesional al cual se le adjudican unas atribuciones las cuales debe de cumplir y entre ellas está el dirigir la ejecución material de las obras. Quedando dicha facultad dentro del contenido del artículo 1544 que dice: «en el arrendamiento de obras... una de las partes se obliga a ejecutar una obra». Es claro que

(17) Cadarso Palau, J., «La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores», Madrid, 1976, p. 199.

(18) García Cantero, G., «La responsabilidad por ruina de los edificios», *ADC*, 1963, p. 1100.

(19) *Actualidad Civil*, 1991, n.º 32, p. 1712.

(20) Fernández Hierro, J., «La responsabilidad civil por vicios de construcción», Bilbao, 1977, p. 177.

para calificar a un contrato de arrendamiento de obra hay que contemplar fundamentalmente el resultado, que en el caso que estamos comentando era la reforma del inmueble; resultado que no se obtuvo.

Otra cuestión que se plantea en la sentencia comentada es el concepto de ruina. Ya en 1915 (21) se interpretaba el artículo 1591 en el sentido de dar a la ruina un contenido genérico, comprensivo del específico, a la ruina total y a la parcial, al derrumbamiento de toda la construcción o de los elementos esenciales de la misma, o de una parte de ella, e incluso aunque la ruina parcial no afecta a la subsistencia misma de la construcción. Posteriormente, clave en la ampliación del concepto de ruina fue la sentencia de 19 de febrero de 1959 donde se trataba de unas obras en la cubierta de un edificio, sustituyendo la que existía, de teja plana, por una terraza con pavimento de baldosa ordinaria. Antes de transcurrir diez años se desplomó la cubierta, causando daños en un taller arrendado. No intervino ni arquitecto ni otro técnico. El TS sienta la doctrina de la aplicabilidad del artículo 1591 del Código Civil a los supuestos en que se trata de reparaciones en alguno de los elementos esenciales de un edificio.

Desde esta primera sentencia la jurisprudencia ha evolucionado hablando en algunas sentencias de «ruina potencial», de vicios que pueden acarrear a la larga la ruina, y en otras posteriores de «graves defectos» sin aludir a que puedan arruinar la construcción, llegando en las últimas sentencias, a hablar de «defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra» (S. de 9 de mayo de 1983) (22).

De esta evolución jurisprudencial podríamos concluir que la ruina de que habla el artículo 1591 puede ser total o parcial, afectar a todo el edificio o a parte de él, con tal de que se trate de vicios graves, entendiendo por tales los que por exceder de las imperfecciones corrientes hagan inhabitable el inmueble o permitan razonablemente prever esa inhabilitación o peligro próximo de ella (23). Entendida de esta forma la ruina es correcta la estimación que hace el TS para este caso al afirmar que es indudable que las fisuras que aparecieron en el pavimento de las distintas plantas, entran dentro del concepto de ruina.

GEMMA A. BOTANA

Profesor Ayudante de la Facultad de Derecho de Zaragoza

(21) Mucius Scaevola, «Código Civil concordado y comentado», Madrid, 1915, Vol. XXIV, p. 88.

(22) Lacruz Berdejo, J., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. III, Barcelona, 1986, p. 295.

(23) Lucas Fernández, F., «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales», T. XX, Vol. II, p. 296.

II. SENTENCIAS

Coordinador: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Carmen JEREZ DELGADO
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ
Antonio Manuel MORALES MORENO
Juan Antonio MORENO MARTINEZ
Alma M.^a RODRIGUEZ GUITIAN

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.—El pago parcial efectuado por un deudor de Procavic a la recurrente, no constituye un acto propio, pues para ser tenido como expresión del consentimiento y obligar a su autor a respetarlo, ha de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor del mismo (Sentencias de 22 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987; 16 de febrero de 1988; 25 de enero de 1989.) (STS 6 de noviembre de 1990; ha lugar.)

2. Condición de la maquinaria y utillaje industrial: inmuebles.—No se consideran tal y como pretendía el recurrente, como bienes muebles que por accesión pasan a pertenecer al conjunto del inmueble. Estimando el Tribunal que las normas deben aplicarse atendiendo a la «realidad social» del momento (art. 3.1 del Código Civil), considera que no es de aplicación en este caso el tenor literal del artículo 334.3 y 5 del Código Civil. El Tribunal optó por la individualización de la maquinaria y utillaje industrial como inmuebles en sí mismos y no por accesión puesto que el valor de tales bienes excede, muchas veces, incluso al valor de los locales en que se encuentran.

Tercería de dominio.—Como es sabido, para que pueda estimarse la tercería de dominio, se debe demostrar no sólo título de dominio válido sino también anterior a la fecha de aquél al que pretende oponerse. (STS 25 de febrero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—Bagusa adquiere en subasta pública unos bienes adjudicados por la Magistratura de Trabajo. Por otro lado, se lleva a cabo la subasta pública de determinados bienes en cumplimiento de un exhorto de ejecución de embargo. Bagusa interpone una tercería de dominio, alegando que dichos bienes coinciden en los cuatro primeros lotes con los que ella había

adquirido puesto que, por tratarse de maquinaria y utillaje instalados en los locales y parcela que le habían sido adjudicados, entiende que por accesión y por su finalidad industrial pertenecen al conjunto del inmueble. Bagusa pide que se declare quién es titular del dominio de tales bienes. Los Tribunales de Instancia desestiman la demanda. En casación ha lugar por motivo de incongruencia de las sentencias, puesto que no declaraban de quién eran los bienes objeto del conflicto. Sin embargo, no se admite la tercera de dominio. (C. J. D.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Derechos fundamentales. Derecho al honor y derecho de información. Límites.—Resulta necesario en cada caso concreto determinar y establecer una graduación jerárquica del bien protegible según su importancia, utilizando técnicas interpretativas que no coarten ni restrinjan la información, ni imposibiliten o reduzcan la crítica o el debate público, ciertamente necesario en toda sociedad democrática, pero evitando la divulgación de expresiones innecesarias o hechos concernientes a una persona cuando impliquen difamación o desmerecimiento en la consideración ajena; desmerecimiento que el artículo 2.1 de la Ley 1/82 somete a condición al proclamar que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia»; por lo que quien malbarate esos derechos, o no sea celoso custodio de los mismos, no podrá ser acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, mientras no se demuestre lo contrario en relación con sus propias pautas de comportamiento. (STS de 13 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—A raíz de una noticia divulgada en un medio periodístico donde con motivo de una muerte se hacían constar supuestas relaciones sentimentales del difunto con la actora, ésta vino a solicitar que fueran condenados los demandados como responsables solidarios de las supuestas intromisiones ilegítimas llevadas a cabo sobre su vida privada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación-interpuesto. (J. A. M. M.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Valoración del silencio.—El silencio tiene un valor negativo salvo que, por ley, o expresa manifestación de voluntad se establezca lo contrario.

Consentimiento tácito.—Para que pueda valorarse el silencio como consentimiento tácito es preciso que se realice un acto que, de modo inequívoco, ponga de manifiesto la voluntad del que lo causó.

Conocimiento y consentimiento.—El conocimiento es un acto del intelecto y, por tanto, no está sometido a Derecho. El consentimiento es un acto de la voluntad que se regula conforme a Derecho. De la consideración de ambas afirmaciones se concluye que el conocimiento es irrelevante a efectos de valoración del silencio como consentimiento.

Voto particular.—El conocimiento puede ser relevante a los mencionados efectos cuando las circunstancias del caso (como la relación entre las partes o el tiempo trans-

currido) puedan determinar una presunción de voluntad (STS 19 de diciembre de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—D. Juan y D. José realizaron obras sin el consentimiento de los demandantes en elementos comunes (fachada) del edificio del que son comuneros. Se trata de dos puertas que se han colocado en el hueco que ocupaban antes dos ventanas. Sin embargo, estos cambios no se operan a la vez: hay un intervalo de nueve años desde que se convirtió en puerta la primera ventana hasta que se hizo lo mismo con la segunda. En este periodo de tiempo hay silencio por parte de los demandantes, que sólo una vez producido este último cambio solicitan la demolición de las obras realizadas y el reestablecimiento de la fachada a su situación original. El Juez de primera Instancia ordenó la reposición de la fachada a la situación que tuvo después de la primera modificación y antes de la segunda. La Audiencia Territorial de Valencia revocó la sentencia anterior y no estimó consentimiento tácito, por lo que se ordena devolver la fachada a su situación original. (C. J. D.)

5. Simulación contractual.—Esta Sala tiene reiteradamente declarado que, independientemente de las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y reflejo de la realidad, así como prescindiendo también de los problemas que la doctrina plantea en orden a la hipótesis de la simulación de una compraventa y la licitud y validez de la donación insita en el mismo contrato, lo incuestionable es, en todo caso, que para la efectividad de esas donaciones encubiertas es preciso que en ellas concurren las condiciones y los requisitos, tanto formales como sustantivos, imprescindibles para su validez jurídica, entre los cuales debe constar destacadamente el *animus donandi*, o aquellas circunstancias de las que puede deducirse.

Prueba de la simulación contractual.—Para conseguirse una prueba plena de la simulación contractual puede utilizarse cualquiera de los medios que recoge el artículo 1215, y en especial la prueba indirecta de presunciones, para llevar a la convicción del juzgador la falta de veracidad en el contrato y la ausencia en el mismo de la causa, con lo que entraría en juego el artículo 1275 del mismo cuerpo legal; y todo ello sin que, por otra parte, sea exigible al demandado de tercera que accione una pretensión de nulidad del contrato, cumpliendo simplemente con excepcionar la nulidad del documento invocado de contrario como base de sus pretensiones (STS de 22 de febrero de 1991; ha lugar).

HECHOS.—Los actores interpusieron demanda sobre tercera de dominio solicitando que se declarase el dominio de las fincas a su favor. Asimismo, se instaba a que el embargo sobre los bienes fuera declarado indebido, así como nulas e ineficaces las anotaciones preventivas de los mismos —con la consiguiente cancelación de las mismas en el Registro de la Propiedad

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al apreciar haber lugar a sólo dos, de las cuatro tercerías, que fueron promovidas por parte de los actores. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la sentencia al admitir también el resto de tercerías sobre las demás fincas. Prospera el

recurso de casación, en el sentido de confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (J. A. M. M.)

6. Error de Derecho: carácter excepcional, aplicación restrictiva.—El error de derecho «ha de ser aplicado con extraordinaria cautela», pues tiene «carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado».

«El hecho normal de la aceptación de contratos por personas no peritas» aconseja evitar la “generalización”; practicar una aplicación restrictiva del error de derecho.

Error de derecho: prueba, sujeto al que incumbe.—«Exige una prueba plena» de su existencia («del error jurídico»).

«Tanto la prueba del dolo como la del error incumbe a quien alega esos vicios del consentimiento». Dicha prueba no se ha logrado en este pleito.

Error de derecho: requisitos: carácter sustancial.—El error jurídico debe recaer «sobre la esencia o sustancia de lo convenido», con «independencia de los motivos o intenciones de los contratantes».

Error de derecho: requisitos: excusabilidad.—«No se puede alegar error [«para anular la declaración»] si se hubiese podido evitar con una normal diligencia».

La negligencia se pone de manifiesto en este caso, atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) Se ha acreditado el asesoramiento de un letrado.
- b) No se ha probado que quien invoca el error (extranjero) «no tuviese oportunidad y tiempo suficiente para hacerse traducir fielmente los términos del contrato».
- c) Tampoco se ha acreditado «maquinación fraudulenta» del otro contratante en la firma del contrato.

Invocación en casación del dolo o el error.—Tanto en el dolo como en el error hay que distinguir la prueba de los hechos en que se basan, de la valoración o apreciación de esos hechos a efectos de determinar la clase de error o dolo comprobados, su carácter sustancial o accidental, y si es grave o leve.

Estos extremos son ampliamente censurables en casación, pero no pueden ser examinados en este caso, «por no aparecer hechos acreditados en que puedan basarse», y no haber sido impugnados los que recogió la sentencia, por la vía oportuna del número 4 del art. 1692 LEC.

Actos propios.—Actúa contra sus propios actos el contratante que reclama judicialmente que se declare la validez de un contrato de compraventa, cuando anteriormente (diez meses antes), en un requerimiento notarial que practica al otro contratante, admite «que se ha producido el desistimiento bilateral» de dicho contrato.

Resolución de la compraventa, por mutuo acuerdo de los contratantes: efectos jurídicos.—Es improcedente la petición de declaración de validez del contrato de compraventa que con anterioridad fue resuelto bilateralmente por ambos contratantes.

Resolución de la compraventa por mutuo acuerdo: recuperación de la propiedad por el vendedor y posterior arrendamiento de la cosa al comprador.—Resuelto el contrato de compraventa, por mutuo acuerdo de los contratantes, «el vendedor recobró la propiedad del inmueble» y «pudo darlo en arrendamiento, en la forma que lo hizo», al que fuera comprador.

