

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLV
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMXCII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

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

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)
Notario de Madrid

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: <i>Codificación, descodificación y recodificación ...</i>	473
FAIREN-GUILLEN, Víctor: <i>Algunas notas sobre la protección procesal de la letra de cambio -cambiale- en España</i>	485
DIEZ-PICAZO, Luis María: <i>Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)</i>	501
GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente: <i>Sistemas germánicos de cesión de créditos</i>	535
LOBATO GOMEZ, J Miguel: <i>Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado</i>	651
Información legislativa	
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ:	735

Bibliografía

LIBROS

IGARTUA ARREGUI, Fernando: <i>La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos</i> , por Alma M. ^a Rodríguez Guitián.— LOPEZ PEREZ, J.: <i>Prórroga y Rehabilitación de la Patria Potestad</i> , por Teodora F. Torres.— LLACER MATA CAS, Rosa M. ^a : <i>El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica</i> , por Nieves Fenoy Picón.— REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA, NUMEROS 11-12 DE 1991, por M. ^a del Pilar Cámara Aguila.— SANCHEZ GONZALEZ, M. P.: <i>Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8.^a</i> , por Regina Gaya Sicilia.— SOLDEVILLA VILLAR, Antonio D.: <i>Derecho Agrario. Lecciones para un curso</i> , por Helena Vicente Domingo	747
--	-----

REVISTAS

<i>Revistas españolas</i> , a cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE	765
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>La responsabilidad de los educadores</i> , por Antonio NAVARRO BELMONTE	783
<i>Sobre los efectos del «prejuicio de la Letra» ex. Artículo 1170 CC en el contrato de descuento bancario</i> , por Beatriz ALONSO SANCHEZ	803

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Javier BARCELO DOMENECH, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Ignacio DIAZ de LEZCANO, M. ^a del Rosario DIAZ ROMERO, Nieves FENOY PICON, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ	807
--	-----

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 II



ABRIL-JUNIO
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.: 84-7787-272-4
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

Codificación, descodificación y recodificación

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

El Código Civil italiano de 1942, cuyos cincuenta años de vida conmemoramos (1), representa para los estudiosos del Derecho Civil, que pertenecen a la misma generación que yo, lo que algunos autores de nuestro país, con cuyos libros estudiábamos en los últimos años cuarenta y primeros años cincuenta, «los Códigos más modernos y progresivos». Seis, ocho o diez años después de su puesta en vigor, denominarlo «moderno» no era otra cosa que una constatación de su proximidad temporal. En la idea de «moderno» existe, sin embargo, otra connotación. Seguramente quiere decir algo que responde mejor a las necesidades de los tiempos. Era progresivo, probablemente porque representaba las metas o las cotas, que, en aquellos momentos, se consideraban como necesarias en un progreso que —debo decirlo— era, meramente jurídico, como si el Derecho o el ordenamiento pudieran progresar por sí solos, en su presentación exterior, en su pura consideración como estructura. Si se me permite el símil, era algo así como una partida de ajedrez mejor jugada.

Es notoria la influencia ejercida en nosotros, los españoles, por la literatura jurídica italiana, especialmente a partir de los antes citados años cuarenta. La Universidad de Bolonia fue siempre una especie de meca a la que muchos de nuestros estudiosos acudían en peregrinación a beber de las fuentes de un derecho que se consideraba más perfecto, seguramente por la pervivencia de la obra del Cardenal Albornoz y por la presencia del Colegio de España. Sería injusto, sin embargo, pensar que esos eran los únicos factores de atracción. La nación italiana se ha encontrado siempre muy bien dotada para el razonamiento y para la construcción jurídica. Merece, con justo título,

(1) El texto reproduce la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, el día 15 de mayo de 1992, con motivo del cincuentenario del Código civil italiano.

ser pensada como la heredera legítima y directa de los padres fundadores del Derecho, lo que pueden ser los juriconsultos romanos, o, lo que es más probable, los glosadores y los posglosadores que pusieron los cimientos del Derecho Común. Para los españoles, respecto de Italia, existía, además, que, parafraseando el título de una obra de Goethe, se pueden denominar como las afinidades electivas, producto de la comunidad de cultura y de la proximidad de las lenguas. La cultura jurídica española estuvo denominada a lo largo de todo el siglo XIX y del primer tercio del siglo XX, por la francesa. A finales de los años veinte y en los años treinta, comenzó a producirse un deslumbramiento por la literatura jurídica alemana, que acrecentó la meritoria traducción, con algunas agudas anotaciones, de la obra de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf por los profesores Pérez González y Alguer. No obstante, en la época de la que estoy hablando, la literatura jurídica alemana no había todavía salido del marasmo que produjo el final de la Segunda Guerra Mundial.

El Código Civil de 1942 constituye, además, el primero de los muy singulares casos de países que, teniendo ya Código Civil, han procedido a llevar a cabo una nueva codificación. Por decirlo con una frase que les gusta ahora a los autores de eslóganes comerciales, pertenece a la segunda generación de Códigos Civiles, en la cual se encuentra acompañado, hasta donde me consta, por el Código Civil portugués de 1967 y por el Código Civil holandés cuyos libros 1.º y 2.º entraron en vigor en 1976 y cuyos libros 3.º, 4.º y 5.º comienzan a regir este año. La cuestión a descifrar es, por tanto, qué profunda razón indujo a la realización de esta segunda generación de Códigos Civiles. Tal vez para ello puedan volverse a esquematizar las razones que determinaron en la Europa occidental y en América Latina la primera codificación. Respecto de ella, será difícil añadir nada a lo que ya se sabe, pero el esquema puede facilitar nuestros razonamientos en punto a la segunda codificación o a la segunda generación de Códigos Civiles. Para explicar el fenómeno general de la codificación, en su primera versión o en su primera generación, me serviré de las siguientes coordenadas, que permiten contemplar desde ángulos diferentes, aunque en ningún caso contrapuestos, los factores, las razones y las aspiraciones que la codificación buscaba. Las describiré estudiando, uno, la codificación como racionalización; dos, la codificación como progreso; tres, la codificación como pedagogía, y cuatro, la codificación como utopía.

La codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico, en cuanto mundo normativo. Es racional, porque es hija legítima del racionalismo y del culto a la diosa razón, erigido por la Revolución Francesa en sustitución de otros cultos más antiguos con teologías seguramente más complicadas. La tentativa de racionalización del Derecho había sido llevada a cabo por los autores de la llamada Escuela del Derecho Natural, quienes partiendo del postulado esencial de la libertad del hombre y procediendo casi *more geométri-*

co, consiguieron deducir una serie de proposiciones jurídicas que aparecían como necesarias. Tampoco en este punto conviene engañarse demasiado. Lo que la Escuela del Derecho Natural realiza es una reelaboración racionalizada de los materiales, que, procedentes del Derecho Romano, se encontraban consagrados en el Derecho Común. Hugo van Groot, llamado Grotius, mientras estuvo prisionero en el Castillo de Lovenstein, en una de las numerosas guerras de España en Flandes, en el año 1613, escribió una introducción al Derecho Civil holandés, de la que se cuenta que no fue escrita para ser publicada, sino para iniciar a sus hijos en el estudio del Derecho. Con justicia se ha dicho que sustituyó en aquel país a la *Iustituta justiniana*, pues en verdad es una instituta racionalizada. En la última década del siglo Jean Domat puso las leyes civiles en su orden natural y Robert Pothier fue su heredero.

Todo ello quiere decir que el culto en materia jurídica a la diosa razón se encontraba perfectamente abonado. Este culto tuvo que significar el ideal de una refundación del mundo social. Los Códigos como intento de refundación del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Procesal y del Derecho Mercantil recuerdan, inevitablemente, al nuevo calendario que los revolucionarios franceses trataron de poner en pie para explicar básicamente el retorno de las estaciones, que continuaba siendo el mismo. En otro sentido, recuerda, también a la reforma del sistema de pesas y medidas, que trata de suprimir un particularismo intolerable, para facilitar una más completa relación social.

El paralelo con el sistema de pesas y medidas permite entender que en el proceso de codificación como racionalización había dos líneas, que pueden denominarse, de perfección cuantitativa y de perfección cualitativa. La perfección cuantitativa es, ante todo, una compresión o una reducción del conjunto de mensajes en que plasmar la reglas del derecho. Si puedo continuar utilizando símiles, recuerda a la entresaca de un bosque que ha crecido excesivamente y en el que es ya difícil orientarse una vez dentro, pero también antes de entrar. Efectivamente, el Derecho Común era extensísimo, complicado, difícil de entender. Desde finales del siglo XVII, en Francia, había dominado una idea de jurisprudencia, que puede traducirse por la filosofía o la forma de entender el derecho que los tribunales tenían. En un sistema poblado de jurisprudencias, al que, por paradojas del destino, nos volvemos a acercar, los árboles, como vulgarmente se dice, no permiten ver el bosque y el bosque resulta incomprensible tanto para los iniciados como para los que no lo son. Es perfectamente explicable que Robespierre estigmatizara la jurisprudencia: esa horrible palabra. Cuando la Asamblea estudiaba el proyecto de ley que instituía el Tribunal de Casación, se discutió la cuestión de la renovación de los jueces. Algunos preferían una renovación gradual para preservar la jurisprudencia del Tribunal. El Tribuno fue tajante. Aquel Tribunal no tendría jurisprudencia. Ya no habrá más jurisprudencia que la ley. La

ley expresa la voluntad general; la jurisprudencia, el poder de la casta de los jueces.

El ideal de la comprensión o reducción del material normativo se encontraba fundado en la creencia de que de esta manera se acercaba más al ideal de perfección. No es casual que se demandara para el Código la más perfecta sencillez. Es verdad que Robespierre había reconocido que las leyes de un gran pueblo no pueden ser simples, pero parece no ser la misma cosa la falta de simplicidad de las leyes y la de su concreción y sencillez de su manifestación exterior. La simplicidad y la simplificación del material normativo expresan también el ideal de la asequibilidad. Las leyes se hacen para que puedan ser conocidas por todos los ciudadanos, que, en la inicial concepción jacobina debían participar en la administración de la justicia y en las asambleas en las que las leyes se adoptaban. Los ciudadanos que deben realizar la justicia tienen que conocer las leyes. La vieja regla «*nemo ius ignorare censetur*» se comprende de esta manera con un nuevo significado, que expresa también la idea de que las leyes y la justicia no deben dejarse en manos de una clase —los juristas— sospechosa de complicidad con el antiguo régimen y que es, por esta misma razón, un instrumento de opresión. Se trata de una clase de ciudadanos, que no debe recibir un excepcional poder y privilegio porque, no enlaza directamente con la voluntad general.

Por todas las razones expuestas, el Código encarna la idea de progreso. Ante todo, de progreso en sentido político. Es la plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos. Se piensa que sea el vehículo para estabilizar los principios de la revolución y para extenderlos. En la mochila de todos los soldados de Napoleón, que propagan la buena nueva por el continente, además de un bastón de mariscal, hay un Código Civil.

El progreso pretendido es también un progreso económico. La burguesía triunfante en la revolución pretende desarrollar sus negocios y necesita para ello un sistema legislativo seguro, las máximas posibilidades de previsión en los resultados de los futuros litigios a que las empresas económicas puedan conducir, que se consigue a través de un sistema jurídico simplificado y seguro, en el que, por supuesto, los jueces cumplan la función que Montesquieu les había asignado de ser la boca que pronuncia las palabras de la Ley.

En los seguidores tardíos del modelo francés como es el caso español se encuentra implícita la idea de que existe igualmente un progreso jurídico. Cada ordenamiento jurídico particular puede progresar y, de hecho, progresa si se ajusta a las coordenadas del sistema de codificación. Esta idea la expresa con toda claridad en España Manuel Alonso Martínez cuando se esfuerza por conseguir la codificación civil frente al conservadurismo de las regiones que poseen Derechos civiles especiales.

He hablado del Código como pedagogía. Esta característica me parece indiscutible si las cosas no son lo que sus autores pretendieron que fueran, sino aquella función que finalmente cumplen.

Hemos visto cómo existió el ideal de un derecho asequible, que pretendía su posible conocimiento por todos los ciudadanos. Pretendía también, o consiguió, la formación de una nueva clase de juristas habituados a las construcciones abstractas del Código, de manera que su aplicación pudiera producirse casi automáticamente. No es casual el hecho de que la idea del silogismo judicial aparezca históricamente tras la promulgación de los Códigos Civiles. Se trata de algún modo de simplificar y de racionalizar la práctica jurídica. Como ha señalado Max Weber, la antigua administración de justicia, inevitablemente empírica, con un complicado sistema de recursos judiciales, representaba un alto costo y un fuerte obstáculo para los intereses de la sociedad burguesa, que necesitaba en una práctica jurídica racional, que debía realizarse a través de un derecho formalizado, sistematizado e inequívoco, creado de una manera teleológicamente racional, que excluya tanto la vinculación a la tradición como la arbitrariedad. De este modo, en la base más profunda del Derecho codificado se encuentra la realización de una función pedagógica, que lo convierte en el Derecho de juristas por excelencia. El Derecho codificado trata de sustituir la práctica jurídica empírica o casuística por un sistema que posea una cierta automaticidad y, al mismo tiempo y por la misma razón, trata de sustituir la formación artesanal de los juristas por una formación abstracta y racional que cumple mejor los mencionados intereses. Thibaut hablaba de la «incalculable ventaja que el Código representa para la verdadera formación superior de los servidores del derecho, de los maestros y de los discípulos». Y ello en razón de que, según el mismo autor, muchas de las partes singulares del sistema jurídico son una especie de matemática jurídica pura. No puede, pues, discutirse lo que se puede llamar la función pedagógica de los Códigos. El Derecho codificado es el que se hace objeto de estudio. No es tampoco casual que los códigos contengan cláusulas explicativas al modo de un pequeño catecismo. Por ejemplo cuando dice «la servidumbre es...» o «llamase arrendador...». El Código es el tema del aprendizaje del derecho: lo que es objeto de las investigaciones sobre los fundamentos, las conexiones y el alcance de las normas. Desde este punto de vista resulta evidente la diferencia que desde didáctica existe entre las disciplinas con Código y las disciplinas que carecen de él. Sólo las primeras se integran con nosotros, formando un conglomerado con nuestra conciencia y se distinguen de las amplias zonas del ordenamiento legal y reglamentario, siempre mal conocidas y peor analizadas.

La última de las coordenadas desde la que puede ser examinado el proceso de codificación es la que ha señalado recientemente Csaba Varga («Codification as a socio-historical phenomenon», Ed. Akadémiai kiadó, Budapest, 1991) al hablar del Código como utopía. El

Código era una utopía porque en él plasmaba la utopía revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un derecho realizado por todos los ciudadanos. El Código representa, al mismo tiempo, una utopía, porque es algo así como plasmar un instante de la realidad y pretender que la realidad será siempre la misma. El Código se encontraba, por ello, desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, que, incesantemente fueron posteriormente surgiendo (las crisis económicas, el problema obrero, etc.)

Estas nuevas realidades fueron recibiendo poco a poco respuesta, pero ello se hizo a través de una serie de leyes especiales, que supusieron importantes fisuras en el cuerpo unitario del Código y que permiten hablar de descodificación. La descodificación es, en primer lugar, la proliferación de las leyes especiales que se sitúan extramuros del Código. Estas leyes especiales determinan además, lo que Federico de Castro llamó la especialización científica y técnica. Su aparición determinó la creación de grupos de juristas que se especializaban en el conocimiento y en las vías de aplicación de estas leyes, de manera que, por lo menos algunas de ellas, terminaron por constituir disciplinas separadas.

Convengamos, pues, en que existe una primera forma de descodificación, como ruptura de la unidad del Código, a causa de la proliferación de las leyes especiales. Las ediciones de bolsillo de los Códigos Civiles van hoy seguidas de una más o menos amplia y siempre necesaria exposición de tales leyes. En el caso español, además, por el carácter tardío que el Código Civil tuvo y por las dificultades que encontró, el codificador, en una labor apresurada, renunció a la unificación del Derecho civil y dejó al margen un buen número de leyes especiales, como fueron la Ley del Registro Civil, la Ley de Propiedad Intelectual o la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad. Naturalmente, cien años después las leyes especiales se han ido, de manera irremediable, incrementando. Sería erróneo, sin embargo, creer que las corrientes descodificadoras terminan aquí. La absoluta comprensión del mensaje en las codificaciones de corte tradicional provocaba evidentes dificultades de interpretación y admitía variantes, respecto de las cuales hubo que hacer a posteriori la selección. Esta selección entre los posibles mensajes es rigurosamente también una descodificación, que tuvo inevitablemente que hacerse por la vía doctrinal y jurisprudencial. Frente al ideal utópico del Código único y a la proscripción de la jurisprudencia que los jacobinos deseaban —la horrible palabra que asustaba a Robespierre— fue inevitable la reaparición de la jurisprudencia de los tribunales, atribuyendo significación a los mensajes comprimidos que podían poseer varias distintas. Se trata, como es obvio, de la función de interpretación que los tribunales necesariamente tienen. La labor de éstos, no obstante, tampoco se detuvo aquí y se fue produciendo, poco a poco, a impulsos de las nuevas necesidades, una integración del sistema codificado, realizando tareas constructivas a partir de las cláusulas generales contenidas en

él. Es bien sabido que a partir de la cláusula general del parágrafo 242 del Código Civil alemán, la jurisprudencia ha podido construir figuras tan heterogéneas como las de la desaparición de la base del negocio y la aplicación de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*», el abuso del derecho o la inadmisibilidad de «*venire contra factum proprium*».

En el Derecho francés y en el español, ocurrió algo parecido. Sin que se sepa muy bien con qué apoyo legal, la jurisprudencia española reconoció desde 1944 la llamada doctrina del abuso del derecho, más tarde consagrada legislativamente en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973; reconoció, asimismo, el principio general de buena fe y la doctrina de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*». Con base en antiguas decisiones judiciales anteriores al Código Civil que tomaban su base en las Leyes de Partidas, obra española del siglo XIII que es un trasunto del Digesto y, dentro de ellas, del texto correspondiente a Pomponio (50, 17, 206), la jurisprudencia continuó hablando de enriquecimiento injusto o sin causa, no especialmente contemplado en el Código y de la que en España se llamó doctrina de los propios actos, que es la antes citada regla de la inadmisibilidad *venire contra factum proprium*. El ordenamiento jurídico se va poblando, al lado de las normas estrictamente codificadas y de las interpretaciones de tales normas, de lo que a grosso modo se pueden denominar doctrinas. Un caso llamativo de integración jurisprudencial del sistema lo constituye en el Derecho francés y en el Derecho español, la elaboración de la responsabilidad extracontractual. A partir de la regla de la obligación de indemnizar los daños causados por culpa, procedente de la Ley Aquilia y del Derecho Común, la jurisprudencia de los tribunales ha ido evolucionando hacia sistemas de responsabilidad por riesgo, de inversión de la carga de la prueba de la culpa o del establecimiento de criterios o patrones de diligencia más amplios de los que podían resultar de las normas legales. Por todo ello, hay que reconocer que un Código no es hoy sólo la letra que fue promulgada en un momento histórico anterior, sino las elaboraciones y reelaboraciones doctrinales y jurisprudenciales llevadas a cabo alrededor de él y sin las cuales hoy no puede ser rigurosamente entendido. El extranjero que quiera hoy comprender el Código Civil italiano de 1942 no podrá hacerlo sin la ayuda, por lo menos, del comentario de Cian y Trabucchi y, quien quiera conocer algo, no muy profundamente del Código Civil alemán, se tendrá cuanto menos que servir del comentario de Palandt.

Es difícil determinar si con estas reelaboraciones el Código resulta enriquecido. Los doctrinarios, los profesores, los amantes de las novedades, dirán en seguida que sí. Personalmente no lo discutiré. Sin embargo, me parece claro que el ideal codificador se desvanece y en lugar del Código simple y asequible parece un mundo especialmente abigarrado y confuso. Por emplear una terminología al uso, el Derecho privado deja de ser transparente y se hace opaco.

Hay, una forma mucho más insidiosa de descodificación, que, en los momentos actuales se observa, por lo menos en mi país. La integración del sistema codificado, arrancando de cláusulas establecidas en él, fueran éstas abiertas o no, obedecía a una labor constructiva, o si se prefiere a una concreción, realizada de forma metodológicamente seria. En la actualidad, los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado. Me parece posible atribuir esta tendencia, que se puede configurar como un epifenómeno del llamado derecho libre, a la influencia de la cultura norteamericana y un simplificado entendimiento de la idea de la creación judicial del derecho. Es claro que de mantenerse una línea semejante, el Código, formalmente en vigor, salta hecho añicos.

Para cerrar el examen del panorama que presenta el proceso de descodificación, hay que añadir todavía otras dos causas profundas. La primera de ellas es la puesta en vigor, al concluir la Segunda Guerra Mundial, de Constituciones de carácter rígido, muchas de cuyas reglas son de eficacia directa y que, en todo caso, permiten un juicio de constitucionalidad de las leyes, por obra de un tribunal a quien específicamente se atribuye esta jurisdicción. En España, por razones que son bien conocidas esta evolución ha sido tardía y se ha producido hace sólo ahora catorce años. La posibilidad de un juicio de constitucionalidad de las leyes, especialmente por la vía de la cuestión de constitucionalidad, ha abierto a los jueces la posibilidad de poner en duda el ajuste de las normas legales anteriores con el sistema constitucional. Ello ha podido llevar, en ocasiones, ciertamente limitadas por el momento, a la declaración de nulidad de normas contenidas en los Códigos Civiles. La regulación del Derecho de familia tal como había quedado cristalizado en la codificación, era notoriamente contraria al principio de igualdad y a la interdicción de las discriminaciones por razón de sexo o de condiciones personales. En Italia y en España ello determinó la necesidad de una reforma, muy profunda y extensa del Derecho de familia, que, aunque incorporada a los Códigos, no ha dejado completamente cerrada la cuestión. En la jurisprudencia española, especialmente por lo que se refiere a las acciones de declaración de filiación no matrimonial y a los derechos sucesorios de los hijos de esta clase, se ha sostenido que las normas anteriores del Código Civil habían quedado derogadas directamente por la Constitución. Debo aclarar en este punto que la Constitución española contiene una cláusula derogatoria de todas las disposiciones que se opongan a ella, lo que ha permitido la aplicación de esta cláusula directamente por los jueces y tribunales ordinarios, sin intervención necesaria del Tribunal Constitucional. Es verdad que la declaración de derogación por inconstitucionalidad ha limitado sus efectos al breve período que media entre la puesta en vigor de la Constitución —1978— y la promulgación de la reforma del Código Civil en materia de Derecho de familia —1981—, pero es cierto también que el

impulso del juicio de constitucionalidad abre un boquete en las normas codificadas de imprevisibles consecuencias para la codificación misma. No se trata, por supuesto, de criticar este fenómeno, que en la medida en que trata de implantar los principios y normas constitucionales, parece justo. Se trata, simplemente, de señalar de qué manera, a través de esta vía se produce una nueva causa de descodificación.

Por último, hay que aludir al influjo que en los Derechos nacionales de las naciones integradas en la Comunidad Europea, van a ejercer las normas emanadas de ésta y, en especial, las directivas. Por el momento, en las materias estrictas del Derecho Privado no han sido especialmente amplias, aunque pueden recordarse algunos supuestos notorios, como son el de responsabilidad del fabricante por defecto de los productos o las relativas a las ventas realizadas fuera de los establecimientos. La idea de que la igualdad jurídica en las condiciones de partida es necesaria para una competencia real, continuará dinamizando un nuevo Derecho Privado, respecto del cual las viejas codificaciones no podrán defenderse. En el momento actual se encuentran en marcha los proyectos de directivas sobre cláusulas abusivas en los antiguamente llamados contratos de adhesión y hoy condiciones generales de contratación o las de responsabilidad por servicios. Muy probablemente, si la Unión europea progresa, resultará necesario, por lo menos parcialmente, un nuevo Derecho de Obligaciones, porque, evidentemente no son las mismas las situaciones concurrenciales cuando la responsabilidad contractual se rige por unos u otros principios por poner sólo un ejemplo. La parcial unificación de un Derecho Privado supranacional y supracomunitario se está produciendo también. Prueba de ello es el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías que deja anticuadas las normas del Código sobre el contrato de compraventa.

Aunque el panorama pueda parecer desalentador, hay indicios que permiten pensar que la codificación, como técnica jurídica, ha de sobrevivir.

He citado al principio las formas de recodificación, que llamé Códigos de segunda generación, y es hora de ocuparse de ellos. Al hablar de recodificación, conviene hacer algunas puntualizaciones. No incluyo en ella los Códigos Civiles que fueron promulgados como consecuencia de cambios políticos profundos, especialmente en los países que habían establecido el llamado socialismo real. No me referiré, por consiguiente, a los Códigos Civiles de las Repúblicas de la antigua Unión Soviética, ni al Código Civil de Polonia, de 1966, ni al de la antigua República Democrática Alemana, ni a la reforma que en el Código Civil, que había heredado de España, realizó la revolución cubana. Ceñiremos, por consiguiente, el análisis de los Códigos que, sin razones políticas de base, han pretendido colocar la regulación del Derecho Privado a la altura de los tiempos. Respecto de ellos, es indudable que el Código Civil italiano de 1942 representó una avanzada.

Debo decir también que no creo que existieran razones profundas para esta segunda codificación, en el sentido de que no aparece impulsada por las necesidades de lo que puede llamarse la segunda, o tal vez la tercera, revolución industrial o el paso a la sociedad pos-industrial, porque este paso ha podido hacerse en países carentes siempre de codificación, como es el caso de los anglosajones (notoriamente la Gran Bretaña y los Estados Unidos) y ha podido hacerse también en los países que han conservado los Códigos Civiles decimonónicos.

Una explicación de las razones de la recodificación se puede encontrar en las páginas que Arthur S. Hartkamp, abogado general en el Tribunal Supremo de Holanda y miembro de la Comisión de Revisión del Código Civil en el Ministerio de Justicia, escribe en la edición, redactada en inglés, en francés y en neerlandés, del Código Civil, bajo los auspicios del Ministerio de Justicia de los Países Bajos y del Centro de Investigación en Derecho Privado y Comparado de Quebec, publicado en 1990. Según él, el anterior, el Código Civil, debía considerarse, antes de la reforma, anticuado en numerosos puntos. En muchos puntos las reformas habían sido establecidas, a veces en el interior de los Códigos y otras mediante leyes particulares. De ello resultaba un retraso en el desarrollo del Derecho Privado que tuvo que ser colmado en gran parte por la jurisprudencia. En algunos campos, los Tribunales supieron tender puentes entre el Código y una sociedad que se ha encontrado en rápida evolución a lo largo del siglo xx. Algunos podrán felicitarse de esta iniciativa de los Tribunales, pero otros podrán sentirse molestos en la medida en que sus efectos han consistido en inmovilizar algunos tímidos esfuerzos de reforma. De ellos resulta, dice Arthur S. Hartkamp, una bifurcación de las vías preconizadas en lo que concierne a la modificación del Código Civil. De un lado, había quienes preconizaban la prosecución del camino de las sutiles distinciones elaboradas casuísticamente por los tribunales, aunque ello conduzca a un derecho cada vez más opaco. Por otro lado había quienes preconizaban las reformas legislativas en leyes especiales con la esperanza de que condujeran a reglas más transparentes, aunque este camino tropezara con la dificultad práctica de insertar las reglas reformadas en un sistema cuya complejidad no cesa de crecer. Las dificultades de la reforma habían producido, a mitad del siglo xx, un Derecho Privado de una incontrolable opacidad, cuyo contenido se encontraba diseminado en Códigos parcialmente anticuados, en una panoplia de leyes especiales y en una multitud de decisiones judiciales, de manera que todo ello se encontraba muy lejos de la intención expresada a partir de 1789 de formular el Derecho Privado en Códigos generales.

De este modo la polémica entre partidarios y enemigos de la recodificación queda abierta. Los partidarios pueden añadir a los argumentos antes expuestos la idea de que la mejor vinculación del juez a la ley se produce insertando las soluciones en un sistema codificado. Frente a ello, se pueden utilizar otros argumentos. En alguna ocasión

le he oído decir a F. Galgano que el desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial solamente exige la capacidad del ordenamiento para recibir los nuevos contratos, que el desarrollo económico va incesantemente creando y una jurisprudencia capaz de reaccionar ante ello, con la suficiente flexibilidad. La idea me parece importante. Los Códigos Civiles decimonónicos, como es el caso del español no han sido obstáculo para recibir los contratos modernos que llevan casi todos nombres ingleses, como el leasing, el factoring, el sponsoring y tantos otros. También han recibido, sin dificultades especiales, las nuevas formas de garantías, como las garantías autónomas, los avales a primera demanda o las cartas de patrocinio.

Donde personalmente veo el problema es en la necesidad de una jurisprudencia con dosis suficientes de agudeza y de flexibilidad para introducir los contratos atípicos en el sistema contractual. Este es, probablemente, un problema de suficiente pericia y formación en los jueces, en el cual no todos los países nos encontramos en igualdad de condiciones. Por eso, a falta de jueces suficientemente expertos, la inclinación debe dirigirse hacia la recodificación.

Para concluir, debo todavía, cumpliendo el encargo que me fue encomendado, decir alguna cosa sobre la proyección exterior del Código Civil italiano de 1942, cuyo medio siglo celebramos, o lo que es lo mismo, cómo ha sido visto desde el extranjero. Dije al principio que en los años cincuenta se le mencionaba entre los Códigos más modernos y progresivos. Es bastante claro que ha constituido el modelo para algunos Códigos Civiles de los países latinoamericanos, como el caso del Código Civil de Venezuela o el del segundo Código Civil del Perú. Diré también que si en España hubiera que acometer una recodificación, el Código Civil italiano sería sin duda uno de los modelos. Ha inspirado muchísimas soluciones doctrinales. Por ejemplo, en materia de asunción de deuda, de onerosidad excesiva, de resolución por imposibilidad sobrevenida. Ha inspirado a la literatura jurídica española y parcialmente a través de ella la jurisprudencia del Tribunal de casación.

A lo anterior habría que añadir alguna otra cosa. Me parece muy correcto el diagnóstico de Giorgio Cian cuando en el Congreso de Venecia de 1988 hablaba de una relectura del sistema civilístico francés, en clave del pensamiento pandectístico y pospandectístico, que condujo a una suerte de fusión de las dos culturas jurídicas no falta de originalidad y especificidad. El análisis puede profundizarse señalando que, tal vez por la razón antes apuntada, el Código Civil italiano representa una cierta comercialización del Derecho Civil, de manera que, especialmente en el Derecho de obligaciones y contratos, se abandona el punto de vista de favor debitoris, por una mayor consideración de los derechos del acreedor, que es favorecedora del progreso económico. El paso de una estricta responsabilidad subjetiva o por culpa en materia contractual, a una responsabilidad en cierto modo objetivada, es un buen síntoma de ello. La regulación de la mora debi-

toris ofrece un ejemplo de la misma idea, como finalmente lo es el hecho de que el Derecho comercial quedará refundido en el Derecho Civil de las obligaciones y contratos, además de estarlo en el Libro del trabajo donde se regulan la empresa y las sociedades. Nosotros, los españoles, tenemos también el Código de 1942 como heredero legítimo de la importantísima generación de juristas italianos que se produjo en los primeros treinta años del siglo, respecto de la cual no es necesario mencionar ningún nombre. Un profesor belga Van Canaghan, en un pequeño libro, que recoge sus explicaciones en la cátedra Goodhart de Oxford, que ha sido traducido al italiano en la Colección de Juristas Extranjeros de Hoy con el título de «Los Señores del Derecho», contrapone un derecho de profesores, que para él encarnan las creaciones de Derecho Común, con un derecho de jueces, cuyo paradigma sería el Common Law de los anglosajones y un derecho de legisladores que sería el Derecho de la Codificación. Se trata de una visión simplificadora. Probablemente en todos los derechos estos tres factores confluyen.

Ningún ordenamiento jurídico puede sobrevivir si los legisladores no mantienen las normas en vigor o las derogan, si los jueces no las aplican rectamente o si los profesores y los escritores no las analizan. El problema es de graduación de todos estos factores. Esto dicho, puede ciertamente reconocerse en la codificación civil italiana de 1942 notorios influjos profesoriales, que colocan al Código Civil en la órbita de los llamados Códigos eruditos. No llega al absoluto tecnicismo, al carácter un tanto abstracto del BGB, pero es un Código erudito. Podríamos, incluso apuntar la idea de que tras todas las formas de recodificación ha existido un influjo profesoral que encontró acogida en la instancia política. En el caso neerlandés, que he citado varias veces, es muy clara la iniciativa originaria del profesor Meijers.

Por su época, el Código Civil italiano ha recibido el influjo de lo que se llamó la huida a cláusulas generales, que es también una de las características más sobresalientes de la segunda generación de Códigos. El legislador se sabe ya impotente para adivinar todas las posibilidades de futuro y establece lo que se llaman conceptos-válvula para que una jurisprudencia flexible pueda obrar en ellos. Además debe señalarse también que el Código Civil italiano de 1942 redujo a términos razonables la supraabstracción del Código Civil alemán. Es un claro signo de ello la renuncia a regular legislativamente la figura teórica del negocio jurídico. Resumiendo, podemos decir que en el ambiente cultural latino y mediterráneo introdujo novedades muy importantes, abrió horizontes a la doctrina y a la jurisprudencia de los países de ese ambiente cultural e hizo progresar la cultura jurídica.

En la actualidad se mantiene en buen estado de salud. Conserva su capacidad para afrontar los retos de futuro; es uno de los modelos posibles para llegar a la unificación europea de Derecho de Obligaciones y Contratos y, por todo ello, hay que desearle larga vida.

Algunas notas sobre la protección procesal de la letra de cambio —cambiale— en España (*)

VICTOR FAIREN-GUILLEN

Profesor Emérito de Derecho Procesal
de la Universidad Autónoma de Madrid

La aparición, durante la Edad Media, de nuevas necesidades del Comercio, creó la precisión de que los nuevos instrumentos comerciales, fuesen ejecutables lo más rápidamente posible (1). Pero no pudo evitarse que, al no tratarse de sentencias judiciales, y con ello, haber un mayor riesgo de una ejecución indebida, pudiesen oponerse medios de defensa declarativos (excepciones, motivos de nulidad), esto es, de que debiera conservarse la contradicción, aunque fuere limitada. Así nació el *judicium executivum*, en las fronteras entre la ejecución forzosa y la cognición limitada —*sumaria*— (2), y así, naturalmente, evolucionando, en España, desde su aparición en el siglo XIV, es un firme pilar del tráfico con títulos ejecutivos contractuales, hasta el extremo de ser uno de los modelos procedimentales más utilizado (más de 100.000 casos en el Año Judicial 1985-1986).

(*) Comunicación al XVIII Convegno nazionale de la «Associazione Italiana fra gli Studiosi del processo civile», (Torino, 4-5 de ottobre de 1991).

(1) Sobre este fenómeno histórico, cfr. siempre de actualidad, H. K. Briegleb, «Geschichte des Executiv-Prozesses», 2.^a ed., Lieschning, Stuttgart, 1845, *passim*; H. K. Briedgleb, «Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse», Tauchnitz, Leipzig, 1859, *passim*; Fairen-Guillén, «El juicio ordinario y los plenarios rápidos», Ed. Bosch, Barcelona, 1953, I parte, *passim*; «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo: el Ordenamiento sevillano de 1360», en mis «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, ed., *Rev. Der. Priv.*, 1955, pp. 553 y ss.

(2) Cfr. las *obs. cit.* de Briegleb, *passim*; también, Kohler, «Executivprozess und executorische Urkunden», en sus *Gesammelte Beiträge*, Berlin, Heymann, 1894, pp. 500 y ss; De Gregorio Rocasolano, «El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón», en *Anuario de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1449 (1952), *passim*; Núñez Lagos, «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», Madrid, CSIC, 1945, *passim*.

Entre los títulos ejecutivos contractuales, naturalmente se halla la *letra de cambio o cambial*. Su regulación, ha venido evolucionando, lógicamente, desde 1881, fecha de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1429-4.º). Se deseaba presentar al instrumento «integrado» o «bastante completo» en la ley procesal; pero se impuso la necesidad de modernizar su ordenamiento, a tenor de las exigencias del tráfico, y en la Reforma introducida por la promulgación de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985 muchos viejos trazos del título ejecutivo «cambial» o «letra de cambio», se han trasladado a la citada ley mercantil (3).

Lo cual, no impide que el procedimiento para la ejecución de la cambial, sea el del clásico «juicio sumario ejecutivo» (el previsto para los demás títulos ejecutivos contractuales: escrituras públicas, documentos privados reconocidos judicialmente, la vieja «confesión judicial», acciones y obligaciones, pólizas de contratos mercantiles, etcétera) (4).

Las líneas generales del modelo, son relativamente sencillas: Comiéntase con unas «diligencias preparatorias», de creación del título ejecutivo contractual. Para la cambial, se trata del «protesto» notarial, o actualmente, de sus sustitutos; esto es, de advertir a los interesados en la cambial, que ya es conflictiva, que se la discute.

(3) Sobre esta Ley, cfr. el gran comentario de Casals Colldecarrera, «Estudios de oposición bancaria», Barcelona, 2 vols., 1986 (I); Ortiz de Navacerrada, «Aspectos procesales ejecutivos de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque», en *Actualidad Civil*, n.º 7, 1985, *passim*; Cortés Domínguez, «El nuevo juicio ejecutivo cambiario», en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* dirigidos por Menéndez, Madrid, ed. Civitas, 1986, pp. 880 y ss.; De la Oliva Santos, «Tratamiento procesal de la letra, el cheque y el pagaré», en *Revista de Derecho Procesal*, 1988, I, *passim*; Rodríguez Merino, «Sobre el nuevo "juicio ejecutivo cambiario" a tenor de la Ley 19/1985, de 16 de julio», en *Problemas actuales de la Justicia* (Estudios en Honor de Gutiérrez-Alviz Armario, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1988, pp. 519 y ss.); Senés Motilla, «Consideraciones sobre la fuerza ejecutiva de la letra de cambio y el juicio ejecutivo cambiario», en *Estudios de Derecho Procesal* en honor de Víctor Fairen-Guillén, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1990, pp. 479 y ss.; Moreno Catena, «Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario», en *Documentación Jurídica* (Monográfico), XIII, 1986, pp. 15 y ss.; Romero-Maura Giménez, «Comentario a la nueva Ley Cambiaria y del Cheque. Especial referencia al nuevo juicio ejecutivo cambiario», en *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 497 y ss.; Pérez Valenzuela, «Las defensas cambiarias», en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1986, *passim*; Muñoz Sabaté, «El levantamiento condicional del embargo en el proceso ejecutivo cambiario», en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1986, *passim*; Majada, «Práctica del juicio ejecutivo. Actualización 1987», 3.ª ed., Barcelona, ed. Bosch, 1987, *passim*.

Este «juicio» —o procedimiento— no es sino una simple variación del clásico «juicio ejecutivo» general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el cual, la bibliografía es abundantísima; cfr. un resumen, p. ej., en el «Tratado de Derecho Procesal», de Prieto-Castro, ed. Aranzadi, Pamplona (diversas ediciones), a.f., T. II.

(4) Cfr. la nota n.º 3, a.f.

Constituido el título (por deuda líquida en dinero), se formula una demanda a la que acompaña el título. El juez, *inaudita pars*, examina algunos motivos de nulidad del título, *ex officio*, y si nos los halla, ordena se requiera al demandado de pago. Si no lo hace «en el acto» se embargan bienes para responder de la deuda. Este embargo constituirá la primera fase de la ejecución.

El deudor, si paga, termina con el procedimiento; si consigna bienes suficientes, se suspende el embargo.

Una vez efectuado el requerimiento de pago y el embargo en su caso, el demandado, antes de que la ejecución siga adelante, puede oponer cierta cantidad de motivos de nulidad del título, o determinadas excepciones, relacionadas *exhaustivamente* en la ley.

El demandante, transformado así en demandado, puede oponerse; ambas partes, pedir prueba y practicarla —prueba en algunos casos limitada— y se dicta sentencia que es apelable con efecto suspensivo (pero la ejecución puede continuar, bajo caución o aval bancario).

El juez de este procedimiento, es siempre el de la ejecución forzosa, y en España no hay problemas sobre intervención o no del colegio judicial, ya que rige el principio del juez único, del cual no hay quejas en lo civil (5) (6).

En el Ordenamiento italiano, un recuerdo de las regulaciones sumarias medievales, se encuentra en la condena con reserva de excepciones, y exactamente sobre la base de una cambial (art. 62-II del Decreto de 14 de diciembre de 1933); si las excepciones son de larga averiguación, se las reserva para otra fase o continuación de proceso, y mientras tanto, el juez dicta una condena provisional, con o sin caución (7). El modelo es análogo, más no igual al español. Pero en los dos casos, se encuentra la *sumariedad*, una cognición limitada, por razones de *urgencia necessitatis*; es la celeridad que el Comercio requiere.

(5) Cfr. una versión correcta del procedimiento del juicio ejecutivo, por ejemplo, en el «Tratado» de Prieto Castro.

(6) Nótese que no se trata de un modelo de *ordo* simétrico y dialéctico, sino de un *processus* asimétrico, en favor del demandante —del ejecutante—, y de mucha menor dialecticidad, que cede a la lógica del juez.

Cfr. Giuliani, «Il *Ordo* iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1988-3, pp. 598 y ss.; «Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleagding», en *The Judicial Rewiev*, Edimburgo, 1962, pp. 216 y ss.; «La procedura del metodo dialettico: della tradizione aristotelica a quella medioevale», en la ob. colectva *Modelli Storici della Procedura Continentale*, VI Seminario sull'Educazione Giuridica, Perugia, 1989 (publ. prov.).

(7) Cfr., p. ej., desde el clásico Calamandrei «Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato», en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, XVII (1940), pp. 2, 3 y ss., y en sus «Opera Giuridiche», Morano, Nápoles, vol. IX (1983, pp. 471 y ss., y bibl. allí cit.; p. ej., Liebman, «Manuale di Diritto Processuale Civile», 4.^a ed., Giuffrè, Milán, 1980, I, pp. 167 y ss.

No tenemos en España la diferencia legal entre «actos de oposición a la ejecución» —que dan lugar a un proceso de cognición aparte— y «actos de oposición a los actos de la ejecución». Pero sí la de los motivos de nulidad y las excepciones materiales o procesales, esto es: la diferencia entre el *an* y el *quomodo* de la ejecución (8).

Y en ambos ordenamientos, los motivos de oposición a la ejecución, están limitados (luego pueden dar lugar a la aparición de un rito sumario y después, de otro plenario). Pero quizá la diferencia mayor entre ambos regímenes —en cuanto a los títulos ejecutivos contractuales, los del artículo 1129 español y de 474-2 y 3 del CPC italiano— se encuentra en esa limitación de los medios de oposición; hasta ahora, en España, y con respecto a la cambial, estaban exhaustivamente relacionados en la ley (art. 1465 LEC, derogado en 1985 por la Ley Cambiaria), mientras que en el CPC italiano, falta esa exhaustividad legal (9).

Y pienso que, cuando los motivos de oposición a una demanda dejan de enumerarse, la sumariedad de ese procedimiento, está en vía de desaparecer (10), y el procedimiento se está transformando en un plenario rápido. Es lo ocurrido en Italia con el *procedimento sommario* del CPC de 1865 (Tarzia) (11) y en México, Distrito Federal, con el mismo juicio sumario ejecutivo, devenido plenario rápido (12).

En Italia, la «sentencia con reserva de excepciones» en el caso de la cambial, aparece cuando se oponen excepciones de averiguación complicada. Más que de la simple alegación de tales excepciones, parece hacerse alusión a la prueba de las mismas, más o menos dilatoria.

Lo cual parece traer a la actualidad la ya vieja doctrina —también medieval— de la diferenciación de los medios de prueba entre «lentos» y «rápidos», distinción que en el siglo XIX diera lugar a gran discusión entre Hieronimus Von Bayer y Hans Karl Briegleb (13).

(8) Cassazione (italiana), SS de 2 de abril de 1964, n.º 727, en *Foro It. Mass.*, 1964, p. 183, *cit.*, por Nicolo-Perna-Piacentini, «I procedimenti di esecuzione», Giuffrè, Milán, 1970, p. 545.

(9) Arts. 615 y 617 CPC.