Por tanto, no cabe invocar la ineficacia del arrendamiento, como pretende el recurrente (comprador, arrendatario), por no ser propietario el arrendador (vendedor). (STS 4 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado entre los litigantes (el día 21 de octubre de 1984) un contrato de compraventa de un local comercial, los compradores no atendieron, en su momento, al pago del precio aplazado. Como consecuencia de esto, posteriormente, el día 8 de febrero de 1985, los mismos contratantes suscriben un documento en el cual, desisten mutuamente de la compraventa celebrada y pactan un arrendamiento con opción de compra en favor del comprador. En dicho convenio se admite que el vendedor retenga la parte del precio recibida, y que el comprador (ahora arrendatario), en caso de ejercicio del derecho de opción, abone sólo el resto del precio fijado en el primitivo contrato de venta. La validez de este segundo pacto, y el hecho de que los arrendatarios no atienden al pago de la renta, va a dar lugar a la discusión que subyace en este litigio.

Una de las partes (vendedor, arrendador, demandante, recurrido) entiende que, resuelta la primitiva compraventa, por acuerdo de los contratantes justificado en la falta de pago del precio, es válido el arrendamiento posterior. Su demanda precisamente se orienta a pedir al declaración de validez y subsistencia de ese contrato, y a reclamar las rentas adeudadas.

La otra parte (compradores, arrendatarios, demandados, reconvinientes, recurrentes), por el contrario, mantiene que la única relación existente es la derivada del contrato de compraventa. Lo justifica en el error y dolo padecido al suscribir el documento en el que se contenía el contrato de arrendamiento. «No se enteraron de lo que firmaron, por desconocer totalmente el idioma español y, por supuesto, la legislación española.» Por ello, el 15 de noviembre de 1985 los compradores/arrendatarios habían requerido al vendedor/arrendador para que, «ante el “desistimiento bilateral” del contrato de compraventa (...) se restituyeran las recíprocas prestaciones», y les fuera devuelta por el vendedor la suma entregada en pago parcial del precio.

Cada una de las partes traslada su pretensión al proceso: el vendedor/arrendador, en su demanda; los compradores/arrendatarios, en reconvenición. La sentencia recurrida considera válido el arrendamiento y condena a los arrendatarios al pago de las rentas adeudadas; pero, de otro lado, también condena al vendedor/arrendador a devolver la cantidad recibida a cuenta del precio.

NOTA.—1. La cuestión central que se plantea en esta sentencia es una cuestión de error; pues, aunque se invoque, también, la existencia de dolo, esto tiene escasa trascendencia, ya que los razonamientos del TS no se refieren al dolo (que no se prueba) sino al error. De la solución que se dé al problema del error dependerá en este caso la situación jurídica en que se encuentren las relaciones jurídicas establecidas entre las partes.¹

2. El error que se invoca se considera por el propio TS como un error de derecho. Esto tiene interés; permite extraer de la sentencia cierta doctrina implícita, como vamos a ver.

Es cierto que los argumentos del TS para rechazar el error, dejando aparte algún matiz, son los mismos que los que podría utilizar en el caso de un error de hecho. Pero de ahí, precisamente, es de donde podemos extraer esa doctrina implícita de la sentencia, que, en realidad, no hace más que corroborar una orientación jurisprudencial ya consolidada. Esa doctrina podemos formularla así: El

tratamiento del error de derecho, como causa de impugnación de un contrato, es (al menos en los puntos sobre los que se pronuncia la sentencia: carácter excepcional, esencialidad, excusabilidad) el mismo que el aplicable al error de hecho.

Conviene recordar cómo en este punto la jurisprudencia del TS ha experimentado una evolución. En una primera fase, es contraria a la eficacia del error de derecho, sea cual fuere el efecto que se pretenda conseguir a través de él. Con posterioridad, en una etapa más reciente, admite que el error de derecho pueda producir los mismos efectos que el de hecho; y, tratándose de la anulación del contrato, le aplica los mismos requisitos (SSTS 16 de mayo de 1907, 6 de abril de 1962, 16 de mayo de 1907. Sobre esto, Morales, «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, II, p. 1470).

3. El error que alega el recurrente se manifiesta como un error en la declaración. Se produce al firmar un documento, que no entiende, pues desconoce el idioma, y cuya trascendencia jurídica no puede calibrar, porque ignora el derecho español. Se proyecta sobre los efectos jurídicos de su declaración de voluntad, e incide, por tanto, en el régimen jurídico por el que debe regirse su situación. Mas, a pesar de ello, no puede afirmarse que sea, completamente, un error de derecho, ya que, en una parte se refiere al contenido del contrato, y en otra (indeterminada) a las normas jurídicas aplicables. Sólo en este segundo sector es, propiamente, error de derecho. Pero, el que sea de hecho o de derecho es en este caso indiferente, ya que no está en juego la necesaria aplicación de una norma jurídica que pudiera impedir excluirla, a través de la anulación del contrato.

4. El TS no da ninguna trascendencia al carácter de error en la declaración que tiene el que se invoca, por contraposición al que la doctrina denomina error vicio. No califica al error padecido como tal, sino que simplemente habla del error, cosa, por otra parte, bastante frecuente en la jurisprudencia. Y de otro lado, exige en él los mismos requisitos del error vicio. Esto pone de relieve que la diferencia entre el error en los motivos y el error en la declaración, sea cual fuere la postura que se mantenga en torno a los efectos de uno y otro, en muchos casos, por el momento o el modo en que se plantea el problema carece de significado práctico.

5. El problema que se plantea en esta sentencia en torno al error no se refiere tanto al puro hecho de su existencia psicológica (aspecto que no se discute), cuanto a si reúne los requisitos necesarios para su eficacia jurídica (carácter esencial e inexcusabilidad). El razonamiento de la sentencia se circunscribe al requisito de la excusabilidad y llega a apreciar que el error es inexcusable. Estrechamente unido a este razonamiento, se utiliza, también, el de la protección de la confianza del otro contratante.

6. El error del contratante (comprador, arrendatario) es inexcusable, se debe a su propia negligencia, pues no fue engañado por la otra parte, y tuvo medios a su alcance para deshacerlo. Siéndole el error imputable, debe cargar con las consecuencias desfavorables que le produce. Porque en definitiva ese error pertenece a la esfera de riesgos (defectuosa información) que pudo y debió controlar.

7. Al argumento de la inexcusabilidad une esta sentencia el de la protección de la confianza del otro contratante. La justifica en la culpa. De este modo, el argumento de la protección de la confianza conecta plenamente con el de la inexcusabilidad del error. Podríamos decir que, precisamente, porque el error es inexcusable se protege la confianza del contratante en la declaración de voluntad. Es un argumento que carece de independencia.

En otros casos el TS ha llegado más allá en la protección de la confianza; la ha objetivado, derivándola, no de la culpa, sino de la existencia misma de la declaración de voluntad imputable a un sujeto (STS 17 de octubre de 1989). En tal caso, la referencia a la protección de la confianza se es a un supuesto nuevo, distinto del de inexcusabilidad del error.

7. Efectos del contrato. Legitimación para solicitar la nulidad. Valor de las actas notariales. Capacidad jurídica de los esposos.—No habiendo intervenido la recurrente en el contrato de afianzamiento ni en el otorgamiento de la póliza de préstamo que aquél garantizaba, conforme al artículo 1257 del Código Civil, que declara que el contrato «sólo produce efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos», no puede deducir acción para su cumplimiento o para obtener su nulidad, no sólo contra las personas firmantes, sino también contra las no firmantes. Y siendo así carece de acción para entablar la que ha ejercitado, en cuanto el concepto de legitimación *ad causam*, según doctrina de esta Sala, implica la atribución subjetiva del derecho y la obligación deducidos en juicio (...) y, por tanto, afecta al fondo de la cuestión para traducirse en la falta de acción o de poder de disposición sobre un derecho que es ajeno a la recurrente, cual es el derecho de pedir la nulidad de un contrato en el que no han sido partes ni ella ni su esposo, lo cual implica que no puede ninguno de los dos invocar el artículo 1302 del Código Civil y, por tanto, la acción de nulidad no puede ser estimada, por carecer de legitimación activa la esposa y pasiva el esposo, ya que, como ha declarado esta Sala, la esencia de la obligación contraída por escrito es la firma de la persona obligada.

Los efectos que la ley atribuye a las escrituras públicas no son equiparables a los de las actas notariales, como se ve por su reglamentación (arts. 15 y ss., y 197 y ss. del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, en relación con los arts. 1217 y 1218 del Código Civil), aunque sólo sea teniendo en cuenta que mientras la escritura, al recoger contratos y dar fe de ellos, crea directamente unos efectos jurídicos, de los que carecen, al menos por sí solas, las actas notariales.

Esta Sala ha declarado (STS de 20 de enero de 1989) que el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, y si el esposo adquirió por documento privado el compromiso de devolver un préstamo, ello no significa en sí un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1373 del Código Civil si se dirige apremio contra tales bienes. (STS de 10 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose suscrito una póliza de crédito, afianzada solidariamente mediante una cláusula adicional, entre una entidad bancaria y una S. A., de la que son socios tanto demandante como demandados (entre los que se encuentra el esposo de la actora), pero no habiendo suscrito ni la demandante ni su esposo los mencionados documentos, entabló aquélla demanda solicitando la nulidad de la póliza de crédito.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

8. Interpretación del contrato.—Es constante doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función que compete a los órganos de instancia, cuyas conclusiones no pueden ser combatidas en casación sino en los casos en que se acredite que son ilógicas o contrarias a la ley. (STS 13 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

9. Comunidades de regantes. Naturaleza jurídica. Corporaciones de derecho público y no sociedades civiles.—Estas Comunidades están integradas por todos los usuarios con derecho a utilizar un caudal de aguas públicas, con destino al riego, bajo la tutela de la Administración, a las que se atribuye personalidad jurídica, siendo casi unánime la doctrina que les reconoce el carácter de corporaciones, es decir, de entidades jurídico-públicas de base asociativa y, generalmente, de constitución y pertenencia necesarias, como resulta de los artículos 228 y ss. de la Ley de Aguas de 1879 y de los artículos 73 y ss. de la vigente Ley de 1985, debiendo regirse por tales disposiciones a tenor del artículo 37 del Código Civil, sin que a las mismas sean de aplicación las normas reguladoras del contrato de sociedad para regir las relaciones entre los miembros de la Comunidad, individuales o colectividades, que quedan sometidos a las Ordenanzas que habrán de formar con sujeción a las bases establecidas en la ley, una vez aprobadas por el Gobierno (art. 231 Ley de 1879).

Transacción sobre contribución a gastos de 1782. Nulidad por causas sobrevenidas. Disposición Transitoria 2.ª del Código Civil.—El vicio o defecto determinante de la nulidad de pleno derecho de un contrato de transacción celebrado el 27 de abril de 1782, ha de concurrir en el momento de la celebración del contrato, no procediendo por causas sobrevenidas a ésta, y, en consecuencia, ha de tenerse en cuenta la legislación vigente en cada momento para concluir si concurre o no la denunciada infracción de normas imperativas y prohibitivas origen de la nulidad; así resulta de la Disposición Transitoria 2.ª del Código Civil, a cuyo tenor «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas a estas reglas», al tiempo que la Disposición Transitoria 3.ª ordena que «las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos, actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiesen incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código».

Violación del artículo 1713 del Código Civil. Ratificación.—Aunque se aprecie que las personas que otorgaron el contrato de transacción de 1782, en nombre del Heredamiento de Regantes de Molina de Segura, carecían de poder suficiente, o bien que las mismas se excedieron en sus facultades, se ha producido una ratificación por parte del Heredamiento, dando cumplimiento a lo pactado e incorporando expresamente tales acuerdos a sus Ordenanzas aprobadas en 20 de enero de 1925, quedan, por tanto, obligados a su cumplimiento de acuerdo con los artículos 1727, párr. 2.º y 1259, párr. 2.º, ambos del Código Civil.

Ignorancia de las Leyes.—Aunque de forma poco clara parece darse a entender que hubo un desconocimiento por parte de los Rectores de ambos Heredamientos acerca de la verdadera naturaleza del dominio que a los mismos correspondía sobre la Acequia Mayor por la que discurren las aguas por ellos aprovechadas; pero siendo obligación de los miembros de las Comunidades de Regantes la de contribuir al mantenimiento y obras de reparación de las acequias, tal contribución ha de realizarse cualquiera que sea la titularidad que ostenten los Heredamientos sobre esas acequias, en la forma prevista en las Ordenanzas, y al establecerse en las Ordenanzas del Heredamiento de Molina de Segura la forma de esa contribución, no se ha dado la ignorancia de ley que ahora se alega.

Doctrina general sobre la cláusula *rebus sic stantibus*.—El desequilibrio entre las recíprocas prestaciones que se produce en los contratos a largo plazo, o de ejecución

diferida, a consecuencia de la constante pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ha pretendido corregirse a través de distintos remedios jurídicos como son la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquid novo non emergentibus*, la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio, la de la equivalencia de las prestaciones, o la de la equidad al amparo del artículo 3.2. del Código Civil; la reiterada jurisprudencia de esta Sala viene admitiendo la aplicabilidad de la Cláusula *rebus sic stantibus*, si bien de forma restrictiva por afectar al principio general *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica, por lo que a partir de la Sentencia de 13 de junio de 1944 se establecen como requisitos imprescindibles para su aplicación: 1.º una alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su alteración; 2.º desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes y derrumbe del contrato por aniquilamiento de las prestaciones; 3.º que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y 4.º que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

La alteración ha de ser imprevisible.—Es de destacar, como hace la Sentencia de 15 de marzo de 1972, que la alteración que se requiere es la de la base del negocio, con la cual las partes no contaron, ni pudieron contar, es decir, ha de tratarse de algo imprevisto e imprevisible que como tal, ni siquiera pensaron en la posibilidad de ella; por ello, no es suficiente cualquier cambio de circunstancias o cualquier agravación de la prestación debida; no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, el evento ordinario que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos, tales como la revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especie para garantizar al acreedor de las prestaciones pecuniarias que la cantidad a recibir no resultaría afectada por el poder adquisitivo de la moneda; si no fueron adoptados esos remedios, sólo puede atribuirse a no haber previsto lo que puede preverse.