(10) Esa «enumeración» es la clave de las limitaciones en la cognición, distintivas de los juicios sumarios. Cfr. desde Briegleb, «Einleitung», *cit.*, pp. 36 y ss. hasta mi modesto trabajo «El Consulado de Valencia; de proceso a arbitraje; sus posibilidades» en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Madrid, Edersa II, 1984, *passim*.

(11) Cfr. Tarzia, «Retrospectiva sulla vicenda del procedimento sommario», en *Riv. Dir. Proc.*, 1987, pp. 532 y ss.

(12) Cfr. Soberanes, «Historia del juicio ejecutivo civil» (Tesis doctoral Universidad de Valencia —España— 1974), UNAM, México, 1977, *passim*.

(13) Cfr. Briegleb, «Einleitung», *oit.*, § 68, pp. 310 y ss., y Von Bayer, «Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civil process», reimpression de la 8.ª ed. München, Verlag der litararischer tistischen Anstalt, 1858, § 239, pp. 776 y ss.

En España, y en el juicio ejecutivo, no hay diferenciación entre motivos de oposición «lentos» y «rápidos» (14), y el plazo probatorio —si las partes lo piden— es siempre el mismo: de diez días. Pero, repito, los motivos de oposición, hasta 1985, en el caso de la cambial, estaban limitados en la misma Ley procesal.

[Sin perjuicio de poder esgrimir otras defensas, en el juicio ordinario ulterior al ejecutivo; en el «ordinario» a que se refiere expresamente el art. 1479 LEC] (15).

Pero la Ley Cambiaria de 1985, ha transformado entre panorama procesal.

En cuanto a las «diligencias de preparación del título» de la letra, de la cambial, con la intención de atender a uso masivo de la cambial por los bancos, se intenta sustituir el «protesto» (16) ante Notario (16a) un funcionario que daba fe del título con su intervención; una

(14) Cfr. la aplicación jurisprudencial de la doctrina sobre excepciones «lentas» y «rápidas», en *Cassazione*, SS 6 de julio de 1927, ap. «Rep. Foro It.», 1927; «Esecuzione», n.º 63, y de 28 de enero de 1937; «Rep. Foro It.», 1937, v. «Compensazione», n.º 10 y ss., *cit.*, por Calamandrei, *ob. cit.*; «Apelación», roma, 12 de enero de 1966, en *Temi Romani*, 1966, p. 593; Tribunale de Firenze, 5 de marzo de 1953, «Giur. Toss.», 1953, 85 (m), en Nicolo, *ob. cit.*, pp. 522 y 587, respectivamente.

(15) «Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover le ordinario sobre la misma cuestión.»

Esta proposición, es errónea —error clásico sobre los juicios sumarios. La cosa juzgada material —la formal, siempre— se produce «sobre aquéllo de que se trató o se pudo tratar y no se hizo» (Tribunal Supremo, ej. sobre la letra de cambio en el juicio ejecutivo —antes de la promulgación de la Ley Cambiaria de 1986—, Sentencia de 6 de octubre de 1977; lo mismo, la de 6 de febrero de 1977.

Cfr., p. ej., Gómez de Liaño, «El juicio ejecutivo cambiario», publ. de la Univ. de Salamanca, 1980, pp. 209 y ss.

(16) Cfr. De la Oliva, *ob. cit.*, pp. 42 y ss; Senés Motilla, *ob. cit.*, pp. 485 y ss.

(16a) La intervención de fedatarios públicos en la formación de los títulos ejecutivos contractuales, da lugar a fuerte polémica, en la que se disparan intereses extrajurídicos y no se duda en ignorar al Derecho Procesal.

Es razonable la tendencia a salir de la crisis que sumerge al «proceso» civil, mediante el arbitraje; lo que ya es excesivo, es atacar al primero en sus garantías, en defensa de, no la economía general, sino de oligocracias de las que la solidaridad está ausente...

Cfr., p. ej. —a mi entender acertadamente— De la Oliva, «En defensa del título ejecutivo, en defensa del derecho», en *Revista de Derecho Procesal*, 1988-2, pp. 271 y ss., en polémica con B. M. Cremades (su trabajo publicado: «El crédito bancario y su instrumentación», en *La Ley*, Madrid, 20 de marzo de 1987, 1078 a 1096, Conferencia pronunciada en el Colegio Universitario de Estudios Fiscales, dependiente del Consejo Superior Bancario). Desafortunado trabajo de crítica tendenciosa al viejo juicio ejecutivo, en nombre de dos feísimos e innecesarios «neologismos»: el de «la *desintermediación* financiera» (*sic*) y «la *desintermediación* procesal» (*sic*); el A. *se desvía hacia una confusión del «ejecutivo»* con una especie e «monitorio puro», pero sin verlo. «Del banco a la ejecución» *parece* ser el lema.

garantía suprimida (17) o bien «perfeccionarlo» a través de una serie de «comunicaciones» de cartas que se dirigen a los diversos firmantes de la cambial; cartas particulares, sin que se adopte ninguna precaución para evitar o comprobar su retraso, y en época en que el Correo español se halla en ya larga y total crisis (18). Hay grandes posibilidades de que el título, la cambial, no llegue ni siquiera a formarse.

Ya dentro del procedimiento ejecutivo, sin duda para cohonestar la regulación española con la de la Ley —internacional— de Ginebra de 1939, el sistema de «excepciones enumeradas exhaustivamente» ha sido sustituido por el de «grupos de excepciones» sin fijar el contenido concreto de cada grupo exhaustivamente (18a) (19).

(17) Cfr. sobre la «sustitución» o desaparición del protesto notarial en la nueva regulación legal española, p. ej., De la Oliva, «Tratamiento», esp. pp. 42 y s.; Senés Motilla, *ob. cit.*, pp. 485 y ss.; Majada, *ob. cit.*, pp. 121 y ss.

Sobre las diversas reformas sufridas por la LEC desde su promulgación (en 1881) hasta ahora, en este punto, Rodríguez Merino, *ob. cit.*, esp. pp. 553 y ss.

(18) Es un hecho de notoriedad general, el del pésimo funcionamiento del Correo oficial español —no ha muchos años, modélico—, a la vez que el teléfono, el telégrafo, y los demás medios de comunicación. Aún antes de que estallase semejante crisis —que se prolonga, sin que se vea su salida—, cfr. críticas contra los modelos españoles —y no españoles— de notificaciones, en Alcalá-Zamora Castillo, «Las comunicaciones por correo, telégrafo, teléfono y radio, en el Derecho Procesal Comparado», obra de Derecho Positivo, pero con perspectivas de futuro que se han confirmado, en *Estudio de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Vol. II, pp. 29 y ss.; más próxima, y con enfoque desde la práctica del Procurador, Anzizu Furest, «Aspectos sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, duración y coste del proceso», en *Para un proceso civil eficaz*, ed. de Ramos Méndez, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp. 41 y ss.; mi libro «La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984), Madrid, ed. Civitas, 1985, pp. 122 y ss.

(18a) Pero ni siquiera estos grupos están claramente deslindados ni sistematizados. El art. 67 de la Ley Cambiaria de 1985, dice así:

«El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.»

«El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes:

«1.º.—La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.»

«2.º.—La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley» ¡Nótese la *diseminación legal!*

«3.º.—La extinción del crédito bancario cuyo cumplimiento se exige al demandado.»

«Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo.»

[No hay enumeración de las «personales», que sería interminable.]

«En el caso de que se ejercite la acción cambiaria por vía ejecutiva no será de aplicación lo previsto en el artículo 1464 y en los números 1.º y 2.º del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Y el 68 de la Ley Cambiaria:

Así, es necesario examinar toda o casi toda la Ley Cambiaria para saber de qué excepción concreta se trata. Y se han olvidado las excepciones procesales contra la letra (20), de manera que se deberá acudir también a la vieja LEC (21).

«El ejercicio de la acción cambiaria en juicio ejecutivo se someten al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil con las particularidades previstas en los artículos anteriores y las que a continuación se expresan» (cfr., *infra*, «el levantamiento del embargo»).

Esto es: el cauce del juicio es el procedimiento sumario del art. 1429 CC, LEC, con limitación de excepciones.

(19) Véase la redacción del art. 1429 de la LEC, en su primera versión (de 1881):

«La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.»

«Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes:

1.º.—Escritura pública, con tal que sea primera copia, o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante.

2.º.—Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución.

3.º.—La confesión hecha ante Juez competente.

4.º.—Las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere opuesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago.

5.º.—Cualesquiera títulos al portador, o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.

Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache al ejecución la tache de falsedad del título que en el acto hiciera el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio.

6.º.—Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de Agente de Bolsa o Corredor Público que estén firmadas por los contratantes y por el mismo Agente o Corredor que intervienen en el contrato, con tal de que se comprueben, en virtud de mandamiento judicial y con citación contraria, con su registro, y éste se halle arreglado a las prescripciones de la Ley.»

Prescindiendo aquí de otras reformas, la Ley de 16 de diciembre de 1954, reformó el art. 1429, n.º 4.º —letras de cambio— añadiéndole estos párrafos:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la aceptación hubiese sido intervenida, o la firma del aceptante estuviere legitimada, de conformidad con el artículo 521 del Código de Comercio, la mera tacha de falsedad opuesta por el aceptante no impedirá el despacho de la ejecución, sin perjuicio de que dicha excepción pueda alegarse en el juicio.»

Y como consecuencia de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1988, el art. 1429 LEC, n.º 4 —letra de cambio— quedó así:

«Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del cheque.»

(20) Cfr. Senés Motilla, pp. 507 y ss.; Cortés, «Naturaleza del llamado proceso ejecutivo regulado en la Ley de la Letra de Cambio, pagaré y cheque», «Proserpina» (UNED, Centro Regional de Extremadura, n.º 3, 1985, 54; Majada, p. 88; Rodríguez Merino, p. 566.

(21) Al art. 1464, aunque la Ley Cambiaria —y antes, el art. 1465 LEC, para las excepciones en la cambial— no lo cite.

Pero además de estas excepciones relativamente innominadas, la Ley Cambiaria introduce las «excepciones personales» o «derivadas de relaciones personales» del demandante contra o con otros interesados en la letra (22). También en Italia se pueden traer estas excepciones (art. 65, Decreto 14, dic., 1933, con ref. al 2 y al 21).

Y con ellas, ya se abre todo el campo de las relaciones causales de la letra o cambial, y por tanto, aparecerá una enorme cantidad de motivos de oposición. Todo sueño sobre la «abstracción» de la cambial, se ha desvanecido.

Por ello, en Italia y en España, la doctrina estima que lo que pudiera haber de «sumario» en el tratamiento procesal de las cambiarias, a fin de facilitar, hacer más rápida su ejecución, está desapareciendo o ha desaparecido.

Y no consuela el que, en el Proyecto de reforma procesal español, su director, profesor y magistrado Almagro Nosete, diga que va a substituir al viejo e inadecuado *ordo* de «Mayor cuantía» en méritos de «un proceso más rápido», que supliría a los «sumarios» (23). Ya estoy cansado de oír semejantes proyectos, sin ningún resultado práctico.

Para el futuro de la letra de cambio española, que ve complicado su tratamiento procesal rápido el «sumario» ejecutivo, su cambio por otro en el que las relaciones causales, apareciendo constantemente, se comportan como un elefante en un almacén de porcelana, aquéllas precisan de un tratamiento «profundo», «lento», que es el que en Ita-

Pero sería inadmisibles, p. ej., que se siguiera adelante pese a una «incompetencia de jurisdicción» (art. 1465-11); aunque el remedio se hallaría en el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —no menos conflictivo, en cuanto a las nulidades, cfr. mi libro «Comentario a la Ley Orgánica del Poder Judicial», Madrid, EDERSA, 1986, pp. 298 y ss., y la doctrina del Tribunal Constitucional o el 51 (a mi entender, no derogado) de la LEC.

(22) Aquí se halla la gran apertura a los medios de oposición en los que se debata sobre las relaciones causales de la letra. Cfr. Senés Motilla, pp. 504 y ss.; De la Oliva, «Tratamiento», pp. 55 y ss.; Rodríguez Merino, p. 566; Romero Maura, *passim*; Maja-da, pp. 89 y ss., y esp. 91.

(23) Cfr. Almagro Nosete, catedrático, magistrado del Tribunal Supremo y presidente de la «Sección Especial para la Reforma Procesal» (1988-1990) de la Comisión General de Codificación, en el fragmento, de su autoría, titulado «Presente y futuro del proceso civil», en la obra *Materiales para una Reforma Procesal*, publ. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 357 y ss., y esp. 429 y ss.

[En cuanto a los «procesos especiales» cuya superabundancia en el Ordenamiento español ha sido objeto de muchas quejas (entre ellas, la mía, con un proyecto de eliminación de varios ya improcedentes, en mis «Sugerencias sobre el “Anteproyecto de Código Procesal Civil” de 1966», pub. Secr. Publ. Universidad de Valencia y *Revista de Derecho Judicial*, 1967, que Almagro sigue), cfr. este A., *ob. cit.*, pp. 380 y ss., y esp. 430 y ss.]

lia lleva a esa sumariedad, por exclusión de los motivos de tales lentitudes (24); en méritos de la celeridad.

Para ese futuro, veo que en el Proyecto de Reforma —parcialmente publicado, sin Bases ni textos; tan sólo una exposición de motivos de su director en un volumen ufanamente titulado «Materiales» a imagen de los «Materialien» austriacos de Klein, so pretexto de la «artificial separación entre lo que se denominan sentencias que producen eficacia de cosa juzgada formal» (serían las recaídas en los «juicios sumarios») «y sentencias que gozan, además, de eficacia de cosa juzgada material» (las recaídas en juicios plenarios) (*Materiales para una Reforma Procesal*, Ministerio de Justicia, 1991) (25).

Veo que, so pretexto de esa diferenciación [en la que Alamagro confunde «eficacia» y «autoridad de cosa juzgada» de las sentencias (26)], «deben suprimirse» los juicios sumarios.

En alusión a algunos de los múltiples defectos y lagunas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en mi libro «Doctrina General del Derecho Procesal», pp. 76 y ss., decía que es muy diferente el «resolver un problema» que el «suprimirlo», «eliminarlo» más o menos fundadamente o brutalmente. Y ponía el ejemplo de Alejandro Magno con el Nudo Gordiano. Aquí se «opera» así con una gran porción del Derecho Procesal.

Y con respecto a esta «eliminación» y al juicio ejecutivo (recordemos que es uno de los más utilizados en España) (27), dice el A. citado: «Como quiera que su función procesal (la de los juicios sumarios) puede ser útil si se priva a su regulación de gangas históricas, sin duda, justificadas en su tiempo, pero innecesaria en el nuestro que aspira a un proceso ordinario más rápido se propone establecer una regulación unitaria, en cuanto sea posible, de este tipo de procedimientos que denominamos provisionalmente *proceso conminatorio*.

(24) Cfr. Calamandrei, *ob. cit.*; Liebman, «Manuales», I, p. 167; Satta, «Manual de Derecho Procesal Civil», trad. española Sentis Melendo, Buenos Aires, 1971, II, arg. 163, pero contrario a lo sumario, dada su especial concepción de estos juicios (*ob. cit.*, II, pp. 188 y ss.), que también se halla en Inglaterra sobre la «sumariedad» como fenómeno extrajurisdiccional. Cfr., p. ej., Sharpe, «The Lew of Habeas Corpus», 2.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 201 y ss., con las aportaciones clásicas de Lord Coke y Lord Holt. (Cfr. mi trabajo «Examen crítico de la Ley de Habeas Corpus española de 24 de mayo de 1984», Ponencia General para el Simposio internacional sobre «Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los Derechos Humanos en Iberoamérica» (México, 6-9 de julio de 1991) y en mis «Estudios de Derecho Procesal Civil Penal y Constitucional», Madrid, Edersa, Vol. III, 1992).

(25) Cfr. Almagro Nosete, *ob. cit.*, p. 429.

(26) Cfr., p. ej., Liebman, «Efficacia et autorità della cosa giudicata», ed. por la Fundación «Piero Calamandrei», Milán, 1962, *passim*, con abundante bibliografía, en pro y en contra.

(27) Según la estadística que figura en el mismo vol. «Materiales», *cit.*, pp. 153, para el Año Judicial 1985-86, pp. 100-222.

Dentro del Título correspondiente se establecerían las particularidades que afectan a los llamados títulos ejecutivos y se ampliarían y potenciarían las actuales diligencias preparatorias de la ejecución, de manera que se extendieran a la adveración de algunos documentos, mediante, claro es, la imposición de obligaciones procesales o, en su caso acreditamiento probatorio; también se ampliarían los supuestos que permitan elegir esa vía procesal, de manera que ésta sirva para cumplir los fines que hoy realiza el procedimiento monitorio en algunos ordenamientos extranjeros» (Almagro Nosete, «Presente y futuro del proceso civil», en *Materiales para una Reforma Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 430).

En este párrafo, se ven muchas promesas y aún más cautelas. No se sabe si se va hacia el «Monitorio» o no; nada se dice sobre una reforma de los «llamados títulos ejecutivos» —expresión peyorativa («La adveración de algunos documentos») —; no se dice a qué nuevos supuestos se aplicaría esta «nueva vía procesal». Con semejante boce-to —ni siquiera esquema— no estimo se pueda hacer mucho bueno.

El anhelo de «simplificación» de la normativa y normas procesales, lo comparto. No sus abusos, el de llegar a suprimir garantías elementales en méritos de tal «simplificación». Ese es el peligro, sobre todo, en gentes juveniles, de más impulsos que frenos. Y sigo recordando los momentos históricos en que se ha aspirado seriamente, casi a tener «un proceso sin procedimiento» —al del «juicio sumario indeterminado» propugnado, entre otros, por el siniestro Carpzovio en el siglo XVII (27a).

Hay que examinar además y *siempre* —y no menos ahora— la carga de sano antiformalismo que pueda llevar cualquier «innova-

(27a) Esta nota, proviene de un libro mío («El juicio ordinario y los plenarios rápidos», Barcelona, ed. Bosch, 1954, pp. 61 y ss.) más la he alegado posteriormente unas cuantas veces, por considerarla necesaria.

En el siglo XVII, se desarrolló en Alemania, la peligrosísima doctrina procesal según la cual, la Clementina *Saepe contingit* —pletórica de aciertos, que más de un legislador moderno querría para sí— debería interpretarse, no con estudio de sus *substantialia iuris positivi* —sus trámites positivos, «el procedimiento»— sino según «las reglas procesales naturalmente necesarias (*Substantialia processus naturalia, a iure naturali seu divini inducta*). El resultado, fue la introducción de la arbitrariedad en los procesos so capa de «derecho natural o divino». Ello dio lugar a que ese «juicio sumario indeterminado» apareciese de manera «insana» (Briegleb, «Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse», Tauchnitz, Leipzig, 1859, p. 119), «inservible prácticamente» (Briegleb, *ob. cit.*, p. 121), degenerando hasta devenir «un monstruo» (Brieger, *cit.*, por Briegleb, *ob. cit.*, p. 122).

Cfr. mi libro *cit.*, y mi trabajo «El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje sus posibilidades», en mis *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Madrid, Edersa, I, 1983, esp. 225 y ss.

Queda por aclarar aquí que si no el creador, sí uno de los más destacados partidarios de tal «modelo procesal» fue Benedikt Carpzov (Carpzovius), autor también de un modelo procesal penal inquisitivo cruelísimo.

ción» (?) procesal o procedimental, con todo rigor (27b) a efectos de determinar en ella, lo bueno y útil, y lo inspirado en lamentables anhelos hedonísticos, que actualmente se manifiestan tan descaradamente. Y sin imputar la aquí pretendida «simplificación» a tales deseos según los datos que hasta ahora poseo, ese «antiformalismo» puede perjudicar más que favorecer al tráfico. Lo que ocurre en Italia actualmente, en torno a su reforma procesal, puede servir de ejemplo.

En Italia, si no me engaño, la Legge-Delega» de 1981, deja fuera de su n.º 17: «[...] se quiere una puntual caracterización e individualización, por obra del legislador delegado, a fin de reducir las dudas sobre la eficacia ejecutiva de títulos diferentes de los expresamente considerados por el actual artículo 474 CPC, incluso sin fórmula ejecutiva» (28).

Esto es, carga sobre «el legislador delegado» «el introducir títulos extrajudiciales, en particular, observando si la práctica ha elaborado nuevos esquemas documentales que merezcan el legitimar de manera autónoma el recurso a la vía ejecutiva» (Verde, Rap. G. «Convegno Assoc. St. Dir. Proc.», roma, 1981, p. 70) (29) (30).

Con respecto a los «juicios sumarios», se les reorganiza así:

«25-28.—Ante todo, se ha revisado la exigencia de la neta distinción entre procedimientos de cognición plena y exhaustiva (ora se desarrollen en la forma del rito llamado ordinario, o en la de ritos de los llamados especiales, eventualmente, también en consideración a

(27b) Ahora, según el Prof. Lorca Navarrete, en su trabajo «La denominada fase intermedia y la constitucionalidad del enjuiciamiento que realiza la Audiencia Provincial sobre el auto de conclusión del sumario y sobre su sobreseimiento. Notas de *lege data*», en la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, San Sebastián, 1991-2, páginas 155 a 161, parece que «el proceso no existía antes de 1878», en virtud de sus ideas sobre las bases de su «sustantividad garantista». Me alude en varias ocasiones. Pienso contestarle —si tengo salud— punto por punto. Mas estimo deber decir aquí que, si en la época de los gobiernos del General Franco, algunos juristas no hubiésemos *mantenido y publicado* esos «planteamientos inoportunos», es muy posible que la Constitución de 1978, no hubiera llegado nunca.

(28) Cfr. el «Disegno di Legge Delega per il nuovo Codice di Procedura Civile», con su «Relazione», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1981, pp. 645 y ss.

(29) Cfr. Verde, «Relazione al Convegno di Disegno di Legge Delega per il nuovo Codice di Procedura Civile» («Atti») (Roma, 9-10 de octubre de 1981, en el *XL Quaderno de la Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, ed. Maggioli, Rimini, 1982, titulada «La disciplina dell'esecuzione forzata secondo il disegno di legge per la delega al governo per un nuovo codice di procedura civile», p. 70.

(30) La *Novella italiana de Reforma del CPC* (Ley de 28 de noviembre de 1990, Suplemento Ordinario de la *Gazzetta Ufficiale*, n.º 281, de 1 de diciembre de 1990) —ley aún no entrada en vigor por dificultades estructurales de la organización de las secretarías judiciales y otras— no afecta a estos problemas, si bien se refiere en algo a la ejecución forzosa. Cfr., p. ej., Consolo-Luiso-Sassani, «La riforma del processo civile» («Commentario»), Giuffrè, Milán, 1991, pp. XXVIII y ss.

exigencias de celeridad) y procedimientos sumarios, esto es, principalmente al efecto de evitar el riesgo inherente, de presumir el poder resolver los problemas de la disfunción de la plena cognición, por medio de la generalización del recurso a la tutela sumaria (que así, deja de ser tal).»

Se trata de obtener, con este diseño, los siguientes objetivos: «a) asegurar exigencias de economía procesal, evitando el coste, al desperdicio de actividad y de tiempo que conlleva el proceso de cognición plena y exhaustiva, cuando, en consideración a la prueba del derecho accionado, sea fuertemente presumible que el sujeto *lato sensu* obligado, no tenga interés en el desarrollo del proceso de cognición plena, y sin embargo, sea útil remitir al mismo el juicio sobre la oportunidad de determinar la instauración del proceso con contradictorio pleno, después de la emanación de un proveído judicial en su falta» (IV, «Procedimenti speciali»).

«b) asegurar la efectividad de tutela con referencia a todos aquellos derechos que, estando caracterizados en función de su no directa patrimonialidad, necesitan de una tutela urgente que prevenga su lesión e impida su continuación, la cual podría determinar un perjuicio irreparable si debiera aprontarse para todo, el tiempo necesario para el desarrollo del proceso de cognición plena y exhaustiva» (ib.) (31).

«Para responder a la exigencia indicada sub. a), se ha predispuesto el procedimiento por injunción, que, con respecto al actualmente vigente, presenta algunas diferentes, sea por la más amplia tipología de derechos que se podrían hacer valer por medio del mismo, sea por la tentativa de armonizar la disciplina de la ejecutividad del decreto con las exigencias contrapuestas de celeridad del (presunto) acreedor, y de defensa del (presunto) obligado, todo ello también en consideración a la prueba de que disponga el (presunto) acreedor» (32).

(31) En España, dentro de esta clasificación, entrarían los procedimientos sumarios para la declaración de incapacidad (art. 221 del C. Civ.) antes de la reforma de 24 de octubre de 1983, aunque en la Disposición Adicional se indique que se trata —la nueva ordenación, directamente en juicio plenario— de una situación provisional, pendiente de nuevas reformas.

Y en ésta... tales procesos «[...] tienen que ser reordenados y agrupados en un mismo título que establezca sus posibles notas comunes y diferenciales, pero siempre con un sentido reductor de sus normas actuales y con el designio firme de volcar (*sic*) sus singularidades en el marco unitario del proceso declarativo ordinario» (Almagro, *ob. cit.*, «Materiales», p. 431).

(32) Sobre el proceso injuncional (el neologismo castellano era indispensable), estoy de acuerdo en que sea uno de los «sumarios» (cfr. Picardi, *Relazione*, al «Convegno sul disegno di una Legge Delega», *cit.*; «I processi speciali», *ob. cit.*, pp. 84 y ss., y 10, 122 y ss.).

En España, un proceso de la familia de los monitorios, sirve, desde tiempo inmemorial, para facilitar la percepción de honorarios por los abogados y procuradores (art. 8

«Para responder a la exigencia sub. b), se ha predispuesto el procedimiento sumario con contradictorio: el procedimiento está destinado a concluir en tiempo muy breve, con ordenanza que, si es de admisión, es ejecutiva inmediatamente; la ordenanza es susceptible de oposición, pero sea en la hipótesis de fallo a la oposición en plazo, sea en la hipótesis de extinción del juicio de oposición, deviene inmutable. Este modelo procedimental, se ha extendido también a las acciones posesorias» (ib.).

De un lado —y esto no se examina aquí— se readmite el proceso injuncional, pero con modificaciones que parece lo inclinen hacia el modelo «puro» desde el «documental» que en Italia rige desde 1922.

Del otro, resulta del éxito en la práctica del procedimiento del artículo 700 —que en su enunciación genérica, bien podría ser simplemente un «cautelar indeterminado» del tipo del artículo 1428 LEC española— el aprovecharla para crear «un procedimiento sommario, in contraddittorio, non cautelare», pero reducido a «los derechos de contenido prevalentemente no patrimonial» (n.º 26) (33).

Esta transformación de lo cautelar en declarativo —así lo estimo— sumario, es de gran interés. Revela que la «urgencia» —de la que se induce también la provisionalidad— de la medida cautelar, *intrínseca* (ya que ésta depende en su extensión y duración, del proceso de fondo al cual está ligada), se transforma en *extrínseca* (ya que lo simplemente «sumario» reviste urgencia, no por depender «de otro juicio» sino de otros hechos exteriores económicos, sociales, etcétera) (34).

LEC). El 20 de septiembre de 1983, se introdujo en el Congreso de los Diputados, por un Grupo de la Oposición, una «Proposición de Ley» para la «introducción en nuestro ordenamiento procesal del llamado juicio monitorio» (B. O. del Congreso, II Legislatura, Serie B, n.º 55-I, pp. 235 y ss.), del modelo *documental* y no *puro*.

No he vuelto a saber nada de esta iniciativa.

Almagro Nosete (*ob. cit.*) parece no tenerla en cuenta (*ob. cit.*, p. 430).

(33) Cfr. *Relazione* el disegno, 25-28 y n.º 28, a.f. Y en efecto, se trata de uno «de los dos modelos de tutela sumaria»; «de la cautelar» (id.).

Ratifico mi impresión —que en otro lugar desarrollaré— de que las diferencias entre lo sumario y lo cautelar, en realidad, no son básicas; en lo cautelar, aparece lo sumario —incompleto— por razones de urgencia, derivadas del carácter instrumental del mismo con respecto a un proceso sobre el fondo del asunto, presente o futuro-inmediato; esto es, por razones intrínsecas de la mecánica procesal.

Y el sumario (noción genérica) no cautelar, es urgente, por razones extrínsecas, que provienen e elementos exteriores al proceso (económicos-sociales). De ahí que el que promueve y vence en juicio sumario no cautelar, pueda conformarse con esa satisfacción jurídica, que es incompleta, pero que él estima suficiente. (Casos de juicios plenarios no obligatorios). Cfr. mi «Doctrina General del Derecho Procesal», *cit.*, pp. 24 y ss., y mi trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», en mis *Temas del Ordenamiento Procesal*, I, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 353 y ss.

(34) No veo ningún arg. en contra, en el trabajo de Loterio Ditorich, «Il procedimento d'urgenza. Presupposti e limiti», en la ob. colectiva, «I procedimento cautelari»,

Y, en síntesis, resulta que en Italia, no se piensa «enviar al archivo» a los juicios sumarios. A la inversa de lo que se pretenda hacer con la Reforma española (35).

Mientras todo esto se proyecta, ya he dicho que el «juicio sumario ejecutivo» por cambial, ha dejado de ser sumario, *in genere*, y que dada la enorme extensión y profundidad posible de las llamadas «excepciones personales» del demandado, no se podrá determinar sino caso por caso, «si hay sumariedad o no, en particular». Lo cual hace que el rito sumario, no sea ya aplicable, en general.

Además, precisa pensar que en el «juicio sumario ejecutivo por cambial», y por la Ley Cambiaria de 1985, se ha introducido la posibilidad de que, en el «juicio ejecutivo» correspondiente —en el que, al no pagar el demandado incontinenti, se ha producido un embargo de bienes—, se produzca un «levantamiento de tal embargo» —medida de gran importancia, como la anterior, que es característica de este modelo— si en el momento de la ejecución de la primera medida, o en el plazo de tres días, compareciere y negase «categóricamente» —he aquí una nueva categoría para las declaraciones procesales— la autenticidad de su firma, o alegase falta absoluta de representación. Este incidente, no suspende el curso del juicio ejecutivo (art. 68 de la Ley Cambiaria) (36).

Pero, parece ya demasiado contenido para un *sumario*; laboriosas diligencias particulares de preparación del título —las «comunicaciones», que tantos juicios van a hacer fracasar—; la avalancha de moti-

dir. por Tarzia (CEDAM, Padua, 1990), pp. 159 y ss. Y estimo confirma mi tesis el trabajo de Elena Merlin, en la misma ob. colectiva, «I limiti temporali di efficacia» (del «Procedimento d'urgenza» del art. 700 CPC), pp. 215 y ss.

También podría decirse que el procedimiento —mejor, el proceso— cautelar, es de efectos provisionales, pero su propia naturaleza, mientras que el sumario no cautelar, lo es «por naturalezas exteriores».

Y vaya aquí mi recuerdo del maestro Calamandrei, cuya enseñanza en este punto, sigo (Cfr. su «Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari», CEDAM, Padua, 1936, *passim*).

La «provisionalidad normal» a que se refiere Tarzia (ob. colectiva, *cit.*, «La tutela cautelare», XXII) es la que acogería estas ideas.

(35) Conste que no me escapa la diferencia procedimental —y procesal— de los motivos de oposición a la ejecución o a los actos ejecutivos (arts. 615 y 617 CPC).

Estimo —con doctrina italiana— que el primero, es una cognición autónoma —incluso con prescripción larga, y sistema de recursos—, pero también «limitado», naturalmente, a lo que es objeto de la ejecución. Es el segundo, esa sumariedad se ve mucho más clara; pero la misma unión al proceso de ejecución, hace que la idea fundamental de éste la inunde y casi no deje verla.

No añadiría nada nuevo a la abundante doctrina italiana sobre el tema, ni es éste el lugar de hacerlo.

(36) Cfr. Muñoz Sabaté, «El levantamiento condicional del embargo en el proceso ejecutivo cambiario», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 323 y ss.; De la Oliva, «Tratamiento», pp. 69 y ss.

vos de oposición, y además, las vicisitudes de la medida del embargo (37).

Las complicaciones y las complejidades de la economía y de las finanzas en la actualidad (38), imponen, efectivamente, transformaciones en los procesos, que inevitablemente, y aún contando con las mejores técnicas prelegislativas y legislativas (39), los llevan por los caminos de, hasta lo intrincado. Ello influye, probablemente, en la progresiva transformación de los «juicios sumarios» en «plenarios». Pero, no veo la conveniencia de dejar ciego ese lugar. Interesa colmarlo, como precaución y prevención ante nuevas y urgentes necesidades de «sumariedad», que no tardarán históricamente en producirse; sin contar con las actuales, que no veo se satisfagan en esa reforma.

Aquella parece ser la opinión de los autores de la «Legge Delega» italiana de 1891, y la de la «tierra quemada», la del reformador español.

(37) Cfr. De la Oliva, «Tratamiento», pp. 59 y ss., y esp. 63 y ss.

(38) Cfr. sobre «complicación procesal» y «complejidad procesal», mi librito «Ensayo sobre procesos complejos», Madrid, ed. Tecnos, 1991, *passim*.

(39) Desgraciadamente, la técnica legislativa, en España, tiene en la actualidad, fallos gravísimos. Cfr. ejemplos prácticos en mi trabajo «Atención a la técnica legislativa», en *Revista en Derecho Procesal*, p. 199), 3, *passim*, y en «Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso (La defensa)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n.º 601, 1990, *passim* y en «La Reforma Procesal», Madrid, EDER-SA, 1992, pp. 1 y ss. y 35 y ss.

Los preámbulos de las leyes

(En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas) (*)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La exposición de motivos como requisito de la iniciativa legislativa. 3. La posibilidad de inclusión de un preámbulo en el texto legal. 4. Exposición de motivos y preámbulo en las disposiciones gubernativas. 5. La carencia de carácter normativo de los preámbulos. 6. El valor interpretativo de los preámbulos y el problema de la **voluntas legislatoris**. 7. La inviabilidad de la configuración de los preámbulos como motivación de la ley. 8. Conclusión: una hipótesis sobre el significado de los preámbulos de las leyes.

«Nuestros legisladores trataron siempre de señalar el origen y el porqué de sus mandatos, y nuestro pueblo exige conocer la razón de su obediencia.»

FEDERICO DE CASTRO,
Derecho Civil de España

1. INTRODUCCION

Existe en el Derecho español, como es notorio, una arraigada tradición en virtud de la cual las leyes —así como otras disposiciones normativas— van a menudo precedidas de un *preámbulo*, también lla-

(*) El presente escrito aparecerá también en los Estudios en memoria de Ignacio de Otto.

Abreviaturas utilizadas: CC, Código Civil; CE, Constitución Española; LGP, Ley General Presupuestaria; LGT, Ley General Tributaria; LJCA, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LOACE, Ley de Organización de la Administración Central del Estado; LOILP, Ley Orgánica de Iniciativa Legislativa Popular; LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial; LOTC, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; LPA, Ley de Procedimiento Administrativo; LRJAE, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; RC, Reglamento del Congreso de los Diputados; RS, Reglamento del Senado; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

mado *exposición de motivos*. Algunos de esos preámbulos, singularmente los de los textos clásicos de la codificación, constituyen sin duda piezas de literatura jurídica de primer orden. Tal es, de manera paradigmática, el caso de la magistral Exposición de Motivos que acompaña a la Ley de Enjuiciamientos Criminal, debida a la insigne pluma de Alonso Martínez, ejemplo de radicalismo en la defensa de los principios liberales y de mesura y discreción en el empleo de las palabras.

En tiempos más recientes, el fenómeno de la llamada *legislación motorizada* ha provocado que, con frecuencia, las leyes carezcan de preámbulo. No cabe afirmar, sin embargo, que esta tradición se haya perdido, ya que las últimas legislaturas han presenciado un nuevo florecimiento de los preámbulos, al menos en textos legales de especial relieve y con vocación de permanencia (1).

Parece claro a primera vista que la función de los preámbulos radica en explicar la oportunidad política y los rasgos técnico-jurídicos de las leyes a que acompañan, constituyendo, por tanto, un valioso instrumento en manos de los juristas para profundizar en el conocimiento del Derecho. No obstante, este aseo no deja de ser una intuición, porque es patente la falta de interés doctrinal en este punto, excepción hecha de breves alusiones en obras generales y algún estudio monográfico aislado (2).

Para quienes tienden a «olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones» —como recuerda otro notable preámbulo, cual es el de la LJCA de 1956— la referida laguna doctrinal puede resultar plenamente justificada: el estudio de los preámbulos de las leyes no sería sino un mero *divertimento* académico. Pero ahora que se ha recuperado la respetabilidad científica del análisis del lenguaje normativo y de la estructura de los textos legales parece un buen momento para intentar, sin excesivos riesgos, un examen dogmático de los preámbulos (3). Este tal vez revele que tras ellos se ocultan más problemas

(1) Piénsese, por ejemplo, en el conocido Preámbulo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que, en un tono tal vez excesivamente didáctico, hace un repaso de la historia de la Administración local española y ensalza las virtudes del autogobierno local. Para una crítica estilística de este Preámbulo, vid. S. Martín Retortillo, «El buen decir de las leyes», en el diario *ABC*, de 21 de junio de 1984.

(2) El único estudio monográfico sobre los preámbulos en la doctrina española es, salvo omisión, el de M. C. Rovira Flórez de Quiñones, «Valor y función de las exposiciones de motivos en las normas jurídicas», Santiago de Compostela, 1972.

(3) Un excelente estudio sobre la estructura de los textos legales es el de GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), «La forma de las leyes», Barcelona, 1986.

jurídico-políticos que los que sueña la pobre imaginación de un toscó legalismo.

Este examen dogmático exige que se aborden diversas cuestiones. Ante todo, es preciso estudiar los aspectos procedimentales y formales de los preámbulos, a fin de esclarecer cómo se insertan en el *íter* legislativo y si son, en puridad, parte integrante de las leyes. Una vez establecido lo anterior, hay que dilucidar si los preámbulos gozan de algún tipo de valor jurídico sustancial o si, más bien, poseen un valor eminentemente político. Sólo tras haber examinado lo anterior se estará en condiciones, en fin, de intentar ofrecer una respuesta al último de los interrogantes que plantean los preámbulos: ¿cuál es su significado dentro del sistema de fuentes del Derecho?

2. LA EXPOSICION DE MOTIVOS COMO REQUISITO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

En relación con el primero de los problemas planteados —esto es, la caracterización formal de los preámbulos—, el punto de partida no puede por menos de ser el artículo 88 CE: «Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.» La Constitución obliga, por tanto, a que los actos de iniciativa legislativa gubernamental vayan acompañados de determinado documento, al que denomina *exposición de motivos*. Más adelante se examinará la razón de ser de este requisito, así como su contenido y las consecuencias de su eventual incumplimiento. Por el momento, conviene permanecer en el terreno de los puros datos normativos.

Así, en plena concordancia con el citado precepto constitucional, el artículo 109 RC establece: «Los proyectos de ley remitidos por el Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos. La Mesa del Congreso ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente.» Esta disposición reglamentaria nada añade, como se ve, a lo ordenado por el artículo 88 CE. Es claro, pues, que los proyectos de ley deben ir acompañados de una exposición de motivos.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando no se trata de *proyectos de ley*, sino de *proposiciones de ley*, es decir, según la terminología de los artículos 87 y siguientes CE —tradicional, por lo demás, en el Derecho español—, de actos de iniciativa legislativa procedentes de las Cámaras, las Asambleas de las Comunidades Autónomas o el cuerpo electoral? También aquí, a pesar del silencio de la Constitución, son preceptivas las exposiciones de motivos. En efecto, el artículo 124

RC dispone: «Las proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas.» Es preciso observar que este precepto no se refiere únicamente a las proposiciones que partan del propio Congreso de los Diputados, sino a todas sin excepción. La inclusión de una norma de alcance general en el Reglamento del Congreso no debe producir extrañeza, si se tiene presente que es en esta Cámara donde comienza siempre el procedimiento legislativo (4).

Pero, si aún cupiera alguna duda, hay que señalar que las normas reguladoras del funcionamiento de los órganos que gozan de iniciativa legislativa se pronuncian en idéntico sentido. Así, el artículo 108 RS: «Las proposiciones de ley que se deban a la iniciativa de los Senadores deberán ser formuladas en texto articulado, acompañado de una exposición justificativa y, en su caso, de una Memoria en la que se evalúe su coste económico. Deberán ir suscritas por un Grupo parlamentario o 25 senadores», y al artículo 3.2.b) LOILP: «El escrito de presentación deberá contener: [...] un documento en el que se detallen las razones que aconsejan, a juicio de los firmantes, la tramitación y aprobación por las Cámaras de la proposición de Ley» (5).

No tiene sentido, llegados a este punto, cuestionarse la Constitucionalidad de los preceptos transcritos, que imponen la exposición de motivos también para las proposiciones de ley, a pesar de que la Constitución no lo haga. No hay que olvidar a este respecto que el artículo 87 CE, al regular la iniciativa legislativa, se remite a los reglamentos parlamentarios —así como a una ley orgánica, para la iniciativa popular—, por lo que éstos tienen la condición de *norma interpuesta* y están plenamente habilitados, por tanto, para regular la materia (6). Queda sentado, pues, que la exposición de motivos es un requisito de todo acto de iniciativa legislativa.

De lo anterior se desprende que, en el vigente Derecho español, la expresión *exposición de motivos* está reservada al citado documento que ha de acompañar a todo acto de iniciativa legislativa. Hoy en día, por consiguiente, es impropio emplear esa locución como sinónimo

(4) Las dos únicas excepciones a esta regla general vienen dadas por el art. 74.2 CE, para la autorización de convenios entre Comunidades Autónomas y para la aprobación del Fondo de Compensación Interterritorial. Vid., al respecto R. Punset Blanco, «La fase central del procedimiento legislativo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, pp. 126-129; F. Santaolalla López, «Derecho Parlamentario español», Madrid, 1984, pp. 276-280.

(5) Por lo que se refiere a la exposición de motivos como requisito de la iniciativa legislativa ejercida por las Asambleas de las Comunidades Autónomas, es preciso acudir a sus respectivos reglamentos. Vid., por ejemplo, el art. 164 del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

(6) Sobre el concepto de norma interpuesta, vid., por todos, V. Crisafulli, «Lezioni di diritto costituzionale», vol. II, Padua, 1984, pp. 200 y ss.

de *preámbulo*, término que alude, como se verá más adelante, al texto que precede, en su caso, al articulado de las leyes —u otras disposiciones normativas— ya aprobadas (7).

La finalidad perseguida por el ordenamiento al imponer la obligatoriedad de la exposición de motivos en la fase de iniciativa legislativa es clara: se trata de transmitir a las Cámaras, mediante un memorándum, la necesidad sentida por el órgano que ejerce la iniciativa de regular una determinada materia, así como de ilustrarla sobre la bondad y conveniencia de la regulación que se propone. Parafraseando el propio artículo 88 CE, el objetivo de las exposiciones de motivos es poner a las Cámaras en condiciones de pronunciarse sobre el proyecto o la proposición de ley.

Si bien ni la Constitución ni los reglamentos parlamentarios contienen previsión alguna acerca de cuál deba ser el contenido y la fisonomía de las exposiciones de motivos, este extremo se induce sin dificultad de su misma finalidad. Las exposiciones de motivos han de ser auténticas memorias justificativas de la oportunidad política y la calidad técnico-jurídica del proyecto o la proposición, de modo que, siempre que alcancen este objetivo, su forma y extensión son irrelevantes. Lo inadmisibles, en todo caso, sería una exposición de motivos que no cumpliera esos requisitos elementales, limitándose a una mera observancia *pro forma* del imperativo constitucional y reglamentario.

Profundizando algo más en el significado procedimental de las exposiciones de motivos, cabe señalar que constituyen un mecanismo no desdeñable de racionalización de la actividad legislativa y, en esa medida, también de control político de los órganos dotados de iniciativa legislativa. Las exposiciones de motivos son, en efecto, un instrumento racionalizador, porque, en tanto en cuanto alguien tiene que exponer de forma motivada las causas que le han impulsado a tomar una iniciativa y las características de ésta, cabe esperar un cierto grado de reflexión y la no presentación de proyectos o proposiciones escasamente meditados. Pero, por encima de este autocontrol —inevitablemente un tanto utópico—, las exposiciones de motivos poseen una innegable fuerza racionalizadora a la hora de valorar los proyectos del Gobierno, en especial cuando no se opera con mayorías puramente mecánicas, ya que permiten conocer el sentido de las directrices políticas gubernamentales y la adecuación de los medios propuestos para realizarlas, así como contrastar todo ello con el programa político de propio Gobierno. Desde este punto de vista, es incontestable que facilitan la tarea de control político, tendiendo un puente de unión entre esta función parlamentaria y la estrictamente legislativa.