Transacción de 1782 ratificada por ordenanzas del Heredamiento de 1925. Contribución a los gastos fijados en 250 pesetas anuales. Inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* por alteración valor de la moneda. Carácter transaccional.—No obstante la devaluación monetaria producida desde el año 1782 en que se formalizó la transacción entre los Heredamientos litigantes, hasta el año 1925 en que se aprobaron las Ordenanzas del Heredamiento de Molina de Segura en cuyo artículo 11 se estableció un régimen excepcional de contribución a los gastos por el Heredamiento de Lorquí, estableciendo su aportación en la cantidad fija de 250 pesetas anuales, sin adoptarse remedio alguno para eliminar los efectos de esa alteración del poder adquisitivo del dinero, que no pudo pasar inadvertido al establecerse la contribución indicada, no ha lugar a hacer aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*, debiendo tenerse en cuenta, además, el carácter transaccional de la obligación de contribución, que resulta así ser contraprestación de lo dado o prometido, contraprestación ésta a la que también habrá afectado esa alteración del valor por el cambio de circunstancias.

Defectos formales del recurso. Incongruencia.—La incongruencia de las sentencias ha de ser alegada por el cauce procesal del n.º 3.º del artículo 1692 LEC. con cita del artículo 359 de dicha ley, no siendo vía idónea el ordinal 5.º de aquél; las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones planteadas por lo que no pueden ser tachadas de incongruentes, salvo que la absolución provenga de la estimación de excepciones no alegadas oportunamente y que no puedan ser apreciadas de oficio, o se produzca una modificación de la litis. (STS de 10 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—La presente sentencia parece un buen ejemplo de esa «resistencia numantina» con que la Sala 1.ª del TS se enfrenta a la cláusula *rebus sic stantibus*, reconociéndola obsequiosamente en extensos fundamentos de derecho, y negándola sistemáticamente en el caso concreto. Los Manuales dan de ello fe sobrada (Lacruz, *Elementos*, II-22, pp. 303 y ss.; Castán, III¹⁵, pp. 619 y ss.). ¿Puede sostenerse seriamente que en 1782 era previsible la pérdida de valor de la moneda? ¿Puede afirmarse, siquiera, que en 1925 hubieran podido adoptarse medidas apropiadas para evitar el perjuicio al acreedor de la prestación pecuniaria? (nada menos: la previsibilidad hubiera debido alcanzar al curso forzoso del papel moneda, una Guerra Civil, otra Mundial, dos crisis petrolíferas y el cambio jurisprudencial sobre la admisibilidad de las cláusulas de estabilización). Aunque la cláusula no debe utilizarse normalmente para solventar problemas derivados de la devaluación monetaria, pues para ello hay otros remedios jurídicos de difundida aplicación, ¿no resulta absolutamente exorbitante abonar la suma de 250 pesetas anuales para contribuir a los gastos de conservación de una acequia? Por otra parte, tampoco parece correcto invocar el sacrificio que la otra parte haya sufrido en la transacción, respecto del cual no hay constancia alguna en el pleito. Lo que se pedía es que los Tribunales declarasen que los 1.000 reales de vellón de 1782, convertidos en 250 pesetas en 1925, era justo y equitativo que tuvieran otra traducción a unidades monetarias de la actualidad. A este paso, la conocida doctrina sobre los requisitos de la cláusula va a convertirse en *obiter dicta* por no guardar relación alguna con el fallo, siempre desestimatorio. (G. G. C.)

10. Competencia de la jurisdicción civil. Equidad. Cláusula *rebus sic stantibus*.—Una cosa es la declaración de nulidad de un acto administrativo, para lo que se carece de competencia, y otra muy distinta el reconocimiento de los efectos que produce el incumplimiento de un convenio civil, que puede ser reconocido por esta jurisdicción.

La aplicación de la equidad sólo es predicable cuando la ley expresamente lo permita, lo que no se da en el caso en que existe un convenio entre partes, al que hay que concederle fuerza de ley para las mismas y que no puede ser lícitamente desconocido por una de ellas.

Según doctrina constante de esta Sala, se subordina la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a la concurrencia de condiciones de alteración extraordinaria de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, desproporción exorbitante entre las prestaciones e imprevisibilidad de la aludida alteración. (STS de 12 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Existiendo un convenio entre un Ayuntamiento y una Agrupación de propietarios de agua potable, relativo a las condiciones y tarifas del suministro de agua y habiendo el Ayuntamiento incrementado las tarifas y denunciado unilateralmente el convenio, la Agrupación de propietarios interpuso demanda solicitando que se declarase que dicho convenio tiene fuerza de ley entre las partes y que es nulo el acuerdo del Ayuntamiento que lo denuncia unilateralmente.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.).

11. Contrato de obra. Graves desperfectos. Responsabilidad del promotor ex artículo 1591.—La figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala,

tanto en orden a determinar su responsabilidad derivada del artículo 1591 del Código Civil, como a determinar a quién ha de calificarse como tal; así la Sentencia de 11 de febrero de 1985 dice que hay un *corpus* de doctrina en torno a la figura del promotor, conștiuido por las Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 11, 17 y 24 de octubre de 1977, 9 de marzo de 1981, 1.º de marzo y 13 de junio de 1984, esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación, a veces sobre plano, en régimen de propiedad horizontal, no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto, la exoneración de aquella responsabilidad decenal en concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor-constructor, ostentando tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio, encarga la realización de la obra a un tercero; doctrina recogida asimismo en Sentencia de 6 de marzo de 1990; acreditada la existencia de los defectos constructivos denunciados en la demanda, procede condenar a la demandada a su reparación in natura de conformidad con el artículo 1098 del Código Civil. (STS de 12 de diciembre de 1990; ha lugar.)

NOTA.—Otro caso de legitimación pasiva del promotor reiterando una doctrina jurisprudencial ya consolidada. Véase Cabanillas Sánchez; Com. a Sentencia de 9 de marzo de 1981, en *ADC*, 1982, pp. 878 y ss.; Lucas Fernández, Com. Albaladejo, XX-2, pp. 337 y ss. Ultimamente «Status questionis», en Salvador Coderch, Com. Min. Justicia, II, p. 1195. La reparación in natura empieza a abrirse paso en la jurisprudencia del TS (Sentencias de 17 de enero de 1986 y 22 de octubre de 1987). Sentencia, la extractada plenamente de aprobar. (G. G. C.)

12. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Encargado de albañilería que se encarga de la fachada. Inaplicabilidad del artículo 1595.—Es infundada la aplicación del artículo 1595 al caso de autos, ya que el contratista de que habla no tiene ninguna relación con la figura del promotor que cabe entender incluida en el artículo 1591, pues la responsabilidad de aquel contratista viene referida a la del trabajo efectuado por las personas (empleados u operarios), que tuviese empleados en la obra que él, a su vez, hubiese contratado con el dueño de ella; responsabilidad que encuentra explicación en la situación de dependencia jerarquizada que afecta a los operarios respecto al contratista que les ocupó, contratándolos, a diferencia de la situación existente entre tan repetido contratista y el dueño de la obra, pues aquí la relación del primero se desenvuelve en un plan o de autonomía e independencia, bien distinta a la mantenida entre los operarios y el principal que les contrató u ocupó en la obra.

Diferencia entre promotor y contratista.—Aunque hay jurisprudencia que equipara la figura del promotor a la del contratista, a efectos del artículo 1591 del Código Civil, ello no impide que tal promotor-constructor contratase con una empresa o conjunto de empresas la ejecución material de la obra, en cuyo caso, la figura de estos empresarios-contratistas no queda embebida o absorbida en la del contratista-promotor, y genera responsabilidades independientes; en este caso no cabe identificar al recurrente, denominado en las sentencias de instancia como «Encargado de las obras de albañilería», «Encargado del Gremio de albañilería», «Albañil general», con el constructor-promotor, ni entender asumida la responsabilidad de aquél, en cuanto persona que realizó las obras de albañilería, por la correspondiente al nominado constructor-promotor.

Vicios ruinógenos.—Los vicios constructivos consistieron en el desprendimiento de las plaquetas que revestían las fachadas del inmueble, obedeciendo a tres causas dis-

tintas, a saber, vicios de la construcción o del material de ejecución de la obra, o vicios o defectos de la dirección, por lo cual se estableció la responsabilidad solidaria de todos los demandados.

La casación se da contra el fallo y no contra los fundamentos de derecho.—El recurso de casación se formula contra el fallo de la sentencia recurrida y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho, cuando de ellos no se deriva necesariamente la parte dispositiva, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia (Sentencias de 4 de octubre de 1985, 21 de abril y 7 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1988 y 14 de julio de 1989).

Interpretación de la solidaridad. No por grupos sino global.—La deficiencias constructivas obedecieron tanto a vicios de la construcción o al material de la ejecución de la obra, y a vicios de la dirección, sin posibilidad de concretar o separar la influencia que en el resultado final tuvieron las respectivas conductas de los intervinientes, pues todos, con sus respectivos quehaceres, contribuyeron a dicho resultado final.

Duración de la garantía y prescripción de la acción. Plazo quincenal.—A tenor de las Sentencias de 11 de octubre de 1974, 17 de julio y 4 de diciembre de 1989, el plazo que establece el párrafo 1.º del artículo 1591 no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, que ese precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de manera que si el plazo transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción ya no podrá nacer, por preclusión del plazo de garantía; en cambio, una vez nacida la acción, por producción o exteriorización de la misma dentro del indicado período de tiempo, el plazo de prescripción es el general de quince años; en el presente caso, computando el período de tiempo comprendido entre la declaración de obra nueva y la demanda primeramente ejercitada de las que luego fueron acumuladas, es de concluir que la acción no ha prescrito. (STS de 14 de febrero de 1991; no ha lugar.)

NOTA.—Se reitera una doctrina ya consolidada a propósito de la distinción entre el plazo de duración de la garantía y el de prescripción de la acción, plazo este último que se considera de quince años siguiendo una mayoría doctrinal y jurisprudencial. En cambio, resulta esclarecedora la distinción entre promotor y contratista, no siempre bien perfilada en la doctrina y en la jurisprudencia. Hay que advertir que el promotor de la urbanización había sido condenado en instancia, sin que recurriera en casación; dicho promotor había contratado por gremios la realización de la obra, y según se prueba en el proceso, los daños ruinógenos reclamados se manifiestan en la fachada (concretamente en las plaquetas de revestimiento); el empresario de albañilería pretendía subsumir su responsabilidad personal y directa en la del promotor invocando el artículo 1596. Acertadamente se deslindan ambas figuras, con lo que se contribuye a perfilar mejor la del promotor, que puede ser, a su vez, constructor, o que puede contratar con otros empresarios la ejecución de las cada vez más complejas y diferenciadas tareas de construcción inmobiliaria. (G. G. C.)

13. Contrato de obra. Innovaciones y modificaciones. Prueba pericial.—La autorización del dueño para las innovaciones no requiere constancia escrita ni en forma

determinada (STS de 28 de octubre de 1989), siendo suficiente la verbal e incluso la tácita (SSTS. de 8 de enero y 2 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986 y 14 de febrero y 23 de noviembre de 1987) y una cláusula inserta en el contrato de ejecución de obra puede ser modificada verbalmente. Así, si hubo modificaciones, si se estuvieron pagando las certificaciones de obra, si se está disfrutando de toda la realizada, si los arquitectos certifican aunque la propiedad no quiera prestar su conformidad a algunas de tales certificaciones y si el informe pericial llega a iguales conclusiones, es indudable que el propietario tiene que pagar el precio correspondiente a lo que ha recibido, sin que pueda prosperar su alegación de incumplimiento de cláusulas que él impide llevar a la práctica.

Es doctrina de esta Sala que los tribunales de instancia, en uso de sus facultades propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los elementos de juicio (STS de 6 de marzo de 1948), sin que existan reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial; ni el artículo 1242 ni el 1243 del Código Civil, junto con el 632 LEC, tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez y no le vincula (SSTS de 9 de octubre de 1981, 1 de febrero y 19 de octubre de 1982 y 13 de mayo de 1983). (STS de 23 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado entre las partes un contrato de obra y variándose posteriormente las obras inicialmente previstas, en el sentido de innovaciones y mejoras tanto en la obra como en los materiales, aumento de la superficie construida, etc., interpuso el constructor demanda de reclamación de cantidad contra el propietario, dado que el valor de la liquidación final de la obra ascendía a un importe superior al pagado por el propietario.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial y la Audiencia estimaron parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

14. Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por realización de obras no consentidas.—El permiso dado al arrendatario para que realice las obras necesarias para la mejor adaptación y acomodación de su local de negocio no puede suponer, en ningún caso, una cercenación del derecho de propiedad del arrendador.