(7) Cfr., en idéntico sentido, J. A. Santamaría Pastor, comentario al art. 88 CE, en F. Garrido Falla (ed.), «Comentarios a la Constitución», Madrid, 1985, p. 1271.

va (8). La idea de racionalización de la actividad legislativa es aún más clara en el caso de las proposiciones de ley, dado que, a diferencia de los proyectos, no son de tramitación obligatoria. Aquí la exposición de motivos puede llegar a desempeñar un papel decisivo en el trámite de toma en consideración, convenciendo a la Cámara sobre la oportunidad de incoar el procedimiento legislativo (art. 126 RC, art. 108 RS).

A la vista de lo anterior, es posible ya interrogarse sobre cuál sea el valor de la exposición de motivos en el seno del procedimiento legislativo, es decir, cuáles son las consecuencias de su incumplimiento —o de un cumplimiento defectuoso— del requisito procedimental de acompañar una exposición de motivos a todo acto de iniciativa legislativa. Algunos autores han mantenido, en este orden de ideas, que el requisito en cuestión carece en absoluto de carácter esencial dentro del procedimiento legislativo (9). De esta afirmación extraen dos consecuencias diferentes. La primera de ellas es que la ausencia —o, en su caso, el carácter defectuoso— de la exposición de motivos no vicia en modo alguno el procedimiento legislativo ni, por consiguiente, su producto final la ley. Sería, así, un supuesto de lo que García de Enterría ha denominado, en otro contexto, *irregularidades no invalidantes* (10). La segunda de dichas consecuencias es que, habida cuenta de la naturaleza no invalidante del incumplimiento del requisito en cuestión, la carga de acompañar una exposición de motivos a todo acto de iniciativa legislativa es puramente política, constituyendo así un suero de *obligación moral* carente de consecuencias jurídicas.

Este modo de configurar el requisito procedimental de la exposición de motivos, no obstante, debe ser matizado. Es, sin duda, cierto que no se trata de un requisito esencial, por lo que su omisión o su

(8) Al analizar las funciones parlamentarias, suele distinguirse entre función legislativa y función de control; pero normalmente no se pone de relieve que, mientras la legislación es una *actividad* jurídicamente diferenciada, el control es una mera *función*, que, como tal, puede desarrollarse a través de mecanismos formales específicos (interpelaciones, comisiones de investigación, etc.) o mediante actos cuyo significado primario es muy otro. Piénsese, por ejemplo, en el debate anual de la Ley de Presupuestos, momento de control político por excelencia. Vid., en esta dirección, M. A. García Martínez, «La actividad legislativa como mecanismo de control político», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 14, pp. 59 y ss.

(9) Vid. M. Aragón Reyes, «La iniciativa legislativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, pp. 297-298; M. A. García Martínez, «El procedimiento legislativo», Madrid, 1987, p. 233; J. A. Santamaría Pastor, comentario al art. 88 CE, *cit.*, pp. 1270-1271; F. Santaolalla López, «Derecho Parlamentario...», *cit.*, pp. 219-220.

(10) Vid. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, «Curso de Derecho Administrativo», vol. I, Madrid, 1983, pp. 600-601, donde se examinan los vicios del acto administrativo que, según el art. 48.2 LPA, no dan lugar a invalidez.

cumplimiento defectuoso no vician el procedimiento legislativo. En otros términos, siempre que la Cámara se dé por satisfecha, el acto de iniciativa legislativa es perfectamente válido aún sin exposición de motivos, y ello, porque ésta no afecta a la formación de la voluntad legislativa, ni en cuanto a la conveniencia de regular cierta materia —se puede estar de acuerdo en ella por motivos diferentes de los de quien ejerce la iniciativa— ni, por supuesto, en cuanto a la concreta regulación propuesta, que puede variar a lo largo del procedimiento (11). Ahora bien, no es cierto que del hecho de que la Cámara pueda dispensar el cumplimiento del requisito de la exposición de motivos se desprenda que éste posea una naturaleza puramente política, es decir, que no lleva aparejadas consecuencias jurídicas. ¿Qué sucedería si la Cámara, en un caso de incumplimiento, no se diera por satisfecha? Es claro que podría lícitamente rechazar *a limine* el acto de iniciativa legislativa, dado su carácter defectuoso. Tratándose de proyectos de ley, la propia Mesa del Congreso podría devolverlos al Gobierno (art. 109 RC), ya que la obligatoriedad de tramitar los proyectos gubernamentales (art. 88 CE, art. 109 RC) sólo puede predicarse de aquéllos que hayan sido regularmente formulados. Lo mismo puede decirse de las proposiciones de ley (art. 126.2 RC, art. 108.2 RS), que podrían ser rechazadas por la Mesa —o por el presidente, en el caso de la iniciativa senatorial—, especialmente cuando de iniciativa autonómica o popular se trata, ya que así lo dispone expresamente el artículo 127 RC: «Las proposiciones de ley de las Comunidades Autónomas y las de iniciativa popular seán examinadas por la Mesa del Congreso a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos» (12).

Lo anterior es importante, porque la Cámara tiene el deber de tramitar los proyectos y con respecto a las proposiciones, al menos, el de someterlas al trámite de toma en consideración, pudiendo el cumplimiento de este deber ser exigido ante la jurisdicción constitucional.

(11) No existe, sin embargo, entre los autores que defienden esta postura una explicación de por qué el requisito de la exposición de motivos no tiene carácter esencial ni, más en general, qué rasgos debe presentar un trámite procedimental para ser considerado esencial. Una reflexión teórica sobre este problema se halla en P. Biblino Campos, «Los vicios del procedimiento legislativo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, pp. 211 y ss., y en especial, 224 y ss., donde se vincula la esencialidad de los trámites a su incidencia sobre el funcionamiento del principio democrático. Siendo este punto de vista correcto, sería preciso, no obstante, complementarlo con una consideración de la libertad de opción política del legislador, sólo negativamente vinculado a la Constitución, tal como se verá más adelante.

(12) Por ello, parece más correcta la opinión de I. Molas e I. E. Pitarch, «Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno», Madrid, 1984, p. 144, que afirman la posibilidad de paralizar el procedimiento por incumplimiento del requisito en cuestión.

Ello es relativamente claro en el caso de los proyectos de ley, ya que el Gobierno podría suscitar un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales (art. 73.1 LOTC) (13). En el caso de las proposiciones autonómicas, tal vez cupiera el conflicto de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma —siempre que el órgano ejecutivo superior de ésta hiciera suya la defensa de la correspondiente Asamblea legislativa (art. 63.1 LOTC) (14)—, en tanto que para las proposiciones de origen parlamentario y popular el artículo 23 CE brinda la vía del recurso de amparo (15). Pues bien, abstracción hecha de las dudas que puedan suscitarse acerca de la corrección de alguna de estas vías procesales, resulta indiscutible que, una vez residenciado el litigio ante el Tribunal Constitucional, éste no podría por menos de declarar ajustado a Derecho el acuerdo de la Cámara de inadmitir un acto de iniciativa legislativa carente de alguno de los requisitos establecidos, entre los que se halla la exposición de motivos. De aquí, que la exigencia de ésta no tenga una naturaleza meramente política, por más que la Cámara goce de libertad para dispensarla.

3. LA POSIBILIDAD DE INCLUSION DE UN PREAMBULO EN EL TEXTO LEGAL

Una vez superada la fase de iniciativa legislativa, la exposición de motivos pierde su anterior carácter necesario. En efecto, el artículo 114.2 RC dispone: «Las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la Exposición de Motivos se discutirán al final del articulado, si la Comisión acordare incorporar dicha Exposición de Motivos como Preámbulo de la Ley.» Del inciso final del precepto recién

(13) Es cierto que el rechazo *a limine* de un proyecto de ley no constituye un supuesto de invasión de atribuciones en el sentido literal del art. 73.1 LOTC, ya que, en rigor, el Congreso no se arroga la iniciativa legislativa gubernamental; pero es igualmente cierto que, al obrar así, impide a otro órgano el ejercicio de atribuciones constitucionales, por lo que se da la *ratio* del conflicto de atribuciones: el correcto e imperturbado ejercicio de éstas. Vid., a este respecto, F. J. García Roca, «El conflicto entre órganos constitucionales», Madrid, 1987, pp. 121 y ss.

(14) En este caso, el problema es de pura legitimación procesal, ya que, en cuanto al presupuesto del conflicto, el art. 63.1 LOTC sólo exige un acto que «no respeta el orden de competencias», siendo claro que entre las competencias de las Comunidades Autónomas está la de ejercer la iniciativa legislativa a través de sus Asambleas.

(15) En el caso de la iniciativa parlamentaria, la única vía sería el recurso de amparo, porque el Derecho español no conoce un proceso *ad hoc* para la defensa de los derechos de los miembros y las fracciones de los órganos constitucionales, como el previsto en el art. 93.1.1 de la Ley Fundamental de Bonn. En todo caso, la jurisprudencia constitucional es generosa a la hora de admitir el recurso de amparo ex art. 23.1 CE como vía para defender las facultades de los cargos públicos representativos. Cfr., por ejemplo, las STC 5/1983, 10/1983 y 32/1985.

transcrito se desprende claramente que no es obligatorio que, en la elaboración y aprobación del texto de la ley, haya de incluirse una exposición de motivos. Antes al contrario, lo que establece el Reglamento del Congreso —que, en materia de procedimiento legislativo, desarrolla la Constitución por remisión de ésta (arts. 72.1 y 89.1 CE)— es la libertad de la Cámara para dotar al texto legal de una exposición de motivos, sin que exista en el ordenamiento español criterio alguno acerca de cuándo una ley deba ir precedida de exposición de motivos, fuera de las consideraciones de oportunidad política de la Cámara misma.

En relación con esta posibilidad abierta a la decisión de la Cámara, es preciso, no obstante, hacer tres observaciones. Ante todo, hay que señalar que el texto explicativo que se incorpora definitivamente a la ley no se denomina *exposición de motivos*, sino *preámbulo*. Así se infiere del citado art. 114.2 RC, cuando habla de «incorporar dicha Exposición de Motivos como preámbulo de la ley». Debe ser corregida, por consiguiente, la terminología tradicional española, que identificaba exposición de motivos y preámbulo. Hoy en día, como queda visto, la exposición de motivos en sentido técnico-jurídico es un documento que debe acompañar a todo acto de iniciativa legislativa, en tanto que el preámbulo es un texto explicativo que puede preceder al cuerpo dispositivo de la ley (16).

En segundo lugar, el artículo 114,2 RC, del que se infiere sin sombra de duda la libertad de incorporar o no un preámbulo a la ley, puede inducir a error, sin embargo, acerca de a quién corresponde la decisión al respecto. Dicho precepto parece indicar que es de la Comisión encargada de examinar el proyecto o la proposición de ley y de emitir el correspondiente dictamen de quien depende, en definitiva, que la ley tenga o no preámbulo. Ahora bien, ello no es forzosamente así, ya que el dictamen de la Comisión —como es obvio, siempre que no actúe con competencia legislativa plena (art. 75 CE)— puede sufrir modificaciones en el Pleno, y ello, tanto en el sentido negativo de suprimir el preámbulo propuesto por la Comisión, como en el positivo de incluir uno que aquélla no había previsto en su dictamen. A esta conclusión se llega no sólo por la no vinculación del Pleno al dictamen de la Comisión (arts. 117 y 118.3 RC) (17), sino también por el hecho de que, cuando el artículo 114.2 RC establece la facultad de la Comisión de incorporar el preámbulo, lo hace a efectos de regular el momento de discutir las enmiendas a la misma; es decir, la Comisión ha de discutir las enmiendas al preámbulo después

(16) Vid. *Supra*, nota 7.

(17) Es cierto, no obstante, que estos preceptos reglamentarios limitan las enmiendas que pueden ser debatidas en el Pleno; pero ello no impide totalmente que éste decida con respecto al preámbulo en sentido inverso a la Comisión.

de haber discutido las relativas al articulado, mas sólo en el supuesto de que previamente haya decidido incorporar tal preámbulo. La posibilidad de que el acuerdo de la Comisión en torno al preámbulo se vea alterado con posterioridad, en un sentido u otro, deriva, además, de la intervención del Senado en el *íter legis*. Es indiscutible que la Cámara alta, en contra del parecer de la Comisión congresual, puede enmendar el proyecto o la proposición —incluyendo un preámbulo donde no lo había o viceversa— y que su enmienda sea acogida por el Congreso (art. 90.2 CE, art.123 RC).

Con respecto al artículo 114.2 RC hay que hacer, por último, otra precisión: cuando habla de «incorporar dicha Exposición de Motivos como Preámbulo de la ley», ¿significa que sólo la exposición de motivos —esto es, el documento que acompaña al acto de iniciativa— puede llegar a convertirse en preámbulo? Este parece ser el sentido de la norma. No obstante, por las razones arriba enunciadas y por la propia dicción literal del artículo 114.2 RC, es claro que cabe enmendar la exposición de motivos, de suerte que cuando llegue a convertirse en preámbulo ya no exista una absoluta coincidencia textual. ¿Quiere esto decir, entonces, que el referido inciso no proscribe las enmiendas, pero sí obliga a que el eventual preámbulo tome como base la originaria exposición de motivos? En otras palabras, ¿implica el artículo 114.2 *in fine* RC que, en materia de preámbulos, no cabe aprobar uno totalmente nuevo, sino tan sólo modificar parcialmente la exposición de motivos? El mencionado argumento literal se ve robustecido en este sentido por una consideración de índole teleológica, a saber: una enmienda que alterase la exposición de motivos en su integridad difícilmente tendría sentido fuera de los casos de enmienda la totalidad del proyecto o la proposición, puesto que la exposición de motivos y el preámbulo guardan una inevitable dependencia del articulado al que acompañan. Ahora bien, sin ignorar la fuerza de este argumento, no parece correcto concluir que exista una prohibición de modificar íntegramente la primitiva exposición de motivos, habida cuenta del modo de aprobación del preámbulo.

Efectivamente, el artículo 110.5 RC establece: «A tal fin, y en general, a todos los efectos del procedimiento legislativo, cada disposición adicional, final, derogatoria o transitoria tendrá la consideración de un artículo, al igual que el Título de la ley, las rúbricas de las distintas partes en que esté sistematizado, la propia ordenación sistemática y la Exposición de Motivos.» En sentido similar, si bien más condensado, se pronuncia el inciso inicial del artículo 125.1 RS: «Con anterioridad al inicio del debate del artículo o texto correspondiente, podrán presentarse propuestas de modificación de los dictámenes de las Comisiones.» Es claro, pues, que los reglamentos parlamentarios asimilan el régimen de debate y votación de cualquier *texto* de la ley, incluido el preámbulo, al de un artículo, y ello, como dice el artículo 110.5 RC, «a todos los efectos del procedimiento legislativo». Quiere

ello decir que, por la misma razón por la que cabe una enmienda de modificación integral de un artículo —así lo prevé el artículo 110.4 RC, al que se refiere el artículo 110.5 RC con la expresión «a tal fin»—, cabe también con respecto al preámbulo. Debe tenerse presente, además, que, desde un punto de vista sistemático, el mencionado artículo 110.5 RC tiene un alcance más amplio que el artículo 114.2 RC, ya que no hace referencia tan sólo al debate en Comisión, sino al procedimiento legislativo en su conjunto. Hay que afirmar, por tanto, la posibilidad de que el eventual preámbulo de una ley no tenga como base la originaria exposición de motivos.

Pero es más: en favor de esta conclusión milita un argumento teleológico que neutraliza el otro de idéntica naturaleza arriba expuesto. Es cierto que el preámbulo ha de estar en consonancia con el sentir del autor de la ley; más, como ha observado con todo acierto Santamaría Pastor, «las leyes casi nunca son productos unívocos. Con harta frecuencia, las leyes son producto de pactos o compromisos, encubriendo su redacción literal interpretaciones implícitas que pueden ser contradictorias para unos y otros partidos» (18). Es claro, así, que, desde el momento en que el texto de la ley es a menudo fijado por un acuerdo de distintas fuerzas políticas —las cuales no convergen necesariamente por razones idénticas—, la redacción del preámbulo debe ser susceptible del mismo grado de transacción que el articulado; máxime, si se tiene en cuenta su carácter instrumental y su posible valor interpretativo (19).

Es este último motivo, por lo demás, el que exige que el preámbulo sea debatido y votado una vez fijado el articulado de la ley: un texto de naturaleza justificativa o explicativa sólo tiene sentido cuando el objeto que trata de justificar o explicar ha quedado perfectamente delimitado. Por ello, la regla que a este respecto establece el artículo 114.2 RC para el debate en Comisión es extensible al debate en el pleno, en el que se da la misma *ratio* (20).

6. EXPOSICION DE MOTIVOS Y PREAMBULO EN LAS DISPOSICIONES GUBERNATIVAS

En el ordenamiento español, la exposición de motivos y el preámbulo sólo están expresamente previstos para las leyes (21). No existe una referencia explícita a estas figuras con respecto a los reglamentos

(18) J. A. Santamaría Pastor, comentario al art. 88 CE, *cit.*, p. 1272.

(19) Vid. J. A. Santamaría Pastor, comentario al art. 88 CE, *it.*, p. 1272.

(20) Vid. J. A. Santamaría Pastor, comentario al art. 88 CE, *cit.*, p. 1271.

(21) En cuanto a la exposición de motivos y el preámbulo de las leyes autonómicas, hay que remitirse de nuevo a los reglamentos de las Asambleas. *vid.*, por ejemplo, los arts. 110 y 121 (exposición de motivos) y 115 (preámbulo) del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

y a las disposiciones del gobierno con fuerza de ley. Ello no significa, sin embargo, que no puedan tener aplicación en este ámbito.

Por lo que hace a la exposición de motivos, entendida en su sentido propio de justificación del acto de iniciativa de producción normativa, hay que recordar lo ordenado por el artículo 129.1 LPA: «La elaboración de disposiciones de carácter general y de anteproyectos de Ley se iniciará por el Centro directivo correspondiente, con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquellos.» No ofrece duda que los estudios e informes previos requeridos por el precepto transcrito cumplen, con respecto a los reglamentos, idéntica función que la exposición de motivos en relación con un proyecto o proposición de ley. Pero es más: el artículo 129.1 LPA no sería, en principio, aplicable únicamente a los reglamentos, sino también a los actos gubernamentales con fuerza de ley. Así se infiere de su propio tenor literal —que incluye los «anteproyectos de Ley», por lo que no hay razón para discriminar por el rango de la norma que se va a elaborar— y, sobre todo, del hecho de que la expresión «disposiciones de carácter general» no es necesariamente sinónima de reglamento, sino más bien de norma jurídica en cuanto contrapuesta a acto singular (22). Tanto la letra como el espíritu del artículo 129.1 LPA imponen, pues, el requisito de los «estudios e informes previos» también a los actos del Gobierno con fuerza de ley. Ahora bien, en este punto es necesario hacer dos precisiones.

Por una parte, la exposición de motivos *sensu stricto* no encaja con el decreto-ley, ya que, dado su carácter de instrumento normativo de urgencia, carece de procedimiento de elaboración, o, mejor dicho, la extraordinaria y urgente necesidad determina que el procedimiento de elaboración del decreto-ley se contraiga a la sola fase decisoria, siendo jurídicamente irrelevantes las operaciones materiales previas de preparación y redacción (23). Desde el momento, pues, en que la iniciativa no es relevante, no necesita ser justificada y carece de sentido la exposición de motivos. Ello no significa, por supuesto, que el preámbulo del decreto-ley no pueda existir y desarrollar un importante papel a la hora de acreditar la urgencia, supuesto habilitante del empleo de este tipo normativo.

Por otra parte, algo similar puede decirse del decreto legislativo. Tampoco aquí hay espacio para la exposición de motivos; pero no ya

(22) Tal es el caso, verbigracia, en el art. 9.3 CE, donde el vocablo *disposiciones* en materia de retroactividad claramente no excluye las leyes. Vid., en este sentido, I. de Otto y Pardo, «Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)», Barcelona, 1987, pp. 95 y ss.

(23) Vid., en este sentido, J. Salas, «Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978», Madrid, 1979, pp. 77 y ss.; P. Santolaya Machetti, «El régimen constitucional de los decretos-leyes», Madrid, 1988, pp. 70 y ss.

porque no exista, como ocurre con el decreto-ley, un procedimiento articulado de elaboración, sino porque en ese procedimiento el verdadero acto de iniciativa viene dado por la Ley de Delegación. Así, pues, si el decreto legislativo es una disposición gubernamental con fuerza de ley que sólo puede alcanzar existencia en virtud de una específica habilitación legislativa, es claro que no se requiere justificación alguna para poner en marcha su procedimiento de elaboración. Al igual que en el caso del decreto-ley, lo anterior no implica que los decretos legislativos no puedan estar provistos de un preámbulo.

Cuanto se ha expuesto conduce a afirmar que la carga de justificar o motivar la iniciativa, que impone el artículo 129.1 LPA, pesa tan sólo sobre las disposiciones reglamentarias. Una vez más, es preciso interrogarse sobre las consecuencias de un eventual incumplimiento —o un cumplimiento defectuoso— de este requisito procedimental. ¿Es posible afirmar también con respecto a los reglamentos que dicho requisito no posee carácter esencial, de modo que su incumplimiento puede ser subsanado en la fase decisoria —esto es, mediante la declaración de voluntad del órgano que ejerce la potestad reglamentaria—, sin que tenga, en consecuencia, efectos invalidantes? No parece que la configuración de la exposición de motivos en el procedimiento legislativo como requisito no esencial sea, sin más, trasladable a la exigencia contenida en el artículo 129.1 LPA.

Hay que tener presente, al examinar esta cuestión, que, mientras la iniciativa legislativa es heterónoma, la iniciativa reglamentaria es autónoma. En otras palabras, la iniciativa legislativa jamás parte del órgano que ejerce la potestad legislativa (las Cortes Generales), sino de órganos externos (El Gobierno, las Asambleas autonómicas, el cuerpo electoral) o, a lo sumo, de fracciones diferenciadas de cada Cámara (un grupo parlamentario, 15 diputados, 25 senadores). La iniciativa de elaborar un reglamento, en cambio, parte del «Centro directivo correspondiente» (art. 129.1 LPA); es decir, de algún órgano administrativo competente *ratione materiae* (24), pero, en todo

(24) El Derecho español no define exhaustivamente, al menos en el ámbito de la Administración del Estado, qué órganos gozan de potestad reglamentaria, ya que el art. 23.2 *in fine* LRJAE recoge una cláusula abierta: «disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía». Por ello, teniendo en cuenta, además, que el órgano que adopta la iniciativa no tiene que coincidir necesariamente con el que aprueba el reglamento, sería incorrecto identificar la expresión *centro directivo* con los *órganos superiores* (art. 2 LRJAE, art. 8 LOACE) o con los órganos de extracción política —que incluyen, a diferencia de los superiores, el nivel de Dirección General. El problema, en definitiva, radica en qué órganos administrativos pueden vincular normativamente a los particulares, lo que conduce inexorablemente a la cuestión de la naturaleza de las instrucciones y las resoluciones interpretativas. Cfr. J. A. Santamaría Pastor, «Fundamentos de Derecho Administrativo», Madrid, 1988, pp. 757 y ss.

caso, integrado en la jerarquía organizativa de la Administración (art. 103.1 CE, art. 1 LRJAE), de suerte que el órgano habilitado para aprobar el reglamento será el mismo o uno superior en la escala jerárquica. Esta diferente naturaleza del acto de iniciativa implica que, en tanto en el caso del procedimiento legislativo la exposición de motivos cumple la función de persuadir a las Cámaras sobre la oportunidad política del proyecto o la proposición, en el caso del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general no puede ser ésta la *ratio* del requisito impuesto por el artículo 129.1 LPA, y ello, por la sencilla razón de que, por obra de la estructura jerárquica, todos los órganos de la Administración del Estado están inspirados por una única dirección política de origen gubernamental (art. 97 CE).

¿Cuál es, entonces, la *ratio* del requisito procedimental establecido en el artículo 129.1 LPA? Como este mismo precepto señala, consiste en asegurar la oportunidad y legalidad de los proyectos, en el bien entendido de que aquí la oportunidad —al no existir en España un control de mérito de la actuación administrativa (25)— es *oportunidad administrativa*; es decir, no se trata de enjuiciar la bondad de una iniciativa en cuanto libre opción política, sino su adecuación a unas directrices políticas ya fijadas. Pues bien, a la vista de esto, es claro que los informes a que se refiere el artículo 129.1 LPA no desempeñan, como sucede con la exposición de motivos en el *iter legis*, el papel de medio de persuasión política. Su misión es más modesta: son un mecanismo tendente a asegurar la correcta formación —tanto desde el punto de vista de la legalidad, como la de la adecuación a las directrices políticas generales— de la voluntad del órgano decisor (26).

Es precisamente por esta razón por la que el órgano que ejerce la potestad reglamentaria no puede sanar o convalidar el incumplimiento del requisito del artículo 129.1 LPA. A diferencia del Parlamento, los órganos de la Administración pública no pueden adoptar libremente decisiones sujetas sólo a límites negativos, sino que están positivamente vinculados a los principios de legalidad y objetividad (art. 103.1 CE) (27). Por ello, en los procedimientos admi-

(25) A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en ciertos casos en Italia, donde existen vías de control de la oportunidad de la actuación administrativa. Vid., por todos, P. Virga, «La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione», Milán, 1982, pp. 173 y ss.

(26) Pone el acento en el procedimiento como mecanismo para asegurar la correcta formación de la declaración de voluntad F. Garrido Falla, «Tratado de Derecho Administrativo», vol. I, Madrid, 1987, pp. 437 y ss.

(27) La objetividad es asegurada a través de instrumentos tales como el *control de los hechos determinantes*. Vid. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, «Curso...», *cit.*, pp. 445 y ss.

nistrativos —que, a diferencia del procedimiento legislativo, no se basan en el debate—, tienen carácter esencial cuantos trámites tiendan a su correcta instrucción y, por ende, a aportar al órgano decisor todos los elementos de conocimiento precisos para resolver (28). El incumplimiento del requisito del artículo 129.1 LPA, en consecuencia, no acarrea únicamente la posibilidad de rechazo de un proyecto por el órgano superior, sino también la del enjuiciamiento y eventual declaración de nulidad del reglamento en sede judicial (29).

Hasta aquí, la motivación exigida por el artículo 129.1 LPA a la iniciativa reglamentaria. Por lo que se refiere a la posibilidad de que los reglamentos y las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley vayan acompañados de un preámbulo, parece que el silencio del ordenamiento debe interpretarse en un sentido permisivo. Si el legislador puede motivar sus disposiciones, con más razón pueden hacerlo el Gobierno y la Administración, que están positivamente vinculados al principio de legalidad. La decisión de incluir o no un preámbulo, por lo demás, no suscita problemas procedimentales, ya que corresponde por entero al órgano dotado de potestad reglamentaria, debiéndose aplicar, en su caso, las normas de funcionamiento de los órganos colegiados.

5. LA CARENCIA DE CARACTER NORMATIVO DE LOS PREAMBULOS

Una vez aclarado cómo se elaboran y aprueban los preámbulos, es preciso interrogarse acerca de si poseen algún tipo de valor sustantivo. En este orden de ideas, lo primero que hay que señalar es que los preámbulos forman parte integrante, de manera inequívoca, de los textos legales o, más en general, de las disposiciones a que preceden. El preámbulo no es algo ajeno o exterior a la disposición, sino que está integrado en ella —sin perjuicio de que se trate de un elemento no necesario—, desde el momento mismo en que es aprobado y publicado conjunta e inseparablemente con la propia disposi-

(28) Cfr. A. M. Sandulli, «El procedimiento administrativo» (reimp. ed., 1940), Millán, 1964, pp. 310 y ss.

(29) Ejemplos recientes de invalidación de disposiciones reglamentarias por infracción de los arts. 129 y 130 LPA vienen dados por la STS de 19 de mayo y 15 de octubre de 1988. Vid. «La Ley», de 18 de diciembre de 1988 y de 17 de enero de 1989, respectivamente.

Sobre el problema de los vicios procedimentales de los reglamentos, vid., E. García-Trevijano Garnica, «Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado», en *Revista de Administración Pública*, n.º 118, pp. 241 y ss.

ción (30). De aquí se desprende que el preámbulo sigue las mismas vicisitudes que la disposición de la que forma parte: permanece en vigor mientras la disposición esté vigente; pierde vigencia cuando la disposición la pierda; e, incluso, como cualquier otra parte de la disposición, puede ser modificado o derogado aisladamente mediante el mismo procedimiento que se siguió para su aprobación, en virtud de la regla del *contrarius actus* (31).

Ahora bien, de la afirmación de que el preámbulo es parte integrante del texto legal o disposición no se sigue ninguna otra consecuencia; es decir, no prejuzga la cuestión de si tiene algún género de valor sustantivo y, en particular, si goza de valor normativo directo. Es opinión absolutamente generalizada a este respecto que los preámbulos carecen de tal valor normativo directo, entendiendo por valor normativo directo la aptitud para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. A partir de un preámbulo, pues, no es posible extraer el efecto típico de toda norma jurídica, a saber: imputar una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Ocurre, no obstante, que esta opinión, con toda seguridad correcta, suele ser meramente intuitiva, sin que se aporten razones de índole teórica en su apoyo. ¿Por qué, entonces, los preámbulos carecen de valor normativo? Este interrogante puede ser abordado desde dos enfoques diferentes.

Por una parte, cabe una aproximación desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho. Así, se podría afirmar que la norma jurídica, en cuanto proposición imperativa que vincula una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho mediante el nexo de la imputación (32), resulta incompatible con la estructura lingüística de los preámbulos. Estos, en otras palabras, están redactados en un lenguaje descriptivo o narrativo, en tanto que la norma ha de estar formulada necesariamente en términos prescriptivos, de lo que se concluiría que los preámbulos no son aptos para contener normas jurídicas. Ahora bien, esta argumentación, de una apariencia lógica irreprochable

(30) Sobre el papel desempeñado por la promulgación y publicación en la fijación del texto de la ley, vid. J. Rodríguez Zapata, «Sanción, promulgación y publicación de las leyes», Madrid, 1987, pp. 145 y ss. y 166 y ss.; J. J. Solozábal Echavarría, «La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria», Madrid, 1987, pp. 154 y ss. Sobre el principio del *vote acquis* o inmodificabilidad —naturalmente, salvo nuevo procedimiento legislativo— del texto de la ley una vez aprobado por las Cámaras, vid. N. Pérez Serrano, «Las erratas en las leyes» (1957), en *Escritos de Derecho Político*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 863-866.

(31) Sobre la derogabilidad, incluso, de los signos de puntuación de un texto legal aisladamente considerados, vid. L. Díez-Picazo, «Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho», Barcelona, 1983, p. 123.

(32) Vid., por todos, N. Bobbio, «Teoría della norma giuridica», Turín, 1958, pp. 105 y ss.

—que, como tal exigencia lógica, sería predicable de cualquier ordenamiento positivo—, incurre en un error de base: identificar la norma jurídica con la disposición o texto (33). Es cierto que la norma debe poder ser enunciada como proposición imperativa; pero nada impide, en línea de principio, que tal proposición imperativa no sea directamente formulada por el legislador, sino que sea inferida de un texto redactado formalmente en términos descriptivos. La falta de correspondencia entre disposición y norma e, incluso, la existencia de verdaderas normas sin una disposición que les sirva de soporte es un fenómeno hartamente conocido. Por ello, no cabe negar de plano la posibilidad de extraer normas de un preámbulo. Cuestión diferente es que a menudo ello no sea fácil; pero, desde el momento en que la posibilidad lógica existe, el pretendido argumento de Teoría General del Derecho contra el valor normativo de los preámbulos cae por su base: sería concebible un ordenamiento que otorgara valor normativo a los preámbulos o, dicho de otro modo, que permitiera inferir normas jurídicas de los mismos (34).

Por otra parte, cabe una aproximación jurídico-positiva. Si, como se acaba de comprobar, no es impensable un ordenamiento en el que los preámbulos tengan valor normativo, entonces, la negación de éste ha de ser justificada sobre la base del Derecho positivo. Así, los preámbulos no contienen normas, porque existe en el ordenamiento español una norma sobre la producción jurídica (35), que establece que sólo otras partes de la ley contienen auténticas normas, es decir, que sólo es lícito construir normas a partir de otras partes del texto legal. Ocurre, sin embargo, que en el Derecho español no existe tal norma, al menos, expresamente enunciada. Ni en la Constitución, ni en los reglamentos parlamentarios, ni en ningún otro lugar, está regulado de manera explícita qué partes de un texto legal poseen valor normativo. La norma que niega valor normativo a los preámbulos, por tanto, debe ser provista de un fundamento positivo distinto del puramente literal, en el bien entendido que dicho fundamento jamás puede consistir en el carácter no necesario de los preámbulos. Otras posibles partes o articulaciones internas del texto legal son igualmente

(33) Sobre la distinción entre norma jurídica y texto legal, vid. V. Crisafulli, «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milán, 1964, pp. 195 y ss.

(34) Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 —aún en vigor, por remisión expresa del Preámbulo de la Constitución de 1958— tiene valor normativo propio y es aplicado por el *Conseil constitutionnel* como patrón de la constitucionalidad de las leyes. Vid. L. Favoreu, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», en *Revue française de droit administratif*, mayo-junio de 1984, p. 177.

(35) Sobre el concepto de norma sobre la producción jurídica, vid. A. Pizzorusso, «Fonti del diritto, Bologna-Roma, 1977, pp. 6-7.

te no necesarias y, sin embargo, no se niega su valor normativo directo. Tal es el caso de las disposiciones adicionales, finales, transitorias y derogatorias (36).

Así las cosas, el único posible fundamento de la negación del valor normativo de los preámbulos sería una norma no escrita o consuetudinaria, en virtud de la cual sólo poseen la cualidad de declaración de voluntad normativa del legislador aquellas partes de la ley que tienen una apariencia externa de tal declaración de voluntad (37). Siendo así que los preámbulos no tienen forma de declaración de voluntad sino de juicio, carecerían de valor normativo. Semejante costumbre —que habría de ser calificada de *constitucional*, por imponerse al mismo legislador, gozaría, sin duda, de los requisitos exigidos al respecto: es clara la existencia en España de una reiterada práctica de negación, basada en una inequívoca convicción jurídica, del valor normativo de los preámbulos, sobre el que guarda silencio la Constitución. Concurren, pues, los tres elementos necesarios: ausencia de regulación constitucional, práctica consolidada y *opinio iuris* (38). A ello hay que añadir que esta costumbre es perfectamente coherente con el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE. En efecto, si la seguridad jurídica significa, ante todo, cognoscibilidad y previsibilidad de las normas (39), es evidente que este imperativo constitucional resulta mejor satisfecho negando valor normativo a los preámbulos, ya que la identificación de las posibles normas en ellos contenidas es mucho más discutible y equívoca que la de las recogidas en otras articulaciones internas de los textos legales. Parece, en pocas palabras, que la seguridad jurídica exige que, si el legislador desea imponer un mandato, debe hacerlo de forma claramente identificable.

(36) Cfr. Gretel, «La forma...», *cit.*, pp. 127 y ss.

(37) Sobre la distinción entre *fuentes-acto* —aquellas que consisten en una declaración de voluntad de un órgano público— y las *fuentes-hecho* —aquellas que consisten en un simple hecho jurídico—, vid., por todos, A. Pizzorusso, «Fonti...», *cit.*, pp. 22 y ss.

(38) Sobre la costumbre constitucional en ordenamientos con constitución rígida y supralegal, vid. C. Esposito, «Consuetudine (diritto costituzionale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milán, 1961, pp. 456 y ss.

Precisamente sobre la sola base de la carencia de valor normativo, la STC 150/1990 ha negado que los preámbulos puedan ser objeto del juicio de constitucionalidad. Tan apodíctica afirmación jurisprudencial no es enteramente satisfactoria, ya que, como se verá a continuación, los preámbulos —además de formar parte de la Ley— tienen cierto valor interpretativo.

(39) Vid. el clásico trabajo de F. Lopez de Oñate, «La certezza del diritto (1942)», Milán, 1968, pp. 45 y ss., así como M. Longo, «Certezza del diritto», en *Novissimo digesto italiano*, vol. III, Turín, 1959, pp. 124 y ss.

6. EL VALOR INTERPRETATIVO DE LOS PREAMBULOS Y EL PROBLEMA DE LA *VOLUNTAS LEGISLATORIS*

Del hecho de que los preámbulos carezcan de valor normativo directo para regular situaciones y relaciones jurídicas no se sigue, sin embargo, que no posean otro tipo de valor o que sean jurídicamente indiferentes por completo. Antes al contrario, es frecuente que los preámbulos sean puestos en conexión con la voluntad del legislador, de modo que serían —se dice— el vehículo formal por medio del cual aquélla suele expresarse para poner de manifiesto la intención que ha guiado a la aprobación de la ley. Esta innegable faceta de los preámbulos conduce a interrogarse acerca del ya viejo problema de la *voluntas legislatoris*. Es obvio que, en esta sede, no sería procedente intentar un examen global de todas las cuestiones imbricadas en la idea de voluntad del legislador; pero sí es preciso hacer referencia a aquellos aspectos sin los cuales no es posible una comprensión del significado de los preámbulos. En este sentido, hay que señalar que bajo la expresión *voluntas legislatoris* suelen designarse dos realidades diferentes: la llamada interpretación auténtica y la interpretación histórica. ¿Cómo inciden los preámbulos en cada una de ellas?

Por lo que respecta a la interpretación auténtica, ésta consiste en la fijación del significado de la norma por la misma autoridad que ha producido dicha norma. De aquí se desprendería que, por el hecho mismo de proceder del autor de la norma, esa interpretación debe prevalecer sobre cualquier otra posible. Ahora bien, el gran problema de la interpretación auténtica —y, como tal, vinculante— es el del medio a través del que el autor de la norma establece el preciso sentido de ésta, porque, si la interpretación no es fijada mediante otra norma, difícilmente podrá sostenerse el carácter vinculante de tal interpretación. Dicho de otra manera, una atribución de sentido a una norma legal hecha por el propio legislador, pero no a través de otra norma —sino, por ejemplo, en el preámbulo—, sin duda disfrutará de una cierta *auctoritas*, en cuanto permitirá conocer cuál era la intención real del legislador; mas, precisamente por no tener valor normativo, tal atribución de sentido no podrá neutralizar o derogar singularmente las normas generales que vinculan al operador jurídico— y, muy singularmente, al Juez (art. 117.1 CE)— únicamente al sistema de fuentes establecido. De aquí se sigue que, en puridad, no hay más interpretación auténtica que aquélla que venga normativamente impuesta y, por supuesto, por una norma del mismo rango que la interpretada (40),

(40) Vid., en este sentido, G. Tarello, «L'interpretazione della legge», Milán, 1980, pp. 241 y ss. Un ejemplo de práctica viciosa en contrario viene dado por el art. 18.1 LGT: «La facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las Leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde privativamente al minis-

pero, en este caso, ya no se está en presencia de una auténtica actividad interpretativa, sino de una actividad genuinamente normativa sujeta, eventualmente, a interpretación. Dado que los preámbulos, como se ha visto, carecen de valor normativo, hay que concluir que no constituyen jamás interpretación auténtica —esto es, vinculante— de las leyes u otras disposiciones normativas a que acompañan.

Esta última observación conduce a constatar que, por lo que a la *voluntas legislatoris* se refiere, los preámbulos no son declaración de voluntad normativa, sino a lo sumo expresión de la voluntad psicológica o intención que movió al legislador. Ello lleva, a su vez, al mucho más complejo e interesante tema de la interpretación histórica. El criterio histórico de interpretación, también llamado *argumento psicológico* (41), consiste, como es notorio, en recurrir a la voluntad real del autor de una norma a fin de esclarecer su significado. La interpretación histórica, sin embargo, no goza hoy de demasiado prestigio. La crítica a su virtualidad y operatividad, que necesariamente influye sobre el significado de los preámbulos, puede hacerse desde dos puntos de vista.

El primero de ellos consiste en la verificación de la prácticamente insuperable dificultad de aislar detrás de cada ley una voluntad real y psicológica, diferente, por tanto, de la objetiva *voluntas legis*, que, en cuanto incorporada a la norma misma e identificada con ella, no deja de ser bien una ficción para designar el efecto vinculante de ésta, bien una referencia a su finalidad inmanente —lo que traslada ya la cuestión al ámbito de la interpretación teleológica. La mencionada dificultad práctica surge del hecho de que, en ordenamientos complejos como los contemporáneos —especialmente si están inspirados en el principio democrático—, no existe una sola persona usualmente identificable como autor de la norma, sino que en la producción normativa concurre una pluralidad de personas, con voluntades no necesariamente coincidentes. Recuérdese lo dicho más arriba acerca de las motivaciones diversas que pueden empujar a distintos grupos parlamentarios a votar a favor de una misma ley. No suele existir, por tanto, una voluntad psicológica, incluso colectiva, única en la aprobación de las normas. A ello habría que añadir la difuminación de la *voluntas legislatoris* a medida que transcurre el tiempo, de suerte que una interpretación volcada sobre el criterio histórico no sólo puede

tro de Hacienda, quien la ejercerá mediante Orden publicada en el *Boletín Oficial del Estado*.» Es claro que la atribución por el legislador de valor de interpretación auténtica de la ley al reglamento sólo cabe en ordenamientos basados en la *soberanía del Parlamento*. Así, en el Reino Unido ello es posible en virtud de la llamada *Henry VIII Clause*. Vid., a este respecto, S. de Smith, «Constitutional and Administrative Law», Londres, 1983, pp. 336-337.

(41) Vid. G. Tarello, «L'interpretazione...», *cit.*, pp. 364 y ss.

desembocar en la peligrosa senda de la *filología jurídica* —el llamado *culto de los materiales* (42)—, sino que puede llegar a impedir la necesaria flexibilidad y adaptabilidad de las normas a nuevas exigencias sociales (43).

La virtualidad de la interpretación histórica, por otra parte, puede ser puesta en cuestión desde un punto de vista estrictamente teórico. En efecto, la interpretación histórica —esto es, aquella en que prima como cánón hermenéutico la voluntad real del autor de la norma— responde a lo que se ha llamado una *metodología cerrada*, porque, al consagrar el significado psicológico originario y cristalizarlo, cierra el paso a cualquier posible nueva interpretación extensiva o evolutiva y resulta, por ello, tendencialmente incompatible con otros criterios interpretativos (44). Por esta misma razón, la interpretación histórica es exponente de una mentalidad jurídica conservadora y, sobre todo, de una concepción voluntarista del Derecho. Es este último aspecto el que un análisis dogmático riguroso debe subrayar.

El sustrato o fundamento de toda argumentación interpretativa de índole histórica no puede ser, efectivamente, sino la autoridad que emana de la voluntad misma del autor de la norma. Dicho de otro modo, lo que subyace a cualquier interpretación histórica es aquella concepción del Derecho según la cual la norma es tal norma, está vigente y posee fuerza vinculante porque así lo ha querido su autor. Es la sola voluntad de éste la que crea la norma. Sólo asumiendo, expresa o tácitamente, este presupuesto, es dable sostener la primacía hermenéutica de la *voluntas legislatoris*. Pues bien, ocurre que semejante concepción voluntarista del Derecho no sólo denota una ideología jurídica autoritaria —lo que no equivale necesariamente a ideología política autoritaria—, sino que, sobre todo, resulta abiertamente incompatible con un verdadero Estado constitucional. Es claro, en este orden de ideas, que en un ordenamiento dotado de una Constitución rígida y suprallegal las leyes —al igual que las demás disposiciones normativas— no son tales por la nuda voluntad del legislador, el cual es tan sólo un poder constituido y, en consecuencia, jurídicamente limitado y regulado. Nadie puede negar que en todo acto normativo hay una declaración de voluntad; pero, para ser válida y eficaz, ésta debe producirse a través de los procedimientos establecidos y con respecto a los límites impuestos. En pocas palabras, la ley existe porque lo autoriza la Constitución (45). La concepción del Derecho adecuada

(42) Vid. F. de Castro y Bravo, «Derecho Civil de España» (reimp. ed., 1949), Madrid, 1984, p. 472.

(43) Vid. G. Tarello, «L'interpretazione...», *cit.*, p. 367.

(44) Vid. E. Parese, «Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milán, 1972, pp. 215 y ss.