Las meras facultades de uso que adquiere el arrendatario en el contrato no le permiten realizar más que obras de «adaptación», y no de «ampliación del local con otros (locales) no pertenecientes al arrendador». (SSTS de 3 de enero y 5 de junio de 1964.)

El permiso para llevar a cabo dichas obras debe entenderse concedido para realizarlas inmediatamente después de la celebración del contrato. Así la frase «realizar en todo momento» no supone una autorización indefinida en el tiempo, y ésta no puede considerarse extendida a obras hechas más de dos años después de concertado el contrato.

Las obras de adaptación del local arrendado exigen el consentimiento del propietario; la falta del mismo será causa de resolución del contrato. (STS de 30 de enero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—El objeto del litigio es la declaración de resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio, amparándose el actor en que se hicieron unas obras en él sin su consentimiento. El Tribunal casa la sentencia de la Audiencia Territorial y confirma la del juez de Primera Instancia, declarando la resolución del contrato de arrendamiento. (A. R. G.)

15. Arrendamiento urbano: obras sin consentimiento del propietario.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 05-03-1960; 27-10-1961; 11-10-1967; 06-04-1968; 08-06-1974; 14-12-1990), para que las obras realizadas por el arrendatario, sin consentimiento del propietario y que impliquen modificación en la configuración de los locales arrendados, tengan trascendencia a efectos de rescisión del contrato —u otras medidas indemnizatorias— han de ser fijas o «empotradas al suelo y techo y practicadas con materiales de construcción».

Modificación del destino comercial del local arrendado.—No tiene trascendencia a efectos de resolución del contrato de arrendamiento. Si se trata de dos locales contiguos —como es el caso— tampoco tiene trascendencia la dedicación de los mismos a negocios distintos en uno y otro salvo que se hubiese pactado otra cosa. (STS de 30 de enero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Joaquín arrienda dos locales contiguos a don Juan. En el contrato de arrendamiento se pacta que se destinarán a la exposición y venta de muebles, pudiendo también destinarse a otras actividades posteriormente. Ambos locales estaban comunicados, sin separación alguna por tabique o similar. Don Juan modifica la configuración de los locales, separándolos por unos paramentos verticales. No puede calificarse como «pared» pues no está empotrada al suelo y techo ni ha sido elaborada con materiales de construcción (piedra, ladrillo o argamasa). Además, don Juan ha dedicado cada local a distintos negocios. En base a todo ello, don Joaquín pide la resolución del contrato. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Instancia. (C. J. D.)

16. Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio.—En mérito de la doctrina legal que gobierna la materia expresiva de que las causas de resolución del vínculo arrendaticio, sobre necesitadas de una interpretación restrictiva (Sentencia de 20 de enero de 1951), no permiten su extensión más allá de las que en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos figuran, sin que quepa la invocación de cualquiera otra que no figure en el ordenamiento especial, limitación que alcanza al Código Civil (Sentencias de 16 de febrero de 1954, 19 de junio de 1965 y 20 de noviembre de 1968) e incluso a las cláusulas establecidas por los contratantes, carentes de todo efecto útil en orden a determinar la resolución de los contratos de arrendamientos en cuanto no se acomoden a las causas que con carácter limitativo establece la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 13 de noviembre de 1960) (STS de 12 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada que con revocación de la inicial del Juzgado desestimó la demanda resolutoria del contrato de arrendamiento de local de negocio interpuesto contra el arrendatario, es impugnada en casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

17. Arrendamiento de industria. Calificación.—Resulta correcta la calificación de arrendamiento de industria, no sólo porque las partes así lo han específicamente convenido en la estipulación del contrato suscrito, con conciencia plena de la obligación del arrendatario de «poner en marcha el negocio», para lo que percibía en contraprestación una condonación parcial de pago de su renta durante el período de seis meses, sino porque el artículo 3.1. LAU lo prevé en forma expresa o inequívoca cuando dice «[...]

sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas». Corroborata tal doctrina la Sentencia de 18 de junio de 1963 cuando dice «[...] aparte del dato elocuente de que a la fecha del contrato el negocio se encuentre ya funcionando, requisito que puede darse o no, puesto que la Ley no lo exige, habrá de atender a la eficacia de los medios transmitidos junto con el local, para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que al arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta como necesarios a tal fin, por lo que este problema de la suficiencia o insuficiencia de los elementos transmitidos será una simple cuestión de hecho, a menudo de carácter técnico, pero siempre de la libre apreciación de los Tribunales de instancia».

Plazo de duración.—Dejado indefinido en el contrato, se entiende que lo pactado es un mes, pues por meses se paga la renta. (STS de 13 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante solicita que el contrato que en su día fue suscrito con la persona que en el pleito aparece como demandado fuera declarado como contrato de arrendamiento de industria y no de local de negocio. Asimismo se insta a que en virtud de cierto requerimiento notarial se considere extinguido dicho contrato, con la obligación de desalojar la industria y la del abono de determinadas cantidades que se especifican en la demanda. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

18. Contrato de sociedad.—Además de tener que reunir los requisitos exigidos por los artículos 1665 y siguientes del Código Civil, no puede estructurarse a partir del mero acuerdo en virtud del cual dos empresas convengan en distribuirse al 50 por 100 las consecuencias favorables o adversas generadas para una de ellas y en relación con la ejecución de un contrato en el cual es parte, por las oscilaciones de la paridad entre el dólar y la peseta respecto de una cifra establecida como referencia.

Contrato de seguro.—Tampoco es posible entender el acuerdo citado como un contrato de seguro por cuanto, aún siendo discutible que la infracción de requisitos formales condujera a apreciar la existencia de causa ilícita, no ha de tenerse sólomente en cuenta la asunción del riesgo por una de las empresas contratantes en el caso de devaluación del dólar, sino también su derecho a participar en las ganancias en el supuesto de concurrir el evento contrario.

Existencia de Contrato Aleatorio y análisis causal del contrato examinado.—Para la empresa SAPIG, S. A., viene constituida por la prestación que CADAGUA, S. A., le satisfará en caso de aumentar la cotización del dólar por encima de la cifra de referencia y para esta última sociedad lo será la cantidad que habría de prestar aquélla en el supuesto contrario. Existencia del entrecruce de prestaciones propio de todo sinalagma funcional. La mayor probabilidad de que la cotización del dólar subiera en relación con el acontecimiento inverso, y consecuentemente de que surgiese la obligación a cargo de CADAGUA, estima el Alto Tribunal que responde a la propia razón de ser del pacto, que se conecta a la liquidación con compensación económica por la actividad mediadora de SAPIG en la celebración del contrato establecido entre CADAGUA y terceras empresas y cuya ejecución origina el riesgo de cambio para aquélla.

Contratos sobre el mercado de futuros.—En ellos cada parte se obliga a asumir unos compromisos económicos, cuya exacta cuantificación dependerá de las oscilaciones que acontezcan hasta que se produzca el momento ejecutivo de sus consecuencias, y en razón a las oscilaciones del mercado libre sobre el que recaiga la materia contratada. Posibilidad de inserción del pacto estudiado en el citado esquema. Pacto atípico, pero que responde al posibilismo contractual del artículo 1255 del Código Civil. (STS de 19 de noviembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad Astilleros CADAGUA concertó con unas sociedades mejicanas dos contratos para la construcción de buques atuneros, cuyo precio se pagaría en dólares y mediante 20 pagarés de vencimientos semestrales.

Actuó durante los tratos preliminares como intermediaria la sociedad SAPIG, socio a su vez de las empresas mejicanas y que, además de una comisión de 60.000.000 de pesetas, obtuvo de CADAGUA el compromiso de que, si esta última conseguía un crédito a la exportación, establecería con SAPIG un acuerdo sobre las consecuencias de las modificaciones en la paridad del dólar USA.

Habiéndole sido concedido a CADAGUA un crédito, al 8,5 por 100 de interés anual, de 744 millones de pesetas y a pagar en 20 semestres, el 8-11-82, tras un complejo iter contractual, se firma entre CADAGUA y SAPIG el convenio litigioso, elevado a escritura pública el 12-4-83 y en el cual se acuerda que ambas empresas compartirían al 50 por 100 los efectos, tanto positivos como negativos, derivados del cambio de paridad de la peseta respecto al dólar USA que pudiese afectar al contravalor de los pagarés representativos del pago aplazado de los buques, habiendo de ajustarse al vencimiento de cada uno de los mencionados pagarés el contravalor en pesetas, comparando con un cambio básico de la paridad de 82,575 pesetas.

NOTA.—Interpreta la sentencia comentada que el pacto suscrito entre SAPIG y CADAGUA respondía a una finalidad práctica compleja, y en este sentido, si por un lado viene a hacerse hincapié en el carácter aleatorio y oneroso del acuerdo, por otro, admitida la posibilidad de que la tendencia alcista del dólar en relación con la peseta tuviera un cierto grado de previsibilidad que convirtiera en más probable el surgimiento de la obligación a cargo de CADAGUA, entiende el Tribunal Supremo que esa diferencia de probabilidad constituye una remuneración adicional (sobre la comisión de 60.000.000 de pesetas abonadas), por la actividad mediadora de SAPIG en la perfección de los contratos de construcción de buques entre CADAGUA y las empresas mejicanas. Parecería, pues, que nos encontramos ante un negocio jurídico de los que una autorizada doctrina denomina complejos, en tanto respondería a una causa mixta, aleatoria y remuneratorio al tiempo.

Sin embargo, es posible mereciera un más detenido análisis la asimilación, hecha por el Alto Tribunal, entre el pacto sometido a su estudio y operaciones tales como las comúnmente denominadas opciones, futuros, permutas de tipos de interés y otras similares, cuya finalidad consiste en asegurar a empresarios y operadores económicos en general, de variaciones en la paridad de las diferentes monedas o en los tipos de interés. Tales operaciones suelen concertarse a través de mercados organizados y autorizados administrativamente, de acuerdo con la vigente legislación sobre negociación de valores, lo cual, entre otras cosas, constituye una garantía para los contratan-

tes (¿cuál es el capital social de SAPIG, única garantía para CADAGUA?). En caso de concertar tales operaciones al margen de la regulación de esos mercados, lo que está por definir es, precisamente, la razón de que aquéllas escapen al recelo manifestado por el legislador en la regulación de determinados contratos aleatorios. La mera asimilación, no resuelve el problema.

Las operaciones bursátiles a plazo, citadas también por el Tribunal Supremo, no constituyen precisamente un buen ejemplo, dado que como es sabido continúan en suspenso en nuestro país desde el año 1940, habiéndose regulado recientemente las operaciones al contado con crédito a comprador o vendedor, sin levantar la suspensión de la contratación a plazo. La desconfianza hacia estas operaciones se debe, en buena medida, a su potencialidad para dar lugar a actuaciones especulativas, en las cuales comprador y vendedor actúen en descubierto (sin tener el vendedor las acciones ni el comprador el importe del precio), liquidando su operación por diferencia y estableciendo así ni más ni menos que una apuesta sobre la evolución del valor de las acciones de determinadas sociedades.

Al actuar el componente causal remuneratorio, de acuerdo con la tesis mantenida en la sentencia, únicamente como justificación de la mayor probabilidad (admitida por el Alto Tribunal) de que surgiera la obligación a cargo de CADARSA, y dudando de que el argumento basado en la mera asimilación con las figuras contractuales antes aludidas sea definitivo, ¿cuál será la regulación aplicable al contrato aleatorio atípico pactado?, ¿merece mayor consideración por parte del ordenamiento jurídico, a efectos de aplicar la inexigibilidad proclamada por el artículo 1798 del Código Civil, la apuesta cruzada entre dos empresas, en relación con la futura paridad del dólar, que la establecida en una partida de naipes en torno a la mejor jugada?, ¿no existiría similar debilidad causal en ambos casos, justificadora de análogos consecuencias? (L. M. L. F.)

19. Contrato de seguro. Póliza de accidentes individual. Reclamación de cantidad.—No puede entenderse que medió dolo o culpa grave en el tomador del seguro por la omisión de la declaración de la cardiopatía padecida, ya que la aseguradora no cumplió con la elemental garantía preventiva en esta clase de contratos de exigir que rellenara en forma positiva o negativa, pero explícita, la casilla de proposición del seguro relativa a enfermedades padecidas, incluso con el examen médico verificador de la manifestación del proponente y no consta «la necesaria influencia en la estimación del riesgo», ya que tampoco se ha hecho uso de la facultad concedida al asegurador por el artículo 89 de la Ley sustantiva de 8 de octubre de 1980 que es aplicable por analogía al seguro de accidentes, por tener la misma naturaleza que el seguro de vida, ya que ambos son seguros de cobertura abstracta. Tampoco puede entenderse que medió dolo o culpa grave en el tomador del seguro por la ocultación de la existencia de otros seguros, ya que tanto por aplicación del artículo 101 de la Ley del Contrato de Seguro como por la condición general 12.ª de la póliza, no hay incompatibilidad en la indemnización por la concurrencia de otros seguros.