(45) Vid. por toos, I. de Otto y Pardo, «Derecho Constitucional», *cit.*, pp. 137 y ss.

a un Estado constitucional no puede por menos de ser, de este modo, una *concepción funcional* (46).

Así, pues, cabe afirmar que en un ordenamiento como el español el argumento histórico, recogido en el artículo 3.1. del Código Civil, sólo puede tener un valor secundario, sin que en ningún caso pueda prevalecer sobre otros cánones hermenéuticos. Así las cosas, visto el carácter subordinado y relativo de la interpretación histórica, ésta por sí sola constituye una base insuficiente para configurar un auténtico valor sustantivo de los preámbulos; máxime, si se tiene presente que éstos no son el único elemento para elaborar una argumentación histórica. La *voluntas legislatoris* puede ser hallada también por medio de otros «antecedentes históricos y legislativos» (art. 3.1. del Código Civil), tales como informes, debates parlamentarios, etc. En consecuencia, la búsqueda de un valor sustantivo y, por ende, de un significado institucional de los preámbulos no puede detenerse aquí.

7. LA INVIABILIDAD DE LA CONFIGURACION DE LOS PREAMBULOS COMO MOTIVACION DE LA LEY

Llegados a este punto —descartado el valor normativo, tanto directo como expresivo de una interpretación auténtica, de los preámbulos, así como constatada la sólo relativa relevancia de éstos como instrumento de interpretación histórica—, únicamente resta preguntarse si los preámbulos constituyen motivación en sentido técnico de las leyes, tal como *prima facie* aparentan. Para dar cumplida respuesta a este interrogante, es preciso aclarar de antemano, siquiera someramente, el concepto mismo de motivación.

Por motivación, como es notorio, hay que entender la manifestación de los motivos que han determinado la adopción de un determinado acto. Esta genérica definición debe, no obstante, ser matizada, porque, como ha mostrado Giannini, entre los motivos de un acto —y, en consecuencia, en su motivación o explicitación de los mismos— cabe distinguir dos realidades: por un lado, los presupuestos de hecho, los objetivos que se pretende alcanzar, la justificación de la aplicación de ciertas normas, etc., y, por otro lado, el juicio de oportunidad que está en la base de la decisión. Según el mencionado autor, sólo éste último sería auténtico motivo, ya que todo lo demás son meras circunstancias acreditativas de la existencia de una habilitación normativa para dictar el acto (47). Esta distinción —que, si bien nacida en el campo del Derecho administrativo, pretende poseer validez teórica

(46) Vid. G. Tarello, «L'interpretazione...», *cit.*, p. 366.

(47) Vid. M. S. Giannini, «Motivazione dell'atto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milán, 1977, pp. 257-259.

general en el Derecho público (48)— es sin duda certera y útil, por más que en ciertos casos no resulte fácil discriminar con precisión el juicio de oportunidad de las circunstancias habilitantes.

La citada distinción es, como queda dicho, certera y útil, porque pone de manifiesto que, sólo en la medida en que haya un juicio de oportunidad, hay motivos relevantes o motivos en sentido estricto y, por tanto, cabe atribuir trascendencia jurídica a la motivación. En otro caso, la motivación será tan sólo expresión del cumplimiento de requisitos reglados para la validez del acto. Dicho de otro modo, en el ámbito del Derecho público, los motivos y la motivación sólo pueden ser relevantes —lo que no significa que hayan de serlo en todo caso— cuando haya un margen de libre decisión dejado a criterios de mérito u oportunidad, esto es, cuando en la apreciación del interés público existe algún grado de discrecionalidad (49). La validez de los actos estrictamente reglados, en cambio, no depende en modo alguno de los motivos, que en este supuesto sólo pueden ser entendidos en sentido puramente psicológico o impropio, es decir, como *causa impulsiva*.

A la vista de la anterior, resulta clara cuál es la función de la motivación de los actos jurídico-públicos: facilitar el control tanto interno como, sobre todo, externo o jurisdiccional de la validez de los mismos, desde el punto de vista de la adecuación de los motivos al fin que objetivamente, por imperativo de las normas habilitantes, debe perseguir el tipo de acto de que se trate. Esta caracterización funcional de la motivación —probablemente no extensible a las resoluciones judiciales (50)— parte de la idea de que la existencia de un margen de discrecionalidad no es sinónimo de absoluta libertad en la apreciación del interés público, sino que implica la existencia de fines predeterminados, con respecto a la consecución de los cuales —mas

(48) Cfr. G. Lombardi, «Motivazione (diritto costituzionale)», en *Novissimo digesto italiano*, vol. X, Turín, 1964, pp. 954 y ss.

(49) Cfr. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, «Curso...», *cit.*, pp. 429 y ss.; F. Garrido Falla, «Tratado...», *cit.*, pp. 426 y ss. Con referencia explícita al problema en la ley, vid. L. Paladín, «Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, pp. 993 y ss.

Así como C. Mortati, «Istituzioni di diritto pubblico», vol. I, Padua, 1975, pp. 244-245.

(50) En el caso de las resoluciones judiciales, el deber de motivación —consagrado, en el Derecho español, por el art. 120.3 CE— no responde sólo a la finalidad de permitir un control ulterior de aquéllas en vía de recurso —ello excluiría el deber de motivación de las resoluciones contra las que no cabe recurso alguno—, sino, sobre todo a la finalidad de sujetar al Juez psicológica e institucionalmente al sistema de fuentes establecido. Se facilita, así, la verificación por los ciudadanos de que el Derecho que se aplica coincide con el Derecho en vigor. Vid., a este respecto, L. Husson, «Les trois dimensions de la motivation judiciaire», en Ch. Perelman y P. Foirers (eds.), «La motivation des décisions de justice», Bruselas, 1978, pp. 69 y ss.

sin apartarse de ellos— cabe un juicio de oportunidad acerca del medio más idóneo (51). La innegable conexión entre discrecionalidad y motivación conduce, así, al problema de la causa de los actos jurídicos, esto es, su adecuación a los fines prefijados por el ordenamiento.

Incidentalmente, debe subrayarse que los términos del problema, así delimitados, de ningún modo se ven influidos o alterados por el hecho incontestable de que, como se ha comprobado más arriba, no sea preceptivo en el Derecho español que las leyes contengan un preámbulo. Es cierto que el preámbulo forma parte del contenido no necesario de la ley; pero de este carácter facultativo no se sigue inexorablemente que el preámbulo no pueda ser motivación en sentido propio. Dicho de otro modo, la existencia de un deber de motivar es, sin duda, indicativa de la relevancia de los motivos y, por consiguiente, de la posibilidad de control de los mismos. No puede negarse, en este sentido, que el deber de motivar ciertos actos administrativos (art. 43 LPA) y las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE, art. 248 LOPJ) denota la sujeción de todos estos actos y de los poderes públicos de que emanan al Derecho, de suerte que cabe su fiscalización precisamente sobre la base de los motivos aducidos en la motivación. Ahora bien, el hecho de que la ley no haya de ser motivada no implica por sí solo que la potestad legislativa —y, más en general, todas las potestades normativas— constituya uno de los últimos ámbitos de inmunidad de poder en la larga marcha del Estado de Derecho hacia la juridificación del elemento teleológico de los actos jurídico-públicos, y ello, por razón tan elemental como que, si bien es cierto que el deber de motivar pone de manifiesto la relevancia de los motivos, no es necesariamente cierta la afirmación inversa, es decir, que la inexistencia de un deber de motivar determine la irrelevancia de los motivos. Así lo prueba de forma palmaria que, a la hora de fiscalizar los motivos de un acto, el Juez no se ve limitado a tomar en consideración tan sólo los que han sido expresamente declarados —o sea, la motivación—, sino que puede investigar los motivos reales no explicitados, por estimar que la motivación es falsa o incompleta (52). De ello se infiere que la relevancia de los motivos depende de la naturaleza del acto de que se trate, siendo la motivación únicamente un medio, ni imprescindible ni único, para el control de aquéllos. Por tanto, para caracterizar el preámbulo como motivación es preciso, también desde este punto de vista, examinar el elemento teleológico de la ley, en el bien entendido de que el eventual control del mismo no tendrá que ceñirse al solo instrumento del preámbulo.

Llegados a este punto, es preciso señalar que, en términos generales, el elemento teleológico de la ley es jurídicamente irrelevante o,

(51) Vid. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, «Curso...», *cit.*, pp. 429-433.

(52) Vid. M. S. Giannini, «Motivazione...», *cit.*, pp. 265-268.

dicho de otro modo, que la ley es un acto causalmente libre. No cabe atribuir a la ley una causa en sentido técnico (53), sencillamente porque, a diferencia de lo que ocurre con las potestades administrativas —incluida, como se verá más adelante la potestad reglamentaria—, la potestad legislativa no se halla vinculada a la consecución de determinados fines predeterminados por el ordenamiento. En este sentido, es claro que, desde el momento mismo en que la ley se encuentra subordinada tan sólo a la Constitución, únicamente esta última podría establecer objetivos concretos a alcanzar mediante el uso de la potestad legislativa; pero ocurre que la Constitución en ningún caso establece tales objetivos. Piénsese, a título de ejemplo, que incluso los llamados «principios rectores de la política social y económica» —que a primera vista aparecen como auténticas *directrices* al legislador, esto es, como metas que han de ser alcanzadas mediante una actuación positiva— en la práctica se comportan, al menos con respecto a la ley, como meros límites negativos, ya que la potestad legislativa es incoercible: de nada sirve, en este orden de ideas, afirmar enfáticamente un deber positivo si no va acompañado de la posibilidad de compeler su cumplimiento (54).

Conviene poner de relieve, por lo demás, que tanto la ausencia de fines predeterminados a la ley como la incoercibilidad del ejercicio de la potestad legislativa no son, en modo alguno, rarezas o deficiencias de la Constitución española, sino que responden plenamente a la lógica interna del moderno Estado democrático de Derecho. En efecto, una de las tareas básicas de la actual Teoría de la Constitución consiste precisamente en cohonestar dos funciones de la norma suprema tendencialmente antagónicas, a saber: por un lado, instaurar un Estado de Derecho —y, en su caso, social— y, por otro, dar vida a un Estado democrático. En tanto que lo primero exige establecer límites y contro-

(53) Sobre el concepto de causa en general, vid., por todos, F. de Castro y Bravo, «El negocio jurídico» (reimp. ed., 1971), Madrid, 1985, pp. 163 y ss. Sobre la recepción de la idea de causa en el Derecho público, vid. S. Martín Retortillo, «El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones», Sevilla, 1960, *passim* y, en especial, pp. 173 y ss.

(54) Incluso en materia de ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de cantidad, el problema es idéntico. El art. 44.3 LGP, en efecto, dice: «La Autoridad administrativa encargada de la ejecución acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuere necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, deberá solicitarse de las Cortes uno u otro dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.» Obsérvese que el deber impuesto por este precepto va dirigido a la Administración, que debe solicitar la correspondiente dotación presupuestaria. El legislador continúa siendo, incluso en este punto, incoercible, por más que el deber de cumplimiento de las sentencias judiciales (art. 118 CE) también le incumba. Sin embargo, no existe remedio alguno contra la inactividad del legislador, a salvo de lo que se dirá más adelante de la llamada inconstitucionalidad por omisión. Vid. *Infra*, nota 70.

les a los poderes públicos (55), lo segundo requiere dejar un ámbito de libertad de opción política a las diversas mayorías que en cada momento ocupen el poder. El Estado liberal-democrático, en otras palabras, implica un delicado equilibrio entre Derecho y política, por lo que, aunque la Constitución haya de ser una norma jurídica que vincula a los poderes públicos, no puede dejar de ser al mismo tiempo una *Constitución abierta*, es decir, una norma que, tras fijar los límites de la acción política —no necesariamente plasmados en reglas procedimentales, sino consistentes también en valores sustantivos (56)— deja que sea el libre funcionamiento de las mayorías el que adopte las decisiones que configuran la convivencia colectiva (57). Pues bien, es claro que, en un Estado provisto de una forma parlamentaria de gobierno (art. 1.2. CE), ese ámbito de decisión política, jurídicamente no predeterminada y dependiente de la voluntad de la mayoría, corresponde principalmente, aunque no de manera exclusiva (58), a las Cortes Generales, en las que está representada la voluntad general (art. 66 CE). De ahí, la inviabilidad de los intentos de construir un control causal de las leyes, por medio de la llamada *desviación de poder legislativa* (59): toda construcción de esta índole conduce, inevitablemente, a sostener que los fines que debe perseguir el legislador se hallan ya, al menos de forma embrionaria, en la Constitución; lo cual no sólo supone negar la libertad de dirección política del Parlamento, sino también la idea misma de Constitución abierta al libre juego de las mayorías.

(55) Sobre la tendencial incompatibilidad entre Estado de Derecho y Estado social, vid. E. Forstthoff, «Concepto y esencia del Estado social de Derecho» (trad. esp.), en W. Abendroth y otros, «El Estado social», Madrid, 1986, pp. 69 y ss.

(56) Vid., F. Rubio Llorente, «La Constitución como fuente del Derecho», en VV.AA., «La Constitución española y las fuentes del Derecho», vol. I, Madrid, 1979, pp. 53 y ss.

(57) Vid. I. de Otto y Pardo, «Derecho Constitucional», *cit.*, pp. 140 y ss.

(58) Que existe un ámbito constitucionalmente dejado a la libre opción política también en favor del Gobierno es evidente, tras una simple lectura del art. 97 CE. Es claro, así, que cuando el Gobierno actúa en su condición de *órgano constitucional* su actuación es jurídicamente no vinculada, y, en este sentido, cabe seguir hablando de *actos políticos* no fiscalizables (iniciativa legislativa, aceptación de embajadores extranjeros, etc.). Vid. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, «Curso...», *cit.*, pp. 532 y ss.

(59) Cfr. la opinión en contrario de J. Rodríguez Zapata, «Desviación de poder y discrecionalidad del legislador», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, pp. 1527 y ss. En el Derecho norteamericano, parece defender una postura favorable al control de la ley a partir de sus motivos J. J. Ely, «Democracy and Distrust», Cambridge (mass.), 1980, pp. 125 y ss., y 136 y ss. Debe tenerse en cuenta, no obstante, la extraordinaria importancia que se otorga a la auténtica *voluntas legislatoris* en la práctica interpretativa norteamericana. Como contraste a la opinión de Ely, cabe citar el siguiente pasaje de *Barenblatt v. U.S.*, 360 U.S. 109 (1959): «So long as Congress acts in pursuance of its constitutional power, the Judiciary lacks authority to intervene on the basis of the motives which spurred the exercise of that power.»

Así, pues, habida cuenta de que la ley es teleológicamente libre, no cabe ejercer un control causal sobre su validez y, en consecuencia, no tiene sentido configurar los preámbulos como motivación en sentido técnico-jurídico. Esta afirmación general debe ser profundizada, no obstante, en dos sentidos. Por una parte, merece ser resaltado que la inexistencia de motivación *sensu stricto* de la ley no deriva en modo alguno de la naturaleza normativa de ésta; es decir, del hecho de que un acto sea productor de normas jurídicas no se sigue necesariamente que no haya de ser motivado. Antes al contrario, en la medida en que la potestad normativa de que se trate sea genuinamente discrecional —esto es vinculada en cuanto al fin aunque libre en cuanto al medio y, por tanto, distinta de una potestad teleológicamente libre—, su ejercicio podrá ser sometido a control causal, de suerte que podrá gozar de motivación relevante jurídicamente. Tal es el caso, en Derecho español, de la potestad reglamentaria (60). Por lo que se refiere a los reglamentos ejecutivos, no cabe duda de que por su propia naturaleza poseen un fin predeterminado por el ordenamiento, de modo que, incluso sin una vulneración frontal de la ley que desarrollan, serán inválidos siempre que no cumplan su objetivo de desarrollo de la ley (61). En cuanto a los reglamentos independientes, es indiscutible que, en su condición de producto de la Administración pública, están sujetos al principio de legalidad entendido como vinculación positiva (art. 103.1 CE). Ello conlleva que los fines por ellos perseguidos no son jurídicamente indiferentes, y, si bien es cierto que

(60) Como ejemplo de que incluso *normas primarias* —esto es, normas inmediatamente subordinadas a la norma fundamental del ordenamiento— pueden no ser teleológicamente libres y, por tanto, poseer una motivación jurídicamente relevante, baste aducir el caso de los reglamentos comunitarios, sobre los que pesa un deber general de motivación (art. 190, Tratado CEE). Vid., al respecto, T. C. Hartley, «The Foundations of European Community Law», Oxford, 1988, pp. 119-126. Por otra parte, es digno de mención que la idea del carácter incondicionado de la ley estaba lejos de ser predominante en el Derecho preliberal, en el cual, aún en ausencia de efectivos controles, existía la creencia en límites y vínculos para el legislador. Así, sobre la idea de *causa legis* en los comentaristas, vid., por ejemplo, J. Canning, «The Political Thought of Baldus de Ubaldis», Cambridge, 1987, pp. 71 y ss., donde se pone claramente de manifiesto la diferencia entre ausencia de controles y ausencia de límites. En fin, sobre la contradicción del liberalismo europeo al instaurar un Estado de Derecho dotado de un concepto de ley como mandato incondicionado, heredero directo de la monarquía absoluta, vid. los incisivos comentarios de C. Schmitt, «Teoría de la Constitución» (trad. esp.), Madrid, 1982, pp. 149 y ss.

(61) De ahí, la llamada *teoría del complemento indispensable* como explicación de la función y el ámbito de los reglamentos ejecutivos, vid. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, «Curso...», *cit.*, pp. 271-274.

Sobre el problema del control causal de los reglamentos, vid. J. de la Cruz Ferrer, «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, n.º 116, pp. 65 y ss.

el concreto objetivo de cada reglamento independiente no está, por definición, prefigurado, no es menos ajustado a la realidad que habrá de tratarse de un fin que sirva con objetividad el interés general. Esta vinculación a la objetividad y, sobre todo, al interés general —que excluye la persecución de fines de interés privado (62)— no es, en puridad predicable de la ley. Cabe decir, en consecuencia, que la inexistencia —o, si se prefiere, irrelevancia jurídica— de la motivación en la ley no procede de cualidad esencial alguna en virtud de la cual los actos normativos no sean susceptibles de control causal, sino que dimana, más bien, de la propia posición de la ley en ordenamientos liberal-democráticos fundados sobre una Constitución abierta.

Por otra parte, la afirmación de la libertad teleológica de la ley ha de ser profundizada en un segundo sentido, ya que suelen mencionarse ciertos supuestos en los que dicha libertad de selección de fines, si no desaparece, sí al menos se ve atenuada. Los supuestos, brevemente expuestos en orden ascendente de intensidad en cuanto a la vinculación teleológica, son en sustancia tres. En primer lugar, se halla el caso de la inadecuación del tipo de ley o disposición con rango de ley (ley orgánica, decreto-ley, etc.) a la materia regulada. Es indudable que, en esta hipótesis, el preámbulo puede revelar— en la limitada medida en que es un elemento de averiguación de la *voluntas legislatoris*— que el autor de la disposición era consciente de su actuación, lo que eventualmente puede facilitar el juicio sobre la validez de aquélla. Pero, aún así, el preámbulo no sería motivación en sentido propio, sencillamente porque la utilización incorrecta de un tipo legal no constituye, en rigor, desviación de poder —que parece referirse al contenido, no a la forma, del acto—, sino infracción directa del sistema de fuentes previsto en la Constitución (63). Por ello, la exposición en un preámbulo de las razones conducentes al empleo de un determinado tipo de disposición no es motivación *sensu stricto*, sino, a lo sumo, justificación de los presupuestos de hecho y de Derecho y, por tanto, lo que Giannini denomina motivación en sentido impropio (64).

En segundo lugar, se encuentra el caso de la *legislación bifásica*, esto es, aquél en el que la regulación de una materia se efectúa en dos etapas (*ley marco-ley de desarrollo*), en el bien entendido de que en ambas se trata de una norma legal. Probablemente, el único supuesto

(62) Una exposición tradicional de la doctrina de la desviación de poder puede hallarse en F. Garrido Falla, «Tratado...», *cit.*, pp. 433 y ss.

(63) Por continuar con el paralelismo con la categorización clásica de los vicios del acto administrativo, no sería *détournement de pouvoir*, sino *violation de loi* —en este caso, más bien, *violation de constitution*. Sobre dicha clasificación de los vicios del acto administrativo, vid., por ejemplo, J. Rivero, *Droit administratif*, París, 1977, pp. 244-245.

(64) Vid. *Supra*, nota 47.

de esta naturaleza previsto en la Constitución sea el de las materias de competencia legislativa compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en que el primero tiene la posibilidad de dictar una *legislación básica* o regulación mínima común uniforme para todo el territorio nacional (65). La legislación básica estatal vincula a la legislación autonómica de desarrollo, de suerte que, si ésta contraviene a aquélla, será inválida. Pero, por lo que ahora interesa, esto no significa que las leyes autonómicas en materia de competencia legislativa compartida estén teleológicamente predeterminadas por la legislación básica estatal, y ello, por dos motivos. Por un lado, porque la preexistencia de dicha legislación básica no es en modo alguno condición para el ejercicio de la potestad legislativa autonómica (66). Por otro lado, y sobre todo, porque la imperante *concepción material* de la legislación básica —la cual implica, entre otras cosas que lo básico no es tanto una norma dirigida al legislador autonómico, cuanto una norma material directamente aplicable que, además, vincula al legislador autonómico (67) —impide su configuración como mecanismo de predeterminación de fines para la ley autonómica. Es indudable que la libertad de selección de objetivos la ley autonómica se ve limitada por la legislación básica; pero ello no implica que sea normación de desarrollo en sentido estricto —como lo son, verbigracia, los reglamentos ejecutivos—, ya que, siempre que no se contravenga lo definido como básico, cualquier opción adoptada por la ley autonómica es válida. En esta medida, la legislación básica no opera como una directriz positiva, sino más bien como un límite negativo para la ley autonómica, por lo que tampoco puede decirse de ésta última que con respecto a ella la motivación sea relevante.

En tercer y último lugar, hay que hacer una sucinta referencia al problema de si la ley se encuentra vinculada a una finalidad normativa o, en otros términos, si las leyes no generales y abstractas (leyes singulares, leyes-medida, etc.) son susceptibles de ser configuradas como supuestos de desviación de poder. No es ésta, evidentemente, la sede apropiada para examinar en profundidad el problema de si, en

(65) La técnica de la legislación bifásica ha sido utilizada por el solo legislador estatal a la hora de regular el Tribunal de Cuentas, cuya Ley Orgánica prevé en su Disposición Final 3.ª una ley ordinaria de desarrollo de la misma. Lo mínimo que puede decirse de este precepto, aparte de su difícil coherencia con la predominante concepción competencial de la ley orgánica, es que instaura una práctica de dudosa constitucionalidad, ya que la delimitación del ámbito de cada fuente normativa corresponde a la fuente jerárquicamente superior. Esto es lo que G. Zagrebelsky (*Diritto costituzionale*, Turín, 1987, p. 5), con suma precisión ha denominado principio del *numerus clauses* de fuentes del Derecho.

(66) Vid. por todos, I. de Otto y Pardo, «Estudios de Derecho estatal y autonómico», Madrid, 1986, pp. 110 y ss.

(67) Vid. I. de Otto y Pardo, «Estudios...», *cit.*, pp. 123-124.

Derecho español, la potestad legislativa está reservada al ejercicio de una función auténticamente normativa (68). Para la comprensión del tema que aquí se examina, baste indicar que, en ausencia de una clara previsión constitucional de tal función normativa —a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la potestad jurisdiccional, cuyo ejercicio está efectivamente vinculado a la función de juzgar propia de Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE)—, el único modo de afirmar la invalidez de leyes no auténticamente normativas es constatar, en cada caso, que vulneran ciertas declaraciones constitucionales, sobre todo, en materia de derechos fundamentales: el principio de igualdad (art. 14 CE) y, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (69). Sucede, sin embargo, que, si el único límite frente a las leyes singulares o a leyes-medida son concretas declaraciones constitucionales, entonces, la situación no es en sustancia diferente de la de las demás leyes, ya que también en este caso los límites a la ley serán puramente negativos, de modo que no podrá hablarse de predeterminación de fines, ni, en consecuencia, de relevancia de la motivación (70).

Cabe afirmar, en suma, que los preámbulos no son configurables como motivación en sentido propio de la ley, puesto que ésta no ha de justificar el cumplimiento de fines predeterminados. Por ello, los preámbulos son, todo lo más, motivación en sentido impropio o psicológico, lo que reconduce su virtualidad al ya examinado problema de la *voluntas legislatoris*.

8. CONCLUSION: UNA HIPOTESIS SOBRE EL SIGNIFICADO DE LOS PREAMBULOS DE LAS LEYES

Habida cuenta, pues, de que los preámbulos carecen de naturaleza normativa, no son genuina motivación y su valor interpretativo es

(68) Cfr., sin embargo, L. M. Díez-Picazo, «Concepto de ley y tipos de leyes», en *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 24, pp. 83 y ss.

(69) Desde el momento en que el principio de igualdad no es necesariamente violado por la ley singular —la peculiaridad del caso puede razonablemente requerir un trato diferenciado—, el único verdadero límite constitucional a las leyes singulares viene dado por el derecho a la tutela judicial efectiva. Al no existir en el Derecho español recurso directo de los partulares contra las leyes, cabe pensar que una ley que incide inmediatamente en los derechos o intereses de un particular provoca una indefensión contraria al art. 24.1 CE. Vid., en todo caso, I. Borrajo Iniesta, «¿Amparo contra leyes?», en *Revista de Administración Pública*, n.º 98, pp. 167 y ss.

(70) A la vista de todo lo anterior, el único atisbo de control causal de las leyes sería, tal vez, la llamada *inconstitucionalidad por omisión*. Sucede, sin embargo, que, habida cuenta de que la regla general es la vinculación negativa del legislador a la Constitución, el mencionado tipo de control sólo sería factible en los casos en que existiera un inequívoco deber constitucional de dotar de cierto contenido a una determinada ley. Así, por ejemplo, la regulación de las incompatibilidades de los parlamentarios en la ley electoral (art. 70.1 CE).

sumamente limitado, parece obligado concluir que no cumplen ninguna misión específica en el proceso de aplicación del Derecho. Ello, sin embargo, no debe conducir a pensar que estén faltos de todo significado dentro del sistema constitucional de fuentes del Derecho. En efecto, aparte de la función de racionalización del procedimiento legislativo que desempeñan las exposiciones de motivos, los preámbulos *stricto sensu* cumplen también un cometido jurídico-político vinculado a la naturaleza e identidad del titular de la potestad legislativa. El significado de los preámbulos dentro del constitucionalismo, en otros términos, varía según en quién esté encarnado el legislador en cada momento y en cada lugar.

Aunque esta hipótesis esté necesitada de la correspondiente verificación histórica —tarea para la que el autor de estas líneas se declara incompetente— no parece arriesgado sugerir que el significado originario de los preámbulos, en el régimen constitucional (71), se encuentra ligado a la vigencia del principio monárquico y, en concreto, a la cotitularidad de la potestad legislativa por parte del Parlamento y el Rey. Como es sabido, esta cotitularidad se plasmaba en la necesidad de la concurrencia de ambas voluntades para la producción de la ley: el Parlamento elaboraba y aprobaba la ley, en tanto que el Rey daba su conformidad mediante la sanción y la promulgaba (72). Es claro que, en este contexto constitucional, era menester asegurar el *royal assent* para convertir los proyectos en leyes, de donde se sigue sin dificultad que la razón de ser de los preámbulos no era otra, probablemente, que persuadir al monarca de la bondad y conveniencia de los proyectos que le eran sometidos para su sanción. Esta interpretación —que, como queda dicho, no deja de ser una hipótesis— vendría avalada por la circunstancia de que los preámbulos de las leyes de la época codificadora— recuérdese que la Constitución de 1876 está,

(71) La hipótesis histórica que aquí se avanza no puede desconocer, sin embargo, que la práctica de anteponer preámbulos a los textos legales es anterior a las revoluciones liberales y, por tanto, al propio constitucionalismo. F. Olivier Martín («Histoire du droit français», reimp. ed., 1948, París, 1984, p. 349) señala cómo los preámbulos de las ordenanzas reales en la Francia del Antiguo Régimen se debían a la estructura formal de las ordenanzas mismas, que se expedían como *lettres patentes*, es decir, como cartas abiertas dirigidas a la generalidad de los súbditos. En este sentido, el valor explicativo del preámbulo parece ser un residuo de la vieja dictotomía *rex-regnum* en la monarquía absoluta. Conviene recordar, no obstante, que los Parlamentos debían registrar las ordenanzas antes de su aplicación, por lo que los preámbulos no dejaban de desempeñar cierto papel de elemento de persuasión al respecto.

(72) Sobre el significado jurídico originario de la sanción, vid. I. de Otto y Pardo, «Derecho Constitucional», *cit.*, pp. 109-110; J. Rodríguez Zapata, «Sanción...», *cit.*, pp. 32 y ss.; J. J. Solozábal Echevarría, «La sanción...», *cit.*, pp. 85 y ss. Desde un punto de vista histórico, vid. M. Fernández Almagro, «Orígenes del régimen constitucional en España», Madrid, 1976, pp. 105 y ss.; M. Herrero de Miñón, «El principio monárquico», Madrid, 1972, pp. 17 y ss.

como ninguna otra, inspirada en el principio monárquico— están formalmente redactados como memoriales que el Ministro refrendante dirige al monarca al presentarle el proyecto (73).

Este probable significado originario de los preámbulos desaparece no obstante, en el momento mismo en que se extingue la vigencia del principio monárquico, de cuya lógica interna forma parte. Queda, entonces, por justificar la supervivencia de esta práctica cuando el fundamento mismo del ordenamiento se ha transformado. En este punto, conviene distinguir entre el significado de los preámbulos en un ordenamiento democrático del que puedan tener en uno autoritario. Por lo que se refiere a éste último, no se descubre nada nuevo al señalar cómo el régimen franquista conoció un florecimiento de la práctica de anteponer preámbulos, no desdeñables desde un punto de vista técnico, en la que puede denominarse la época de la *codificación administrativa* de los años cincuenta (74). Es evidente que en un régimen caracterizado, incluso formalmente —recuérdense las llamadas *leyes de prerrogativa* de 1938 y 1939—, por la concentración de la potestad legislativa en el Jefe del Estado, el significado de los preámbulos había de ser muy otro que el que tuvieron bajo el principio monárquico. En este orden de ideas, dejando al margen el siempre innegable peso de la tradición, sólo cabe justificar la supervivencia de la mencionada práctica en este período sobre la base de consideraciones de índole tecnocrática, tan caras, por lo demás, a un régimen que a partir de cierto momento trató de legitimar su propia existencia en la eficiencia como consecuencia natural de la supresión de los antagonismos partidistas e ideológicos. Los preámbulos vendrían a ser, así, un modo de acreditar que la regulación legal adoptada era la única racionalmente posible y a la altura exigida por el conocimiento técnico-científico, mentalidad tecnocrática que puede observarse en los preámbulos antedichos de las grandes leyes administrativas.

¿Cuál es, en fin, la razón de ser de los preámbulos en un Estado democrático previsto de una forma de gobierno parlamentaria? Es claro que el empeño de convicción política —única función que, como se ha visto, cabe atribuir a los preámbulos— no puede estar dirigido al Rey, cuya facultad de sanción de las leyes es estrictamente reglada (art. 91 CE), ni puede tener un sentido meramente tecnocrático, ya que ello chocaría con los fundamentos pluralistas de la democracia misma. Así las cosas, sólo es dable dotar de sentido a los preámbulos a partir de consideraciones inherentes al propio principio democrático y, en particular, a partir de la posición constitucional del

(73) Paradigmática, en este sentido, es la presentación del Código Civil que Alonso Martínez hace a la Reina Regente: «Es para mí un halago de la fortuna...».

(74) Piénsese en los preámbulos de la Ley de Expropiación Forzosa, de la Ley del Suelo o de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Parlamento como titular exclusivo de la potestad legislativa. Si se adopta este punto de vista, no es difícil concluir que la arriba referida tarea de convicción política plasmada en los preámbulos forzosamente ha de tener como destinatario al cuerpo electoral o, si se prefiere, al conjunto de los ciudadanos, al que el Parlamento representa y sólo ante el cual éste es políticamente responsable. Los preámbulos, por consiguiente, únicamente pueden ser configurados hoy en día como un mecanismo que facilita la efectividad de la responsabilidad política difusa del Parlamento ante los ciudadanos (75); es decir, son un medio de que los ciudadanos conozcan, según las bellas palabras de De Castro que encabezan este escrito, «la razón de su obediencia», al tiempo que fuerzan al Parlamento a dar explicación de sus decisiones legislativas y a no olvidar de dónde deriva su poder. Ciertamente es que se trata de un modesto instrumento; mas no por ello debe ser despreciado, sobre todo, si se tiene presente que nada es poco en la labor de racionalización del ejercicio del poder y en la, tampoco desdeñable, tarea de favorecer la buena técnica legislativa.

(75) Sobre la responsabilidad política difusa, vid. J. R. Montero Gibert y J. García Morillo, «El control parlamentario», Madrid, 1984, pp. 125 y ss.; G. V. Rescigno, «La responsabilità politica», Milán, 1967, pp. 113 y ss.

Sistemas germánicos de cesión de créditos (y II)

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: 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 dispensada 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.

2.4. Protección al deudor de buena fe por su no conocimiento de la cesión

A continuación voy a analizar en qué medida queda protegido el deudor que, no teniendo conocimiento de una cesión eficaz ya producida, paga o negocia o adquiere expectativas en su relación con persona distinta del nuevo titular del crédito, bien porque actúa con el cedente, bien con otro cesionario, bien porque adquiere un crédito compensable con el cedente o contra un cesionario no adquirente.

2.4.1. *Actos o negocios del deudor con el cedente posteriores a la cesión (§ 407.1).*

En el § 407.1 viene a establecerse que serán oponibles al cesionario tanto el pago hecho por el deudor al cedente como aquellos negocios jurídicos concluidos entre ambos después de la cesión, a menos que se demuestre que el deudor tenía conocimiento de la cesión al tiempo de llevarlos a cabo (301). Esta norma se presenta como una derogación, basada en razones de equidad, de las consecuencias a la que conduciría la aplicación de la que en el § 398 establece que tras la cesión el cesionario y no el cedente es el nuevo titular del crédito, con independencia de que el deudor tenga o no conocimiento de lo sucedido (302).

Es decir, la explícita aceptación de la transmisión a título singular de los créditos en el § 398 lleva consigo tener que aceptar que tras la cesión sea sólo el cesionario y ya no el cedente el único legitimado para exigir y cobrar el crédito (303). O lo que es lo mismo, si el precepto contenido en el § 407.1 no existiese, nos encontraríamos con que el deudor que pagase al cedente, esto es, al que por razón de una cesión eficaz, ya no es su acreedor, habría pagado mal y no quedaría liberado de su deuda a menos que el cesionario hubiese autorizado al cedente a cobrar el crédito o que confirmase *ex post* tal pago, o que el cedente readquiriese el crédito, como se desprende de los §§ 362 y 185 (304). Por la misma razón, serían ineficaces, con las mismas salvedades, los negocios jurídicos concluidos entre deudor y cedente tras la cesión.

Son consideraciones de equidad las que llevan a proteger al deudor que no conociendo la cesión, sigue tratando con el cedente como si éste siguiera siendo su acreedor. Es decir, es la buena fe del deudor y no otra razón lo que lleva a derogar en su favor la rígida aplicación de las reglas propias de la sucesión a título singular. La facultad del deudor de oponer al cesionario el pago o los negocios jurídicos concluidos sobre el crédito de buena fe con el cedente después de la cesión no tiene, pues, como explicación que la pro-

(301) «Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt» (§ 407.1).

(302) «Die Beratung...», *cit.*, p. 755.

(303) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 747, 754; en esta última se reconoce que esta falta de legitimación del cedente para el cobro es consecuencia necesaria del cambio de titularidad.

(304) «Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung» (§ 362.2). El texto del § 185 se encuentra en la nota 253.

ducción del efecto traslativo-adquisitivo dependa del conocimiento de la cesión por el deudor: éste puede hacer valer tales actos frente al cesionario no porque fueron realizados con su verdadero acreedor, sino porque los llevó a cabo con quien aparentemente seguía siéndolo. Así, pues, es la protección de la apariencia y no el retraso en la producción del efecto traslativo la ratio del precepto contenido en el § 407.1 (305). Responsables del error del deudor que paga o negocia sobre el crédito con quien ya no es su acreedor son el cedente y el cesionario, puesto que cada uno de ellos tiene medios para poner fin a tal apariencia (306). Parece razonable, pues, que no recaigan sobre el deudor las consecuencias de tal error. Como sabemos, recaen en primer lugar sobre el cesionario, que deberá pasar por la eficacia de tal pago o de lo negociado de buena fe por el deudor con el cedente, y sólo contra este último podrá dirigirse. En definitiva, estamos ante una cierta «compensación» para el deudor, cuyo consentimiento ni conocimiento son necesarios para que se produzca la cesión.

El significado de la expresión negocio jurídico en el § 407.1 no se reduce a los contratos celebrados por el deudor con el cedente (condonación, aplazamiento, transacción, dación en pago o para pago...), sino que también comprende otro tipo de declaraciones unilaterales de voluntad, tales como las de compensación, de interpelación, resolución, rescisión... (306 bis). Aunque en algunos momentos del proceso de elaboración de la norma sólo se hacía referencia al pago (307), finalmente se amplió la regla favorable al deudor a cualesquiera otros negocios (308). Hubo al principio también una restricción de la protección, excluyendo de ella a los actos a título gratuito (condonación total o parcial de la euda por causa gratuita) (309), de manera que éstos no serían oponibles al cesionario, si bien se terminó aceptando su oponibilidad (310). Sin embargo, se considera que el precepto contenido en el § 407.1 permite o no excluye algunas restricciones o límites a su aplicación.

La primera limitación resulta de la consideración de que la norma del § 407 no comprende aquellos negocios de los que se desprendan consecuencias desfavorables para el deudor. En los materiales consultados sobre el proceso de elaboración del precep-

(305) Tampoco hace falta acudir a la ficción de que el cesionario ha autorizado al cedente a cobrar el crédito.

(306) Vid. Dörner, *op. cit.*, p. 269.

(306 bis) «Motive...», *cit.*, p. 133; Scheyhing, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

(307) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741 y 743.

(308) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 747, 755 y 802.

(309) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741 y 743.

(310) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 748 y 756.

to no se formula explícitamente esta distinción entre lo favorable o desfavorable para el deudor, es más, parece que se admitía una cierta reciprocidad o bilateralidad en su aplicación, admitiendo explícitamente, por ejemplo, la declaración de compensación hecha por el cedente para el crédito ya cedido y una deuda que él tuviese frente al deudor (311). Sin embargo, parece hoy comúnmente aceptado que el § 407 no se aplica contra el interés del deudor (312).

Las razones esgrimidas para fundamentar esta restricción del § 407 a lo favorable al deudor son varias. Por un lado, la *ratio* misma del precepto es la de proteger al deudor de las consecuencias desfavorables que para él pudieran derivarse de su no conocimiento de la cesión, lo cual se vería mermado si el cesionario pudiera oponer al deudor y hacer valer frente a él actos o negocios jurídicos que fueran desfavorables para el deudor y que fueron concluidos por el cedente o con el cedente no sabiendo el deudor que éste ya no era su acreedor. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que los actos o negocios realizados por el cedente o por el deudor respecto a éste o por ambos después de la cesión son, en principio, ineficaces, ya que o bien su autor o su destinatario o una de las partes no estaba legitimada para realizarlo o para ser destinatario de tales actos o negocios relativos al crédito (313).

De esta forma, nos encontramos con que el deudor sí puede hacer valer contra el cesionario todos los actos o negocios jurídicos llevados a cabo en relación con el crédito antes de saber de la cesión, si ello interesa a aquél, amparándose en el § 407.1, mientras que, por el contrario, el cesionario no podría invocar tal precepto para oponer al deudor tales actos o negocios si le interesan a aquél. Es decir, el deudor sí puede, pongo por caso, oponer al cesionario la condonación o el aplazamiento del pago pactados de buena fe por él con el cedente después de la cesión, como también la constitución en mora del acreedor mediante el ofrecimiento de pago hecho de buena fe al cedente y rechazado por éste sin indicar que otro es el acreedor. En cambio, el cesionario no podría hacer valer contra el deudor la mora de éste si hubiera sido interpelado por el cedente después de la cesión. Lo mismo cabe decir de la compensación: declarada de buena fe por el deudor después de la cesión por créditos contra el cedente, el cesionario ha de soportar la extinción del crédito cedido; en cambio, el cesionario, interesado en tal compensación, no podría oponerla contra el deudor que ya no estuviera interesado en ella, porque, por ejemplo,

(311) «Motive...», *cit.*, p. 133; Planck, *op. cit.*, pp. 189 y 190, § 407, n.º 1.

(312) Por todos, vid. Scheyhing, *op. cit.*, pp. 90 y 91; también Dörner, *op. cit.*, pp. 270-272.

(313) Dörner, *op. cit.*, p. 271.

pretende compensar el crédito cedido con otro que él tuviese contra el cesionario (313 bis).

Es decir, el cesionario no puede evitar que el deudor le oponga excepciones derivadas de actos o negocios jurídicos entre el cedente y el deudor llevados a cabo después de la cesión (314), a menos que pruebe que el deudor ya tenía conocimiento de ella al tiempo de realizarse tales actos (315), porque el § 407.1 le otorga protección en tanto esto no se pruebe. Pero es que tampoco podría el cesionario invocar este mismo precepto para hacer valer frente al deudor esos mismos actos o negocios.

Ahora bien, creo que se ha de ser consciente de que la, por lo demás, razonable y justificada aceptación de esta solución, es posible a costa de desplazar el precepto contenido en el § 185. Téngase en cuenta que, de aplicar este precepto a los actos y negocios entre deudor y cedente realizados después de la cesión, como llevados a cabo o dirigidos a quien ya no está legitimado para ello (el cedente), resultaría que el cesionario podría conseguir hacer valer tales actos, si le interesara, frente al deudor, aprobándolos después de realizados o si los hubiera autorizado previamente. Y también el mismo cedente podría conseguir que tales actos llegaran a ser eficaces contra la voluntad del deudor readquiriendo después el crédito (316). Entiendo que la no aplicación del llamado principio de convalecencia enunciado en el § 185 a los actos o negocios realizados entre deudor y cedente después de la cesión, es lo que impide al cesionario o al cedente decidir sobre la eficacia de tales actos contra el interés del deudor. Y creo que esta exclusión, por lo menos relativa, de dicho principio, aunque no esté explícitamente establecida, deriva del carácter especial de la norma contenida en el § 407.1 y que está justificada por la protección del deudor de buena fe por su no conocimiento de la cesión.

Considero, pues, que la afirmación según la cual el cesionario no puede hacer valer el § 407 en su propio interés y en contra del

(313 bis) Vid. Olschhausen, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

(314) Mucho menos las que derivan de lo sucedido antes de la cesión, conforme al § 404.

(315) Ni aún así, según parece, si tales excepciones derivan de la misma relación jurídica de la que nace el crédito cedido, por entender en tal caso aplicable el § 404.

(316) Piénsese en el siguiente caso: el cedente, después de la cesión, interpela al deudor que se retrasa en el cumplimiento, cuando éste todavía nada sabe de la cesión; después de tal interpelación la prestación se hace imposible y de la constitución en mora del deudor depende la apreciación o no del caso fortuito. De aplicar el § 185 resultaría que si el cesionario aprueba tal interpelación, podría entenderse constituido en mora al deudor y obligado a indemnizar daños y perjuicios. Si se trata de una deuda dineraria, la aplicación de tal precepto serviría para tener derecho el cesionario al percibir el interés por demora desde aquella interpelación.

deudor, o de que éste puede evitar que el cesionario lo consiga, sólo se sostiene si se entiende que dicho precepto no sólo contiene una excepción a las reglas propias de la transmisión a título singular reconocida en el § 398 (el deudor se libera pagando a quien ya no es su acreedor, y puede hacer valer contra éste lo negociado de buena fe sobre el crédito con el anterior acreedor), sino también al principio de convalecencia de los actos o negocios realizados por o destinados a quien no está autorizado para ello, y que se formula en el § 185. Y es que aunque se corrigiera *a posteriori* el defecto de legitimación del cedente, tampoco así el deudor estaría obligado a tener que soportar las consecuencias desfavorables derivadas de los actos realizados entre él de buena fe y el cedente después de la cesión. La explicación última de esta mayor operatividad reconocida al § 407 o, mejor aún, la consecuencia que de esto resulta es la consideración de que no corresponde al cesionario (*dominus negotii* tras la cesión) decidir sobre la eficacia de tales actos, como, en cambio, sí sucede en los casos en que el § 185 sí es el directamente aplicable.

Si se acepta esto, entiendo que, por la misma razón, la solución no ha de ser diferente si el cedente actúa habiendo sido previamente autorizado por el cesionario. Es decir, no por ello el cesionario podrá hacer valer contra el deudor lo sucedido entre éste y el cedente después de la cesión y antes de que el deudor tuviese conocimiento de ella, porque no es al cesionario al que corresponde decidir sobre su eficacia. Y no lo puede hacer porque el cambio de titularidad que se operó con la cesión puede haber sido conveniente para el deudor, puede haberle creado posibles ventajas, de las que no se ha de ver privado por el hecho de haber pagado al cedente o de haber concluido con éste negocios sobre el crédito, en ambos casos de buena fe por parte de aquél, y que ahora el cesionario pretende hacer valer para impedirle aprovecharse de las ventajas que para el deudor se derivaron del cambio de titularidad sobre el crédito (317). Claro está, cuando el cedente actúa después de la cesión como representante del cesionario ningún problema se plantea, porque, para empezar, esto supone que ha de poner de manifiesto la relación representativa, con lo que estará poniendo en conocimiento del deudor la cesión.

(317) Por ejemplo, el cesionario autoriza al cedente a declarar, después de la cesión, la compensación del crédito cedido con un crédito del deudor contra el cedente, o simplemente, a cobrar el crédito cedido. El cedente cobra o compensa antes de que el deudor tuviera conocimiento de la cesión. Si resulta que el deudor era acreedor del cesionario y éste fuera poco solvente, podía estar interesado en extinguir por compensación su crédito contra el cesionario. Pues bien, el cesionario no podría impedirse alegando los §§ 407.1 y 185, sosteniendo que la compensación declarada por el cedente o el cobro realizado por aquél habían extinguido ya el crédito cedido.

Otra limitación a la regla del § 407.1 deriva de la consideración de que en él no se protege al tercero que paga por el deudor. La prestación del tercero no está protegida por dicho precepto, como tampoco por el § 267 (318), puesto que se considera que el que paga por otro lo hace asumiendo el riesgo de equivocarse, no sólo pagando una deuda inexistente o inexigible, sino también de pagar a persona distinta del acreedor; por lo menos, cuando el tercero no ha actuado de acuerdo con el deudor. Sin embargo, se entiende que sí quedarían protegidos por el § 407 el codeudor y el fiador, pues éstos sí están de una forma u otra vinculados por la deuda (319).

Por otra parte, la protección dispensada por el § 407, a diferencia de la del § 404, tiene como límite temporal el momento en que el deudor tiene conocimiento de la cesión. A partir de entonces actúa a su propio riesgo si se dirige al cedente, es decir, asumiendo el riesgo de que la cesión haya ido eficaz. Hay hechos o negocios que se agotan en un sólo acto (el pago) y otros en los que hay un tiempo entre su conclusión y su ejecución o cumplimiento (novación, transacción, condonación parcial...). En relación a estos últimos cabría distinguirlos momentos, como los posiblemente decisivos para el control de la buena fe del deudor: el de la conclusión (Abschluß) del negocio o el de su ejecución o cumplimiento (Vornahme). La redacción definitiva del § 407 opta por este segundo momento, lo cual significa que el deudor no puede pretender el cumplimiento ante el cedente si ya conoce la cesión, aunque cuando se concluyó el negocio sobre el crédito no la conociera (320). Es decir, si bien el cesionario ha de soportar las consecuencias modificativas o extintivas del crédito, resultado de acuerdos entre aquellos dos, realizados después de la cesión, pero antes e que el deudor tuviese conocimiento de ella, esto no significa que, una vez que éste la conoce, pueda decidir pagar al cedente (321) y no a su verdadero acreedor: la cesión es eficaz y si el deudor, a pesar de conocerla, paga al cedente, tal pago no será liberatorio.

(318) Vid. § 267.

(319) Vid Scheyhing, *op. cit.*, p. 91.

(320) Sin embargo, en los primeros momentos de proceso de elaboración del precepto, lo decisivo era la conclusión del negocio («Motive...», *cit.*, p. 133; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 747, 755 y 802), con lo que podía pensarse que el deudor tendría derecho a pagar al cedente después de conocer la cesión, si al tiempo de concluir quedar concluido tal negocio no conocía la cesión.

En la segunda comisión se cambió la redacción y se decidió que el momento decisivo para el control de la buena fe del deudor no sólo era el de al conclusión del negocio sino también el de su ejecución o cumplimiento («Die Beratung...», *it.*, pp. 802-805, 808-810, donde se aceptan las propuestas de Strückmann y de Planck, que proponían la redacción definitiva).

(321) Vid. Scheyhing, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

Por lo demás, el § 407 no desmiente que el cesionario sea el nuevo acreedor desde el momento en que se realizó la cesión, aunque el deudor no tuviera conocimiento de ella, La *ratio* del §407 es la de permitir que el deudor no sufra las consecuencias desfavorables derivadas de un cambio que en la titularidad activa del crédito se ha producido sin su consentimiento y sin su conocimiento. Como sabemos, se trata de la protección de la buena fe del deudor y no de un retraso en la eficacia traslativa de la cesión. Así las cosas, el desconocimiento de la cesión por el deudor o por otro tercero no impide que el cesionario adquiera el crédito desde el momento de la cesión, y que pueda hacerla valer tanto frente a los acreedores del cedente, como frente a otro cesionario posterior. Es más, ni siquiera el deudor podría oponer el § 407 una vez que conoce la cesión, para negar a su nuevo acreedor aquello que no habría podido negar al antiguo: si el crédito produce intereses, los pendientes de pago devengados desde la cesión; su constitución en mora si se ha retrasado en el pago si no era necesaria la interpelación, etc. Recordemos que la cesión tampoco puede significar una mejora en la situación jurídica del deudor. Desde luego, el § 407.1 no lo pretende.

En cuanto a la distribución de la carga de la prueba, parece razonable entender que al deudor corresponderá demostrar la existencia de los actos o negocios relativos al crédito cedido y llevados a cabo entre él y el cedente, así como su fecha, mientras que al cesionario corresponderá la prueba del conocimiento de la cesión por el deudor al tiempo en que tales actos fueran realizados (322).

2.4.2. *Eficacia de la sentencia recaída en el pleito entre cedente y deudor (§ 407.2)*

El § 407.2 establece que el cesionario no puede impedir que el deudor haga valer contra él una sentencia firme recaída en un pleito relativo al crédito e iniciado después de la cesión entre cedente y deudor, a menos que al tiempo de iniciarse el proceso el deudor ya conociese la cesión (323).

Esta norma se presentó como una extensión de lo que en la ley de procedimiento civil (§ 326 de la antigua, y §§ 265 y 325.1 de la

(322) «Motive...», *cit.*, p. 133; «Die Beratung...», *cit.*, p. 802; Planck, *op. cit.*, p. 190, § 407, n.º 3.

(323) «Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat» (§ 407.2).

actual) se establece para el supuesto en que la cesión se produzca una vez iniciado el proceso: la sentencia recaída es eficaz frente al cesionario, aunque el proceso continúe entre el deudor y el cedente, con independencia de que éste debe transferir (umstellen) su pretensión de cumplimiento al cesionario (324). En esta situación la solución no sería distinta por el hecho de que el deudor, una vez que tiene conocimiento de la cesión, no lo haga valer exigiendo que sea el cesionario el que continúe el proceso como nuevo acreedor.

Pero en un primer momento de su proceso de elaboración la justificación de esta norma parecía ser la misma que la de la contenida en el primer párrafo: proteger la buena fe del deudor. Por esto es por lo que se establecía que el deudor sólo podría hacer valer frente al cesionario la sentencia firme recaída en el proceso iniciado por o contra el cedente después de la cesión, si hubiera tenido conocimiento de la cesión cuando ya no podía impedir la continuación del procedimiento con el cedente (325). Por tanto, la idea inicial era que si el deudor, ya iniciado el pleito, conocía la cesión cuando podía hacerla valer para poner fin al pleito con el cedente, no podría luego hacer valer contra el cesionario la sentencia firme así dictada si, a pesar de conocer la cesión, había optado por continuar el pleito contra el cedente. Por tanto, el cambio operado en la segunda comisión, decidiendo que el cesionario no podía evitar que el deudor hiciese valer contra él la sentencia firme recaída en un pleito entre deudor y cedente, iniciado después de la cesión, con tal que al iniciarse el deudor (demandante o demandado) no conociese la cesión (326), parece responder no tanto o no sólo a la protección de la buena fe del deudor, sino más bien al deseo de concederle la facultad de optar por continuar el pleito con el cedente o de ponerle fin haciendo valer su falta de legitimación (327).

Como consecuencia de la redacción que al final tuvo el precepto, pueden darse situaciones, por lo menos en principio, un tanto chocantes y, en todo caso, reveladoras de una reforzada protección del deudor, si se tiene en cuenta que también para el supuesto del § 407.2 se entiende operativa la interpretación dada al § 407.1, en el sentido de negar al cesionario que pueda hacer valer contra el interés del deudor

(324) Planck, *op. cit.*, p. 190, § 407, n.º 2; «Die Beratung...», *cit.*, p. 810; Scheyhing, *op. cit.*, p. 93.

(325) «Motive...», *cit.*, pp. 133 y 134.

(326) La decisión de abandonar el criterio inicial se debe a una propuesta de Struckmann, aceptada con el propósito declarado de ampliar la protección concedida al deudor por la ley procesal civil para el caso de cesión posterior al inicio del pleito («Die Beratung...», *cit.*, pp. 809 y 810).

(327) Planck, *últ. loc. cit.*

una sentencia firme desfavorable a este último, si recayó en un proceso iniciado y desarrollado entre el deudor y el cedente si al tiempo de iniciarse el pleito el deudor no conocía la cesión (328). Es decir, que el cesionario no puede servirse del §407 en ninguno de los supuestos previstos en él. Se entiende, pues, que la *ratio* del § 407.2 sigue siendo la del § 407.1 y que por ello se permite al deudor hacer valer frente al cesionario sentencias firmes favorables a aquél recaídas en pleitos sostenidos con el cedente, con tal que al iniciarse éstos el deudor no conociese la cesión, mientras que el cesionario no puede hacer lo mismo cuando la sentencia haya sido favorable al cedente. Sin embargo, creo que la situación del deudor puede no ser cualitativamente la misma en los dos supuestos del § 407.

Téngase en cuenta que en el § 407.1 se está protegiendo al deudor en negocios o actos jurídicos concluidos entre él y el cedente cuando el deudor no conocía la cesión: si ya la conocía debía abstenerse de negociar sobre el crédito con el cedente. En cambio, en el supuesto del § 407.2 nos encontramos con que el deudor ha podido conocer la cesión cuando todavía podía hacer valer la falta de legitimación del cedente. Si, a pesar de esto, decide continuar el pleito con él, resulta que luego también podrá decidir sobre la eficacia de cosa juzgada de la sentencia, aunque él hubiera podido evitar que se llegara a una sentencia.

Lo cierto es que, en cualquier caso, la propia literalidad del § 407.2 es ya una extensión excepcional de la eficacia de cosa juzgada de una sentencia para quien (el cesionario) no ha sido parte en el pleito: tal excepcionalidad justificaría que si la *ratio* del § 407.2 es protectora del deudor, que no pueda el cesionario hacer valer esa eficacia de cosa juzgada cuando la sentencia haya sido desfavorable para aquél. Y es que en el § 407 no se dice que el cesionario pueda hacer valer frente al deudor lo allí establecido, sino que no puede impedir que éste pueda hacerlo valer contra aquél (329). No es extraño que, en definitiva, se sostenga que si se admite que el cesionario pueda hacer valer el § 407.2 en contra del deudor se estará ante un supuesto de cosa juzgada *extra legem* (330); es decir, que se iría más allá de la extensión ya prevista en dicho párrafo del § 407 para la eficacia de cosa juzgada.

(328) Scheyhing, *op. cit.*, pp. 93 y 94; W. Fikentscher: «Schuldrecht», 7.^a ed., Berlín-Nueva York, 1985, p. 362.

(329) Ya en la elaboración de la norma fue presentado el precepto como una facultad del deudor, aunque se dijera que valía tanto para las sentencias condenatorias como para las absolutorias del deudor. Ahora bien, lo cierto es que esto se decía en un momento en el que todavía se excluía la protección al deudor si había conocido la cesión cuando todavía hubiera podido hacerla valer en el proceso iniciado con el cedente («Die Beratung...», *cit.*, p. 804).

(330) Scheyhing, *op. cit.*, p. 94.

Coherentemente con lo anterior, ha de admitirse la facultad del deudor de oponerse a la ejecución de la sentencia recaída en el pleito con el cedente, iniciado después de la cesión. Ahora bien, si el deudor se hubiera enterado de la cesión después del último trámite procesal y se viese obligado a pagar, debería consignar en interés del cedente y del cesionario, puesto que lo que en modo alguno debería hacer es pagar al cedente conociendo ya la cesión (331), pues en tal caso no contaría con la protección del § 407.1, lo que significa que pagaría asumiendo el riesgo de que la cesión hubiera sido eficaz y que el cedente ya no esté legitimado para recibir el pago. Por su parte, el cesionario conserva todos los recursos que las normas procesales pongan a su disposición para lograr que la relación procesal, constituida entre el cedente y el deudor, se adecue a la situación jurídica material. Y, por supuesto, tanto el deudor como el cedente pueden también hacer valer el cambio de titularidad.

Finalmente, parece también razonable entender que recaerá sobre el cesionario la carga de la prueba de que el deudor conocía la cesión al tiempo de iniciarse el pleito (332).

2.4.3. *Protección de expectativas generadas para el deudor antes de conocer la cesión (§ 406)*

Según el § 406 el deudor puede declarar frente al cesionario la compensación del crédito cedido con otro que el deudor tuviese contra el cedente, salvo que el deudor hubiese adquirido tal crédito después de conocer la cesión o que este crédito venza después de conocerla y también después del vencimiento del crédito cedido (333).

Aunque este precepto parece referirse exclusivamente a la excepción de compensación, hemos de recordar que se puede interpretar como el aplicable a otras excepciones derivadas de una relación jurídica entre el deudor y el cedente, distinta de aquella de la que nace el crédito cedido. En cambio, en el § 404 se entiende contenida la regla aplicable a las excepciones derivadas de la misma relación de la que nace el crédito cedido. Una vez hecha esta puntualización, paso a analizar el precepto contenido en el § 406, refiriéndome sólo a la compensación.

(331) Scheyhing, *op. cit.*, p. 95.

(332) Vid. nota 322.

(333) «Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen. Es sei denn, daß er die dem Erwerber der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist» (§ 406).

Creo que para entender la verdadera *ratio* de dicho precepto debemos preguntarnos qué añade a la protección del deudor, o qué le concede que otros preceptos no le concedieran ya. Por una parte, nos encontramos con que ya en el § 404 hay base suficiente para permitir al deudor oponer al cesionario la compensación del crédito cedido con otro del deudor contra el cedente, si ya antes de la cesión había sido declarada la compensación: el cesionario nada habría adquirido porque el crédito se había extinguido (334). Con base en el mismo precepto puede el deudor declarar la compensación del crédito cedido con otro del deudor contra el cedente cuando ambos nacen de la misma relación jurídica, aunque los presupuestos de la compensación se den después de la cesión, o después de que el deudor tenga conocimiento de ella, con tal que el contracrédito del deudor existiera antes de la cesión (335). Por otra parte, el § 407.1 permite al deudor oponer al cesionario la extinción del crédito cedido, como consecuencia de su compensación con uno del deudor contra el cedente, si ésta fue declarada por el deudor o por el cedente después de la cesión, pero antes de que fuera conocida por el deudor.

Queda, por tanto, como posible ámbito específico de aplicación del § 406, por lo que respecta a la compensación por créditos del deudor contra el cedente que no derivan de la misma relación jurídica de donde nace el crédito cedido, aquellos casos en los que el deudor pretende declararla frente al cesionario una vez que ya conoce la cesión. Es, por tanto, a estos casos a los que se dirige específicamente el precepto contenido en el § 406, estableciendo la procedencia de tal compensación a menos que el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor después de conocer la cesión, o a menos que venza este crédito después de que el deudor conozca la cesión y también después del vencimiento del crédito cedido.

La *ratio* del precepto es doble, en el sentido de que dos son las explicaciones pertinentes: una para la admisión de tal compensación y otra para el hecho de que no proceda ésta cuando el crédito del deudor contra el cedente venza después del vencimiento del cedido y después de conocer el deudor la cesión.

La razón, digamos general, del precepto contenido en el § 406 es situada en la equidad, concretamente, en proteger expectativas del deudor fundadas antes de tener conocimiento de la cesión. Es decir, la expectativa de una futura compensación puede haber sido lo que ha inducido al deudor a conceder crédito al cedente o a adquirir un crédito contra él, antes de conocer la cesión. Por esto, aunque tras ésta falta el requisito de reciprocidad, exigido con carácter general en el § 387,

(334) Por todos, vid. Scheyhing, *op. cit.*, p. 105.

(335) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 41, 45 y 46.

entre el crédito cedido y el contracrédito, sería injusto negar al deudor la facultad de declarar la compensación después de conocer la cesión (336).

Quiero llamar la atención acerca de que esta explicación no es obstáculo para que en caso de cesiones sucesivas del crédito, pueda el deudor declarar su compensación no sólo con contracréditos que tuviera frente al primer cedente, sino también frente a otros cesionarios intermedios (337), cuya adquisición el deudor ha podido no conocer, por lo que no parece que pueda hablarse de protección de expectativas del deudor, por lo menos, no en todos los casos en que se entiende aplicable el § 406. Pienso que la explicación dada al § 406 en clave de protección de expectativas no agota todo el potencial de la norma, y que esto no es obstáculo para aplicarla a los casos de una pluralidad de cesiones sucesivas, simplemente, porque esta posibilidad no fue excluida, como, en cambio, sí lo había hecho el legislador austriaco (338), por lo que la cuestión era perfectamente conocida y esto permite entender la no exclusión en el derecho alemán como su admisión.

Además, la protección de expectativas no explica tampoco todo lo establecido en la norma, en su redacción definitiva. En concreto, no da cuenta de la segunda causa de exclusión de la compensación: cuando el contracrédito vence después de conocer el deudor la cesión y después del vencimiento del cedido, aunque el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor antes de conocer la cesión e, incluso, antes de la cesión. Y es que esto va a impedir al deudor declarar la compensación aunque en el momento de hacerlo estén ya vencidos ambos créditos y sean las prestaciones homogéneas.

Parece que estamos ante una restricción de la protección de expectativas del deudor: sólo las fundadas merecen ser protegidas. Esto es, sólo si el contracrédito no vence después del cedido tiene el deudor una expectativa «cierta» de extinguir ambos mediante su compensación. Pero si el contracrédito tiene una fecha de vencimiento posterior a la del cedido, el deudor ya no tiene esa «certeza», puesto que su acreedor podría exigirle el pago en un momento en el que el contracrédito no hubiese vencido todavía, no pudiendo en tal caso el deudor declarar la compensación. Ahora bien, no es menos cierto que si el titular del crédito que vence antes se retrasa en exigir su cumplimiento y así transcurre el tiempo necesario para que venza el contracrédito, podría en hipótesis declararse la compensación. Pues bien, resulta que el § 406 impide esto último si el crédito cedido vence antes que el crédito del deudor contra el cedente si el deudor también

(336) «Motive...», *cit.*, pp. 131 y 132.

(337) Por todos, *vid.* Scheyhing, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

(338) *Vid.* § 1422 ABGB.

antes conocía la cesión, aunque el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor antes de conocer la cesión y aunque el cesionario se hubiese retrasado en exigir el pago y ambos créditos concurren ya vencidos. En cierto modo, puede hablarse de un empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión, puesto que de no haberse producido ésta si su acreedor se hubiese retrasado en exigir su cumplimiento y ya hubiese vencido también el contracrédito se podría declarar la compensación. Este empeoramiento no se produciría si sólo se exigiese que el contracrédito haya sido adquirido por el deudor antes de tener conocimiento de la cesión, dejando lo demás (menos la exigencia de reciprocidad, lógicamente) a las reglas generales sobre la compensación.

Téngase en cuenta una vez más que en el § 404 no se exige ese segundo requisito. Por tanto, si el crédito cedido y el contracrédito del deudor frente al cedente nacen de la misma relación obligatoria, no juega tal limitación y es suficiente con que al tiempo de declarar la compensación frente al cesionario ambos créditos estén vencidos, siempre que el contracrédito existiese antes de la cesión.

He comprobado cómo el criterio inicial con el que se proyectó la norma sobre compensación fue más generoso: bastaba con que el deudor hubiese adquirido el contracrédito antes de tener conocimiento de la cesión, siendo indiferente su fecha de vencimiento en relación a la del crédito cedido (339), siempre que ambos estuviesen vencidos al declarar su compensación. Sin embargo, a lo largo del proceso de elaboración de la norma esta cuestión fue varias veces planteada y diversamente decidida (340). Finalmente, fue una propuesta de Jacubezky la que proporcionó el criterio asumido en la redacción definitiva. La aceptación de su propuesta fue presentada diciendo que, de exigir sólo que el contracrédito haya sido adquirido por el deudor antes de conocer la cesión y que ambos estén vencidos al tiempo de declarar la

(339) «Motive...», *cit.*, últ. loc. cit.

(340) Las soluciones propuestas llegaron a ser prácticamente todas las imaginables: exigir que el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor antes de la cesión, sin que fuese necesario que venciese después del cedido («Die Beratung...», *cit.*, p. 741); conformarse con que el contracrédito hubiera nacido (entstanden) antes de que el deudor conociera la cesión, sin exigir que venciese antes que el cedido («Die Beratung...», *cit.*, p. 751); lo mismo que antes pero cambiando la expresión nacidos por la de adquiridos (erworben) («Die Beratung...», *cit.*, pp. 751 y 793); propuestas de Kurlbaum y de Planck de exigir también que el contracrédito no venza después del crédito cedido («Die Beratung...», *cit.*, p. 793); vuelta al criterio inicial de no exigir el vencimiento anterior del contracrédito y conformarse con que perteneciese al deudor al tiempo de conocer la cesión, si bien se decía que sería una fuente de litigios la prueba del momento en que el deudor conoció la cesión, pero que sería suficiente con que al declarar la compensación ambos créditos estuviesen vencidos («Die Beratung...», *cit.*, pp. 795-797).

compensación, supondría premiar al deudor que se retrasase en el cumplimiento del crédito cedido durante el tiempo necesario para que venza su contracrédito (341).

La solución final es limitativa de la protección al deudor de buena fe, puesto que aunque haya adquirido el contracrédito antes de conocer la cesión y sea el cesionario el que se ha retrasado en exigir el cumplimiento del crédito cedido hasta el punto de que ya ha vencido el contracrédito, no puede el deudor declarar la compensación si tuvo conocimiento de la cesión también antes de que venciera el contracrédito. Por esto, la norma del § 406 ha sido criticada, por lo injustificado de la restricción en la protección al deudor de buena fe (342).

Tal norma proporciona una solución intermedia. En la comisión todos estaban de acuerdo en exigir que el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor antes de conocer la cesión, lo cual es coherente con la declarada finalidad de proteger al deudor de buena fe por su desconocimiento de la cesión; como también había acuerdo en permitir que el deudor pudiese declarar la compensación después de conocer la cesión. En lo que había división de opiniones era en si bastaba con que se dieran los requisitos generales (salvo el de reciprocidad, claro está) de la compensación al tiempo de declararla, o si, por el contrario, los créditos debían ser compensables en un momento anterior al de su declaración: en concreto, si el contracrédito del deudor frente al cedente debía estar vencido al tiempo de conocer el deudor la cesión o al tiempo de vencer el crédito cedido. Lo que la solución final permite al deudor es declarar la compensación aunque el contracrédito haya vencido después de conocer la cesión, siempre que el cedido no lo haya hecho, o también cuando el contracrédito haya vendido después de hacerlo el cedido, pero antes de que el deudor haya conocido la cesión.

Al igual que para el supuesto del § 407, se entiende que ni el cesionario ni, por supuesto, el cedente pueden invocar el § 406 contra el deudor. Lo primero a tener en cuenta es que el cedente, tras la cesión, no debe ya declarar la compensación, aunque ya con anterioridad a la cesión, los créditos fuesen compensables: al ceder su crédito provocó la ruptura de la reciprocidad necesaria para compensar, por lo que él ya no está legitimado para comportarse como si nada hubiese cambiado. Y sigue sin estarlo para hacerlo aunque el cesionario le autorice para ello. Ahora bien, si a pesar de todo el cedente declarase la compensación después de la cesión y antes de que el deudor la conociese, el § 407.1 permite la oponibilidad de esta compensación al

(341) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 797 y 798. Después se rechazó una propuesta de von Mandry, que exigía que la compensación fuese posible en el momento en el que el deudor conociese la cesión («Die Beratung...», *cit.*, p. 800).

(342) Vid. referencias en Olshausen, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

cesionario. Ahora bien, si al deudor, una vez que conoce la cesión, no le conviene esa compensación, por ejemplo, porque el deudor no sólo es acreedor del cedente sino también del cesionario y prefiere extinguir este otro crédito por compensación, ni el cedente ni el cesionario ni a los dos de común acuerdo podrían hacer valer el § 407.1 para impedirselo.

Recuérdese que, tal y como se viene interpretando el citado precepto, su *ratio* es la de proteger al deudor que desconoce la cesión obligando al cesionario a pasar por los negocios realizados entre el deudor de buena fe y el cedente, y sin que pueda negar al deudor la facultad de hacer valer la cesión y la adquisición del crédito por el cesionario, si el cambio de titularidad activa creó una situación favorable para el deudor. Por lo demás, es claro que cuando el deudor conoce la cesión ya no debe aceptar la declaración del cedente de compensar, como tampoco puede ya él declararla a menos que se den los requisitos del § 406. E insisto en que nada cambiaría si el cesionario hubiera autorizado antes o después al cedente para declarar la compendación, incluso, aunque el crédito cedido y el contracrédito del deudor frente al cedente hubiesen sido compensables antes de la cesión. Y es que no puede quedar en manos del cesionario decidir sobre la protección que se dispensa al deudor, sino que es a éste a quien corresponde decidir si hace valer la protección legal o la realidad del cambio de titularidad. Y si esta regla ya era operativa en el ámbito del § 407 para los actos y negocios concluidos entre cedente y deudor, sobre el mantenimiento de su eficacia, con mayor razón si cabe lo será en el ámbito del § 406, para rechazar la declaración de compensación hecha por el cedente con la autorización del cesionario, máxime cuando el requisito de reciprocidad falta por decisión del cedente y del cesionario.

Fuera ya del ámbito del § 406 estaría el supuesto en el que el deudor es acreedor del cesionario. Está claro que, en esta situación, cualquiera de ellos podría declarar la compensación, pero será en virtud de las reglas generales sobre esta causa de extinción del crédito y no de las específicas sobre la cesión, pues se trata de un caso normal donde se mantiene la reciprocidad entre acreedor y deudor. Es decir, el deudor no podría, en principio, oponerse a que, en esta situación, el cesionario declare la compensación, pues no hay en esto un empeoramiento de su situación jurídica (343). Sería, digamos, un riesgo tácitamente aceptado por todo acreedor de que su crédito se vea total o parcialmente extinguido por compensación si su deudor adquiere un

(343) Por todos, Olschauen, *op. cit.*, pp. 54 y 55. Lo que sucede es que es la cesión y el consiguiente cambio de titularidad lo que provoca la situación de reciprocidad: el cesionario adquiere un crédito contra su acreedor, quizá, precisamente para compensar.

crédito contra él; riesgo éste que el acreedor puede evitar pactando con su deudor la no compensabilidad del crédito (344).

La solución no sería la misma si el deudor cedido fuese acreedor del cedente y del cesionario. Se entiende que en una situación así el deudor puede optar por declarar la compensación con cualquiera de los contracréditos (345). Esto significa que puede optar por hacer valer las normas protectoras de su buena fe por el desconocimiento de la cesión, declarando la compensación del crédito cedido con el contracrédito frente al cedente, o bien el cambio de titularidad declarándola con el contracrédito frente al cesionario. Por tanto, si la compensación no ha sido declarada por el cedente ni por el cesionario, el deudor puede dirigir su declaración de compensación al cesionario especificando con cuál de los contracréditos lleva a cabo la compensación, eso sí, teniendo en cuenta que sólo si se dan los requisitos del § 406 puede compensar el crédito cedido con el contracrédito frente al cedente.

Puede suceder que ya el cedente o el cesionario se hayan adelantado al deudor declarando la compensación del crédito cedido si uno y otro eran deudores del deudor cedido. Si ha sido el cedente el que lo ha hecho después de la cesión, el § 407.1 permite al deudor hacerlo valer frente al cesionario, si le conviene, pudiendo, en caso de convenirle más, declarar el deudor la compensación con su crédito frente al cesionario, quedando ineficaz la declarada por el cedente después de la cesión.

La solución no se presenta tan fácil cuando ha sido el cesionario el que ha declarado la compensación, adelantándose a lo que hubiera decidido el deudor, compensando aquél el crédito cedido con su propia deuda frente al deudor cedido. Ya al comentar el § 404 traté esta cuestión. Allí se dijo que ni el § 404 ni el § 406 permitían, cada uno de ellos por separado, que el deudor pudiera oponerse a esa compensación hecha por el cesionario, si él prefería que la compensación se hubiese hecho con el contracrédito frente al cedente (346). Como allí se dijo, la única vía para lograrlo es acudir al principio en ambos subyacente, según el cual la cesión no debe suponer un empeoramiento

(344) Suponiendo que un pacto de esta naturaleza se establezca en interés del acreedor, si éste cede el crédito, el cesionario también podría hacerlo valer frente al deudor, mientras que éste no podría impedir la compensación declarada por el cedente antes de la cesión o por el cesionario después, si el primero o el segundo eran deudores, respectivamente, del deudor cedido.

(345) Vid. Olschauen, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

(346) Tampoco puede aplicarse directamente el § 396.1, que reconoce al destinatario de una declaración de compensación la facultad de oponerse a la elección hecha por el declarante cuando eran varias las deudas o los créditos compensables. El deudor cedido no puede hacer uso de tal facultad porque el otro crédito, cuya extinción interesa al deudor, no lo tiene contra el mismo cesionario sino contra el cedente.

para la situación jurídica del deudor, entendiéndose por tal no sólo los derechos adquiridos por el deudor al tiempo de la cesión, sino también, en general, las expectativas (compensación con un crédito contra el cedente, si se dan los requisitos del § 406), adquiridas antes de conocer la cesión; expectativas que no deberían resultar perjudicadas por un negocio (la cesión) para cuya realización y eficacia no se requiere la intervención del deudor. Piénsese en el caso de que el crédito del deudor contra el cedente haya prescrito pero sea compensable ex § 387, o no produzca intereses o no esté especialmente garantizado, mientras que el crédito del deudor contra el cesionario presente mayores posibilidades de realización efectiva: el deudor estará objetivamente interesado en conservar su crédito contra el cesionario y en preferir extinguir por compensación el que tiene contra el cedente (347).

Cuando el deudor declara la compensación frente al cesionario por razón de un contracrédito contra el cedente, el cesionario puede oponerle todo lo que el cedente hubiera podido hacer valer para rechazar la compensación (la no concurrencia de los requisitos de la compensación, el pacto de no compensabilidad) (348), así como la no concurrencia de alguno de los requisitos del § 406. Negar al cesionario aquellas defensas daría lugar a que el deudor viese mejorada su situación jurídica por la cesión. De no ser así el deudor podría imponer al cesionario consecuencias derivadas de su relación con el cedente, como si la cesión no hubiera tenido lugar, mientras que el cesionario no podría defenderse con los mismos medios que hubiera podido emplear el cedente.

Pudiera suceder que la cesión hubiera creado también posibilidades de compensación que sin ella no habrían existido. Y no me estoy refiriendo ahora sólo al caso ya expuesto en que el deudor es acreedor del cesionario. Se trata del supuesto en el que se ha cedido un crédito aparente o simulado (*Scheinforderung*) cuando, conforme al § 405, el deudor no puede oponer al cesionario la inexistencia del crédito. Para este caso se ha sostenido que el deudor podría acudir al § 406 para oponer al cesionario la compensación del crédito cedido (realmente inexistente antes de la cesión o lo que es lo mismo, sólo existente gracias a ésta) con un crédito del deudor frente al cedente (349). En este caso, no podría afirmarse que el cesionario pueda oponer al deudor lo que el cedente le hubiera podido oponer: la inexistencia o la simulación del crédito cedido. Y no puede porque el cedente no lo haría, ya

(347) En mi opinión, esta solución no necesita más fundamento que dicho principio de que la cesión no consentida por el deudor no debe suponerle una pérdida de expectativas fundadas (cfr. Olshausen, *op. cit.*, pp. 85 y 87).

(348) Olshausen, *op. cit.*, pp. 77-79.

(349) Scheyhing, *op. cit.*, p. 111.

que no parece probable que el deudor estuviera dispuesto a extinguir por compensación un crédito verdadero que él tiene con una deuda inexistente. Y tampoco porque el cesionario que adquiere en base a la apariencia conforme al § 405 no podría apoyarse en tal apariencia para sostener su adquisición y, al mismo tiempo, en la realidad afirmando que no haya materia compensable.

Finalmente, en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, parece razonable entender que al deudor corresponde probar la existencia del contracrédito, sus fechas de adquisición y de vencimiento, en tanto que sobre el cesionario recaería la de probar que el deudor conocía la cesión cuando adquirió el contracrédito o que éste venció después de conocer el deudor la cesión y también después del crédito cedido.

2.4.4. *Protección al deudor en caso de doble cesión*

Cohérentemente con la eficacia traslativa ex § 398 del acto de cesión, si el cedente vuelve a ceder el mismo crédito, la segunda cesión será ineficaz en cuanto lo es de crédito ajeno. Por tanto, es el primer cesionario el único adquirente: el conflicto entre cesionarios se decide en favor de la primera cesión válida (350). Las demás son ineficaces, como actos de disposición de derechos ajenos: alcanzará eficacia una cesión de crédito ajeno si el verdadero titular del crédito (el primer cesionario en los casos de doble cesión) autoriza (aprobación previa o ratificación posterior) tal cesión, o si el cedente readquiere el crédito, como se desprende del § 185 (351). La solución al conflicto entre cesionarios no cambia por el hecho de que alguna o algunas de las cesiones hayan sido notificadas al deudor y otras no: sigue prevaleciendo el cesionario cuya cesión fue la primera.

Otra cuestión es la protección que merezca el deudor en los casos de doble cesión. Al respecto se establece en el § 408 que el deudor que hubiese pagado o negociado sobre el crédito con otro cesionario goza frente al adquirente de la misma protección que el § 407 le concede para el caso en que actúa con el cedente (352). Es decir, a menos

(350) Basta con lo establecido en el § 398 para entenderlo así, sin que sea necesario que se reitere al tratar de la doble cesión. En el § 408 se da por supuesto que el primer cesionario en virtud de una cesión válida es el adquirente del crédito. Sin embargo, en los primeros momentos del proceso de elaboración legislativa esta solución sí era hecha explícita («Motive...», *cit.*, p. 134; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741 y 743). La supresión de tal mención no se debe sino a que fue considerada innecesaria.

(351) Me remito, por lo demás, a lo expuesto en el epígrafe 2.2.5.

(352) «Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgechäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende anwendung» (§ 408.1).

que el adquirente demuestre la mala fe del deudor, esto es, que al pagar o negociar con el cesionario posterior sabía que el crédito había sido cedido antes a otro cesionario.

La *ratio* de tal precepto es la de proteger al deudor de buena fe de las consecuencias desfavorables que para él se derivarían del hecho de que una cesión anterior haya sido realizada sin su conocimiento, cuando él sólo conoce otra posterior. De aplicar estrictamente la regla de la adquisición por el cesionario anterior, todo lo realizado por el deudor con otro cesionario sería ineficaz por falta de legitimación del cesionario posterior. La protección de la buena fe del deudor por su no conocimiento de la cesión le va a permitir hacer valer tales actos frente al verdadero adquirente. Ahora bien, presupuesto para la protección al deudor no es sólo que no tenga conocimiento de la cesión anterior eficaz, sino también que haya conocido la cesión posterior ineficaz y que por esto haya pagado o tratado con quien no es su verdadero acreedor. Es decir, si el deudor hubiera pagado casualmente o por error al cesionario ulterior, esto es, no conociendo tampoco esa cesión, el pago no será liberatorio (353): si al deudor no le consta cesión alguna a lo que su buena fe debería haberle llevado es a pagar al cedente.

Por lo demás, las consideraciones hechas sobre el precepto contenido en el § 407 son trasladables al supuesto de la doble cesión. Así, el ámbito de la expresión negocios jurídicos es el mismo en ambos casos. También la idea de que el deudor, conocida la cesión eficaz anterior, debe ya abstenerse de tratar o de seguir tratando con el cesionario posterior, pudiendo hacer valer frente al adquirente los negocios concluidos antes con el no adquirente, pero no pudiendo ya pagar o cumplir o ejecutarlos con él: pagará o cumplirá con el adquirente según lo convenido de buena fe con el no adquirente. Y también debe seguirse el criterio del § 407.2 por lo que respecta a las sentencias firmes recaídas en el pleito entre el deudor y el cesionario ulterior no adquirente, si al tiempo de iniciarse tales pleitos el deudor no conocía la cesión anterior: el deudor puede hacer valer frente al adquirente la sentencia firme recaída en dicho pleito.

Y entiendo que, lógicamente, habrá que mantener el criterio según el cual, ni el verdadero adquirente ni, por supuesto, el aparente pueden invocar con éxito lo que resulta del § 408.1 en contra de la voluntad del deudor, puesto que también este precepto, como el § 407, sólo operan en beneficio del deudor: la interpelación del cesionario no adquirente no sirve para constituir en mora al deudor, como tampoco será eficaz la declaración de compensación hecha por aquél si al deudor resulta más conveniente, una vez que conoce la cesión anterior,

(353) Vid. Scheyhing, *op. cit.*, pp. 100 y 101.

compensar el crédito cedido con un contracrédito frente al verdadero adquirente. Ni la aprobación por éste de lo realizado entre el deudor y el cesionario no adquirente cuando aquél no conocía la cesión, ni la posterior adquisición del crédito por el cesionario no adquirente, hacen eficaces con la oposición del deudor tales actos, de manera que de éste sigue dependiendo la decisión sobre el mantenimiento de tales actos o su no mantenimiento si opta por hacer valer la realidad, según qué sea lo que más le convenga.

La razón de ser de esta consideración ya la expuse al plantear la misma cuestión en relación al supuesto del § 407.1: el cambio de titularidad del crédito y su adquisición por el primer cesionario pueden ser hechas valer por el deudor que, no habiendo conocido esto, haya pagado o negociado con el cedente o con otro cesionario, si el deudor cree más conveniente reafirmar la ineficacia de tales actos y hacer valer la adquisición por el primer cesionario, renunciando así a la protección legal a su buena fe. Nada habría que objetar a la decisión del deudor de hacer valer la realidad y no la ficción. Y la facultad de decidir sobre esto no le puede ser privada por el adquirente del crédito. Sin embargo, si el deudor ya conocía la cesión cuando pagó o negoció con el cesionario posterior, como en este caso no goza de protección alguna frente al adquirente, sino que actuó a su propio riesgo, en este caso sí es de aplicación lo dispuesto en el § 185, lo que significa que corresponde al adquirente decidir sobre la suerte de tales actos, pudiendo ratificarlos para que sean eficaces.

Lo dicho no significa que el principio de convalescencia del § 185 no sea aplicable a la cesión de crédito ajeno. Lo es, pero no en contra del deudor, esto es, no con su oposición. Nada impide que el adquirente haya autorizado al cedente para volver a ceder el crédito, o que ratifique después la segunda cesión, o que el cesionario posterior adquiera el crédito del que lo era anteriormente. Si alguna de estas situaciones se da, el segundo cesionario será el nuevo titular del crédito y estará, por consiguiente, plenamente legitimado para disponer del mismo. Conocida esta adquisición por el deudor, está claro que serán eficaces el pago o los negocios que sobre el crédito sean realizados con el nuevo acreedor, y esto tanto si son favorables como si no lo son para el deudor, puesto que ha actuado con su verdadero acreedor.

Ahora bien, como en este caso lo que se ha producido es una segunda cesión eficaz, ya no estamos propiamente ante un supuesto de doble cesión sino de cesiones sucesivas (1.ª cesión del cedente al cesionario anterior, la segunda de éste al cesionario posterior mediante la intervención del cedente), es claro que el deudor podrá hacer valer frente a su acreedor actual excepciones derivadas de su relación con los anteriores acreedores (el cedente y el cesionario anterior) ex §§ 404, 406 y 407, lo cual puede llevar consigo la ineficacia *a posteriori* de ciertos actos o negocios llevados a cabo con su acreedor

actual (el cesionario posterior), si resulta que cuando los llevó a cabo no conocía la primera cesión. Volvemos así al argumento decisivo: todo cambio en la titularidad del crédito que abra posibilidades ventajosas para el deudor puede ser hecho valer por él frente al adquirente o último adquirente, de forma que el deudor pueda tener por ineficaces actos o negocios realizados con el segundo cesionario cuando el deudor no conoció la cesión anterior llevada a cabo por el mismo cedente, para así poder aprovechar las posibilidades favorables que esa cesión abrió para él, y de las que ni el cedente ni el cesionario anterior ni el posterior le pueden privar mediante alguno de los supuestos del § 185, en contra del deudor (354).

Esta última consideración nos sitúa de lleno ante la cuestión de cómo conjugar la aplicación de los §§ 406, 407 y 408 cuando el deudor, habiendo habido una doble cesión, es, a su vez, acreedor del cedente o de uno de los cesionarios.

Si el deudor tiene un crédito contra el cedente y sólo tiene conocimiento de la segunda cesión, es claro que puede declarar la compensación frente al segundo cesionario, conforme al § 406. Es decir, siempre que hubiera adquirido el contracrédito antes de conocer la cesión (la segunda, que es la única que, en esta hipótesis, conoce) y que no venza después de hacerlo el crédito cedido y también después de conocer la cesión. Declarada la compensación frente al segundo cesionario, si el deudor tuviese después conocimiento de la cesión anterior, podría hacer valer tal compensación frente al primer cesionario, conforme al § 408. Y si el deudor no hubiera todavía declarado tal compensación cuando tiene conocimiento de la cesión anterior,

(354) Por ejemplo, A tiene un crédito contra D; lo cede primero a B y después a C; B ha autorizado a A para que cediese el crédito o ha ratificado la cesión hecha a C, o bien A o C han adquirido el crédito de B. En cualquiera de estos tres casos C ha adquirido el crédito aunque haya contratado la cesión con quien no era el verdadero titular del crédito (B). D, que sólo conoce la segunda cesión, paga a C. Si el deudor tuviese un crédito contra B y su cobro fuese difícil, es claro que estaría interesado en extinguirlo mediante compensación con el crédito cedido. Pues bien, aunque el pago hecho a C ha sido válido y, en principio, eficaz puesto que C era su acreedor al tiempo del pago, D tendría derecho a hacer valer la adquisición del crédito por B y declarar la compensación, pudiendo reclamar de C lo pagado. De no conceder esta facultad a D resultaría que la cesión habría empeorado su situación jurídica restándole expectativas fundadas en el § 406, por no haber tenido conocimiento de la primera cesión. Esta cesión había abierto una posibilidad favorable al deudor (la de compensar el crédito cedido con un crédito frente al adquirente) que no ha podido aprovechar porque no tuvo conocimiento de la cesión. Es más, como la eficacia de la segunda cesión, que es de crédito ajeno, depende del primer cesionario, que ha de ratificarla o ha de ceder el crédito al cedente o al segundo cesionario, sería un medio fácil para defraudar al deudor, si éste no pudiera, a pesar de todo, es decir, a pesar de la eficacia de la segunda cesión gracias al primer cesionario, hacer valer el tiempo, por escaso que haya sido, durante el cual el primer cesionario fue titular del crédito cedido.

también podrá declararla frente a éste, conforme al § 406, cuyo primer requisito exige que haya adquirido el contracrédito frente al cedente antes de conocer la cesión. Pero, ¿cuál de ellas? Además, también se requiere que el contracrédito no venza después del crédito cedido y después de conocer la cesión, y otra vez habrá que concretar a cuál de ellas se refiere.