No resulta improcedente la reclamación del asegurado por no estar terminado su tratamiento y no querer someterse a una intervención quirúrgica que disminuiría la trascendencia e importancia de las secuelas disfuncionales que padece, por cuanto que la eventual reaparición o incremento de las secuelas que, en forma inequívoca y contundente, fuesen consecuencia del accidente cuyo riesgo estaba asegurado por la póliza en cuestión, siempre podría ser objeto de reclamación indemnizatoria, ya que las reacciones orgánicas son técnicamente imprevisibles, sin poderse establecer certeramente un diagnóstico irreversible. (STS de 1 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Existiendo entre las partes una póliza de accidentes individual, el tomador asegurado sufrió un accidente de automóvil, a consecuencia del cual resultó con lesiones (secuelas de disfuncionalidad en extremidades superior e inferior del lado izquierdo), por lo que interpuso demanda contra la aseguradora, reclamando la indemnización correspondiente.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

20. Responsabilidad Civil extracontractual. Requisitos de aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Evolución de la responsabilidad por culpa. Responsabilidad por hecho ilícito ajeno. Artículo 1903 del Código Civil. Relación de dependencia. Responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil. Asimilación jurisprudencial del promotor al constructor. Propiedad horizontal. Configuración; legitimación de la Comunidad de Propietarios para demandar los daños causados a elementos comunes y privativos del inmueble.—La reclamación de resarcimiento de daños por culpa extracontractual con base en el artículo 1902 del Código Civil exige la concurrencia de los siguientes requisitos: una acción u omisión antijurídica o ilícita; una lesión o daño (requisitos estos constitutivos de cuestiones de hecho sujetos a la libre apreciación del Tribunal de instancia); la culpa del agente y una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido (requisitos éstos que son cuestiones de derecho). La responsabilidad extracontractual o aquiliana del artículo 1902 del Código Civil, basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad del agente, ha experimentado una constante evolución en la doctrina jurisprudencial, a partir de la STS de 10 de julio de 1943, que si bien tuvo su origen en el campo de la circulación vial, posteriormente ha sido aplicada a supuestos de mera responsabilidad por riesgo, como los derivados de la explotación de industrias (SSTS de 12 de diciembre de 1980 y 19 de marzo de 1981). La jurisprudencia de esta Sala no ha sancionado en términos absolutos, para los supuestos de aplicación del artículo 1902 del Código Civil, una responsabilidad objetiva, que sólo es exigible cuando el ordenamiento jurídico la impone para procurar un mínimo compensatorio a las posibles víctimas; sin embargo, la evolución jurisprudencial se orienta hacia un sistema que acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por un tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando el principio subjetivista, bien por el cauce de la inversión o atenuación de la carga de la prueba (presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar y tiempo, para lo que no basta el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias), bien exigiendo una diligencia específica más alta que la específicamente reglada (entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando pese a ello se ha producido el daño previsible y evitable).

Pero la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo. (STS de 16 de octubre de 1989.)

La responsabilidad por hecho ilícito ajeno (art. 1903 del Código Civil) tiene su fundamento en una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* o incluso en la creación de un riesgo. En el supuesto del párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil, se requiere como presupuesto inexcusable que exista una relación jerárquica o de depen-

dencia, más o menos intensa según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad; no se dá esta relación de dependencia entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna, pues ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar a una determina actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titular. (SSTS de 7 de octubre de 1983 y 10 de mayo de 1986.)

La equiparación jurisprudencial del promotor al constructor a los efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil tiene como finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales mediante tal asimilación, función de garantía que no se da frente a quienes no ostenten ese carácter de compradores de los pisos o locales construidos.

En materia de propiedad horizontal, el contenido del derecho singular y exclusivo es el «aprovechamiento independiente» y su concreción material no pasa de ser un espacio susceptible de aquél, ninguno de los cuales es imaginable sin la conjunción con los elementos comunes del edificio y con la existencia de una serie de factores que, sin serlo, interesan a todos; ello permite calificar a aquella titularidad individual como una auténtica propiedad especial, distinta de la clásica del artículo 348 del Código Civil, enmarcada en la serie de obligaciones que establece el artículo 9 LPH y con las limitaciones determinadas en los artículos 7, 8 y 10, que sirven para configurar el régimen que hace posible la coexistencia de las diversas titularidades. Reducir la posibilidad de actuación de la Comunidad como tal a dichos elementos comunes no tendría sentido y tampoco es lo dispuesto en la LPH, que regula expresamente las facultades de la Junta de propietarios, señalando concretamente en su artículo 13.5 las de «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la Comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común». Ello conduce a reconocer legitimación a la Comunidad de propietarios, representada por su Presidente, para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble, siendo de observar, además, que la Junta de propietarios acordó unánimemente facultar al Presidente para este fin, lo que es muestra inequívoca de una específica autorización individualizada y colectiva, suficiente por sí sola para actuar como se hizo. (STS de 29 de mayo de 1984) (STS de 26 de noviembre de 1990; ha lugar al recurso de casación interpuesto por los promotores; no ha lugar al recurso interpuesto por el arquitecto.)

NOTA.—Se formuló recurso de casación por los promotores, de una parte, y por el arquitecto, de otra, y dada la coincidencia de algunos de los motivos de ambos recursos y la similitud de las alegaciones, la Sala procedió a su examen conjunto.

HECHOS.—Habiéndose producido daños en un inmueble como consecuencia de la construcción de otro edificio colindante, la Comunidad de propietarios formuló demanda contra los promotores, el arquitecto y el aparejador, solicitando la condena de todos ellos a la reparación de los daños causados tanto en los elementos comunes como privados de la finca, así como la indemnización de los perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación, absolviendo al aparejador. Prospera el recurso de casación interpuesto por los promotores; no prospera el recurso de casación interpuesto por el arquitecto. (E. A. P.)

21. Culpa extracontractual. Daños y perjuicios sufridos por un menor en el establecimiento del demandado. Determinación de la cuantía indemnizatoria.— Afirmada la existencia de obras de reparación en el local abierto al público, frecuentemente infantil, dada la naturaleza de los artículos en venta, sin que en tal situación de reparaciones existiese otra separación entre la peligrosa zona de obras y la dedicada a atender a la clientela que una señal de stop y una valla «no completamente sujeta, sino meramente apoyada», sin que ni siquiera se advirtiese a la madre, que acompañaba al niño de cuatro años lesionado, del peligro existente, dejándolo circular libremente por el local, es conducta a todas luces negligente en cuanto al dueño del local, sin perjuicio de la de la madre que, en concurrencia con aquélla, está igualmente apreciada y valorada en la sentencia cuyo ajuste a la normativa, en este punto, de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil no es discutible más que con el afán dilatorio en el cumplimiento de un fallo.

La postulación en que se difiere al trámite de ejecución la cuantía indemnizatoria, sólo se impone cuando, conforme al artículo 360 LEC, no sea posible ni la fijación de su importe ni establecer las bases de liquidación, mas no cuando, en la demanda en que se ejercita la acción de reclamación indemnizatoria, aparecen ya cuantificados aquellos daños en cuanto a los objetivamente acreditables, mediante los oportunos datos y recibos, y se exponen las circunstancias suficientes a determinar los morales, de modo que puedan desde el principio, ser tenidos en cuenta los distintos extremos a que la indemnización alcanza, sin otra falta que la de puntualizar el *quantum* de aquéllos, que el juzgador de instancia está llamado a cifrar con discrecionalidad no censurable en casación, así en su ponderada cuantía, como en la moderación consiguiente a una apreciada concurrencia de culpas (SSTS de 13 de febrero y 21 de mayo de 1971, 14 de junio de 1973 y 2 de febrero de 1976). La reserva que supone trasladar la cuantificación de los daños al trámite de ejecución (...) es, sobre indeseable, de utilización excepcional. (STS de 22 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sufrido un menor diversos daños como consecuencia del accidente ocurrido al niño en el establecimiento del demandado, la madre de aquél interpuso demanda solicitando la indemnización correspondiente al menor en concepto de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

22. Responsabilidad extracontractual. Obligación nacida de acto ilícito. Inicio del término prescriptivo.—Una cosa son los daños continuados producidos por diferentes actos, continuados también, y otra el daño permanente producido por un solo acto, cual aquí ocurre con la privación de la posesión y con el contacto de hecho con la cosa que ésta implica, que sí tiene carácter permanente, pues aquél solo acto que produce un daño continuo, mientras el contacto no cese no quiere decir que el perjudicado, con conocimiento de la perturbación, pueda ejercitar su acción resarcidora más allá del año transcurrido desde el *dies a quo* que marca el conocimiento y que fija el artículo 1969 del Código Civil, mandato imperativo que nace desde que se conoce, como aquí ocurre, el quebranto producido, pues no se crearán perjuicios nuevos distintos de los anteriores, debidos todos al acto inicial, de tal manera que el no ejercicio del derecho durante el plazo marcado se equipara, por razones de seguridad jurídica, al abandono del mismo; es decir, la facultad de ejercicio del derecho no es eterna y su falta de actuación conlleva la carga consistente en la prescripción extintiva de la acción. La desposesión es un acto unitario y unitarios son sus efectos, a diferencia de lo que puede ocurrir

en otros ámbitos, cual sucede, por ejemplo, con las lesiones en las que pueden manifestarse con posterioridad secuelas, realidad fáctica que originó el diferente trato jurisprudencial, no aplicable al caso que nos ocupa; en definitiva, la facultad existe durante el tiempo prescriptivo, pero transcurrido el mismo entra en juego la carga de pechar con las consecuencias perjudiciales del no ejercicio, recto sentido de la ecuación derecho-deber, facultad-carga. (STS de 19 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante solicitó una indemnización por culpa extracontractual o aquiliana, sobre la base de que los que aparecen como demandados, con el fin de cobrar una supuesta deuda, le habían privado de la posesión de ciertas máquinas necesarias para realizar su trabajo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al acoger la excepción de que la acción había prescrito. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

23. Culpa extracontractual. Acción dirigida con ente autonómico y aseguradora privada, Competencia de la Jurisdicción Civil. Doctrina general.—La cuestión acerca de la jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por culpa extracontractual, dirigidas contra las Administraciones Públicas ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala Primera con disparidad de criterios originadora de sentencias contradictorias (Sentencia de 1 de julio de 1986 a la que se remite la sentencia de 28 de marzo de 1990); no obstante, la mayor parte de las resoluciones de esta Sala que modernamente han tratado de la cuestión, vienen atribuyendo esta discutida competencia a la jurisdicción civil, no sólo en aquellos supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, sino también cuando es demandada conjuntamente con personas jurídicas privadas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, y ello por la «*vis atractiva*» de esta jurisdicción como por el carácter residual de la misma (Sentencias de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 7 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1985 y 2 de febrero de 1987); este criterio de la «*vis atractiva*» se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el artículo 117.5 CE y recogido en el artículo 3.1. LOPJ de 1985 al afirmar que «la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos», en tanto que su artículo 9.2 dispone que «los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquéllas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», funcionando así el orden jurisdiccional civil como residual (Sentencia de 2 de febrero de 1987), competente para conocer de la responsabilidad extracontractual o aquiliana de un particular aun cuando se combine solidariamente con la de una Administración Pública; doctrina aplicable cuando la acción indemnizatoria se dirige contra una Administración Autonómica y contra una entidad aseguradora, persona jurídica privada, que han resultado solidariamente condenados.

Lesiones sufridas por un menor esperando entrar en el comedor. Culpa *in vigi-*lando o *in eligendo*.—Se da como probado que, durante el horario escolar, el alumno Gabriel A. M., poco después de terminar las clases y antes de las horas de comer, se lesionó el ojo izquierdo, al clavar en la tierra una vara con punta en sus extremos, conocida con el nombre de «lima»; la actuación de los profesores del Colegio, presentes en el patio, pone de manifiesto que no observaron la diligencia precisa y exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia de los alumnos a ellos confiados, al no advertir la práctica por el menor lesionado de un juego peligroso que «debería haber sido prohibido incluso por el Profesorado presente en la hora del recreo»; tal deber de vigilancia

sobre los alumnos, entre los que se encontraban algunos de corta edad (como el menor lesionado de seis años), no cesaba por el hecho de haber concluido las horas de clase, estando los alumnos en una dependencia del Colegio esperando a acceder a los Comedores del mismo, puesto que desde el momento en que los alumnos entran en las dependencias del Colegio, hasta que la abandonan por haber concluido la actividad escolar del día, quedan sujetos a la vigilancia de los profesores; se da una culpa «*in vigilando*» suficiente para imponer al amparo del artículo 1903, número 4.º y de la constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad civil por culpa «*in vigilando*» o «*in eligendo*» a la entidad, ya sea pública o privada, de quienes los causantes del daño dependían.

Autor indeterminado.—No obsta a la declaración de responsabilidad el hecho de no haberse determinado personalmente quienes eran los profesores presentes en el lugar en que ocurrieron los hechos, probado como está que pertenecían al Colegio Nacional, dependiente de la Junta de Andalucía, no siendo necesario, dado el carácter solidario de la responsabilidad, la llamada a juicio del director del Colegio.