Nos encontramos, pues, ante un deudor que va a declarar frente al primer cesionario la compensación por un crédito contra el cedente. Si el deudor sólo ha conocido esa cesión, está claro que el momento decisivo para permitir o excluir tal compensación será el del conocimiento de la única cesión que conoce el deudor. Pero si ha conocido varias antes de declarar la compensación frente al primer cesionario hay que precisar si el momento decisivo es aquél en que conoció una cesión, sea ésta la que fuere, o si ha de ser el momento en que conoció la cesión hecha al cesionario al que va a oponer la compensación por un crédito contra el cedente. Analicemos por separado qué respuesta es la procedente en función de las circunstancias que excluyen la compensación según el § 406.

La primera de esas circunstancias excluyentes en que el deudor haya adquirido su crédito contra el cedente después de conocer la cesión. Si el deudor ya ha conocido una cesión y, a pesar de esto, adquiere un crédito contra el cedente, no creo que la ineficacia de la cesión que conoció en primer lugar le permita compensar ese crédito con el cedido, si otra ha sido la cesión eficaz. Y es que si la razón para permitir al deudor la compensación cuando ya no hay reciprocidad es la protección de expectativas fundadas en la apariencia de continuidad de la titularidad del cedente sobre el crédito, no hay tal cuando el deudor adquiere un crédito contra el cedente, después de saber que ha cedido el crédito, aunque la cesión conocida haya sido ineficaz porque había otra cesión válida anterior: este deudor no podría alegar protección de expectativas, como tampoco puede acogerse a la realidad porque, de todas formas, adquirió el crédito contra quien ya no era verdaderamente su acreedor pues había dejado de serlo tras la primera cesión válida.

La segunda circunstancia excluyente de la compensación es, ex § 406, que el contracrédito frente al cedente venza después de haberlo hecho el cedido y también después de haber tenido conocimiento de la cesión. Si por cesión conocida entendiésemos lo mismo que antes, esto es, la cesión conocida en primer lugar aunque no sea la primera en haberse producido, nos encontraríamos con que si el crédito cedido ya ha vencido y el deudor ha conocido en primer lugar la segunda cesión ya no podría oponer al primer cesionario (cuando conozca luego la primera cesión) la compensación por un crédito contra el cedente, si este crédito hubiera vencido antes de que el deudor haya conocido la primera cesión, pero después de haber conocido la segunda.

Qué duda cabe de que ésta es una posible solución. Debo decir que no me parece una solución convincente, a pesar de que responde a una interpretación de la expresión «conocimiento de la cesión» igual a la mantenida para la misma expresión cuando opera como límite para excluir la compensación cuando el contracrédito del deudor fue adquirido por éste después de conocer la cesión. En mi opinión, hay que reconocer al deudor la facultad de declarar la compensación frente al adquirente del crédito (el primer cesionario) por un crédito contra el cedente con tal que, habiéndolo adquirido antes de haber tenido conocimiento de alguna cesión, no venza después del cedido y también después de que el deudor haya conocido la cesión hecha en favor del mismo cesionario frente al que declara la compensación. Así, conocida primero la segunda cesión y después la primera, si el contracrédito frente al cedente vence después de conocer la segunda, pero antes de conocer la primera, el deudor podrá oponer al primer cesionario la compensación aunque el crédito cedido haya vencido antes que el contracrédito.

Aunque pocas dudas tengo acerca de que ésta es la solución más justa, habría que encontrar una razón para interpretar de forma distinta una misma expresión (conocimiento de la cesión), según se trate de la primera o de la segunda de las causas de exclusión de la compensación según el § 406. Está claro que la interpretación que propongo es más favorable al deudor que a la que conduce la que rechazo (la igual interpretación de la citada expresión). Téngase en cuenta que el establecimiento de la segunda circunstancia excluyente de la compensación (que el contracrédito venza después de conocer la cesión y también después de vencer el crédito cedido) hace del § 406 un precepto restrictivo respecto al del § 404, que es menos exigente para el deudor. Esta podría ser ya una razón para defender una interpretación de la segunda circunstancia excluyente del § 406 en un sentido menos desfavorable para el deudor. Otra razón podría encontrarse en la diferente *ratio* de cada una de las circunstancias excluyentes del § 406.

La exclusión de la compensación cuando el deudor adquirió el crédito contra el cedente después de tener conocimiento de la cesión (de la anterior o de la posterior, en este momento es indiferente que sea una u otra) está justificada porque el deudor no tiene en tal caso expectativa alguna de compensación que la cesión (ya producida) venga a defraudar. En cambio, cuando se excluye la compensación porque el contracrédito vence después de conocer la cesión y después de vencer el crédito cedido, se está denegando al deudor el ejercicio de la facultad de compensar el crédito cedido con el contracrédito frente al cedente, puesto que partimos de que éste fue adquirido antes de hacer conocido cualquier cesión, por tanto, con expectativas de compensación protegibles, en principio. Por tanto, ahora ya no se trata sólo de decidir si llegaron a crearse o no expectativas de com-

pensación, sino de conceder o denegar el ejercicio de una facultad que, en principio, el deudor sí tiene.

Pues bien, mi idea es que el conocimiento por el deudor de una cesión ineficaz (la posterior) sí es suficiente para excluir la compensabilidad del contracrédito adquirido después, puesto que no puede decirse que se haya adquirido expectativa alguna de compensación, ni con base en la apariencia de titularidad del cedente, pues ésta quedó destruida al tener conocimiento de una cesión, ni tampoco con base en la realidad, puesto que el cedente había dejado de ser su acreedor desde que cedió el crédito en la primera cesión válida. Pero si el contracrédito fue adquirido antes de haber conocido cualquier cesión, me parece que el deudor conserva la facultad de declarar la compensación frente al cesionario anterior, sin que para esto sea obstáculo que el contracrédito haya vencido después del crédito cedido y después de haber conocido el deudor una cesión ineficaz, siempre que el contracrédito venciera antes de conocer el deudor la cesión hecha en favor del adquirente frente al que declara la compensación.

De no entenderlo así nos encontraríamos con que el adquirente (el cesionario anterior) haría valer el conocimiento por el deudor de una cesión ineficaz, por tratarse de una cesión posterior a la suya que sí es eficaz, para impedirle el ejercicio de una facultad que resulta de la adquisición por el deudor de una expectativa protegida de compensación. Además, si el deudor puede hacer valer la realidad o la apariencia, en este caso, la realidad sí le ampara si el contracrédito venció antes de conocer la cesión anterior, aunque venciera después de haber conocido la cesión ineficaz posterior.

Por tanto, en conclusión, bien por distinguir entre formación o no de expectativas protegibles y ejercicio de la facultad de compensar, bien, sobre todo, por el criterio según el cual la protección le permite optar por hacer valer la apariencia o la realidad, entiendo suficientemente justificada una diversa interpretación de la expresión «conocimiento de la cesión» para una y otra de las circunstancias excluyentes de la compensación según el § 406 cuando el deudor pretende declarar frente al cesionario la compensación del crédito cedido con un crédito del deudor contra el cedente en caso de doble cesión.

Estas disquisiciones sobre la interpretación de la mencionada expresión del § 406 están de más fuera del ámbito de aplicación del citado precepto. Es decir, cuando el deudor pretende hacer valer frente a cualquier cesionario excepciones que tendrían contra el cedente si se derivan de la misma relación de donde nace el crédito cedido. No olvidemos el criterio según el cual tales excepciones caen dentro del ámbito de aplicación del § 404, donde no se contienen las restricciones del § 406. Por consiguiente, el deudor podrá declarar la compensación del crédito cedido con un contracrédito que tiene frente al cedente, si ambos se derivan de la misma relación jurídica, con tal

que el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor antes de la cesión o que estuviese fundamentado ya entonces, con independencia de que el contracrédito haya vencido después que el cedido y después de que el deudor haya conocido cualquier cesión.

He analizado el supuesto en el que el deudor tiene un contracrédito frente al cedente. Paso a hacer lo mismo con el supuesto en el que el deudor lo tiene contra el cesionario posterior no adquirente. Si el deudor sólo conoce esa cesión, tanto él como ese cesionario podrán declarar al compensación, no con base en el § 406 sino por las reglas generales sobre compensación, puesto que hay reciprocidad. Y si, una vez declarada la compensación, el deudor tiene conocimiento de la cesión anterior eficaz, el cesionario no podrá desconocer tal compensación, como se deduce del § 408. El problema se plantea cuando el deudor tiene ya conocimiento de la cesión anterior y todavía no ha sido declarada la compensación del crédito cedido con el del deudor contra el cesionario no adquirente. Se trata de decidir si el deudor puede o no declarar tal compensación frente al cesionario anterior adquirente.

Lo que sucede es que este supuesto no entra dentro del ámbito de aplicación del § 408, como tampoco en el tenor literal del § 406. Este último contempla la compensación por créditos del deudor contra el cedente, como también contra un cesionario intermedio en caso de cesiones sucesivas, pero no por créditos del deudor contra un cesionario aparente, pero no adquirente por la existencia de una cesión anterior.

Debe ser por esto por lo que algún autor ha sostenido que en tal caso es de aplicar l § 407 (355). Pero esto lleva consigo negar al deudor la posibilidad de declarar la compensación frente al primer cesionario por un crédito del deudor contra otro cesionario posterior una vez que el deudor conoce la primera cesión: el citado precepto sólo admitiría tal compensación si es declarada antes de conocer la primera cesión. Esta solución puede dejar desprotegido al deudor en sus justas expectativas, si adquirió el crédito contra el cesionario posterior antes de conocer la ineficacia de tal cesión, derivada de la existencia de una cesión anterior.

Es por esto por lo que me parece defendible propugnar la aplicación de la norma del § 406 también al supuesto en el que el deudor tiene un contracrédito frente a un cesionario no adquirente del crédito, lo cual permitiría al deudor declarar tal compensación frente al cesionario adquirente, siempre que el contracrédito frente al cesionario posterior hubiera sido adquirido por el deudor antes de conocer la cesión anterior (esto es, la ineficacia de la posterior) y que el contra-

(355) Schmidt, *op. cit.*, pp. 1217 y 1218, § 408, n.º 1.

crédito no venza después de conocer la cesión anterior y también después de vencer el crédito cedido. Así, pues, por la misma razón y en la misma medida en que el deudor merece la protección cuando las expectativas de compensación se generaron frente al cedente, debería de concedérsele también protección cuando se generaron frente a un cesionario no adquirente por la existencia de una cesión anterior, siempre que el contracrédito hubiese sido adquirido por el deudor antes de conocer la ineficacia de tal cesión (356).

El tercero de los supuestos sería aquél en el que el deudor tiene un contracrédito frente al cesionario anterior. En este caso, es evidente que uno u otro puede declarar la compensación entre el crédito cedido y el contracrédito, con arreglo a las normas generales sobre la compensación, puesto que hay reciprocidad. Y si el deudor hubiese previamente pagado al cedente o a otro cesionario no podría el adquirente hacer valer contra la voluntad del deudor la extinción del crédito cedido si al deudor conviniera más extinguir por compensación el crédito que tiene contra el adquirente.

Lo mismo habría que decir si fue declarada la compensación frente al cedente o frente a otro cesionario por un crédito del deudor contra el cedente o contra ese otro cesionario, si la compensación se produjo después de la cesión anterior eficaz. No olvidemos que el deudor puede optar por hacer valer la realidad, esto es, la ineficacia del pago o de la compensación por falta de legitimación de la otra parte (el cedente u otro cesionario no adquirente después de la primera cesión válida). Es más, incluso en el caso en que esa falta de legitimación de quien cobró o compensó con el deudor fuera suplida de alguna de las formas previstas en el § 185 (autorización previa o ratificación del cesionario adquirente, o readquisición por el cedente o adquisición por el otro cesionario), no perdería el deudor la facultad de aprovecharse de las posibilidades favorables que para él supuso la adquisición del crédito por el cesionario anterior, y cuyo no conocimiento no debe perjudicar al deudor, como ya expliqué.

Finalmente, cuando el deudor tenga créditos contra el cesionario anterior y contra el posterior, o contra el cedente y uno de los cesionarios, o contra cada uno de todos ellos, estimo que hay que mantener el criterio de que sea el deudor quien decida qué contracrédito va a ser el compensado con el crédito cedido. Eso sí, habrá que tener en cuenta que si va a declarar la compensación una vez que conoce la primera cesión válida, y lo va a hacer contra un crédito que tiene frente al cedente o frente a otro cesionario, habrá que tener en cuenta las restricciones que el § 406 impone; restricciones que también hemos de recordar que no operan cuando se trata de créditos nacidos de la

(356) Vid. Scheyhing, *op. cit.*, p. 102.

misma relación obligatoria de donde se nace el cedido, si el contracrédito ya estaba fundado al tiempo de la cesión, pues en tal caso no rige el § 406 sino el § 404.

2.5. El conocimiento de la cesión por el deudor

Todo el mecanismo de protección al deudor por su no conocimiento de la cesión descansa en su buena fe, entendiéndose por tal el hecho de que el deudor ignorase el cambio de titularidad al tiempo de pagar o de negociar o de adquirir expectativas con quien no es su acreedor. Pero esto no pasa de ser un planteamiento resumido del principio, cuya concreción exige idear a veces soluciones que no son siempre fáciles de encontrar.

Antes de entrar en esos pormenores, sería conveniente desarrollar el principio antes expuesto. Se trata de diferenciar dos planos en lo relativo a la titularidad del crédito: el de la realidad y el de la apariencia. En el primero las cosas están claras: el crédito pertenece, en tanto no haya sido extinguido, al acreedor originario o a quien éste lo haya transmitido o, en su caso, a sus respectivos herederos. Y éste es el plano en el que opera el § 398, al establecer que el crédito se transmite al cesionario por el acto de cesión. En cambio, en el plano de la apariencia se decide acerca de la eficacia o ineficacia de los actos o negocios relativos al crédito o a su cumplimiento, llevados a cabo por el deudor con quien no es o ya no es su acreedor.

Es en este segundo plano en el que operan los preceptos contenidos en los §§ 406-408 (357). Lo común a todos ellos es que se ha producido una cesión válida y eficaz y el deudor no ha tenido conocimiento de ella y, en esa ignorancia, ha realizado actos o negocios con quien no es su acreedor (el cedente u otro cesionario no adquirente). Pero lo que en tales preceptos no se contempla es todos los supuestos en que la apariencia puede hacer ver una cesión allí donde, realmente, no se ha producido. El § 408 se ocupa sólo del supuesto en el que una cesión es ineficaz porque ha habido otra anterior sobre el mismo crédito y ambas son incompatibles, pero no de otros casos de ineficacia de la cesión (por ejemplo, el de su invalidez o inexistencia). Además, en él sólo se decide si tales actos serán oponibles o no frente al cesionario adquirente, pero no de si lo serán frente al cedente. A mi modo de ver, de estas otras cuestiones se ocupan los §§ 409 y 410.

De lo dicho no se debe deducir que la *ratio* de los preceptos contenidos en los §§ 406-408 sea la misma que la de los §§ 409 y 410. La de los primeros es, como hemos visto, la protección de la confianza

(357) El del § 405 protege la confianza del cesionario en la apariencia creada por el supuesto deudor, de que el crédito existe o de que es cedible.

del deudor en la apariencia provocada por el no conocimiento de la cesión por el deudor. En cambio, como se verá más tarde, la interpretación del § 409 no permite llegar a la misma conclusión. Por esto, en primer lugar, analizaré el contenido de la confianza del deudor en la apariencia y, en segundo lugar, de la protección al deudor en caso de ineficacia de la cesión.

2.5.1. *Contenido de la confianza en la apariencia: el no conocimiento de la cesión por el deudor y su buena fe*

Como se ha dicho, la protección al deudor prevista en los §§ 406-408 descansa en su buena fe. A pesar de que la realidad ha cambiado (se ha producido una transmisión de titularidad sobre el crédito) y de que el deudor no ha actuado conforme a ella (ha pagado o negociado sobre el crédito con el cedente o con un cesionario no adquirente), tales actos van a poder mantenerse, siempre que el deudor no tuviera conocimiento de la cesión cuando fueron llevados a cabo.

Si ni el conocimiento ni el consentimiento de la cesión por el deudor tienen relevancia para la configuración de lo realmente existente, esto es, para la producción o no del efecto traslativo, tal y como se desprende del § 398, sí son en cambio decisivas para conceder o no protección al deudor. La idea básica es la de posibilitar que el deudor no resulte perjudicado por el cambio de titularidad sobre el crédito, en el que él no está llamado a intervenir, y del que tampoco hay obligación de hacérselo conocer. Y es que, efectivamente, tal conocimiento no es requisito de validez ni de eficacia, de forma que la cesión es plenamente eficaz tanto inter partes como para los terceros.

Es frente al deudor y no frente a los demás terceros donde el derecho alemán matiza la regla de eficacia de la cesión desde la conclusión del negocio dispositivo. Y hablo de matices, que no de excepción, porque no puede decirse que la cesión no conocida por el deudor sea ineficaz *para él*. Lo que sucede es que puede ser ineficaz *frente a él*, lo cual no significa que él no la pueda hacer valer, una vez que la ha conocido, si le interesa. Y es que no hemos de olvidar que la protección legal de la apariencia, prevista en los §§ 406-408, no es algo impuesto al deudor, como sucedería si se entendiera que la cesión no conocida por el deudor es absolutamente ineficaz en relación a él, sino que se trata de un remedio basado en la equidad, para permitir que el deudor no resulte perjudicado por un cambio de titularidad en el que él no está llamado a intervenir. Pero es un remedio que queda a su disposición, es decir, pudiendo decidir si lo hace valer o no.

Pues bien, la protección prevista a la apariencia gira toda ella en torno a la cuestión de si el deudor tenía o no conocimiento de la cesión cuando actuó o negoció con quien no era su nuevo acreedor. Y lo primero es delimitar el significado de la expresión «conocimiento

de la cesión» (Kenntnis der Abtretung). Se trata, según se ha dicho, del efectivo conocimiento de que se ha producido una transmisión de la titularidad del crédito, esto es, un cambio en la situación jurídica anterior (358). Y sobre el que afirme tal conocimiento recae la carga de su prueba.

Hay pleno acuerdo en exigir que el conocimiento del deudor debe haber sido efectivo (wirkliche Kenntnis) (359). Con esto se quiere decir que al conocer que no se equipara el tener que conocer (kennen-müssen), de manera que quien sostenga que el deudor conocía la cesión habrá de probar que efectivamente la conoció, no bastando con probar que debió conocerla o que por negligencia no la conoció: la negligencia del deudor no se equipara a su conocimiento efectivo (360). Con esto se quiere resolver en favor del deudor la siguiente cuestión: si la prueba de la notificación es prueba suficiente del conocimiento de la cesión. La respuesta es que, en principio, no basta con esa prueba, sino que hay que demostrar que el deudor efectivamente se enteró de ello (361). Se entiende que sólo cuando de las circunstancias que rodearon la recepción de la notificación exista una gran probabilidad de tal conocimiento, se desplazará la carga de la prueba al deudor, que todavía tendrá la posibilidad de demostrar que, a pesar de todo, él no se enteró de la cesión porque no tuvo conocimiento del contenido de la notificación. Finalmente, se entiende que es la prueba de la mala fe del deudor y no la de su comportamiento no diligente la que puede excluir la facultad del deudor de demostrar que no llegó a su conocimiento el contenido de la notificación, o lo que puede hacer que, una vez demostrada la notificación, recaiga en el deudor la carga de la prueba de que no la conoció (362).

Una vez establecido que el deudor ha de haber conocido efectivamente la cesión, hay que concretar qué es lo que ha de haber conocido. Y es que con el término cesión se puede estar designando dos cosas: el negocio jurídico dispositivo o su efecto traslativo. Se ha sostenido, sin existir acuerdo al respecto, que lo que excluye la buena fe del deudor es el conocimiento de la transmisión y no sólo o no tanto el del acto que, en hipótesis, la produce (363).

(358) Scheyhing, *op. cit.*, p. 96; en contra, Larenz, *op. cit.*, p. 589.

(359) «Motive...», *cit.*, p. 133.

(360) Larenz, *op. cit.*, p. 588.

(361) «Die Beratung...», *cit.*, pp. 803 y 804, donde se constata el rechazo de la propuesta de Johow de que la recepción de la notificación fuera equiparada al conocimiento de la cesión.

Se excluye, pues, la aplicación de las reglas de los §§ 130 y ss. sobre eficacia de las declaraciones entre quienes no están presentes.

(362) Vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1217, § 407, n.º 4; Scheyhing, *op. cit.*, p. 97.

(363) Así, Scheyhing, *op. cit.*, p. 96. En contra, Larenz, *op. cit.*, p. 589, para quien basta con el conocimiento del acto de cesión.

La cuestión del conocimiento de la eficacia o de la ineficacia de la cesión se puede plantear como algo relevante, fundamentalmente, en dos supuestos. Uno es cuando el deudor tiene conocimiento de que se ha concluido un negocio (dispositivo) de cesión, pero no sabe que es ineficaz y paga o negocia con el supuesto cesionario, y que luego pretenderá hacer valer frente al verdadero titular del crédito. Si éste es el cedente, la cuestión se resuelve aplicando el § 409, donde es, como veremos, irrelevante que el deudor conozca o no la ineficacia de la cesión. Y si el verdadero titular del crédito es otro cesionario, la solución depende de cómo se interpreten los §§ 408 y 409, lo cual no es nada fácil, como veremos en epígrafes siguientes. Y el segundo supuesto es aquél en el que el deudor tiene conocimiento de un negocio (dispositivo) de cesión, pero piensa que no es eficaz o tiene dudas sobre su eficacia. Para este supuesto la doctrina alemana dominante entiende que si este deudor paga o negocia con el cedente lo hace a su propio riesgo, es decir, asumiendo el riesgo de tener que pagar por segunda vez o de no poder oponer lo negociado al cesionario si la cesión fue eficaz (364). Pero tampoco tiene el deudor garantizado el pago liberatorio si lo hace al supuesto cesionario si luego resulta que la cesión fue ineficaz, a menos que le hubiese sido notificada en cualquiera de las formas previstas en el § 409.1.

En los §§ 406-408 sólo se habla de tener o no conocimiento de la cesión, sin especificar qué tipo de conocimiento, en el sentido de su mayor o menor fiabilidad, y sin especificar a quién corresponde despejar las posibles dudas sobre la veracidad de la noticia o sobre la eficacia de la cesión. Con base en el tenor de estos preceptos sólo cabe deducir con seguridad que si el deudor no ha tenido noticia alguna de la cesión puede invocar la protección que en ellos se le dispensa, si pagó o negoció sobre el crédito con el cedente. Pero, claro está, esto sólo resuelve una pequeña parte de los casos posibles. Queda por decidir en qué casos el deudor que ha tenido noticia de una cesión puede confiar en esa información y pagar o negociar sobre el crédito con su, supuestamente, nuevo acreedor, con la seguridad de que luego podrá hacer valer lo actuado con éste frente al que resulte serlo realmente, si es que la supuesta cesión no tuvo lugar o fue ineficaz. Y tampoco se concreta si cualquier noticia que el deudor reciba sobre una supuesta cesión le impide ya pagar o negociar con el (supuesto) cedente con garantías de poder oponerlo con este actuado frente al

(364) Como veremos, Dörner sostiene que hay base suficiente para entender que el deudor paga bien y se libera cuando lo hace al cedente no habiendo recibido un anuncio de cesión en alguna de las formas previstas en el § 409.1, pues, según dicho autor, las demás formas de obtener noticia de una cesión no excluyen la protección legal del deudor.

que resulte ser su verdadero acreedor, o si, por el contrario, esa actuación la haría ya a su propio riesgo.

En mi opinión el deudor tiene derecho a saber a quién puede dirigirse en cada momento para pagar o para negociar sobre el crédito o para adquirir expectativas. No se puede decir que tenga derecho a saber en todo momento quién es su acreedor, puesto que en parte alguna se impone al cedente ni al cesionario la *obligación* de comunicar y demostrar la cesión al deudor. Hacer conocer la cesión al deudor y demostrarla es, más bien, una *carga* que se impone al cesionario (§ 410), si quiere evitar que aquél le deniegue el pago, o que le oponga lo actuado de buena fe con el cedente. Pero esto no puede significar que el deudor no tenga derecho a saber quién está en cada momento legitimado para recibir el pago o para negociar sobre el crédito, con la certeza de poder hacer valer tales actos frente al que sea su verdadero acreedor. Para conseguir esto es para lo que sirve la apariencia de titularidad: hay que construir un sistema de reglas que permitan al deudor identificar de forma segura quién está en cada momento, por lo menos aparentemente, legitimado para recibir el pago o tratar sobre el crédito, con independencia de que esa apariencia coincida o no con la realidad. No olvidemos que la realidad puede cambiar sin que se entere el deudor, pero no la apariencia de titularidad.

Así planteada la cuestión, es claro que la apariencia de titularidad del acreedor originario no se destruye en favor de un supuesto adquirente por el mero hecho de que el deudor haya recibido alguna noticia sobre una cesión. Parece razonable exigir que la noticia sea creíble, es decir, aparentemente apta para destruir tal apariencia preexistente. Cuándo sea creíble tal noticia es algo que los §§ 406-408 no concretan, mientras que sí lo hace el § 409, precepto este último del que sí pueden extraerse criterios más concretos y que, además, otorgan un elevado grado de seguridad para el deudor (365). Además, llevar la cuestión al § 409 evitaría entrar en el espinoso asunto del objeto del conocimiento —del acto o del efecto traslativo—, ya que esto es, en principio, irrelevante en la aplicación de la solución que da ese precepto.

Hay acuerdo en advertir que el conocimiento de la cesión al que se refieren los §§ 406-408 no consiste en el mero hecho de tener noticia de que se ha producido una, sino en un conocimiento excluyente de la buena fe del deudor, en el sentido de que queda destruida la preexistente apariencia de titularidad. En lo que no hay acuerdo es en la determinación de las vías adecuadas para alcanzar tal conocimiento. La doctrina mayoritaria sostiene una interpretación autónoma de los §§ 406-408, especialmente, del § 407, respecto del § 409. Y se apoya

(365) Vid. Dörner, *op. cit.*, pp. 273-278, con el que, por lo menos, de *lege ferenda* estoy de acuerdo, menos en la solución que da al supuesto de doble cesión.

en la intención del autor de la norma. Dörner, por el contrario, sostiene la conveniencia de interpretar conjuntamente los §§ 407 y 409 o, mejor, de interpretar el § 407 a la luz del § 409, de lo que resultaría que sólo la notificación de la cesión por el cedente o la presentación al deudor por el cesionario de un documento de cesión expedido por el cedente destruiría la apariencia de titularidad del cedente, pero no lo lograría la notificación del cesionario no acompañada de tal documento, ni otras vías de llegar a conocer la cesión, como sí admite la tesis dominante.

Tengo la impresión de que la teoría mayoritaria se ve abocada a buscar en las *mens legislatoris* el significado de la expresión «conocimiento de la cesión» de los §§ 406-408, dado que el tenor de tales preceptos no concreta cuándo se da ese conocimiento excluyente de la buena fe del deudor y, por tanto, de la protección que ellos le dispensan en otro caso. Y he de decir que, efectivamente, los datos que he podido extraer del proceso de elaboración legislativa de los §§ 406-408 se pronuncian explícitamente a favor de no tasar los medios de adquisición de ese conocimiento. Otra cosa es, claro está, que una vez promulgada la norma, sea preferible la interpretación sistemática (a la luz del § 409) a la histórica.

Lo cierto es, como he dicho, que en no pocas ocasiones a lo largo del proceso de elaboración de la norma se excluyó que la notificación al deudor fuese la única forma jurídicamente relevante de llevar la cesión al conocimiento del deudor. Se admitía, como no podía ser menos, que la notificación, y no sólo la del cedente, era el medio más seguro para darla a conocer al deudor o, mejor, de poder probar que éste la había conocido, pero añadiendo siempre a continuación que éste no era el único medio para lograrlo, sino que valía cualquier otro, es decir, que lo importante era probar tal conocimiento, sin restringir las vías por las que se accedía a él, ni los medios de prueba para demostrarlo (366).

Es más, por lo que respecta a la notificación, hay que pensar que es el cesionario el que suele hacerla por ser él quien más interesado está en dar a conocer la cesión al deudor, para evitar que éste pague o negocie con el cedente o con otro cesionario sobre el crédito cedido. Y aunque no faltaron propuestas para que fuese el conocimiento derivado de la notificación el único que excluyera la buena fe del deudor, éstas fueron rechazadas (367). Y al discutirse

(366) «Motive...», *cit.*, pp. 131-133, referidas a los actuales §§ 406 y 407.

(367) Estas propuestas se hicieron al hilo de la discusión del precepto hoy contenido en el § 407 (vid. «Die Beratung...», *cit.*, pp. 748, 755 y 756) Jakubeczky propuso una redacción para el actual § 407.1, según la cual el deudor, en tanto la cesión no hubiera sido notificada por el cedente o por el cesionario, estaba autorizado para considerar a aquél como legitimado para recibir la prestación, a menos que las circunstancias conocidas por el deudor contradijesen esa legitimación («Die Beratung...», *cit.*, p. 812); propuesta que no prosperó.

el precepto contenido en el actual § 398 fueron también rechazadas propuestas que, sin negar la eficacia traslativa de la cesión, permitían al deudor seguir considerando al cedente como legitimado para disponer del crédito, en tanto éste no hubiera notificado la cesión al deudor o el cesionario no le hubiera presentado el documento de cesión o de reconocimiento de la cesión expedido por el cedente (368).

No creo que la supresión de cualquier adjetivación que matice el tipo de conocimiento al que se refieren los §§ 406-408 demuestre que vale cualquier noticia sobre una supuesta cesión para entender que ha quedado destruida la apariencia de titularidad del cedente. Si en el § 407 se emplea el verbo *kennen* y en el § 406 la expresión «*Kenntnis haben*» no es porque valga cualquier conocimiento, cualquier noticia de una supuesta cesión. Sin embargo, lo cierto es que en algún momento del proceso de elaboración legislativa de los preceptos actualmente contenidos en los §§ 406-408 se empleó la expresión «*keine seinen guten Glauben ausschließende Kenntnis haben*» (369). De la desaparición de esta expresión en la redacción definitiva no creo que puedo inducirse, como he dicho, que se acepte cualquier noticia de la cesión y que ya no se exija que el conocimiento sea tal que excluya la buena fe del deudor si decide no tenerlo en cuenta. Creo que, a pesar de todo, se ha de seguir aceptando que el conocimiento ha de ser tal que destruya la apariencia de titularidad preexistente.

Con aquella apariencia o sin ella, se seguiría estando abocado a concretar en qué circunstancias es la noticia de una cesión lo suficientemente creíble o fiable como para destruir tal apariencia. En la exposición de motivos se decía que esto era una cuestión de hecho a valorar caso por caso (370). Lo que sucede es que, en la medida de lo posible, no hay por qué renunciar a proporcionar criterios objetivos para decidir los casos concretos, pues será esto lo que permita al deudor saber de antemano a quién puede dirigirse para pagar o negociar sobre el crédito, con la seguridad de que lo podrá hacer valer frente al que resulte ser su verdadero acreedor. Se trata, pues, de objetivar todo lo posible los requisitos para la destrucción de la apariencia preexistente y su sustitución por otra. Por esto es por lo que entiendo perfectamente el intento de llevar esta cuestión al § 409, donde sí se contiene un criterio legal sobre destrucción/sustitución de una legitimación frente al deudor para exigir y recibir el pago y negociar sobre el crédito.

(368) «*Die Beratung...*», *cit.*, pp. 768 y 769, donde puede verse cómo fueron rechazadas sendas propuestas presentadas por von Rüger y por Wolffson, cuyos postulados básicos estaban en la línea de lo que se establece en los §§ 409 y 410.

(369) «*Die Beratung...*», *cit.*, pp. 741, 743, 747, 749, 751, 755, 756 y 757.

(370) «*Motive...*», *cit.*, p. 133.

to por otra (371). La tesis ampliamente mayoritaria es, como he dicho, otra.

Si, conforme al § 409, la notificación del cedente o la presentación por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente serían los únicos medios para destruir eficazmente la apariencia de titularidad del cedente, al doctrina dominante va más allá y admite la destrucción de esa apariencia mediante la notificación del cesionario, no acompañada de un documento expedido por el cedente sobre la cesión, cuando ésta está rodeada de circunstancias que la hagan creíble: la buena situación económica del cesionario y, en general, todo aquello que excluya cualquier sospecha de fraude o de falsedad (372). Lo que sucede es que la notificación del cesionario, como declaración favorable al propio interés que es, hace que, *per se*, no merezca de una gran confianza, por lo que debe ir acompañada de otros elementos que la hagan más creíble, y creíble sí es un documento firmado por el cedente en el que se reconoce la cesión.

La consecuencia verdaderamente criticable a la que conduce la tesis dominante es la de hacer recaer en el deudor el deber de informarse acerca de la cesión, cuando ha sido el cesionario el que se la ha notificado sin presentar un documento expedido por el cedente sobre la cesión (373). Si el deudor se dejase llevar por esta información y pagase o negociase sobre el crédito con el sedicente cesionario, se encontraría con que si resultase que la cesión fue ineficaz no podría, conforme a los §§ 409 y 410, oponer al cedente el pago o los negocios concluidos con el supuesto cesionario, puesto que actuaba a su propio riesgo. Pero es que también carecía de garantías si pagaba o negociaba con el cedente, puesto que no podía decir que no conocía la cesión, si resulta que ésta sí había tenido lugar y había sido eficaz. Es por esto que el deudor se ve abocado a informarse acerca de la cesión, o a consignar, puesto que la doctrina mayoritaria entiende destruida la apariencia de titularidad del cedente, cuando todavía no ha sido sustituida por la del cesionario. Así, si el deudor no ha podido resolver sus dudas sobre la cesión, se le permite consignar, como también cuando son varios los cesionarios que han notificado cesiones realizadas por el mismo cedente (374). Si, a pesar de ser un cesionario digno de confianza, el deudor le exige el documento de cesión expedido por el cedente y el cesionario no atendiese al ruego, podría entenderse que el

(371) Este era claramente el sentido de la enmienda presentada por Wolffson al § 398, en el sentido de requerir la notificación escrita del cedente o la presentación por el cesionario de un documento auténtico expedido por el cedente, que fue rechazada («Die Beratung...», *cit.*, pp. 768 y 769).

(372) Vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1217, § 407, n.º 3; Scheyhing, *op. cit.*, p. 97.

(373) Vid. citas de la nota anterior y Esser, *op. cit.*, p. 608.

(374) Scheyhing, *últ. loc. cit.*; Esser, *últ. loc. cit.*

deudor no ha tenido conocimiento de la cesión a los efectos de los §§ 406-408 (375).

La solución propugnada por la doctrina dominante resulta un tanto chocante y criticable. En primer lugar, porque se hace recaer en el deudor el deber de informarse acerca de la veracidad de la información que le suministra el cesionario, con lo que nos encontramos con que aquél cuyo consentimiento ni conocimiento es requerido para la eficacia de la cesión, encima, puede verse obligado a indagar sobre la veracidad de una notificación de quien actúa en su propio interés y no se ha hecho antes con un documento sobre la cesión expedido por el cedente. En segundo lugar, porque el deudor, sin comerlo ni beberlo, se queda sin saber con seguridad a quién puede pagar, con quién puede negociar eficazmente sobre el crédito, puesto que, a menos que consigne, actúa a su propio riesgo tanto si es con el cedente como con el cesionario.

Además, la facultad de consignar la prestación sólo resuelve el problema de la mora del deudor, pero siempre que los gastos que origine no corran a su cargo aunque nada haya hecho para informarse sobre la veracidad de la notificación del cesionario. Pero no es solución para las negociaciones que el deudor desearía entablar para planificar el futuro de la relación obligatoria, pues no sabe con quién puede negociar eficazmente. Hacer, entonces, recaer en el deudor la indagación de la realidad, tras la destrucción de la apariencia de titularidad del cedente como consecuencia de la notificación de una cesión por un sedicente cesionario, apariencia que no es sustituida por la de titularidad del cesionario porque no acompaña un documento de cesión expedido por el cedente, me parece improcedente. Téngase en cuenta que es el cesionario el que en mejores condiciones está de proporcionar esa prueba, puesto que, conforme al § 403, él si puede exigir al cedente que le expida y entregue un documento sobre la cesión.

Por todo lo expuesto, considero defendible la opinión de Dörner, esto es, de denegar a la notificación hecha por el cesionario y no acompañada de la citada documentación, el efecto de destruir la apariencia de titularidad del cedente, es decir, en tanto al mismo tiempo no sea sustituida por la apariencia de su propia titularidad (376), para lo cual será necesario que se haya proporcionado al deudor lo previsto en los §§ 409 y 410 (377).

Finalmente, habría que plantearse si lo que se entiende por conocimiento de la cesión vale para los diferentes supuestos de hecho de

(375) Así, Schmidt, *últ. loc. cit.*

(376) Dörner, *op. cit.*, pp. 273-276.

(377) Se da por supuesta la facultad del deudor de optar por no actuar en el sentido que se le indica como seguro, sino de hacerlo en otro distinto, asumiendo el riesgo de equivocarse y de tener que volver a pagar, o de no poder hacer valer lo actuado frente al que resulte ser su verdadero acreedor.

los preceptos contenidos en los §§ 406-408. Su tenor literal abona la respuesta afirmativa, puesto que en el § 407 se habla de conocer la cesión, el § 408 se remite al anterior y en el § 406 se emplea la expresión tener conocimiento de la cesión y la de adquirir conocimiento de la cesión, en lo cual no hay base suficiente en favor de una diferente interpretación (378). Esta uniformidad (379) resulta reforzada por el hecho de que a lo largo del proceso de elaboración legislativa no siempre hayan coincidido las expresiones sobre el conocimiento de la cesión por el deudor (380), lo cual podría indicar que al final se optó por un entendimiento uniforme de lo que signifique conocimiento de la cesión (381).

En mi opinión, la tesis dominante sobre lo que eso signifique encuentra menos resistencias que la de Dörner para ser aplicada uniformemente a los supuestos de hecho de los tres preceptos antes citados. Al ser más amplia y aceptar la notificación del cesionario (digno de confianza) no acompañada de un documento de cesión expedido por el cedente como excluyente de la buena fe del deudor, encaja mejor con el espíritu y finalidad del § 406, pues permite excluir que el deudor pueda declarar la compensación del crédito cedido con un contracrédito frente al cedente, si lo adquirió el deudor después de que supo de la cesión por la notificación del cesionario. En cambio, de aplicar al § 406 la tesis de Dörner, no podría excluirse esa compensación porque el deudor no tenía, cuando adquirió el contracrédito frente al cedente, conocimiento «suficiente» de la cesión, esto es, el derivado

(378) Esto no contradice lo que en el epígrafe anterior comenté sobre la posibilidad de referir el conocimiento de la cesión del § 406 en el supuesto de su aplicación en casos de doble cesión: una cosa es propugnar una interpretación uniforme, dentro de lo posible, de la expresión conocimiento de la cesión, y otra es reflexionar sobre qué cesión debió ser conocida.

(379) Expresamente, lo propone Schmidt, *op. cit.*, pp. 1216 y 1217, § 407, n.º 3.

(380) No deja de ser curiosa la distinta formulación de la circunstancia conocimiento de la cesión, que se hizo en la primera redacción. Así, para el supuesto del actual § 407 se habla del deudor que hubiese pagado o negociado con el cedente teniendo *wirkliche Kenntnis* de la cesión («Motive...», *cit.*, p. 133). mientras que para el del § 408 se hablaba de que el deudor estuviese enterado (*unterrichtet*) de la cesión posterior pero no tuviese conocimiento de la anterior («Motive...», *cit.*, p. 134), y para el supuesto del § 406 se decía que el deudor podía declarar la compensación frente al cesionario por créditos adquiridos contra el cedente cuando *keine Kenntnis* tenía de la cesión.

Parece, pues, como si la idea del legislador hubiera sido la de ser más exigente para mantener la protección al deudor en caso de compensación del crédito cedido con un contracrédito del deudor frente al cedente, que en los demás casos. Y es que aquella redacción inicial daba pie para pensar que el deudor no podía declarar la compensación si había adquirido el crédito contra el cedente cuando ya tenía alguna noticia de la cesión, aunque no fuese todavía *wirkliche Kenntnis*.

(381) Parece ser que esta idea se impuso en la segunda comisión.

de una notificación del cedente o de la presentación por el cesionario de un documento de cesión expedido por el cedente, como exigiría interpretar la expresión conocimiento de la cesión con arreglo al § 409. Y es que en el supuesto de hecho del § 406 mal puede decirse que sean merecedoras de tutela las supuestas expectativas de compensación del deudor que, habiendo recibido una notificación de la cesión por el cesionario, adquiere un crédito contra el (supuesto) cedente (382).

2.5.2. *Protección del deudor frente a la ineficacia de la cesión (§ 409.1).*

En los §§ 406-408 se contempla la protección del deudor frente al cesionario adquirente cuando, sin tener conocimiento de su adquisición, el deudor paga o negocia o adquiere expectativas con el cedente o con otro cesionario. Y el criterio para decidir si el deudor podía o no hacer valer tales actos frente al adquirente era, como se ha visto, el de su buena fe. Y a la determinación de lo que se entienda por conocimiento de la cesión he dedicado el epígrafe anterior.

En el § 409.1 se trata de decidir en qué condiciones el deudor, que tiene noticia de una cesión, puede pagar o negociar o adquirir expectativas con el supuesto cesionario, sin tener nada que temer del hecho de que resulte que el supuesto adquirente del crédito no sea su verdadero acreedor, es decir, si la cesión no tuvo lugar o fue ineficaz (383). Y en dicho precepto se establece que si el cedente ha notificado la cesión al deudor o si el cesionario le ha presentado un documento de cesión expedido por el cedente, éste no podrá luego impedir que el deudor haga valer contra él lo pagado o negociado con el así anunciado como cesionario, si resulta que la cesión no se produjo o no fue eficaz (384). Por tanto, si el deudor paga o trata con el supuesto cesio-

(382) El mayor grado de exigencia para proteger al deudor en el supuesto del § 406 (compensación por créditos contra el cedente), respecto al del pago al cedente o a otro cesionario (§§ 407 y 408), reflejado en la primera redacción del proyecto, puede tener como explicación el hecho de que en el § 406 sólo se protegen expectativas (de compensación), que sólo llegan a existir si el deudor no tiene conocimiento alguno de la cesión, por eso se exigía del deudor que tuviese keine Kenntnis de la cesión al tiempo de adquirir el crédito contra el cedente, mientras que para los demás casos basta con no tener un conocimiento cierto de ella (wirkliche Kenntnis).

(383) Desde el primer momento preocupó esta cuestión y hubo un precepto destinado a ocuparse de ella (vid. «Motive...», *cit.*, p. 135).

(384) «(Abtretungsanzeige) Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Der Anzeige steht es, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt» (§ 409.1).

nario sin que el cedente le haya notificado la cesión o sin que el cesionario le haya presentado un documento de cesión expedido por el cedente, habrá actuado a su propio riesgo, esto es, a riesgo de tener que volver a pagar al cedente o a otro cesionario, si resulta que la cesión hubiera sido ineficaz o, simplemente, que no hubiera tenido lugar (385).

La protección otorgada al deudor depende, pues, de la existencia de la notificación de la cesión por el cedente, o por el cesionario, pero, en este último caso, acompañada de un documento que sobre ella hubiese expedido el cedente.

Por lo que respecta a la notificación de cedente, no se requiere en el § 409.1 que haya sido hecha en una forma específica, sino que puede haber sido, incluso, verbal (386). Fue considerada como un negocio jurídico unilateral del cedente, consistente en una declaración de voluntad recepticia, por la que éste hacía saber al deudor que, en lo sucesivo, debía tener como aceptor al indicado en ella como cesionario (387). Más matizada o, incluso, diferente parece ser más recientemente la concepción de la naturaleza jurídica de tal notificación: se oscila entre su consideración como una declaración similar a las de voluntad (*rechtsgeschäftsähnliche Erklärung*) (388) y la declaración de conocimiento (389). Por mi parte, pocas dudas me ofrece la naturaleza de la notificación de la cesión hecha por el cedente como una declaración confesoria, como *contra se pronuntiatio*, aunque se considere que contiene o supone una comunicación de un negocio jurídico (la cesión), que sí consiste en un acuerdo de voluntades. Y no creo que sea una indicación de pago dirigida al deudor, que sí es una declaración de voluntad, por más que de la notificación de la cesión deba o pueda el deudor extraer como conclusión que, a partir de entonces, puede pagar o negociar sobre el crédito con el indicado como cesionario.