Artículo 1903, número 5.º. Norma anacrónica.—Según se admite por la generalidad de la doctrina, este precepto es norma anacrónica, ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Seguro de responsabilidad civil. Responsabilidad de la aseguradora.—Atribuida por la Sentencia la causa del daño sufrido por el menor, a la culpa «*in vigilando*» del Profesorado del Colegio asegurado, es claro que nos encontramos ante uno de los supuestos de cobertura expresamente previstos en la póliza, según el tenor literal de la misma, que establece: «El seguro comprende... la responsabilidad civil que pudiera corresponder a la Dirección, a las personas que formen parte del Claustro de Profesores y de los servicios auxiliares del centro educativo asegurado, por los daños corporales de toda índole que pudieran sufrir los alumnos de dicho centro y que fueran producidos u ocasionados, aún negligentemente, por el indicado personal docente durante el desempeño de sus funciones, tanto en el interior del centro, como en viajes, visitas, excursiones, juegos y similares, programados por el Colegio y bajo la vigilancia del propio Profesorado»; se trata de responsabilidad civil nacida de actos del Profesorado del Centro, y no, como pretende la aseguradora, de responsabilidad civil dimanante de hechos imputables al alumno lesionado.

Cuestión nueva. Excepción de prescripción no alegada oportunamente.—Incomparecida en primera y segunda instancia la Junta de Andalucía, resulta extemporánea la alegación en casación de la prescripción de la acción, sólo oponible a instancia de parte, con lo que pretende introducir una cuestión nueva. (STS de 10 de noviembre de 1990; no ha lugar.) (G. G. C.)

24. Responsabilidad civil del médico. Intervención quirúrgica negligente. Culpa *in operando*.—A consecuencia de una intervención quirúrgica falleció el esposo y padre de los actores, apreciándose en el quehacer del cirujano los clásico elementos que integran la culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil: existencia del daño, producción del mismo por culpa o negligencia del sujeto, y relación de causalidad entre uno y otra; existiendo una evidente conducta culposa, o culpa «*in operando*» que motivó la instrucción de expediente disciplinario a dicho cirujano que culminó con la suspensión definitiva del servicio.

Responsabilidad del Insalud. Culpa in vigilando o in eligendo.—No habiéndose discutido la relación de dependencia del causante del daño con el Insalud, se determina la correlativa responsabilidad de este organismo por culpa «in vigilando» o «in eligendo», conforme al párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil, la cual es directa y no subsidiaria como ha declarado esta Sala con reiteración. (Sentencias de 6 y 9 de julio de 1984, 30 de noviembre de 1985, 16 de marzo de 1987 y 22 de junio de 1988.)

Solidaridad.—Según reiterada jurisprudencia es solidaria la responsabilidad entre causantes y partícipes del artículo 1902, cuando no se puede individualizar la correspondiente a cada uno, y también lo es con quienes sean estimados responsables por aplicación del artículo 1903, pudiendo citarse las Sentencias de 9 de enero de 1985, 8 y 10 de mayo de 1986, 14 de mayo de 1987 y 7 de julio de 1988.

Competencia de la Jurisdicción Civil. Relación jurídica entre el particular y el Insalud: no es administrativa ni laboral.—Es bien diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, de la que existe entre el Insalud y el beneficiario de sus prestaciones, figurando entre las mismas la atención médico sanitaria, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daños por culpa o negligencia de quienes le atienden, generándose así una responsabilidad civil cuya efectividad requiere el ejercicio de la acción culposa extracontractual basada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil; no se trata de impugnar un acto administrativo, pues la actuación del Insalud no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, sino cual entidad privada para atender a la asistencia de un enfermo ingresado en un centro dependiente de aquélla; ni es derivación de un conflicto laboral entre las partes, ni tampoco es un pleito sobre seguridad social, aunque la víctima hubiera sido beneficiaria de este régimen. (STS de 23 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Decisión absolutamente correcta que viene a reiterar una jurisprudencia ya consolidada. No se comprende bien, por ello que el Insalud, después de dos sentencias condenatorias conformes, persista en el recurso de casación; con mayor razón si se considera que el accidente ocurrió hace más de dieciséis años, con apertura de proceso penal que se sobreescribió por aplicación de un indulto general de 1975; si la viuda y los seis hijos menores de la víctima, con edades comprendidas entre los catorce y los cuatro años, no han tenido otros medios de subsistencia, la actual indemnización no deja de ser un sarcasmo. (G. G. C.)

4. DERECHOS REALES

25. Distinción entre la acción reivindicatoria y la acción de deslinde.—El derecho a promover el deslinde es una facultad de todo propietario y consiste en «la fijación de hitos, mojones, postes o señales», con el único objeto de individualizar la finca, de manera que queden claros los límites de la misma frente a otros predios colindantes. Bien distinta, por tanto, es la acción reivindicatoria de dominio. Su origen está en el principio romano *ubiquumque sit res, pro domino suo clamat*, y consiste en la reclamación de una cosa cierta y determinada como propia.

Es perfectamente posible la acumulación de ambas acciones en un solo proceso (STS de 30 de abril de 1964, STS de 23 de mayo de 1967, STS de 24 de marzo de 1983, STS de 17 de enero de 1984...). Ahora bien, si en un mismo litigio la propiedad, previamente delimitada, se pretende reivindicar también, ha de hacerse de forma expresa y clara. (STS de 19 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Territorial, la cual tampoco estimó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia. Se reconoce, pues, el derecho de la demandante a promover el deslinde y amojonamiento de su finca. (A. R. G.)

26. Propiedad Horizontal: alteración de elemento común.—Se entiende que hay alteración de un elemento común (relevante a efectos de la aplicación del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal) cuando se produce una ampliación de su superficie. Se entiende también que hay alteración de elemento común a tales efectos cuando se modifica el uso que para el mismo se explicitaba en el título constitutivo. En definitiva, se considera «alteración» de la cosa común toda modificación que afecte a su «naturaleza o composición o el destino de la misma, que adquiere por ello una situación o configuración distinta a la precedente». Para tomar acuerdos que impliquen dichas alteraciones se requiere, considerando que modifican el título constitutivo, unanimidad de los copropietarios. (STS de 19 de noviembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—Don Gonzalo y otros impugnan un acuerdo tomado por una mayoría de la comunidad de propietarios a la que pertenecen. Por dicho acuerdo se decide el vallado del terrado de la finca modificándose a la vez su uso, que pasa a ser común siendo antes vecinal. En el título constitutivo ese terrado consta como «elemento común» sin que se describa su destino. La comunidad de propietarios alega que no afecta a la estructura del edificio ni al título constitutivo, por lo que no requiere unanimidad el acuerdo sino mayoría. En primera Instancia se estimó la demanda. Se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Territorial, revocando la sentencia anterior, desestimó la petición de nulidad del acuerdo. (C. J. D.)

27. Modificación estatutaria del sistema de gastos generales establecidos en el título constitutivo en régimen de propiedad horizontal.—El sistema de distribución de los gastos generales de una comunidad depende, en primer lugar, de la cuota de participación fijada en el título de constitución. Sin embargo, no es éste el único criterio, ya que el sistema especificado en el título puede ser modificado posteriormente en los estatutos, estableciéndose en éstos otro régimen distinto de distribución de gastos o, incluso, excluyendo a determinados elementos privativos —pisos o locales— del pago de los mismos.

Esta doctrina se apoya en el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando señala, entre otras obligaciones de cada propietario, el contribuir a los gastos generales del inmueble «con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido».

A dicho sistema estatutario de distribución de gastos deberá someterse la comunidad de propietarios a la hora de tomar sus acuerdos. Si se desea cambiar el sistema será necesario modificar los estatutos, observando para ello la exigencia del acuerdo unánime de todos los propietarios (artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal). (STS de 2 de febrero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, en calidad de propietaria de dos locales comerciales en un edificio, solicita la declaración de nulidad de un acuerdo de la junta de propietarios, en el que se le obliga a pagar determinados gastos generales de la comunidad.

La Audiencia Territorial estima parcialmente el recurso interpuesto por la actora, revocando en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Ha

lugar a la casación, estimando el Supremo el único motivo alegado por la entidad demandante. (A. R. G.)

28. Propiedad intelectual según ley derogada. Competencia residual de la Jurisdicción Civil.—Se reitera la doctrina de la Sentencia de 10 de mayo de 1988, según la cual, aunque hoy día, a tenor del artículo 9.º LOPJ de 1 de julio de 1985, puede resultar un tanto dudoso seguir hablando de la «*vis atractiva*» de la jurisdicción civil frente a las demás, en la medida en que ya no existe, en rigor, una jurisdicción ordinaria y, a su lado, otras jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, es lo cierto que cuando no resulta clara la atribución del conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará y seguirá funcionando en todo caso como residual, según el fundamental n.º 2.º del citado artículo 9.º, entendiéndose también dicho orden de aquellas materias que no estén atribuidas de modo inequívoco a otro orden jurisdiccional, además de resolver sobre aquéllas que le son propias.

Edición de obras fonográficas en exclusiva. Carácter civil y no laboral.—La Sala considera correcta la calificación de los contratos perfeccionados entre las partes como de edición de obras fonográficas en exclusiva, sin que las relaciones habidas entre las partes tengan carácter laboral, extendiéndose la exclusividad pactada a la edición de canciones o números musicales de que sea autor el demandante, que en modo alguno podría calificarse como actividad laboral, y están ausentes de las relaciones entre las partes algunas de las notas esenciales que caracterizan a las laborales, faltando la «ajenidad» pues la posición del actor respecto a las empresas no es ni siquiera asimilable a la del arrendatario de servicios, sin que tampoco se integrase en la organización empresarial ni estuviera incluido en el círculo disciplinario de la misma.

Resolución por incumplimiento. Voluntad deliberadamente rebelde. Carácter inducido.—El problema del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones bilaterales es de orden fáctico, aunque no la trascendencia resolutoria del mismo; aparece probado que la entidad demandada no cumplió desde el año 1976 sus obligaciones de liquidación y el pago correspondiente al actor, y si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial, al interpretar el artículo 1124 del Código Civil en orden a la resolución por incumplimiento establece como regla general la necesidad de una voluntad deliberadamente rebelde, no lo es menos que con la mirada puesta en la realidad social, la equidad y la justicia, al objeto de evitar que una rigurosa aplicación de este criterio pudiera frustrar los legítimos derechos de los acreedores, el TS ha venido elaborando una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica, cual es la de que dicha voluntad deliberadamente rebelde no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo en cuanto no aparece expresamente en la letra ni en el espíritu del artículo 1124, sino que ha de ser coonestada, cuando sea factible, con la posibilidad de que existan actos o conductas del deduro que permitan inducir el incumplimiento. (Sentencias de 6 de junio de 1983, 31 de mayo, 25 de junio y 13 de noviembre de 1985 y 7 de julio de 1987).

Derecho moral de autor. Indisponibilidad.—El derecho moral de autor, en el cual se halla la facultad de reproducción de la obra, es indisponible, de suerte que el actor, como titular de la propiedad intelectual, puede prohibir la reproducción en el sentido de fabricar más elementos fonográficos —discos o cassetes— y en el de distribuirlos o venderlos, pues ello está en el concepto de reproducción y se atiene a lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, vigente a la sazón. (STS de 15 de febrero de 1991; no ha lugar.)

NOTA.—Sometido el litigio a la legislación derogada y siendo de aprobar el fallo (Pte. Teófilo Ortega Torres) caben las siguientes observaciones: 1.ª) la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre resolución *ex artículo 1124*, todavía minoritaria, que gradúa o matiza la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sosteniendo que tal voluntad puede inducirse de la conducta del deudor; 2.ª) que la prohibición pedida por el actor de que la empresa demandada no fabrique más discos suyos y retire del mercado los fabricados se relaciona con la petición de resolución del contrato de reproducción exclusiva que vinculaba a las partes, y no tanto con el derecho moral de autor. Es decir, bajo la ley vigente se estaría en presencia del derecho de reproducción del artículo 17, como modalidad de explotación del derecho de autor, y no en el supuesto del número 6.º del artículo 14. El supuesto litigioso aparece en la nueva normativa expresamente regulado en el artículo 68.1 letra b) (sobre esta forma de resolución véase el comentario de Martínez de Aguirre y Aldaz, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por R. Bercovitz, Madrid, 1989, especialmente, p. 1057 y ss.). (G. G. C.)

29. Inmuebles por destino.—Los bienes muebles pueden transformar su naturaleza jurídica, bien por su adhesión o incorporación fija y permanente a un inmueble, bien por razón del destino dado por su propietario, de manera que sirvan para la explotación de una industria y satisfagan las necesidades de la misma. Así, «[...] los instrumentos y maquinarias que se utilizan para el riego por aspersión, pueden estimarse pertenencias de la finca agrícola, si, efectivamente, el acto de destino atribuido a los mismos, responde a las circunstancias objetivas que exigen las normas aplicables...».

Extensión de la Hipoteca.—Para que la hipoteca comprenda los bienes mencionados en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria hace falta, o bien una disposición de carácter legal (criterio legal), o bien un pacto expreso (criterio convencional). En principio los bienes muebles al servicio de una industria no son susceptibles de ser objeto de extensión de la hipoteca, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del inmueble.

Para determinar a qué bienes se extiende la hipoteca no se ha de tener en cuenta el momento inicial de constitución de la misma, sino el tiempo de su ejecución. Por tanto, el concepto de extensión no se refiere a una situación estática sino dinámica, en la que suceden multitud de cambios y transformaciones.