Pero esto no significa que la concepción de la notificación de la cesión por el cedente como declaración de voluntad no haya sido un expediente, al parecer, útil para facilitar ciertas consideraciones. La primera sería la relativa a las causas de ineficacia de la notificación. Es una cuestión importante su determinación, desde el momento en que se entiende que si la notificación es inválida el deudor que

(385) «Die Beratung...», *cit.*, p. 823.

(386) Ya era así en la exposición de motivos («Motive...», *cit.*, p. 135).

(387) Claramente, en «Motive...», *cit.*, últ. loc. cit.; «Die Beratung...», *it.*, p. 822; Planck, *op. cit.*, p. 192, § 409, n.º 1.

(388) Schmidt, *op. cit.*, p. 1218, § 409, n.º 4; Larenz, *op. cit.*, p. 592; Dörner, *op. cit.*, pp. 285 y 286, aunque no ignora que en esa notificación hay algo que se parece bastante a una *contra se pronuntiatio*.

(389) Scheyhing, *op. cit.*, p. 112.

haya pagado o negociado con el que se le indicó como cesionario ninguna protección tendrá frente al cedente (390). Pues bien, se considera que la notificación no es válida si el cedente no tenía capacidad negocial o si sufrió un vicio de la voluntad. Lo que no veo del todo claro es si esta conclusión es consecuencia de la pretendida naturaleza negocial del acto, o si el carácter negocial es la consecuencia que se deriva de entender que la falta de capacidad o el vicio de la voluntad son causas de invalidez de la notificación. Pero es que parece que, incluso, quienes parecen no defender su carácter negocial, aceptan que operan las mismas causas de invalidez previstas para los negocios jurídicos (391).

La justificación de esta remisión en bloque a las reglas sobre invalidez de los negocios jurídicos no es de extrañar si se piensa que también las declaraciones de conocimiento, las confesorias, son hechos o actos jurídicos voluntarios, aunque no consistan en declaraciones de voluntad. En cuanto a la capacidad necesaria para notificar una cesión, no es de extrañar que se requiera la misma que fue necesaria para llevar a cabo la cesión. En cuanto a los vicios de la voluntad, no veo del todo claro que el dolo sea una causa de invalidez de una declaración de ciencia, a menos que se demuestre que ha producido error. Por lo demás, no ha de perderse de vista que detrás de una notificación falsa de una cesión por parte del sedicente cedente habría un negocio jurídico de indicación de pago.

Si la notificación del cedente fue válida, el deudor podrá hacer valer la cesión contra éste, es decir, le podrá oponer el pago, lo negociado o las expectativas adquiridas frente al que se le indicó como cesionario. El cedente, por tanto, con esa notificación se autodesposeyó de la apariencia de titularidad del crédito y creó la apariencia de titularidad del cesionario, y entonces podría decirse que si el deudor se dirige a éste confiando en esa apariencia creada por el cedente merece protección. Si esto fuera así, por la misma razón habría que entender que si el deudor sabía que la cesión notificada por el cedente no había tenido lugar o que era ineficaz y, a pesar de esto, pagó o negoció con el que se le indicó como cesionario, no merecerá protección, puesto que él conocía la realidad, por lo que no debió actuar según la apariencia. Y en verdad que el tenor literal del § 409.1 no excluye esta interpretación.

(390) «Motive...», *cit.*, últ. loc. cit.; «Die Beratung...», *it.*, p. 821; Planck, *op. cit.*, últ. loc. cit.

(391) Scheyhing, *op. cit.*, pp. 112 y 113. Tanto es así que este autor afirma que también será inválida la notificación y, por consiguiente, el deudor no tendrá la protección del § 409.1, cuando la cesión sobrepase los límites de la autonomía privada, por ejemplo, cuando objeto del negocio de cesión ha sido un crédito incedible *ex lege* (p. 113).

Sin embargo, no ha sido ni es ésta la interpretación que del mencionado precepto se ha hecho. En general, hay acuerdo en entender que la protección conferida al deudor en el § 409.1 para el caso de que la cesión anunciada no haya sido eficaz o, incluso, no haya tenido lugar, se mantiene con independencia de que el deudor supiese que no había habido transmisión del crédito (392). Esta solución puede parecer, al principio, un tanto chocante, y no ha faltado quien la ha matizado (393). Pero lo cierto es que parece predominar la idea según la cual, salvo dolo o cooperación del deudor en el fraude, tiene derecho a invocar al protección del § 409.1, aunque él supiera que la cesión notificada no se había producido, o que había sido ineficaz o que había sido anulada (394).

La explicación de esta solución es, al parecer, que la notificación de la cesión por el cedente sustituye a la cesión a todos los efectos, en el sentido de que el deudor puede actuar conforme a lo que se le ha notificado, aún sabiendo de la inexistencia o ineficacia de la cesión, con la seguridad de que el cedente nada le podrá reprochar, con tal que la notificación misma no sea inválida (395). Se ha dicho que esta eficacia de la notificación del cedente parece exceder la que sería propia de una simple comunicación, y que parece ser más propia de una declaración de voluntad negocial (396). Sin embargo, a mí, que la considero como una declaración de conocimiento de tipo confesorio, no me sorprende en modo alguno que la protección al deudor que actúa haciendo caso de ella, se mantenga aunque éste supiese de su no correspondencia con la realidad. Y es que no es la falta de veracidad de la confesión lo que le hace perder su eficacia, sino el error y demás vicios de la voluntad o su falta de capacidad. Es decir, que si se demuestra que el cedente sabía al notificar la cesión que ésta no se había producido o que era ineficaz, el deudor debe ser protegido si actuó conforme a lo indicado, sin que haya que entrar a preguntarse si éste sabía que lo que le había comunicado el cedente (su acreedor) era falso. Demostrado el error del cedente al notificar, el deudor ya no gozará de la protección del § 409.1 si hizo caso a lo que se le notificó

(392) «Motive...», *cit.*, últ. loc. cit.; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 821, 822, 824, 826 y 827; Planck, *op. cit.*, últ. loc. cit.; Schmidt, *op. cit.*, p. 1218, § 409, n.º 2.

(393) Scheyhing (*op. cit.*, nota 131 a pie de página 114) recoge algunas: limitar la no exigencia de buena fe del deudor al supuesto de notificación escrita o de entrega del documento de cesión al deudor, que contempla el § 410; excluir la protección al deudor que sabe que el cedente ha notificado por error.

(394) Vid. Dörner, *op. cit.*, p. 286. En algún momento del proceso de elaboración de la norma parece que no se mantuvo la protección al deudor que conocía que la cesión había sido anulada («Die Beratung...», *cit.*, pp. 744, 819 y otras), aunque se exigía que tal anulación hubiese sido notificada por el cedente o por el juez.

(395) Por todos, vid. Planck, últ. loc. cit.

(396) Scheyhing, *op. cit.*, p. 114.

y pagó o negoció sobre el crédito con el indicado como cesionario, tanto si conocía que la cesión no se había producido como si lo ignoraba. Para mí, lo verdaderamente sorprendente hubiera sido que la eficacia de la confesión del cedente, dirigida al deudor, de que ha cedido el crédito dependiese de lo que supiera o dejara de saber el destinatario de tal declaración. En lo que no estoy de acuerdo es en el pretendido carácter negocial de esa notificación.

La otra vía para poner la cesión en conocimiento del deudor, sin que éste se tenga que preocupar de si la cesión tuvo lugar realmente o no si decide pagar o negociar sobre el crédito con el cesionario, es la presentación por este último de un documento de cesión expedido por el cedente, esto es, uno en el que éste documenta la cesión o reconoce que ha cedido el crédito al que se presenta como cesionario. A los efectos de conseguir el cesionario la legitimación frente al deudor para exigir el pago o negociar sobre el crédito, basta, en principio, con la presentación (Vorlegung) del citado documento (397), no siendo necesaria su entrega al deudor a los efectos del § 409.1, aunque sí pueda serlo a los del § 410, como veremos.

La equiparación de la presentación de este documento y la notificación de la cesión por el cedente se entiende admitida a todos los efectos. No se exige una determinada forma a tal documento, de manera que puede ser privado, con tal que haya sido verdaderamente expedido por el cedente (398). La expedición de tal documento está afectada también por las mismas causas de invalidez que la notificación (399). Y también su no validez impide al deudor gozar de la protección del § 409.1. Como también sólo su invalidez o la falsedad (material) del documento, y no el conocimiento que el deudor tuviera de la invalidez o ineficacia de la cesión, es lo que le priva de esa protección (400).

(397) Por presentación del documento cesión se entiende «den sinnlichen Wahrnehmung zugänglich machen» (Schmidt, *op. cit.*, p. 1218, § 409, n.º 5).

(398) «Motive...», *cit.*, p. 136. Aunque durante el proceso de elaboración de la norma se exigió en algún momento que tal documento fuese público («Die Beratung...», *cit.*, pp. 819 y 823), acabó por decidirse la admisión del documento privado («Die Beratung...», *cit.*, p. 823).

(399) También la sustracción o pérdida del documento sufridas por el cedente, esto es, cualquier posesión de tal documento por el cesionario, que no sea resultado de la entrega voluntaria, siempre que el cedente haya advertido al deudor de esa pérdida (Schmidt, *op. cit.*, pp. 1218 y 1219, n.º 4).

(400) Planck, *op. cit.*, p. 193, § 409, n.º 3 al final. A lo largo de buena parte del proceso de elaboración legislativa se optó por que el deudor tampoco gozase de protección si conocía la nulidad de la cesión o su anulación («Motive...», *cit.*, p. 136), a veces por entender que la nulidad de la cesión afectaba a la validez del documento («Die Beratung...», *cit.*, pp. 823, 824, 826, 827...), hasta que se equiparó también a estos efectos la presentación del documento de cesión a la notificación hecha por el cedente («Die Beratung...», *cit.*, p. 831).

Pues bien, cuando por cualquiera de estas dos vías el deudor ha tenido conocimiento de la cesión, éste tiene la seguridad de que podrá hacer valer frente al cedente el pago o los negocios realizados con el cesionario, o con un causahabiente o sucesor de éste (401). Y el cedente, de momento, nada puede exigir del deudor: éste puede negarse, sin riesgo, a pagar o a tratar sobre el crédito con el cedente. Ciertamente es que el cedente había dejado de estar legitimado frente al deudor para cobrar o disponer del crédito desde el momento de la cesión, conforme al § 398, si ésta fue eficaz. Y cierto es también que, conforme a este mismo precepto, era el cesionario el verdadero titular del crédito desde la cesión, sin tener que esperar a la notificación del cedente o a la prueba de su adquisición frente al deudor. Pero no lo es menos que no puede hacerse valer contra el deudor un cambio de titularidad del crédito que éste no conocía (§§ 406-408), y que él tiene la facultad de negarse a pagar o negociar sobre el crédito con un supuesto adquirente del crédito, en tanto no se le garantice que tal pago o tales negocios serán oponibles frente al cedente, si la cesión no se produjo realmente o si ha dejado de ser eficaz (§ 409.1). Si la cesión fue eficaz, desde su conclusión el cedente quedó deslegitimado realmente para el cobro o para disponer del crédito, pero aparentemente seguía estándolo frente al deudor, mientras éste no conociese la cesión. Y si la cesión no tuvo lugar o fue ineficaz, la deslegitimación del cedente se produce con la notificación al deudor o con la exhibición por el cesionario de un documento sobre la cesión otorgado por el cedente.

Pues bien, si la protección que en los §§ 406-408 se dispensa al deudor que, siendo eficaz una cesión, paga o negocia o adquiere expectativas con el cedente o con otro cesionario, está basada en la protección de la apariencia, que resulta del no conocimiento de la cesión, no puede decirse lo mismo para la protección que el § 409.1 otorga al deudor que paga o negocia o adquiere expectativas con el indicado como cesionario, si resulta que la cesión no tuvo lugar o fue ineficaz. La *ratio* del § 409.1 no está tanto en la protección de la confianza del deudor en la apariencia de titularidad del cesionario, cuanto en su legitimación real para el cobro y la disposición del crédito, que el cedente le atribuye respecto al deudor al notificar a éste la cesión o al expedir y entregar al cesionario el documento de cesión que luego éste presenta al deudor. Si la buena fe del deudor no cuenta para gozar o no éste de la protección del § 409.1, mal puede hablarse de protección de la confianza en la apariencia, cuando es irrelevante (salvo prueba del fraude) que el deudor conociese o no la realidad.

Creo que la explicación de la protección que se entiende conferida al deudor por el § 409.1 tiene que ver, más bien, con la prohibición de

(401) Scheyhing, *op. cit.*, p. 114.

ir contra los propios actos, o el valor confesorio de la notificación de la cesión por el cedente. Si éste crea voluntariamente en favor del cesionario la apariencia de titularidad del crédito, habrá de estar a lo declarado y soportar lo actuado por el deudor con el que le indicó como cesionario, sin que pueda evitar esto probando que el deudor sabía que la cesión no había tenido lugar o que era ineficaz. Sólo la prueba de la invalidez del propio acto, por el que se atribuyó al cesionario la legitimación real frente al deudor (la notificación o la expedición y entrega al cesionario del documento sobre la cesión) puede, evidentemente, liberarle de tener que pasar por su propio acto. En tanto esto no suceda, el deudor goza de la protección del § 409.1.

Nada extraño o extraordinario hay en esta solución. Si la cesión no tuvo lugar o fue ineficaz, el supuesto cedente no quedó realmente deslegitimado para exigir y recibir el pago ni para disponer del crédito. Cuando se produce el anuncio de cesión por alguna de las vías del § 409.1, el cedente sigue estando legitimado realmente para recibir el pago, pues sigue siendo el acreedor, pero ya no lo está para exigirlo, porque él mismo se ha deslegitimado aparentemente frente al deudor. No lo está para exigirlo, aunque siga siendo el verdadero acreedor si la cesión no se produjo, porque el deudor no está seguro de quedar libarado si le paga, sino que actuaría a su propio riesgo si, a pesar de haber recibido un anuncio de cesión del § 409.1, paga o negocia con el cedente, por lo que no se le puede exigir que actúe asumiendo el riesgo de que la cesión sí haya sido eficaz, pues tendría que pagar una segunda vez, o no podría hacer valer lo negociado con el cedente frente al cesionario. En cambio, el cesionario quedó realmente legitimado frente al deudor para exigir y recibir el pago y para negociar sobre el crédito, gracias al anuncio de cesión, aunque ésta no se hubiera producido, de forma que el deudor tiene la seguridad de pagarle con efecto liberatorio o de negociar con él eficazmente, aunque no sea su verdadero acreedor. Por consiguiente, tras el anuncio de una cesión que no ha tenido lugar, nos encontramos con que tanto el cedente como el cesionario están legitimados para recibir el pago: el cedente, puesto que sigue siendo el verdadero acreedor, y el cesionario porque lo es aparentemente y está realmente legitimado por el cedente para exigir el pago y negociar sobre el crédito.

En mi opinión, la interpretación de la relación entre los §§ 398, 407 y 409.1 requiere distinguir dos cuestiones y, dentro de cada una de ellas, dos planos. Una cuestión es la relativa a la titularidad del crédito y otra es la relativa a la legitimación para exigir el pago y negociar eficazmente sobre el crédito. Y dentro de cada una hay que diferenciar entre el plano de la realidad y el de la apariencia.

La titularidad del crédito cambia, en realidad, como consecuencia de una cesión eficaz, pasando del cedente al cesionario, conforme al § 398. Sin embargo, la apariencia de titularidad del cedente subsiste,

pero se destruye cuando el deudor tiene conocimiento de la cesión, como se desprende del § 407, no siendo necesario para que esto suceda, según la doctrina dominante, que ese conocimiento haya sido obtenido por el deudor por una de las vías previstas en el § 409.1. La legitimación para exigir y recibir el pago o para negociar sobre el crédito con el deudor la pierde realmente el cedente y la adquiere el cesionario cuando éste adquiere realmente el crédito. Si la cesión fue eficaz, el cedente sigue estando aparentemente legitimado frente al deudor para cobrar o para negociar sobre el crédito, en tanto éste no tenga conocimiento de la cesión. El anuncio de cesión del § 409.1 es una segunda vía para que el cesionario quede realmente legitimado frente al deudor para exigir y recibir el pago y para negociar sobre el crédito, puesto que se produce este efecto aunque la cesión no se haya producido y no haya adquirido él el crédito. Este anuncio de cesión del § 409.1 despoja al cedente de la apariencia de titularidad y de legitimación para cobrar y negociar sobre el crédito frente al deudor, así como también le despoja realmente de su legitimación para exigirle el pago, puesto que no puede hacerlo cuando antes el ha notificado su cesión y el deudor no tiene garantías de que tal pago será liberatorio, pero tal anuncio no le priva realmente de su titularidad sobre el crédito si la cesión no se produjo.

Si se acepta lo anterior, resulta que la titularidad verdadera sobre el crédito pertenece al cesionario o al cedente, según que haya existido una cesión eficaz o no, por tanto, sin que sea posible un solo instante en el que el crédito no pertenezca realmente a uno ni a otro, como tampoco caben solapamientos en ella, es decir, no es posible tampoco un sólo momento en que el crédito pertenezca a ambos a la vez.

Partiendo del mismo presupuesto, nos encontramos con que en lo relativo a la legitimación para exigir o recibir el pago o para negociar sobre el crédito con el deudor y en lo relativo a las apariencias sí caben vacíos y solapamientos. Así, cuando el deudor tiene conocimiento de una cesión por una vía diferente a las previstas en el § 409.1 (402), por ejemplo, la notificación de la cesión por el cesionario (digno de confianza, pero que no acompaña documento sobre la cesión expedido por el cedente), nos encontramos con que la legitimación para exigir el pago no corresponde al cedente ni al cesionario: a aquél no porque el deudor tiene conocimiento de la cesión y, conforme al § 407, no debe pagarle, so pena de hacerlo asumiendo el riesgo de que la cesión se haya producido realmente; y al cesionario tampoco porque, conforme al § 409.1, el deudor tampoco tendría seguridad alguna si lo hiciera, puesto que luego tendría que pagar una segunda

(402) Las previstas son, como sabemos, la notificación del cedente o la presentación por el cesionario al deudor de un documento de cesión expedido por el cedente.

vez, ahora, al cedente, si resultase que la cesión no se había producido realmente. En cuanto a la legitimación para recibir el pago voluntario del deudor y para negociar con él sobre el crédito, el solapamiento se produce cuando el deudor ha recibido el anuncio de cesión por alguna de las vías previstas en el § 409.1, pero la cesión no se ha producido, pues en este caso tanto el cedente como el cesionario están verdaderamente legitimados para recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor, en el sentido de que lo hecho por éste con uno o con el otro es eficaz: lo pagado o negociado con el cedente lo es porque no ha dejado de ser el verdadero titular del crédito, a pesar del anuncio de cesión; lo pagado o negociado con el cesionario también, porque el anuncio de cesión le atribuyó realmente esa legitimación, de forma que lo así actuado puede ser hecho valer por el deudor contra el cedente.

Quiero llamar la atención también sobre el hecho de que cuando se produce el anuncio de cesión en alguna de las formas previstas en el § 409.1 se puede decir que el cedente crea una apariencia de titularidad del cesionario, que se corresponderá o no con la realidad según se haya producido o no esa comunicada cesión, pero que la legitimación para recibir el pago y negociar sobre el crédito con el deudor no es aparente sino real, pues se deriva del propio anuncio. Este anuncio no puede atribuir titularidad verdadera alguna al cesionario, puesto que la adquisición del crédito depende, exclusivamente, de que la cesión haya sido válida y eficaz. Pero el anuncio sí le atribuye esa legitimación, aunque no haya adquirido el crédito. Si esto es así, como el cesionario está, tras el anuncio de cesión, no aparentemente sino realmente legitimado para recibir el pago y negociar sobre el crédito con el deudor, es por lo que la eficacia de lo actuado por el deudor con él no depende de que él haya adquirido el crédito, es decir, no de que la cesión se haya producido: es que tal legitimación del cesionario no dependía de la eficacia de la cesión, sino de la validez del anuncio que de ésta se hizo al deudor. Y por la misma razón es irrelevante también, salvo prueba de dolo o cooperación en el fraude, que el deudor supiese o no que la cesión no había tenido lugar: lo decisivo sigue siendo la validez del anuncio de cesión, porque es de él de donde se deriva esa legitimación del cesionario. Y no olvidemos que entre las causas de invalidez del anuncio de cesión no se encuentra la (consciente) inadecuación de lo anunciado con la realidad, pero sí el error.

También creo conveniente que se tenga en cuenta que el § 409.1 (403) nada prohíbe al deudor. Sólo le indica en qué condiciones puede

(403) Por todos, Planck, *op. cit.*, p. 192, § 409, n.º 2. La aceptación de esta idea es resultado de considerar que la notificación del cedente opera sólo a favor y no en contra del deudor, que puede optar siempre por actuar a su propio riesgo, pagando o negociado con el cedente.

pagar al cesionario o negociar con él sobre el crédito o adquirir expectativas, sin tener que preocuparse por si la cesión no se ha producido realmente. El deudor puede actuar asumiendo él el riesgo de equivocarse si lo hace con un sedicente cesionario que no le presenta un documento de cesión expedido a su favor por el cedente y si este último no le ha notificado la cesión: si resulta que tal supuesta cesión no se ha producido, todo lo actuado por el deudor con ese supuesto cesionario será inoponible al cedente. Y, por la misma razón, si el deudor paga al cedente o negocia con él sobre un crédito cuya cesión le ha sido hecha saber por alguna de las vías del § 409.1, no por esto lo así actuado por el deudor con el cedente va a ser, sin más, ineficaz, sino que el deudor habrá asumido el riesgo de que la cesión se haya producido y que, por tanto, lo actuado sea inoponible frente al adquirente del crédito.

Se entiende que, a pesar de haber actuado el deudor siguiendo el anuncio de cesión del § 409.1, si resulta que la cesión no se ha producido, puede renunciar a la protección del citado precepto. Es decir, puede, por ejemplo, exigir del cesionario la devolución de lo que le pagó, y dirigirse al cedente, que no dejó de ser su acreedor, para extinguir el crédito o negociar sobre él (404).

Por último, hay que tener en cuenta que la apariencia de titularidad sobre el crédito y la verdadera legitimación para disponer de él que el anuncio de cesión hecho en alguna de las formas previstas en el § 409.1 atribuye al cesionario sólo operan en relación al deudor, esto es, en favor de éste, pues es a él a quien va dirigido, y no a favor de terceros. Es decir, que si este cesionario cediese el crédito a otro, y resultase que la primera cesión no se produjo, el cesionario del cesionario no podría pretender haber adquirido a non domino, por la apariencia de titularidad creada en favor del cesionario-cedente por el anuncio de cesión (404 bis). No se ha de olvidar que la *ratio* del § 409.1 es la protección al deudor y no la seguridad del tráfico. Por esto es por lo que sólo al deudor corresponde hacer valer esa protección.

2.5.3. *La ineficacia y la revocación del anuncio de cesión (§ 409.2)*

Toda la protección dispensada al deudor por el § 409.1 depende, pues, de la eficacia de la notificación del cedente o de la presentación al deudor por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido

(404) Por ejemplo, el deudor podría estar interesado en esto si tuviera un crédito contra el cedente, de difícil cobro. Si ya ha pagado al cesionario y es después cuando se entera de que la cesión no se produjo puede declarar la compensación con el cedente y exigir al cesionario la devolución de lo que le pagó.

(404 bis) Dörner, *op. cit.*, p. 285.

por el cedente a favor del que lo presenta al deudor. Como ya he dicho, las causas de ineficacia de tal anuncio son, según la doctrina alemana, las mismas que las de los negocios jurídicos: falta de capacidad, vicios de la voluntad, falsedad documental. Estas serían las que podríamos denominar causas de ineficacia originaria o genética del anuncio de cesión. Además, en el § 409.2 se prevé una causa de ineficacia sobrevenida: la revocación por el cedente, para lo que habrá de contar con el consentimiento del cesionario (405).

Lo primero que quiero resaltar es que el consentimiento del indicado por el cedente como cesionario sólo se exige para la revocación, no para que operen las causas de ineficacia originaria de la notificación. Es decir, si el cedente demuestra que existió una causa de ineficacia originaria no será necesario el consentimiento del cesionario para que tal notificación deje de producir sus efectos, los del § 409.1, es decir, para que deje de vincular al cedente.

Estoy de acuerdo con la idea de que lo dispuesto en el § 409.2, esto es, la revocabilidad por el cedente, con el consentimiento del cesionario, no sólo hay que referirlo a la notificación sino también a la presentación de un documento sobre la cesión expedido por el cedente a favor del que lo presenta al deudor (406). Es decir, en cualquiera de las formas previstas en el § 409.1 para poner en conocimiento del deudor la cesión, con efectos vinculantes para el cedente, opera la revocabilidad de tal anuncio por éste con el consentimiento del cesionario. Aunque la letra del § 409.2 sólo habla de anuncio (*Anzeige*) de cesión, esto puede ser interpretado en sentido amplio, comprendiendo no sólo la notificación del cedente, sino también la expedición de un documento sobre la cesión por el cedente y su posterior presentación al deudor por el cesionario, pues ésta no deja de ser una forma de anunciar la cesión. Admitida también su revocación como sucede con la notificación, no habrá razón alguna para no exigir también el consentimiento del cesionario.

La revocabilidad del anuncio fue admitida desde el primer momento del proceso de elaboración de la norma. Lo que sucede es que sólo al final de ese proceso es cuando se incluyó la exigencia de contar con el consentimiento del cesionario para que la revocación

(405) «Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neu Gläubiger bezeichnet worden ist» (§ 409.2).

(406) Vid Scheyhing, *op. cit.*, p. 116. Además, la ubicación de la regla en un párrafo aparte, y no inmediatamente después de tratar de la notificación de cedente y antes de referirse a la presentación por el cesionario del documento de cesión expedido por el cedente (así apareció a lo largo de buena parte del proceso de elaboración de la norma, «Die Beratung...», *cit.*, comp. p. 831 con pp. 834 y ss.), parece confirmar al idea arriba apuntada.

fuese eficaz (407). Parece que hasta entonces el cedente podía revocar libremente su notificación, esto es, sin tener que demostrar una causa de ineficacia y sin tener que contar con el cesionario (408). La adición de este requisito o condición para la eficacia de la revocación hace cambiar radicalmente la *ratio* o la explicación de la norma del § 409.2. En su formulación inicial, la libre revocabilidad parecía ser una consecuencia de la naturaleza negocial y unilateral de la notificación, que sólo vinculaba a su autor en tanto no la revocase (409). Con la actual redacción del § 409.2 creo que no basta con explicar por qué es posible la revocación, sino que también hay que explicar por qué se necesita el consentimiento del cesionario. La razón de ser de la norma no parece ser otra que la necesidad de contar con el consentimiento del perjudicado por la revocación, es decir, del favorecido por el anuncio de cesión (410).

Poner una supuesta cesión en conocimiento del deudor por alguna de las vías del § 409 no sólo supone, como creo haber demostrado, la destrucción de la apariencia de titularidad del cedente y de su aparente legitimación frente al deudor para exigir y recibir el pago o para negociar con él sobre el crédito, sino también la creación de una apariencia de titularidad en favor del indicado como cesionario y la atribución a éste de una verdadera legitimación para exigir y recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor —si la cesión se produjo, esta legitimación la obtuvo al adquirir el crédito, pero si no ha habido cesión la obtiene con el anuncio de cesión. Resulta, por tanto, evidente que la ineficacia del anuncio de cesión perjudica el interés del anunciado como cesionario y que, por tanto, si no está basada en una causa de invalidez del anuncio en sí, no debe el cedente poder dejarlo sin efecto mediante su revocación, sin contar con el perjudicado por ésta.

Es decir, del mismo modo que para crear en favor del cesionario la apariencia de titularidad y para atribuirle una verdadera legitimación para exigir y recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor, fue necesaria la intervención del que iba a resultar perjudicado por ello, esto es, el cedente, intervención que debió consistir en la notificación por él mismo de la cesión al deudor, o en la expedición y entrega al cesionario de un documento sobre la cesión firmado por él, no podía ser menos que para que el cesionario perdiese la apariencia de titularidad y su verdadera legitimación frente al deudor para disponer del crédito, se establezca que la revocación del anuncio de

(407) «Die Beratung...», *cit.*, p. 834.

(408) Claramente, en «Motive...», *cit.*, pp. 135 y 136; «Die Beratung...», *cit.*, página 821.

(409) «Motive...», *cit.*, p. 135.

(410) Por todos, Schmidt, *op. cit.*, p. 1219, § 409, n.º 6.

cesión no surta efecto si no es consentida por el cesionario. Pero este consentimiento no será necesario cuando el cedente esté en condiciones de probar la invalidez del anuncio de cesión (falta de capacidad, vicio de la voluntad, falsedad material). De esta forma, el consentimiento del cesionario opera como una suerte de retrocesión (411), en el sentido de reconstrucción de la apariencia de titularidad del cedente y de relegitimación de éste frente al deudor para disponer del crédito.

Es de esta forma como el deudor puede saber en todo momento si puede pagar o negociar sobre el crédito con un supuesto adquirente, de forma aseguradamente eficaz o asumiendo el riesgo de equivocarse: actuando conforme a lo que resulta del § 409, de forma segura; no haciendo caso de él, a su propio riesgo. Actuar conforme al anuncio de cesión permite al deudor desentenderse de si la cesión tuvo lugar o no, con independencia de que él supiera o no que la cesión no se había producido.

Por lo demás, del mismo modo que, en principio, se admite la irrelevancia del conocimiento que el deudor tenga de la inexistencia o de la ineficacia de la cesión para decidir sobre la eficacia de lo actuado por él con le indicado como cesionario en el anuncio de cesión (§ 409.1), hay que admitir, consecuentemente, la irrelevancia del conocimiento que el deudor tuviera de la eficacia de la cesión para decidir sobre la eficacia de lo actuado por el deudor con el cedente cuando el cesionario consintió la revocación del anuncio de cesión (§ 409.2). Es decir, entiendo que lo decisivo en un caso y en otro es otra cosa: si el anuncio de cesión, en el supuesto del § 409.1, o si su revocación y el consentimiento del cesionario, en el del § 409.2, son en sí mismos válidos, y en ninguno de los dos casos el conocimiento que el deudor pueda tener de la de si la cesión tuvo o no tuvo lugar.

Otra cuestión es la de si el consentimiento del cesionario para la revocación del anuncio de cesión puede ser un acto exigible al cesionario. Parece haber acuerdo en que el cedente puede exigirle que consienta la revocación cuando la cesión anunciada no tuvo lugar o fue ineficaz. Y el apoyo legal para esta pretensión se busca en la propia relación jurídica material subyacente entre uno y otro, así como, en último término en el § 812 para prevenir que se produzca un enriquecimiento injusto (412).

Habría también que plantearse si otro cesionario, verdaderamente adquirente, puede exigir del cedente la revocación del anuncio que al deudor hizo de otra cesión ineficaz, y al cesionario que se indicó al deudor en él que dé su consentimiento a la revocación. En realidad, la

(411) Es más, pudiera ser que el cedente haya readquirido el crédito y que, entonces, en vez de notificar al cesionario la retrocesión, consienta la revocación del cedente del anuncio de cesión.

(412) Scheyhing, *op. cit.*, p. 116.

respuesta a esta cuestión depende de la que se dé a esta otra: si el anuncio de una cesión hecho por alguna de las vías del § 409.1 vincula sólo al cedente o también a quien de él trae causa. Como la doctrina alemana parece dar por sentado que la vinculación que resulta del § 409.1 sólo afecta al cedente y no a sus causahabientes a título singular (413), no es de extrañar que no se prodiguen comentarios al respecto: si no les perjudica, por qué razón han de exigir la revocación del anuncio. Por mi parte, y sin perjuicio de las explicaciones que luego daré al respecto, ya adelanto que ese causahabiente sí puede quedar vinculado por lo que vinculaba a su causante, por lo que sí entiendo posible que esté interesado en la revocación de dicho anuncio, para lo cual habrá que reconocerle la facultad de exigir su revocación a su autor y el consentimiento del otro cesionario favorecido por el anuncio para la revocación.

Finalmente, habría que plantear si, revocado eficazmente el anuncio de cesión, el deudor puede hacer valer frente al cedente todo lo actuado con el cesionario indicado. La respuesta afirmativa me parece que se impone. Lo primero a tener en cuenta es que se trata de la ineficacia sobrevenida y no de la invalidez del anuncio de cesión. Si este anuncio hubiera sido inválido, está claro que el deudor ninguna protección puede esperar del § 409, por lo que no podría hacer valer frente al cedente lo pagado o negociado con el cesionario, a menos, claro está, que el deudor demostrase que la cesión sí tuvo lugar y fue eficaz. Pero en el caso de la revocación, se trata de un anuncio de cesión que ha sido eficaz hasta que el cesionario ha consentido su revocación, por lo que entiendo que el deudor va a poder hacer valer contra el cedente todo lo actuado con el cesionario durante el tiempo que va desde que el deudor conoció el anuncio de cesión y el momento en que tuvo conocimiento de que el cesionario había consentido su revocación, puesto que tanto el anuncio de cesión como su revocación son declaraciones recepticias (414). Es más, el deudor también podrá hacer valer frente al cedente lo actuado con el cesionario después de conocer la revocación y el consentimiento del cesionario, si tal revocación o tal consentimiento están afectados por un vicio de nulidad.

La explicación de esta solución creo que pasa por el mismo § 409.1, que la establecer que el cedente debe dejar hacer valer contra sí mismo todo lo actuado por el deudor con el cesionario, aunque no

(413) Excepcionalmente, Planck (*op. cit.*, pp. 193 y 194, § 409, n.º 5) sí admitía que el cesionario adquirente pudiera exigir tales cosas del cedente y del otro cesionario no adquirente cuya cesión ineficaz hubiera sido anunciada al deudor por alguna de las vías del § 409.1. Y así lo entendía en el caso de doble cesión cuando el cedente notificaba al deudor la segunda cesión (la ineficaz), si al tiempo de conocer el deudor tal notificación no tenía conocimiento de la cesión anterior.

(414) Planck, *op. cit.*, pp. 192 y 193, § 409, números 1 y 4.

haya tenido lugar la cesión, permite afirmar la misma consecuencia cuando haya sido eficazmente revocado el anuncio de cesión hecho al deudor (415). Y esto es lo coherente con la idea de que este anuncio sustituye a la cesión, de forma que sólo debe importar si fue o no válido y no si la cesión se produjo o no (416). Si esto es así, si el anuncio fue válido y luego pierde su eficacia, como consecuencia de su revocación por el cedente consentida por el cesionario, el resultado no puede ser otro que la oponibilidad al cedente de lo actuado por el deudor con el cesionario hasta que el deudor tuvo conocimiento de que aquel anuncio había quedado sin efecto. Y esta protección la mantiene el deudor con independencia de que la cesión se hubiera producido o no, y también con independencia de que el deudor supiera que no había habido cesión o que era ineficaz.

A primera vista pudiera parecer chocante que el deudor, que sabía que la cesión anunciada (en alguna de las formas del § 409.1) no se había producido y a pesar de esto pagó o negoció sobre el crédito con el que se le indicó como cesionario, pueda hacer valer lo así actuado frente al cedente, aunque se revoque eficazmente el anuncio. Sin embargo, lo que sería verdaderamente chocante por incoherente es que se empezara entendiendo que en el ámbito del § 409 es irrelevante que la cesión haya tenido lugar o no, y que el deudor lo sepa o no, para después terminar negando protección al deudor si se revoca el anuncio de cesión. De negársela, se estaría dejando en manos del cedente y del cesionario el mantenimiento de la protección al deudor frente a la inexistencia o ineficacia de la cesión. Más razonable parece negar eficacia retroactiva a la revocación del anuncio de cesión.

De esta forma, el deudor no sólo puede hacer valer frente al cedente el pago hecho al cesionario que se le indicó en el anuncio de cesión, sino también los negocios concluidos sobre el crédito con este último, con tal que el pago o esos negocios no hayan sido llevados a cabo conociendo ya el deudor que el cesionario había consentido la revocación del anuncio de cesión. Y es que la revocación consentida opera, a ciertos efectos, como una suerte de retrocesión, que permite al deudor hacer valer la protección que los §§ 406 y 407 le dispensan por su no conocimiento, en este caso, de la «retrocesión», es decir, de su no conocimiento de la revocación por el cedente del anuncio de

(415) Se ha esgrimido la buena fe del deudor, que no tiene conocimiento de la revocación consentida por el cesionario, para poder hacer valer frente al cedente lo actuado con el cesionario después de tal revocación, acudiendo para ello al § 407.1 (Schmidt, *op. cit.*, p. 1219, n.º 6). No es imprescindible acudir a ese precepto para alcanzar la misma conclusión, pues para ello basta el § 409 y el carácter recepticio de la revocación: si no es conocida por el deudor no ha habido revocación, por lo que el deudor mantiene la protección del § 409.1.

(416) Por todos, Planck, *op. cit.*, p. 192, § 409, n.º 1.

cesión con el consentimiento del cesionario: si el deudor ha seguido actuando con el cesionario no conociendo esta suerte de retrocesión, está claro que puede hacer valer frente al cedente lo actuado con el cesionario después de la revocación eficaz (consentida ya por el cesionario) del anuncio de cesión. Y esto, lógicamente, incluye que si el deudor adquirió un crédito contra el cesionario antes de conocer la revocación del anuncio de cesión, podrá declarar la compensación del crédito cedido con este contracrédito, incluso, después de haber tenido conocimiento de la revocación del anuncio de cesión. Ahora bien, como esta facultad del deudor de declarar tal compensación se entiende que se desprende de una aplicación (¿analógica?) del § 406, está sujeta a sus límites, es decir, está excluida si el contracrédito vence después de conocer que el anuncio de cesión había sido revocado con el consentimiento del cesionario, si también el crédito cedido vence antes que el contracrédito (417).

Es evidente que son estrechos los márgenes dentro de los que opera la buena o mala fe del deudor en el ámbito de aplicación del § 409. Primero, porque es irrelevante (salvo prueba de cooperación al fraude) que el deudor supiese o no que la cesión anunciada se había producido o no. Segundo, porque si el anuncio de cesión no fue válido, ninguna protección se concede al deudor, siendo irrelevante que éste supiese o no de esa invalidez. Tercero, porque sólo es relevante el conocimiento que el deudor tenga de que el anuncio de cesión ha sido revocado por el cedente con el consentimiento del cesionario, para decidir si puede o no hacer valer frente al cedente lo actuado con el cesionario después de esa revocación.

2.5.4. Prueba de la legitimación del cesionario (§ 410)

Conforme al § 398, desde el momento mismo en que se concluye la cesión el cesionario adquiere el crédito y está legitimado para exigir y recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor, mientras que el cedente ya ningún poder de disposición tiene sobre él. Ahora bien, esto es lo que sucede en el plano de lo real. Lo que pasa es que el deudor no tiene por qué haber intervenido en la cesión, como tampoco tiene por qué haberse enterado del cambio de acreedor. En el § 409.1 se establecen las condiciones en las que el deudor puede pagar o negociar o adquirir expectativas con el supuesto cesionario, sin que tenga que preocuparse por si la cesión se ha producido o no. Como creo haber demostrado, de la interpretación que la doctrina alemana hace de este precepto, resulta que dos son las vías por las que el

(417) Vid. Scheyhing, *op. cit.*, p. 117.

cesionario adquiere la legitimación verdadera para recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor: mediante una cesión eficaz o mediante el anuncio de cesión hecho en cualquiera de las formas previstas por el § 409.1 (notificación de la cesión por el cedente o presentación al deudor por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente) en favor de ese cesionario. En cualquiera de estos dos casos éste está legitimado para recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor (418). Ahora bien, no hay que descartar la posibilidad de que el cedente u otro cesionario exijan el pago al deudor, con lo que a éste no bastará con afirmar que pagó o negoció con quien parecía ser su nuevo acreedor, sino que habrá de proporcionar una prueba de que pagó o negoció con el que estaba legitimado para cobrar o para disponer del crédito, pues si no probara esto tendría que pagar otra vez, o no podría oponer lo así negociado frente al verdadero acreedor. Por esto es por lo que resulta bastante sensato reconocer al deudor la facultad de negar la prestación a un supuesto cesionario, a menos que éste o el cedente le hayan proporcionado un medio de prueba de la legitimación del cesionario para recibir el pago, para así quedar a cubierto de posibles reclamaciones del verdadero titular del crédito.

Es precisamente, con este propósito que en el § 410 se establece que el deudor puede negar la prestación al cesionario, a menos que éste le haga entrega de un documento sobre la cesión expedido por el cedente o que éste le haya notificado por escrito la cesión; si bien para que sea eficaz la reclamación que produce el vencimiento o la interpelación para constituir en mora al deudor basta con que el cesionario presente al deudor un documento de cesión expedido por el cedente o, ni tan siquiera esto, si el deudor no rechaza sin demora tales declaraciones (419). Para analizar mejor este precepto parece aconsejable, pues, diferenciar los dos supuestos que en él se contemplan.

El primero de ellos es el relativo a la pretensión de cobro hecha por el cesionario, judicial o extrajudicialmente. Para este supuesto se reconoce al deudor la facultad de negar el pago en tanto el cesionario no le entregue el documento de cesión expedido por el cedente, a

(418) Me remito a lo antes expuesto sobre cambio en la titularidad real/aparente del crédito y en la legitimación real/aparente para recibir el pago y para negociar sobre el crédito con el deudor.

(419) «Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat» (§ 410).

menos que éste le haya notificado la cesión por escrito. Se trata, pues, de que el deudor pueda quedarse con un medio de prueba fácil y fiable, como es un documento firmado por el cedente, para poder demostrar la legitimación de aquel a quien pagó o con quien negoció sobre el crédito para el caso de verse reclamado por el cedente o por un verdadero adquirente. Es decir, en principio, si el deudor no tiene en su poder un documento que le permita demostrar esto, puede negarle el pago. Ha de tratarse de un documento expedido por el cedente, puesto que éste es el único que, mediante un acto propio, puede destruir su propia apariencia de titularidad y legitimar al cesionario frente al deudor para recibir el pago y para disponer del crédito.

Entiendo, pues, que la *ratio* del § 410 no es otra que la de proporcionar o facilitar al deudor la prueba de que pagó o negoció con un cesionario protegido por la norma del § 409.1, que es tanto como decir la prueba de la oponibilidad de lo así actuado frente al cedente o al causahabiente de éste, con independencia de que la cesión anunciada se haya producido o no. Qué duda cabe de que el medio más efectivo para conseguir esta prueba es permitir que el deudor niegue el pago al cesionario hasta que le sea entregado uno de los documentos (el de cesión o la notificación, ambos firmados por el cedente) (420). La idea básica sería, pues, que el deudor no sólo actúa a su propio riesgo cuando lo hace con un supuesto cesionario que no le ha sido indicado en un anuncio de cesión del § 409.1, sino, en general, cuando lo hace sin quedarse con una prueba de que ha recibido tal anuncio de cesión.

Considero, por tanto, que la explicación más correcta o más ajustada a la voluntad del autor de la norma contenida en el § 410 es la de que en él se habla de la prueba de la legitimación del cesionario para exigir el pago al deudor o para negociar con él sobre el crédito (421). Prueba que el deudor puede exigir como condición para pagarle o para negociar con él; prueba que el deudor ha de conservar para quedar a cubierto de eventuales reclamaciones del cedente o del verdadero adquirente. Creo, pues, que en el § 410 se habla de prueba de una legitimación cuya adquisición se rige por las normas de los §§ 398 y 409. En estos dos preceptos es donde se contienen las dos formas de adquirir esa legitimación para recibir el pago y para negociar con el

(420) Esta función de protección preventiva del deudor es clara a lo largo del proceso de elaboración legislativa («Die Beratung...», *cit.*, pp. 751, 831 y 832).