La hipoteca, pues, se extiende a los inmuebles por destino cuyo precio, al tiempo de constituirse este derecho real, se estuviera pagando a plazos, pero que en el momento de su ejecución ya hubiera sido totalmente satisfecho. (STS de 21 de diciembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—Adjudicada una finca hipotecada al acreedor hipotecario, éste interpone una tercera de dominio para que se alce el embargo de diez pivots para riego a los que, según pretende se extiende la hipoteca, conforme a lo pactado. El Supremo casa la sentencia de la Audiencia Territorial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia, reconociendo la titularidad del actor sobre los bienes y la cancelación del embargo. (A. R. G.)

5. FAMILIA

30. Carga de la prueba.—No puede alegarse con éxito el artículo 1214 del Código Civil cuando el hecho debatido resulta probado en los autos, y está facultado el Tri-

bunal para apoyarse en los hechos acreditados, prescindiendo de cual de las partes adujo pruebas en tal sentido, y toda vez que la carga de la prueba que regula el artículo 1214 actúa, como es sabido por reiterada jurisprudencia, para el supuesto de que los hechos alegados no resulten probados, es decir, que sólo actúa para señalar las consecuencias de la falta de prueba. (Sentencias, entre otras, de 19 de febrero de 1945 y 5 de octubre de 1955.)

Incongruencia.—No consiste en la supuesta discordancia que se alega entre los fundamentos jurídicos de la sentencia y el fallo, sino entre la súplica de la demanda y esa parte dispositiva de la sentencia.

Responsabilidad de los gananciales.—La circunstancia de que el esposo no interviniese como presentador de la letra no afecta a la reclamación civil que en la demanda se ejercita, pues ya se ha dicho que no se está en el Derecho cambiario sino en la regulación general de los contratos civiles, y por consiguiente los bienes de ambos recurrentes, como matrimonio, en tanto no resulte otra cosa, sometido al régimen de gananciales, responderán, como se deduce del artículo 1367 del Código Civil, de las obligaciones contraídas conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro, luego es indudable la responsabilidad de los dos cónyuges en casos como el debatido. (STS 10 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

31. Filiación extramatrimonial. Doctrina Jurisprudencial sobre el artículo 135 del Código Civil.—La interpretación del artículo 135 del Código Civil vino a quedar compendiada en la Sentencia de 5 de abril de 1990 que declaró: «Tras la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y en fiel concordancia con los principios sentados al efecto por la vigente CE, se ha consolidado ya una conocida línea jurisprudencial, claramente superadora de anteriores actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los artículos 17 y 135 del Código Civil establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los derechos prioritarios de los hijos; tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual resulta decisivo el último inciso del citado artículo 135, que alude a «otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo», frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona aquel precepto (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción); desprendiéndose del conjunto jurisprudencial que el artículo 135 establece criterios de gran amplitud acudiendo a presunciones «*seu iudicis*» para declarar o no la filiación reclamada, y que si bien es cierto que las pruebas biológicas pueden no aportar una certeza absoluta, no lo es menos que la ley otorga a los Tribunales su valoración según las reglas de la sana crítica.

Reclamación de paternidad no matrimonial. Pruebas biológicas. Certeza casi absoluta.—El estudio combinado de las pruebas documental, testifical y pericial, llegaron al resultado de haber quedado demostrada la filiación paterna reclamada, merecien-

do destacarse las conclusiones del Instituto Nacional de Toxicología en la prueba biológica que practicó: 1.º) los resultados obtenidos en el estudio de los antígenos eritrocitarios, no permiten excluir la paternidad de don P. P. A. R. con respecto a la niña E. S. V., y 2.º) La probabilidad de paternidad (w) obtenida es de 99,91 por 100, valor que se encuentra dentro del rango considerado por K. Hummel y colaboradores como paternidad prácticamente probada; asimismo el Índice de Paternidad (IP) obtenido es de 1.293,48, valor que se encuentra dentro del rango considerado por los mismos autores como paternidad prácticamente probada; de aquí que proyectando cuanto antecede al caso de que se trata, se consiguió una certeza casi absoluta en el resultado de la valoración de la prueba. (STS de 2 de enero de 1991; no ha lugar.)

NOTA.—Acaso sea la materia de la filiación extramatrimonial y, en particular, la de sus medios de prueba, una respecto de las que, en menor espacio de tiempo, tras lógicos titubeos iniciales, la Sala 1.ª del TS haya formado una doctrina uniforme en relación con al Ley de 13 de mayo de 1981, dictada en desarrollado del principio constitucional de no discriminación por razón del origen. Y ello a pesar de que la fórmula utilizada en el artículo 39 (*posibilitar* la investigación de la paternidad) y su misma ubicación en el Capítulo III del Título primero CE. distaban de facilitar las cosas. Probablemente ello se ha debido a que, en este punto, la Constitución se limitó a reflejar un estado de opinión en la doctrina jurídica y en la sociedad, y también a la bondad del mecanismo legal utilizado para realizar la reforma de nuestro régimen de filiación (sobre este punto vide García Cantero, «*Técnicas legislativas de reforma de la filiación nacida fuera del matrimonio*», Homenaje Batlle, Madrid, 1978, pp. 359 y ss.). Desde un punto de vista práctico puede comprobarse la conveniencia de «especializar» (entiéndase *cum mica salis*) a alguno de los componentes de la Sala 1.ª en determinadas materias (en el presente caso ha sido Ponente el Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo Figueroa, que habitualmente lo es en materia de filiación no matrimonial). Por lo demás, la sentencia extractada ofrece un buen resumen de la que ya es doctrina consolidada, con beneficio de la seguridad jurídica, lo que, a medio plazo, hará disminuir los litigios ante los Tribunales. En cuanto al fondo del asunto, la contundencia del informe pericial excluía cualquier otra solución. (G. G. C.)

6. SUCESIONES

32. La aceptación de la herencia.—La aceptación de la herencia es un acto personalísimo y unilateral, de manera que para la producción de sus correspondientes efectos única y exclusivamente es necesaria la voluntad del llamado a la herencia. De aquí se deduce la imposibilidad de reclamar su ejercicio ante los tribunales por quien está facultado para llevar a cabo dicha declaración de voluntad, frente a cualquier otra persona.

Legitimación y finalidad de la *actio petitio hereditatis*.—De acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial (STS de 12 de noviembre de 1953, STS de 18 de mayo de 1932, STS de 7 de enero de 1966), si bien es cierto que la acción de petición de herencia y la reivindicatoria del artículo 348 del Código Civil son diferentes por el carácter universal de la primera y su finalidad principal de obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero, sin embargo, no por ello se impide a los legitimados activa-

mente por la misma la petición de restitución de todos o parte de los bienes pertenecientes al patrimonio hereditario del causante, frente a quien los posee sin tener derecho alguno.

Cuestión de derecho intertemporal. Que legislación es aplicable a la renuncia de derechos.—Es doctrina pacífica de esta Sala (STS de 9 de marzo de 1897, STS de 24 de junio de 1897, STS de 5 de junio de 1917, STS de 22 de diciembre de 1973, STS de 13 de abril de 1984) que «[...] los derechos hereditarios han de regirse por la legislación del tiempo del fallecimiento del causante...». Este criterio es seguido igualmente por la Disposición Transitoria, número 12 del Código Civil y por la Disposición Transitoria, número 8 de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

A la renuncia de derechos hereditarios, pues, le es de aplicación la legislación vigente al tiempo de la muerte del causante, la cual determina los efectos de tal renuncia y así, el destino del caudal hereditario. (STS de 21 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión planteada es la petición de que, en primer lugar, se declare a unas menores herederas abintestato de los bienes dejados por su difunto padre, y en segundo lugar, se declare nula la escritura pública —firmada por el padre— en la que renuncia a las herencias de sus ascendientes y, a la vez, prohíbe el derecho de representación de cualquiera de sus hijos en dichas herencias. La Audiencia Territorial revoca la sentencia del juzgado, en la que se reconocía el derecho de las demandantes. El recurso de casación no prosperó, confirmando el Tribunal la resolución de la Segunda Instancia.

NOTA.—El derecho de representación nace en los supuestos de premoriencia o incapacidad del llamado para heredar, pero nunca en la repudiación de la herencia (vid. arts. 924 y 929 del Código Civil). Por consiguiente, no tiene razón de ser un escrito de renuncia a una herencia donde el repudiante prohíbe a sus parientes representarle en dicha herencia. (A. R. G.)

33. Consorcio foral aragonés. Presupuestos; carácter imperativo; derecho de acrecer. Administración de la sociedad de gananciales.—Son presupuestos determinantes del Consorcio Foral al que se refiere el artículo 142 de la Compilación la adquisición por varios hermanos, de un ascendiente, de un inmueble proindiviso y a título gratuito, sin que en su regulación se limite expresamente el acrecimiento a ninguna determinada condición sucesoria que debiera concurrir entre los distintos consortes (no resulta preciso para su constitución que las cuotas consorciales provengan de idéntica titularidad), ni tampoco resulte incompatible con la prohibición temporal de disolución que hubiera sido impuesta en el testamento que originó el consorcio. La redacción gramatical del artículo 142, atendida la totalidad de sus apartados, es demostrativa de su índole imperativa, previa concurrencia de los presupuestos establecidos, lo que no impide que el consorcio pueda nacer de un acuerdo de voluntades y admita una regulación distinta a la del precepto, de existir acuerdo unánime entre la totalidad de los consortes. Pero la específica naturaleza del instituto origina que a partir de su constitución, todas las porciones o cuotas pierden su primitiva sustantividad para quedar sometidas a idéntico régimen (salvo acuerdo contrario de los interesados), y de aquí que el acrecimiento así verificado no suponga vulneración de la regulación de este derecho en los arts. 981 y ss. del Código Civil, de los que se desprende la incompatibilidad entre herederos y legatarios en punto a compartir un mismo acrecimiento.

El artículo 48 de la Compilación confiere al marido la administración de la comunidad y el poder de administrar lleva consigo, a tenor del artículo 49.2, la realización de las actuaciones judiciales y extrajudiciales que exijan su normal ejercicio; además, el artículo 1385 del Código Civil admite que cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción. (STS de 12 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La causante, a quien sucedían tres hijos, dispuso de sus bienes legando a cada uno de sus dos hijos una tercera parte indivisa de la finca objeto del litigio e instituyendo heredera universal a su hija. Esta, siendo soltera y careciendo de ascendientes y descendientes, instituyó heredero universal a uno de sus hermanos. El otro interpuso demanda solicitando que su hermano demandado le entregase la parte indivisa que le correspondía, por entender que la tercera parte indivisa de la hermana fallecida debía acrecer a ambos hermanos por partes iguales, al existir un consorcio foral aragonés.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

34. Derecho civil catalán. Pérdida de usufructo viudal por vida manifiestamente licenciosa. Artículo 250 compilación según texto de 1960. Inconstitucionalidad sobrevenida.—El derecho a la intimidad personal y familiar no es un derecho absoluto pudiendo sufrir limitaciones aprobadas por la ley, como autoriza el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 8 de mayo, lo cual ocurre especialmente en el ámbito de las relaciones familiares y sucesorias, en que el legislador hace depender el nacimiento, ejercicio o extinción de los derechos, de determinadas conductas de los sujetos cuya divulgación constituiría un ataque ilegítimo a ese derecho fundamental, pero cuya prueba, por medio que en sí mismo no vulneren tal derecho, se hace necesaria en el proceso para alcanzar el efecto jurídico pretendido derivado de esa conducta (así ocurre en los arts. 82 y 86 del Código Civil al describir las causas de separación y de divorcio, en los arts. 756 del Código Civil y 253 Compilación catalana al regular la indignidad para suceder en los arts. 853 y 854 del Código Civil al tratar de las causas de desheredación, y del texto vigente del art. 250.4 de la Compilación según redacción de 1984 que conforme al dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad «no supone ninguna discriminación respecto al ejercicio de los derechos fundamentales»; en cuanto a la redacción primitiva del art. 250, p.º 4.º es de considerar que no ataca la intimidad familiar teniendo en cuenta que en el mismo se requiere un elemento de publicidad de la conducta al usar el adverbio «manifiestamente» lo que elimina toda idea de invasión del ámbito íntimo de la persona; tampoco viola el art. 17 del texto constitucional, pues en modo alguno impide al beneficiario del usufructo la capacidad para tomar la resolución que estime conveniente en orden a su vida, ni constituye un motivo externo que presione la determinación de su voluntad en un sentido distinto del que hubiera decidido de no existir tal precepto; tampoco viola el principio de igualdad, pues establecida con carácter de generalidad la pérdida del usufructo viudal para todo aquel que incurra en la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma, por considerar el legislador que tal conducta es contraria a la finalidad perseguida con la atribución del usufructo, no se produce ningún tipo de discriminación con los viudos que conservan el usufructo al no realizar el supuesto de hecho del que se hace depender su extinción.

Objetivación de la causa de pérdida del usufructo en la redacción vigente. Criterio interpretativo de la realidad social.—La conviencia «*more uxorio*» de una

mujer y un hombre quedaba incluida en el supuesto de hecho descrito como «vida manifiestamente licenciosa» en el apartado 4.º del primitivo artículo 250 Comp. de Cataluña, puesto a tenor de los criterios sociales y morales que regían la vida social en la época en que se promulgó la Compilación, las uniones extramatrimoniales o de hecho eran tenidas «por costumbres inmorales» o «licenciosas» en términos del texto legal; por tanto, las uniones de hecho estaban comprendidas entre las causas de pérdida del usufructo, al igual que se incluyen en la actualidad de forma expresa en la redacción dada al precepto a partir de la Ley de 20 de marzo de 1984; no es aceptable la tesis de la recurrente de que las sucesivas redacciones preven distintas causas de pérdida del usufructo, sino que, por el contrario, existe entre ellas cierta identidad, habiéndose limitado la Ley de 1984 a eliminar del texto las connotaciones morales y subjetivistas, objetivando la causa de pérdida del usufructo al describirla como «vivir maritalmente de hecho con otra persona»; incluida, por tanto, la unión de hecho en el antiguo artículo 250.4, éste ha de ser interpretado de acuerdo con los principios constitucionales vigentes, expresivos de un nuevo orden de valores, lo que permite incluir en su contenido aquellas conductas que, sin ser objeto hoy en día de reproche social, son, objetivamente consideradas, contrarias a la finalidad perseguida de proteger los derechos de los herederos abintestado que podrían verse afectados por esa convivencia análoga a la matrimonial, independientemente de que tales uniones de hecho sean socialmente aceptadas, criterio interpretativo que ha plasmado en la repetida reforma de 1984; por todo ello ha de reputarse correcta la interpretación que hace la Sala recurrida, acorde «con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas)», como impone el artículo 3.1. del Código Civil. (STS de 30 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Tratándose de un supuesto de hecho anterior a la reforma de la Compilación de 1984, la viuda actora trata de sacar partido de la diferente redacción dada al inciso final por el texto primitivo del artículo 250 de la Compilación y por la reforma de 1984. La redacción de 1960 decía: el viudo o viuda perderá este usufructo «por contraer nuevo matrimonio o por llevar vida manifiestamente licenciosa». En el texto actual se dice que «lo perderá por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente de hecho con otra persona». Dado que el descalificativo moral que supone la expresión «vida manifiestamente licenciosa», no casa con las actuales tendencias que escinden drásticamente la Ética y el Derecho, se hizo valer una supuesta inconstitucionalidad sobrevenida que invalidara la reclamación interpuesta por una hija del matrimonio. La nueva redacción del artículo 250, según la reforma de 1984 no apoyaba aquella pretensión pues, aunque la redacción haya variado, no así la *ratio* del precepto como destaca la presente sentencia. La reciente doctrina catalana no tiene duda sobre el alcance del nuevo precepto: «Abarca así desde el supuesto del matrimonio válido hasta los casos de pura y simple convivencia (mínimamente estable) matrimonial de hecho pasando por el matrimonio nulo y el *non existens* (por ejemplo, por falta absoluta de celebración) (Salvador Coderch, «Comentarios Albaladejo», XXIX-3.º, p. 112). Aunque aplaudir la racionalidad de la doctrina jurisprudencial, acaso ahora vaya en contra de la corriente legitimadora de la convivencia de hecho. La sentencia hace equivalente el criterio de la realidad social al de nueva legislación, como en otras ocasiones ha hecho el TS. No deja de haber cierta contradicción con el reconocimiento de que en la actual sociedad tales conductas no se consideran reprochables, aunque ello es independiente de que el legislador anude a las mismas consecuencias perjudiciales en otros sectores del ordenamiento. (G. G. C.)

II. DERECHO MERCANTIL

35. Propiedad industrial. Registro de nombre. Confrontación de marcas. Asociaciones.—No sólo se puede y debe utilizar el precepto sustantivo que se dice conculcado (art. 14-1 del Estatuto de la Propiedad Industrial) cuando se trate de pedir la nulidad registral por un tercero dentro de los tres años que expresa, sino que un tercero prioritario en el uso y con buena fe, aun no inscrito, puede ejercitar la acción ejercitada en su contra por el titular inscrito dentro de los tres años siguientes a la publicación de la concesión de la inscripción en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial y de ahí que se mantenga la doctrina de que no se establece en el artículo 14-1 del Estatuto un derecho de usucapión de la marca inscrita, sino el de la prescripción extintiva de la acción o de la excepción de tercero poseedor para defenderse del titular inscrito.

La confrontación de marcas ha de ser global y no fragmentaria, de suerte que la literalidad de las denominaciones y los gráficos o diseños no pueden ser cotejados por separado y el enfrentamiento ha de ser en su triple vertiente, visual, auditiva o fonética y literaria.

Tratándose de una Asociación, no es concebible el ejercicio de un elemento patrimonial mercantil propiciatorio del lucro o granjería —como son estas propiedades especiales susceptibles de ingreso en el Registro de la Propiedad Industrial—, en Asociaciones que están fuera del marco subjetivo al que un tal organismo ampara, como se infiere de los arts. 1-1, 4, 10, 121 y 122 del Estatuto. (STS de 30 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Existiendo dos Asociaciones con nombres similares, entabló una de ellas demanda contra la otra, solicitando que se declarase que era titular de la marca en cuestión para todo el territorio nacional y que se condenase a la demandada, por usurpación de marca, al cese inmediato en el uso de su nombre. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

III. DERECHO PROCESAL

36. Recurso de casación en ejecución de sentencia.—Sólo procede esta modalidad de recurso de casación cuando concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1687.2.º, es decir, cuando los autos dictados en ejecución de sentencia resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o contradicen lo ejecutoriado, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o analógicas, sin que se dé relación alguna entre este recurso y el normal regulado en el artículo 1692 de la LEC, en el que se comparan la sentencia y la ley para determinar la adecuación de aquélla a ésta, mientras que aquí la confrontación se hace entre el fallo ejecutorio y las actuaciones practicadas para su ejecución, lo que determina que este recurso tenga un ámbito tan limitado que no permite su fundamentación en otros motivos que no sean los taxativamente enumerados en el citado artículo 1687.2.º. (STS de 19 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Se entabla recurso de casación contra un auto dictado en ejecución de sentencia por la Audiencia Territorial, como consecuencia del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, sobre incidente en ejecución de sentencia. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

37. Situación de indefensión. Artículo 24 de la Constitución.—La sustitución de las cuestiones o temas objeto de debate por otras distintas y la alteración de la causa de pedir, apartándose de los hechos fijados en los escritos fundamentales de la litis, tienen tal alcance que con ello se coloca a la parte a quien el pronunciamiento judicial perjudica en patente situación de indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española, al privarle de la posibilidad de rebatir lo que en su momento no fue objeto de alegación.

Acción publiciana. Incongruencia.—Se evidencia que la Sala sentenciadora incurrió en incongruencia al entrar a examinar una acción publiciana que no fue ejercitada por las actoras, puesto que las mismas ejercitaron una acción dirigida a obtener la declaración del carácter ganancial de determinados bienes, dentro de la cual no puede entenderse comprendida, como tiene declarado esta Sala respecto de la acción reivindicatoria, la acción publiciana, «medio de carácter real recuperatorio». (STS de 15 de febrero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante solicitó la declaración del carácter ganancial de determinados bienes y realización de inventario y demás operaciones divisorias de la sociedad de gananciales. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente la demanda. Prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

38. Tercería de dominio. Objeto. Exigencia de la condición de tercero frente a la ejecución.—Según uniforme y reiterada doctrina de esta Sala, al ser objeto de la tercería de dominio, no tanto la obtención o recuperación del bien cuanto el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, con prioridad al examen de la propiedad o titularidad dominical de dicho bien, ha de indagarse si el demandante de tercería es propiamente «tercero» con respecto al deudor, pues si no concurre en el mismo la expresada condición no puede prosperar la tercería de dominio ejercitada. Apareciendo probado que los terceristas en su condición de nudo-propietarios de la empresa «Industrias O.V.», constituyeron con su padre (usufructuario de una tercera parte de dicha empresa y arrendatario del usufructo de las otras dos terceras partes) la entidad mercantil «Industrias O.V., S. A.», la cual quedó subrogada en la posición jurídica de aquella empresa, es evidente que los expresados terceristas, no reúnen la condición de terceros respecto a las deudas por las que se trabó el embargo sobre los bienes integrantes del patrimonio de dicha empresa; por lo que resulta ocioso cuestionarse ahora si el pago de las deudas de la empresa corresponde exclusivamente a los usufructuarios de la misma, o si la consideración legal de empresario, a efectos laborales, corresponde a los usufructuarios de la empresa, o si la empresa primitiva ha pasado o no a integrarse en la entidad mercantil creada; cuestiones éstas que son inoperantes y que son irrelevantes en el proceso de tercería. (STS de 30 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores en su condición de nudo-propietarios de la empresa «Industrias O.V.», ejercitaron acción de tercería de dominio, con relación a los bienes que, como integrantes del patrimonio de dicha empresa, habían sido embargados para pago de salarios a los trabajadores de la misma en el procedimiento laboral seguido ante Magistratura de Trabajo, siendo demandados en este proceso de tercería de dominio los que fueron partes en el expresado procedimiento laboral. El Juez de Primera Instancia desestimó la ejercitada acción de tercería de dominio. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

39. Configuración del recurso de casación.—Este extraordinario recurso no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados los hechos apreciados que han quedado incólumes, es o no adecuada la solución jurídica dada.

Apreciación *obiter dicta*.—No tiene más trascendencia que la de reforzar la solución dada por el Tribunal *a quo* con base en el reconocimiento de sociedad con participación de los socios a partes iguales.

Incongruencia.—Como tiene declarado esta Sala, la falta de congruencia se pondera, fundamentalmente, entre lo pedido en la demanda y lo discutido en la litis y los pronunciamientos del fallo, toda vez que el principio de congruencia, prohibitorio de toda resolución «*extra petita*», no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que lo fundamentan.

Documento exigible para viabilizar error en la apreciación de la prueba.—La mencionada certificación no tiene este carácter, ya que para ello se requiere que sea revelador del error *per se*, o sea con carácter de literosuficiencia, sin precisión de acudir a apreciaciones interpretativas sobre el alcance del documento alegado, y ese carácter no lo tiene dicho documento del que no se excluye posibilidades distintas a las que el recurrente considera. (STS de 14 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

40. Cuestión de competencia.—De las actuaciones aparece que el quebrado ejercía actividades mercantiles dentro del territorio correspondiente al partido judicial de Betanzos. No consta que el comerciante tenga ninguna ejecución pendiente ni en dicho partido judicial ni en el de Logroño, donde el recurrente tiene establecido su domicilio civil desde hace años. Por ello, no es aplicable a la resolución de la cuestión de competencia el párrafo 1.º del número 9 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, ha de acudirse al último criterio decisor, fijado en el párrafo 2.º del número 9 de dicho artículo y, según él, tener por competente al Juzgado de Betanzos, que es el lugar donde se declaró la quiebra, el lugar donde se ejerce el comercio y, por tanto, el que debe tomarse como domicilio del comerciante de acuerdo con el artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el que el domicilio legal de los comerciantes en todo lo que concierne a actos o contratos mercantiles y a sus consecuencias, será el pueblo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales. Allí, pues, será donde debe tramitarse la quiebra y todas sus incidencias, por lo que, conforme al dictamen del Ministerio Fiscal, ha de decidirse la cuestión de competencia a favor del Juzgado de Betanzos. (STS de 13 de noviembre de 1990.)

41. Arbitraje. Nulidad del laudo por causas sobrevenidas de recusación de los árbitros.—Aunque cierto sector doctrinal entiende que la causa de recusación existente al hacerse el nombramiento de los árbitros, pero desconocida por los compromitentes, puede ser motivo de impugnación del laudo, a través del recurso de nulidad por el cauce del artículo 1733.1.º de la LEC, reformado por la Ley de 6 de agosto de 1984, no ocurre lo mismo con las causas sobrevenidas, habida cuenta de que el artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 1953 refiere la concurrencia de esa especial incapacidad al momento del nombramiento, excluyendo así las circunstancias de recusación sobrevenidas a la designación, y de que en la ley no se establece procedimiento alguno para la tramitación de las causas de recusación que hagan valer las partes, siguiendo así el criterio establecido en la Exposición de motivos de la Ley de que «se somete a un principio general de eventualidad de la recusación de los árbitros»; se sigue así criterio dis-

tinto al de la LEC (art. 798 y 799 derogados) en la que, de forma paralela a lo establecido en los arts. 194 y ss. para la recusación de Magistrados y Jueces de Primera Instancia, regulaba el procedimiento para la recusación de los árbitros; asimismo, difiere la Ley de 22 de diciembre de 1953 del régimen de la recusación contenido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, en la que además de la causa de incapacidad regulada en el artículo 12.3, en parecidos términos al artículo 23 de la Ley de 1953, se establece la posibilidad de recusar a los árbitros «sólo» por causas que hayan sobrevenido después de su designación o «por causas anteriores cuando no hubieran sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad» (art. 17.2 de la Ley de 1988). De todo ello ha de concluirse que la nulidad de compromiso derivada de la incapacidad de los árbitros por concurrir en ellos una causa de recusación sólo se produce, respecto de los arbitrajes regulados por la Ley de 22 de diciembre de 1953, cuando la causa de recusación es anterior al nombramiento del árbitro, no cuando la misma es posterior a esa designación. **(STS de 19 de diciembre de 1990; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se interpuso recurso de nulidad contra un laudo protocolizado en escritura pública, alegándose como motivo ciertas causas sobrevenidas de recusación de los árbitros. No prospera el recurso de casación interpuesto. **(J. A. M. M.)**