(421) En los primeros textos del proceso de elaboración de la norma parece que lo que más preocupaba era que el deudor no tuviese que correr con los gastos que se derivasen del proceso que se entablase entre él y el sedicente cesionario que le había exigido el pago sin demostrar su legitimación para recibirlo («Motive...», *cit.*, p. 138; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 743, 752, 816, 826 y 827). Conforme avanzó el proceso, el precepto fue ganando generalidad, hasta desaparecer la referencia a las costas.

deudor sobre el crédito: la adquisición del crédito, como efecto de una cesión eficaz (§ 398), o el conocimiento que el deudor tiene de un anuncio válido de cesión procedente del cedente directa (notificación) o indirectamente (presentación por el cesionario de un documento de cesión expedido por el cedente de éste) (§ 409.1).

Como el que pretende el cobro ha de probar que está legitimado para recibirlo, habrá de demostrar que adquirió el crédito, lo que le llevaría a tener que demostrar que se produjo una cesión eficaz, o probar el anuncio de cesión del § 409. Aunque en hipótesis puede no coincidir la prueba de la cesión con la de su anuncio al deudor, sin embargo, en la práctica sí coincidirán, si se tiene en cuenta que ha de tratarse de una prueba tal que pueda tener lugar fuera del proceso y que pueda quedar en manos del deudor para que éste quede a cubierto frente a posibles reclamaciones del cedente o su causahabiente. Y me parece que una prueba de este tipo sólo puede consistir en un documento firmado por el supuesto cedente, como se establece en el § 410. No bastaría para conseguir estos resultados con que el cesionario presentase testigos al deudor, que afirmen haber presenciado una cesión, como tampoco sería suficiente presentar un documento sobre la cesión, sin que el deudor pueda exigir su entrega.

De aquí la diferencia entre los medios de adquirir la legitimación frente al deudor y los medios apropiados para su prueba fuera del proceso. Pero si la cuestión se plantea dentro de un proceso, el cesionario se podrá valer de todos los medios de prueba admitidos para probar su legitimación para el cobro o para negociar con el deudor sobre el crédito, que es tanto como decir que podrá valerse de cualquier medio de prueba para demostrar la cesión o el anuncio que de ella se hizo al deudor. La limitación de los medios de prueba de la cesión o de su anuncio, que el § 410 permite, está establecida en interés del deudor (422), pues se le permite negar el pago al supuesto cesionario, mientras esos hechos o actos no sean demostrados en la forma (documental) prevista y le sea entregada para que él pueda, a su vez, defenderse

(422) A lo largo de buena parte del proceso de elaboración legislativa no hubo tal restricción, puesto que también la notificación verbal del cedente o la presentación sin entrega del documento sobre la cesión expedido por el cedente no sólo legitimaba al cesionario, sino que era ésa la prueba que el deudor podía exigirle, pues no se preveía expresamente que el deudor pudiera exigirle la entrega del documento («Motive...», *cit.*, pp. 137 y 138, donde se dice que si el deudor ya conocía la cesión el cesionario no tenía que demostrarla; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 743, 744, 751, 752, 757, 816, 817, 826-830).

La exigencia de que la prueba de la legitimación del cesionario constase documental y que ese documento quedase en poder del deudor es debida a la aceptación de una propuesta de Struckmann, cuya finalidad era facilitar al deudor disponer de una prueba objetiva que él pudiese, llegado el caso, hacer valer contra el cedente («Die Beratung...», *cit.*, pp. 830-832).

frente a posibles reclamaciones del cedente o del causahabiente de éste. Y es que éstos sólo podrán probar que tales documentos son falsos o que el anuncio de cesión no fue válido, para así conseguir que no les sea oponible el pago hecho por el deudor al cesionario indicado en tal anuncio o lo negociado por ambos sobre el crédito. Pero nada conseguirá el cedente o su causahabiente, probando que la cesión no tuvo lugar o que el deudor lo sabía (salvo que prueben su cooperación en el fraude con el cesionario). Con el § 410 se trata, pues, de lograr que el deudor se quede con una prueba escrita de que pagó o negoció con un supuesto cesionario legitimado para hacerlo por haberse dado el supuesto del § 409.1 (423).

Pero de la regla contenida en el § 410 cabe hacer una interpretación diferente a la hasta ahora sugerida, y que el tenor del mismo precepto no impide, aunque, en mi opinión, sería contraria a la finalidad perseguida por el legislador. Consiste en considerar que dicho precepto no sólo se refiere, o no tanto, a la prueba de la legitimación del cesionario, cuanto a la misma adquisición de tal legitimación. El cesionario la adquiriría con la adquisición del crédito o con la entrega al deudor de un documento sobre la cesión expedido por el cedente, o con la notificación por escrito de la cesión al deudor hecha por el cedente. De aceptarse esta idea el § 409.1 quedaría reducido a regular la deslegitimación del cedente frente al deudor, pero no la adquisición de esa legitimación por el cesionario, es decir, dejando un vacío temporal en el que ni el cedente ni el cesionario están legitimados frente al deudor para cobrar o negociar sobre el crédito, a pesar de que ha habido un anuncio de cesión, si de éste no tiene el deudor en su poder constancia escrita: con el anuncio de cesión, hecho en cualquier forma, queda deslegitimado el cedente, pero sólo si de él tiene el deudor constancia escrita habrá quedado el cesionario legitimado.

Consecuencias prácticas de esta otra interpretación serían las siguientes. Si el deudor paga al cesionario dándose el supuesto del § 410, es decir, quedándose constancia documental (notificación del cedente o documento sobre cesión expedido por el cedente), nada tiene que temer del cedente ni del verdadero adquirente, si resulta que el *accipiens* no había adquirido el crédito. En esto ambas interpreta-

(423) Con la sola prueba directa de la cesión, sin un documento expedido por el supuesto cedente, el deudor no puede considerarse seguro frente a éste si paga o si negocia con el supuesto adquirente del crédito. Y no lo está porque aunque, efectivamente, se demostrase que el acto de cesión tuvo lugar, no tiene plenas garantías de que haya sido eficaz, o de que no haya sido anulada o rescindida. Pues bien, si el deudor que pagó al cesionario fuese requerido de pago por el cedente, y el deudor probase la cesión como prueba de la legitimación del cesionario al que pagó, si el cedente demostrara la ineficacia de la cesión o su anulación o rescisión, el deudor habría de volver a pagar, ahora al cedente, a menos que pueda demostrar que la cesión le fue anunciada en alguna de las formas del § 409.1.

ciones coinciden. Si el deudor pagó al cesionario dándose el supuesto del § 409.1, pero no el del § 410, es decir, habiéndole notificado verbalmente el cedente la cesión o habiéndole presentado —sin entrega— el cesionario un documento de cesión expedido por el cedente, el deudor nada tiene que temer del cedente si la cesión así anunciada no tuvo lugar, pero no podrá oponer ese pago a otro cesionario verdadero adquirente, aunque demuestre la notificación verbal del cedente o la presentación del citado documento, puesto que el deudor pagó a ese cesionario cuando podía haberle negado el pago por no tener constancia escrita del anuncio de cesión, por lo que actuó a su propio riesgo y sólo quedó protegido frente al cedente. En este supuesto, la interpretación que hice al principio, según la cual en el § 410 sólo se trata de la prueba, fuera del proceso, de la legitimación que el cesionario adquiere con el anuncio de cesión del § 409.1, por tanto, también del que no tenía constancia escrita el deudor, no aceptaría que el deudor que pudiese probar que pagó al cesionario cuya cesión le fue notificada verbalmente por el cedente, sólo puede hacer valer ese pago frente al cedente y no frente a su causahabiente: lo decisivo para resolver esta cuestión no es si el deudor tiene o no prueba escrita del anuncio de cesión, sino si prueba o no que tal anuncio tuvo lugar por cualquiera de las formas admitidas en el § 409.1; si tiene constancia escrita le será más fácil probarlo, y por eso podía negar el pago al cesionario, pero no porque no tenga otros medios para demostrarlo. Y si el deudor paga al sedicente cesionario fuera de los supuestos de los §§ 409 y 410, es decir, sin que esa cesión le haya sido anunciada, está claro que habrá pagado a su propio riesgo, es decir, a riesgo de tener que volver a pagar si esa cesión no se produjo realmente. Y en esto ambas interpretaciones coincidirían.

Esta segunda interpretación del § 410 o, mejor dicho, de la relación entre el § 409 y aquél, viene a hacer de él la norma que rige el conflicto entre el adquirente del crédito y el deudor que ha pagado o negociado sobre el crédito con otro cesionario, dejando el § 409 para el conflicto entre el cedente y el deudor que ha actuado con un cesionario cuando ninguna cesión se produjo. Lo que sucede es que, por un lado, la intención del autor de la norma parece que no fue esa: con lo dispuesto en el § 410 se pretendía facilitar al deudor la prueba de que ha actuado con quien estaba legitimado para cobrar o negociar sobre el crédito, en virtud de un anuncio de cesión, llevado a cabo conforme al § 409, es decir, facilitar la prueba del anuncio de cesión del § 409.1 (424), pero no excluirla cuando no hubiese constancia escrita. Y, por otro lado, quiero adelantar que la doctrina alemana no lleva al § 410 sino al § 408 el conflicto entre el adquirente del crédito y el deudor

(424) Vid. «Die Beratung...», *cit.*, pp. 831 y 832.

que ha pagado a otro cesionario, es decir, tomando como criterio decisivo no el de si la cesión ineficaz fue o no anunciada al deudor quedándole constancia escrita de la misma, sino el de si el deudor conocía o no la cesión eficaz, solución que yo, por mi parte, sólo acepto para ciertos casos, como más tarde explicaré.

Un apoyo literal a la interpretación que estoy defendiendo podría encontrarse en el § 409.2. Como ya sabemos, en éste se exige el consentimiento del cesionario para la revocación del anuncio de cesión del § 409.1. Ese consentimiento es requerido tanto cuando del anuncio de cesión tiene el deudor constancia escrita, como cuando no la tiene, puesto que en el § 409.1 no se exige la constancia escrita en poder del deudor, por lo que, por ejemplo, habría que contar con el cesionario también para que el cedente pudiera revocar una notificación verbal de la cesión. Mal se aviene esto con la idea según la cual el cesionario no queda legitimado frente al deudor cuando se produce el anuncio de cesión del § 409 si no se da el supuesto del § 410, es decir, si el deudor no tiene constancia escrita del anuncio de cesión. ¿Cómo explicar entonces que se requiera su consentimiento para la revocación de un anuncio de cesión también cuando no había constancia escrita del mismo? En mi opinión, la necesidad de contar con el consentimiento del cesionario para la revocación de un anuncio de cesión, aunque de éste no tenga el deudor constancia escrita, indica que al *ratio* del § 410 es la de facilitar al deudor la prueba del anuncio de cesión, dándole un medio (negar la prestación al cesionario) para hacerse con esa prueba (425).

Con todo, creo que ha de reconocerse que la seguridad que en el § 410 se da al deudor no es completa. No se ha de olvidar que si el anuncio de cesión no es válido (vicio de la voluntad, falta de capacidad, falsedad material...), ninguna protección corresponde al deudor, aunque de buena fe hubiese actuado según ese anuncio. En relación a la falsedad documental, puede observarse cómo el § 410 no exige que el documento en el que consta la notificación del cedente o en el que se refleja la cesión sea público, ni que la firma del que lo expide (el cedente) haya sido legalizada, sino que, en principio, basta cualquier clase de documento (426). Está claro que ha de ser auténtico (*echt*) y

(425) Quizá, por considerar que es en el § 410 y no en el § 409.1 donde se regula la legitimación del cesionario, es por lo que Planck (*op. cit.*, p. 193, § 409, n.º 4) se extrañaba de que en el § 409.2 se exigiese el consentimiento del cesionario para revocar la notificación verbal, puesto que, en este caso, el cesionario nada tenía que perder, puesto que nada había ganado si no se daba el supuesto del § 410.

(426) La cuestión fue objeto de diversas soluciones a lo largo del proceso de elaboración de la norma. Al principio, se exigía documento público o legalizado («Motivierung...», *cit.*, pp. 137 y 138), luego parece que se abandonó esa exigencia («Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 743 y 744), aunque más tarde se volvió al criterio inicial («Die Beratung...», *cit.*, pp. 752, 757, 816, 817, 823, 826-831). Jakubezky propuso que se

que al deudor ha de reconocérsele la facultad de exigir la prueba de su autenticidad (427), ya que no debe ser él quien soporte el riesgo de la falsedad de dicho documento (428). Lo que sucede es que, como contenido de esa prueba de la autenticidad, exigible por el deudor al cesionario, no se incluye la presentación de un documento público o la certificación pública (legalización) del mismo (429), sino que se entiende que tal prueba (la de su autenticidad) será la que la buena fe y los usos del tráfico exijan (430), con lo que parece admitirse cualquier medio de prueba. Eso sí, se entiende que si, a pesar de todo, el deudor sigue teniendo dudas sobre la autenticidad del documento de cesión, puede consignar (431).

Parece que esta solución supone una rebaja en la protección al deudor, en este caso, no sólo frente a la ineficacia de la cesión anunciada, sino ante la invalidez del mismo anuncio de cesión, debido a la falsedad del documento en que se contiene. Aunque la facultad del deudor de consignar si tiene dudas opera a modo de cláusula última de garantía para evitar el riesgo de tener que pagar dos veces, me parece detectar una relativa incoherencia o falta de sintonía entre lo establecido en el § 410 y el § 403. En este último, si lo recordamos, se imponía al cedente el deber de expedir, a requerimiento y a costa del cesionario, un documento públicamente certificado (legalizado) sobre la cesión y a entregárselo. Así las cosas, lo coherente hubiera sido, quizá, reconocer al deudor en el § 410 la facultad de negar el pago al cesionario en tanto no le entregase un documento sobre la cesión en la forma prevista por el § 403, puesto que es el cesionario y no el deudor

limitase la exigencia de legalización al documento de cesión entregado por el cesionario al deudor, pero no siendo necesaria esta formalidad para el documento en que se contuviera la notificación de la cesión hecha por el cedente («Die Beratung...», *cit.*, p. 831). Finalmente, se optó por no exigir una forma concreta a ninguno de esos documentos («Die Beratung...», *cit.*, pp. 832 y ss.).

(427) Planck, *op. cit.*, p. 195, § 410, n.º 2.

(428) Scheyhing, *op. cit.*, p. 118.

(429) Cuando se decidió la supresión de la exigencia de forma pública o de legalización de los documentos a los que el § 410 se refiere se estableció que, sin embargo, si el deudor tuviera un interés justificado (*rechtliches Interesse*) en que el documento reuniese una determinada forma, podría negar la prestación al cesionario en tanto no viera satisfecha esa exigencia («Die Beratung...», *cit.*, p. 832). Pero esta regla fue suprimida («Die Beratung...», *cit.*, pp. 832, 834 y 835). Aún así, al final, en el Bundesrat se propuso volver a conceder al deudor la facultad de exigir una determinada forma para dicho documento, con la finalidad de reforzar así su protección frente al cedente, esto es, por el riesgo de tener que volver a pagar si resultase que el documento que le entregó el cesionario al que pagó no fuese auténtico; propuesta que no prosperó («Die Beratung...», *cit.*, p. 836).

(430) Planck, *últ. loc. cit.*

(431) Scheyhing, *últ. loc. cit.*, donde dice admitir como prueba incluso, una fotocopia del documento de cesión.

el que puede exigir esto del cedente. La explicación para ésta, por lo menos, aparente falta de sintonía en la protección al deudor, se encuentra en el interés que mostró el legislador por no entorpecer la rapidez del tráfico, sacrificando en aras de esto la concesión al deudor de un mayor grado de protección. Interés que parece no ser extraño a la doctrina, que niega al deudor la facultad de exigir del cesionario la entrega de cualquier documento expedido por el cedente cuando el cesionario tiene dificultades en conseguirlo y el cedente comunica al deudor en forma apropiada (*in geeigneter Form*, sin especificar más) que no le reclamará el pago (432).

Hasta aquí lo relativo a la exigencia de pago por el cesionario. El segundo de los supuestos del § 410 versa sobre la declaración de éste que produce el vencimiento del crédito, y de su interpelación para la constitución en mora del deudor (*Kündigung* y *Mahnung*). Para que estos actos sean eficaces no se requiere poner en manos del deudor un documento que acredite el anuncio de esa cesión. Es más, aunque ni siquiera se le presente un documento de cesión expedido por el cedente, también serán eficaces si el deudor no los rechaza sin demora (*unverzüglich*). Creo que no sólo son ineficaces si se produce ese rechazo, sino también si el cesionario no había adquirido el crédito al tiempo de emitir esas declaraciones, puesto que al deudor ha de serle reconocida siempre la facultad de hacer valer la realidad, en este caso, la no cesión. En cuanto a la carga de la prueba, al cesionario corresponde demostrar que presentó el documento al deudor y a éste que rechazó sin demora las declaraciones no acompañadas de la presentación de ese documento (433).

Entiendo que la razón por la que en estos casos no es necesaria la entrega al deudor de un documento acreditativo de la legitimación del cesionario para llevar a cabo tales actos, es que si resulta que la cesión no tuvo lugar el deudor nada tiene que perder, sino que, al contrario, resultará favorecido porque o no habrá todavía vencido el crédito o no habrá quedado constituido en mora. Si se acepta esta explicación, creo que no debe haber inconveniente en entender que es también tal norma aplicable a cualesquiera otras declaraciones que el supuesto cesionario pueda dirigir al deudor: cuando de la ineficacia de la cesión y, por consiguiente, de la de tales declaraciones nada tenga que temer el deudor. Y entiendo que debe ser a la luz de este criterio como puede resolverse la cuestión de si para declarar el cesionario la compensación del crédito supuestamente cedido con una deuda que él tiene frente al deudor (otra compensación no podría declarar), ha de entregar o no al deudor un documento sobre la cesión

(432) Vid. Schmidt, *op. cit.*, p. 1219, § 410, n.º 1; Scheyhing, *op. cit.*, p. 119.

(433) Por todos, Planck, *op. cit.*, p. 196, § 410, n.º 5.

expedido por el cedente, o si basta con su presentación o con que el deudor no la rechace sin demora. Téngase en cuenta que si el cedente reclamase el pago al deudor y la cesión no hubiese tenido lugar, el deudor tendrá que volver a pagarle, a menos que demuestre el anuncio de cesión. Y si el deudor ha de proporcionar esa prueba, no veo razón para entender que no pueda exigir del cesionario constancia escrita del anuncio de cesión (434).

2.6. Cuadro general de protección al deudor

2.6.1. *Posibles repercusiones de la protección dispensada al deudor frente al riesgo de ineficacia o inexistencia de la cesión (§ 409) en la protección frente al no conocimiento de la cesión (§§ 406-408)*

Está claro que las dos grandes líneas de protección al deudor en cuanto a su conocimiento o no de la cesión son, por un lado, la protección que merece por no conocer la realidad y, por otro, la que merece por la ineficacia de una cesión de la que sí tiene noticia.

La realidad puede haberse modificado como consecuencia de una cesión eficaz, por lo que hay que plantearse qué sucede si el deudor paga al cedente o si negocia o adquiere expectativas sobre el crédito por su actuación con él. Pero la realidad puede no haberse modificado, a pesar de que el deudor haya tenido noticia de una cesión, que realmente no se ha producido, por lo que también hay que plantearse qué sucede si el deudor paga al cesionario o negocia o adquiere expectativas sobre el crédito por su actuación con éste. La realidad puede haberse modificado, pero en un sentido diverso al conocido por el deudor, cuando ha habido varias cesiones del mismo crédito hechas por el mismo cedente, lo cual exige plantearse qué sucede si el deudor pagó a un cesionario que no es el adquirente o negoció o adquirió expectativas sobre el crédito por su actuación con éste. Y, finalmente, el deudor puede haber tenido noticia de varias cesiones, siendo todas o todas menos una ineficaces.

Pero el problema, correctamente planteado, no es sólo el de decidir qué sucede si el deudor se equivoca, esto es, resolver si va a poder o no hacer valer lo actuado con quien no era ya o nunca fue titular del crédito frente al que sí lo es. Además de esto, creo que se ha de tener previsto un cuadro de respuestas para que el deudor pueda en todo momento saber de antemano, esto es, antes de pagar o de negociar o de intentar crearse expectativas sobre el crédito, con quién puede

(434) En contra, Scheyhing, *op. cit.*, p. 120.

actuar de forma segura, esto es, sin tener que preocuparse por si lo hace con el verdadero titular del crédito, y con quién actúa asumiendo el riesgo de equivocarse y no poder hacer valer lo actuado frente al verdadero acreedor.

Al formular ese cuadro de respuestas entiendo que se ha de procurar ir lo más lejos posible en la determinación de los casos de actuación arriesgada o no arriesgada para el deudor. Sólo cuando resulte que no hay opción segura en un determinado supuesto es cuando, como remedio último, se ofrecerá al deudor la facultad de consignar como alternativa a las actuaciones inseguras. Lo que no me parece correcto es ofrecer la consignación al aparecer las primeras dificultades, sin antes ver si es posible resolverlas coherentemente, esto es, sin antes buscar una opción de comportamiento no arriesgado para el deudor, a partir de las reglas contenidas, principalmente en los §§ 406-410. Sigo pensando que si bien es cierto que no se puede hablar propiamente de un derecho del deudor a saber quién es en cada momento su verdadero acreedor, dado que ni su consentimiento ni su conocimiento son necesarios para la transmisión del crédito, sí me parece que tiene derecho a saber a quién puede dirigirse en cada momento para pagar o para negociar sobre el crédito, o para confeccionar sus planes de futuro en relación al crédito, sin tener que preocuparse de si esa persona legitimada para cobrar o para negociar o para adquirir frente a ella expectativas es o no verdaderamente su acreedor.

Atendiendo a lo que considero que fue la voluntad manifestada por el legislador, consideración que seguidamente justificaré en lo que suponga de aportación de datos todavía no explicados, ese cuadro de respuestas podría articularse a partir de los siguientes criterios:

I. El deudor que actúa con el cedente sin haber tenido conocimiento de una cesión eficaz puede, ex §§ 406 y 407, hacer valer lo así actuado frente al adquirente del crédito.

II. El deudor que sólo ha tenido conocimiento de una cesión y ha sido por medio de la notificación que de ella le ha dirigido el cedente o por la presentación por el cesionario de un documento de cesión expedido por el cedente, puede actuar con el que le ha sido así indicado como cesionario, con la seguridad de que podrá hacer valer frente al cedente lo actuado con ese cesionario, conforme al § 409, a menos que sea inválido el mismo anuncio de cesión.

III. De la interpretación conjunta de los §§ 408 y 409 resulta que la vinculación que para el cedente se origina cuando ha notificado una cesión al deudor o ha expedido y entregado al cesionario un documento sobre su cesión y éste lo presenta al deudor, vinculación que consiste en tener que dejar hacer valer contra sí lo actuado por el deudor con el que se le ha indicado así como cesionario, aunque la cesión así anunciada no se haya producido y aunque el deudor lo supiera, opera también en contra, no sólo de los herederos del cedente, sino

también de otro cesionario adquirente (causahabiente) del cedente, si su adquisición tuvo lugar después de conocer el deudor el anuncio de la otra cesión (la ineficaz).

Lo que ahora procede es explicar en qué se traducen estos criterios, a la hora de decidir los que considero son los tres conflictos de intereses típicos que el conocimiento/ignorancia de una cesión puede plantear:

Primero.—Es el conflicto entre el cedente, o supuesto cedente, y el deudor que ha actuado (pagado, negociado, adquirido expectativas) con un supuesto cesionario.

Si tal cesión no se produjo realmente, del § 409.1 se desprende que la decisión sobre la oponibilidad o no de lo así actuado frente al cedente va a depender de que esa cesión hubiese sido anunciada al deudor por alguna de las vías del citado precepto (notificación del cedente, presentación por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente), o de que no haya habido un anuncio de este tipo. Si lo hubo, prevalece el deudor y el cedente habrá de dejar hacer valer contra sí lo actuado por el deudor con tal cesionario, aunque el deudor supiese que no había habido cambio en la titularidad del crédito. Y si el anuncio de cesión fue revocado por el cedente con el consentimiento del cesionario, podrá hacer valer también el deudor todo lo actuado con éste hasta que tuvo conocimiento de esa revocación y de ese consentimiento (435). En ausencia de ese anuncio, el deudor habrá actuado a su propio riesgo y no podrá oponer al cedente lo hecho con quien no había adquirido verdaderamente el crédito, con independencia de que el deudor conociese o no la realidad. Además, como corresponde al deudor probar que hubo ese anuncio de cesión, también habrá actuado a su propio riesgo si actuó con el cesionario si al hacerlo no exigió y obtuvo un medio (los del § 410: documento por el que el cedente le notificaba la cesión, o el que éste expidió y entregó al cesionario sobre la cesión) de prueba fácil de que tal anuncio se produjo.

Segundo.—El conflicto entre el cesionario adquirente y el deudor que ha actuado con el cedente.

(435) Cuándo se entiende que el deudor conoce la revocación del cedente y el consentimiento del cesionario puede ser una cuestión nada fácil de responder. Una posibilidad es la de considerar que tal conocimiento es el que resulta de la notificación del cesionario de su consentimiento, o de la presentación por el cedente de un documento expedido por el cesionario en el que éste consiente la revocación. Si así se entendiese, estaríamos aplicando, a la inversa, el § 409.1, para anunciar al deudor el consentimiento del cesionario a la revocación por el cedente del anuncio de cesión. Pero puede que se considere que el precepto aplicable es el § 407 (Schmidt, *op. cit.*, p. 1219, n.º 6) y, entonces, se admitirá como conocimiento de la revocación no sólo el que procede de un anuncio del cesionario, sino también el que se obtenga por otras vías. En definitiva, se trata de la misma discusión sobre cuándo se entiende conocida una cesión.

Con arreglo a los §§ 406 y 407, es decidido en función de que el deudor hubiese actuado o no de buena fe, dependiendo ésta de que haya tenido o no conocimiento de la cesión.

La cuestión problemática es, aquí, saber qué se entiende por tener conocimiento de la cesión. Sobre esto ya di cuenta del estado de la cuestión en la doctrina alemana. Hay acuerdo en considerar que conocer la cesión no es lo mismo que tener noticia de ella, en el sentido de que no cualquier información que pudiera llegar al deudor sobre una supuesta cesión es suficiente para entender que el deudor ya la conoce. Podría no concretarse más y dejarlo en que ha de ser un conocimiento tal que excluya la buena fe del deudor si, con esa información, paga o negocia con el cedente (436), con lo que la solución se deja, en definitiva, al caso concreto (437).

Como sabemos, lo comúnmente aceptado es que el deudor tiene conocimiento de la cesión cuando ha recibido un anuncio de cesión por alguna de las vías del § 409.1. La doctrina dominante acepta, además, la notificación hecha por un cesionario digno de confianza, aunque no vaya acompañada de la presentación de un documento de cesión expedido por el cedente (438). Alguno de los defensores de esta tesis llega, incluso, a hacer recaer en el deudor el deber de cerciorarse de la veracidad de esta notificación (439) y, en general, todos ellos resuelven el problema recordando la facultad del deudor de consignar, si sigue teniendo dudas.

Como también referí, Dörner ha criticado la admisión de la simple notificación del cesionario (digno de confianza, eso sí) como supuesto suficiente para entender que el deudor ya tiene conocimiento de la cesión, por lo que si paga al cedente lo hace asumiendo ya el riesgo de que esa cesión haya sido eficaz, por lo que no podría en tal caso hacer valer frente al nuevo acreedor lo hecho con el cedente. Y ha puesto dicho autor de manifiesto las consecuencias más insatisfactorias a las que conduce no limitar el conocimiento de la cesión, relevante ex § 407 para hacer recaer en el deudor el riesgo de equivocarse si actúa con el cedente, al que se deriva del anuncio de cesión del § 409.1 (440).

Su idea básica es que si se acepta que el deudor, a quien un sedicente cesionario, sin presentarle prueba escrita de su adquisición,

(436) En estos términos se expresó en algún momento del proceso de elaboración legislativa lo establecido en los §§ 406-408 («Die Beratung...», *cit.*, pp. 741, 743, 747, 749, 751, 755-757).

(437) Expresamente, en «Motive...», *cit.*, p. 133.

(438) Schmidt, *op. cit.*, p. 1217, § 407, n.º 3; Scheyhing, *op. cit.*, pp. 607 y 608.

(439) Por todos, Esser, *últ. loc. cit.* Más matizada es la opinión de Schmidt, *últ. loc. cit.*, que admite que el deudor tenga por no conocida la cesión si el cesionario se niega a atender su petición de que le presente una prueba escrita de la cesión.

(440) Dörner, *op. cit.*, pp. 273-276.

tiene ya conocimiento de la cesión excluyente de su buena fe si a partir de entonces paga al cedente o negocia con él sobre el crédito, resulta que ese deudor actúa a su propio riesgo tanto si lo hace con el cedente como si lo hace con el cesionario: con aquél, porque ya conoce la cesión y el § 407 ya no le protegería; con éste, tampoco, porque no se le ha anunciado la cesión en la forma prevista en el § 409.1. Conclusión: el deudor no tiene más alternativa segura, si no quiere correr riesgo, que la de consignar, y que algún autor todavía condiciona a que el deudor no haya podido despejar todas las dudas que, no sean las propias de una persona excesivamente dubitativa.

Por mi parte, creo que resulta verdaderamente chocante que sea el deudor, completamente ajeno, en principio y por principio, a la cesión, el que asuma la carga de cerciorarse de la veracidad de la notificación del sedicente cesionario, es decir, acerca de un cambio de titularidad que él no ha propiciado, ni consentido, y del que no se le ha informado debidamente. Y debidamente informado de la cesión sólo lo está cuando la información proviene, directa o indirectamente, del acreedor anterior a la supuesta cesión, es decir, cuando el supuesto cedente se la ha notificado, o cuando el supuesto cesionario le presenta un documento sobre la cesión expedido por el cedente. Por tanto, si aceptamos que la información debida o la prueba debe ser proporcionada por quien más fácil lo tiene, no es al deudor al que corresponde pedir información al cedente, que ninguna obligación legal tiene de dársela, sino al cesionario, pues es éste el que puede exigirle que expida y le entregue un documento acreditativo de la cesión, así como los relativos a la prueba del crédito, como establecen los §§ 402 y 403.

Por lo que respecta al vacío que en la protección al deudor se produce como consecuencia de la admisión de la simple notificación del cesionario (digno de confianza, ya sabemos) como medio de dar a conocer la cesión al deudor de forma excluyente de su buena fe si después actúa con el cedente, hay que reconocer que la facultad de consignar no es una solución plenamente satisfactoria para el deudor, sino lo mínimo que puede reconocérsele, sin necesidad de que, previamente lleve a cabo indagación alguna. Y puede no ser satisfactorio este remedio, que no solución, porque, como Dörner ha puesto de manifiesto, el deudor tiene interés legítimo en saber en todo momento quién está legitimado para recibir el pago o para negociar con él sobre el crédito. Y la facultad de consignar, desde luego, no permite al deudor satisfacer por entero ese interés.

La solución que propone el citado autor es interpretar el § 407 en función del § 409. Es decir, entender que el deudor sólo tiene conocimiento jurídicamente relevante de la cesión cuando ésta le ha sido anunciada por alguna de las vías previstas en el § 409.1. Cuando esto sucede el deudor puede actuar con el así indicado como cesionario,

con la seguridad de que lo así actuado será oponible frente al cedente, si resulta que la cesión no se produjo e, incluso, con independencia de que el deudor sospechase o supiese que ésta no había tenido lugar. Las demás informaciones o noticias de la cesión no impiden al deudor actuar con el cedente, con la seguridad de que podrá hacer valer lo así actuado frente al supuesto cesionario, si resulta que la cesión sí tuvo lugar, pues conservaría el deudor la protección del § 407.

Por mi parte, estoy de acuerdo con la crítica que Dörner hace a la tesis dominante, pues las deficiencias que pone de manifiesto son reales. Admitir que el deudor puede tener conocimiento de la cesión por vías distintas a las previstas en el § 409.1 y que sea jurídicamente relevante a los efectos de negar al deudor la protección que le dispensa el § 407, conduce a tener que aceptar que durante un tiempo, cuya duración no se puede determinar a priori, el deudor no puede considerarse legitimado al cedente para recibir el pago ni para negociar sobre el crédito, pues su apariencia de titularidad se ha destruido, pero sin que pueda considerarse al cesionario como legitimado para ello, si esa cesión no le ha sido anunciada en alguna de las formas previstas en el § 409.1. No es menos evidente que no pueden recaer sobre el deudor deberes de indagación acerca de la veracidad de la notificación del sedicente cesionario. Y, por supuesto, la facultad de consignar, aunque le sea reconocida sin necesidad de haber hecho indagación alguna, puede no satisfacer el interés del deudor en conocer con quién puede negociar sobre el crédito sin correr riesgos.

Lo que sucede es que todo parece indicar que la no limitación de las vías para entender conocida una cesión por el deudor, esto es, para excluir la protección que le dispensa el § 407 para el caso contrario, a las previstas en el § 409.1, es lo que mejor se corresponde con la intención, reiterada expresamente, del autor de la norma del § 407. Para él, conocimiento jurídicamente relevante de la cesión por el deudor, que excluye la protección del § 407, no requería, ni siquiera de que la cesión le hubiera sido notificada para poder considerar que su buena fe quedaba excluida si pagaba o negociaba con el cedente, a pesar de la información recibida (441). Además, la aceptación de la tesis de Dörner, como él mismo parece dar a entender, puede funcionar para interpretar la expresión conocimiento de la cesión (según él, conocerla a través de un anuncio de cesión hecho en alguna de las formas del § 409.1) en los supuestos de los §§ 407 y 408, pero podría conducir a consecuencias dudosamente aceptables en el del § 406 por llevar demasiado lejos la protección al deudor.

Dejando a un lado, de momento el § 408 —me ocupo de él al analizar el tercero de los conflictos típicos de intereses que la protección

(441) Expresamente se declaró en muchas ocasiones: «Motive...», *cit.*, pp. 131-133; «Die Beratung...», *cit.*, pp. 748, 755, 756, 803 y 804.

al deudor puede plantear—, sí puede decirse que cuando de lo que se trata es de decidir si el deudor puede declarar frente al cesionario la compensación del crédito cedido con un crédito que el primero tiene contra el cedente, que es el supuesto del § 406, puede no parecer razonable entender que el deudor sólo conoce la cesión si ésta le ha sido anunciada conforme al § 409.1. Y es que si en este precepto se exige, para que proceda declarar esa compensación, que el deudor haya adquirido el crédito contra el cedente antes de conocer la cesión, me parece excesivo circunscribir este conocimiento al que se derive de la notificación del cedente o de la presentación por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente. Y lo creo así porque la *ratio* declarada del § 406 es la de proteger expectativas de compensación adquiridas por el deudor. No sé hasta qué punto pueda hablarse de tales expectativas cuando el deudor había tenido noticia de una cesión, aunque fuese por vías diferentes a las del § 409.1. Creo que, en este caso, antes de adquirir el crédito contra el cedente, el deudor debería preguntarle si sigue siendo o no su acreedor (442).

Siendo conscientes de que la voluntad del legislador era otra, y con la matización que acabo de hacer en lo relativo al supuesto del § 406, creo que la tesis de Dörner es la más conveniente, si lo que se pretende es hacer más segura la posición del deudor cuando, con independencia de su voluntad, se ve involucrado en un cambio en la posición acreedora. Además, tampoco la tesis dominante es fiel expresión de la voluntad del autor de la norma. Esa voluntad era, como he señalado, la de no tasar las vías por las que el deudor llegara a tener un conocimiento jurídicamente relevante (exclusión de su buena fe y, por tanto, de la protección del § 407): admitía que podía no haber habido notificación y, sin embargo, haber conocimiento relevante de la cesión, esto es, excluyente de su buena fe. Y la doctrina

(442) Sin embargo, al interpretar la misma expresión conocimiento de la cesión, empleada por segunda vez en el § 406 para excluir la compensación cuando, aunque el deudor hubiera adquirido el crédito contra el cedente antes de conocer la cesión, este contracrédito vence después de haberla conocido y también después de que haya vendido el crédito cedido, creo que esta segunda referencia al conocimiento de la cesión admite sin problemas ser interpretada circunscribiéndolo al que procede de un anuncio de cesión del § 409. La razón de ser de esta posible distinta interpretación de una misma expresión sería la siguiente. La primera vez se utiliza para decidir si nacieron o no expectativas de compensación: si el deudor ya conocía o no la cesión cuando adquirió el crédito contra el cedente, aunque la conociese por vías distintas a las del anuncio del § 409. En cambio, la segunda vez se emplea esa misma expresión para excluir el ejercicio de una facultad otorgada en protección de expectativas que ya habían nacido: adquirido el contracrédito antes de conocer la cesión, el deudor tiene expectativas de declarar la compensación, que el § 406 le niega si tal contracrédito vence después de conocer la cesión y también después de vencer el crédito cedido; como ahora este conocimiento excluye el ejercicio de una facultad, ya no debería consistir más que en el que se deriva del anuncio de cesión del 409.

mayoritaria limita ese conocimiento al que se obtiene por alguna de las vías del § 409.1 o por la simple notificación del cesionario digno de confianza, con lo que ya está restringiendo el supuesto de la norma del § 407 respecto a lo manifestado por su autor.

La propuesta de interpretar el § 407 a la luz del § 409.1, limitando, aún más respecto a la limitación que ya supone la tesis dominante, el conocimiento jurídicamente relevante de la cesión al que el deudor obtiene con la notificación del cedente o a la presentación por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente, no sólo hace imposible el vacío en la protección al deudor — éste siempre tendría a alguien a quien dirigirse sin correr riesgo para pagar o negociar sobre el crédito: al cedente antes del anuncio de cesión y al cesionario después— sino que nos permitiría soslayar la tormentosa cuestión del objeto del conocimiento. Es decir, si es suficiente que el deudor haya sabido (de forma fiable) de la conclusión de un negocio de cesión, o si, además, ha de estar convencido de que se ha producido la transmisión, con lo cual nos tendríamos que plantear hasta qué punto son relevantes las dudas que el deudor tuviese sobre la validez o la eficacia del negocio de cesión. No falta quien distingue entre las dudas del deudor acerca de aspectos fácticos o sobre puntos de derecho (443). Y la solución, a veces, resulta bastante enrevesada, de manera que no es fácil extraer criterios seguros (444).

Entonces, si se aceptase que el único conocimiento jurídicamente relevante para decidir si el deudor está o no protegido por el § 407 porque pagó o negoció con el cedente, fuese el derivado de un anuncio de cesión conforme al § 409, este problema sobre el objeto del conocimiento y sobre las dudas o el convencimiento del deudor sobre la invalidez o ineficacia de la cesión, quedaría soslayado. Y es así porque lo único que habría que plantearse es si se ha producido o no el anuncio de cesión: si sí, el deudor sabe que puede actuar con el indicado como cesionario, con la seguridad de poder hacer valer lo así actuado frente al cedente, si resulta que la cesión anunciada no se produjo, y con independencia de si el deudor lo sabía o no (salvo la prueba de su cooperación en el fraude al cedente): si no, el deudor sabe que puede actuar con el cedente, con la seguridad de poder hacer valer lo así actuado frente al nuevo acreedor, si es que la cesión ya se había producido. Eso sí, no olvidemos que la invalidez del anuncio mismo de cesión priva al deudor de cualquier protección, con independencia de su buena fe.

Tercero.—El conflicto entre el adquirente del crédito y el deudor que ha actuado con otro cesionario.

(443) Vid. Scheyhing, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

(444) Comparar Larenz, *op. cit.*, pp. 588 y 589 con Scheyhing, *últ. loc. cit.*

Desde ya quiero advertir que la determinación del criterio para la solución de este conflicto pasa, necesariamente, por la delimitación, más compleja de lo que parece, del respectivo ámbito de aplicación de los §§ 408 y 409. La relación entre estos dos preceptos es, quizá, la más tormentosa de entre las normas sobre la cesión; desde luego, más que las ya problemáticas entre los §§ 404 y 406, o entre los §§ 407 y 409.

No he encontrado una delimitación clara entre esos dos preceptos, sino la respuesta a uno de los posibles supuestos en que se plantea el conflicto. Se trata de aquél en el que, habiendo cedido varias veces el cedente el mismo crédito a diversos cesionarios, la primera cesión es eficaz (la única eficaz), y el cedente ha notificado al deudor, después de la adquisición del primer cesionario, una cesión posterior. Este caso no plantea dudas si el deudor ha pagado o negociado con el segundo cesionario (el no adquirente): la oponibilidad o no de lo así actuado frente al adquirente depende de que el deudor tuviese o no conocimiento de la cesión anterior (445), por entender aplicable en este caso lo dispuesto en el § 408, lo cual, coincide fielmente con la voluntad del legislador (446). Y también se ha sostenido que si la segunda cesión (la ineficaz) no había sido anunciada al deudor por la vía del § 409.1, pero a pesar de ello el deudor hubiera pagado o negociado con el segundo cesionario (no adquirente), también podrá hacer valer lo así actuado frente al verdadero adquirente (el cesionario anterior) si no tenía conocimiento de la cesión, también por aplicación del § 408. Es decir, se entiende que tanto en uno como en otro caso es este precepto y no el del § 409 el que proporciona el criterio para resolver dicho conflicto, en estos supuestos; que es tanto como decir que de la buena o mala fe del deudor depende que pueda o no hacer valer frente al adquirente (primer cesionario) lo actuado con otro cesionario (447).

Por mi parte, creo que esta solución puede ser la que mejor se corresponda con la voluntad del autor de la norma. Pero de lo que sí

(445) Por todos, Planck, *op. cit.*, pp. 193 y 194, § 409, n.º 5.

(446) «Motive...», *cit.*, p. 136; «Die Beratung...», *cit.*, p. 825.

(447) En el primero de los dos supuestos comentados en el texto, es decir, aquél en el que el cedente había anunciado la cesión ineficaz al deudor, la buena fe de éste ha de existir no sólo al recibir el anuncio de cesión, sino también al pagar o negociar con el segundo cesionario, como quedó expresamente dicho en la elaboración de la norma del § 409 («Motive...», *últ. loc. cit.*; «Die Beratung...», *últ. loc. cit.*).

Sin embargo, Planck (*op. cit.*, p. 194, § 409, n.º 5) matizaba esto y entendía que si el deudor no conocía la cesión anterior cuando recibió el anuncio de la cesión ineficaz, tal anuncio, según él un negocio jurídico entre cedente y deudor, despliega su eficacia, conforme al § 407, que es tanto como decir que el deudor puede hacer valer luego lo actuado con el segundo cesionario frente al verdadero adquirente, aunque al tiempo de pagar o negociar con él el deudor ya supiera que la cesión anunciada no se había producido, puesto que en esto consiste al eficacia del § 409.

estoy convencido es de que esos dos no son los únicos supuestos posibles de conflicto entre el adquirente y el deudor que ha pagado o negociado con otro cesionario; otros supuestos que la regla contenida en el § 408 no contempla y para los que pudiera resultar más apropiado buscar el criterio de solución en el § 409. Lo que sucede es que esos otros supuestos no parece preocupar a la doctrina alemana, por lo menos, a la que he consultado. Quizá, se piense que la solución a esos otros casos está clara y no merece la pena entrar en ello. Lo que sucede es que habiendo dos normas que, en hipótesis, pueden ser aplicadas (las contenidas en los §§ 408 y 409), alguna reflexión habrá que hacer para delimitar su respectivo ámbito de aplicación.

La impresión que tengo es que se da por supuesto que la norma aplicable al conflicto entre el adquirente del crédito y el deudor que ha actuado con otro cesionario es la contenida en el § 408, mientras que la del § 409 sólo se aplica para resolver el conflicto entre el (supuesto) cedente y el deudor que ha actuado con un (supuesto) cesionario. Es decir, que en el primero de estos conflictos lo decisivo es la buena o mala fe del deudor, consistente en si ignoraba o conocía la cesión válida y eficaz, mientras que en el segundo es la existencia/inexistencia y la validez/invalidéz del anuncio de esa cesión.

Lo que sucede es que en el supuesto del § 408 no está comprendido el caso en que la primera cesión fue ineficaz y es la posterior la eficaz y, por tanto, es el segundo cesionario el verdadero adquirente. Si, en este caso, el deudor paga o negocia con el segundo cesionario, ningún problema hay, puesto que éste era su nuevo acreedor. Pero si el deudor se ha dirigido al primer cesionario, surge el conflicto con el verdadero adquirente (el segundo cesionario), y el § 408 no nos da la solución, a menos que se entienda aplicable por analogía, lo cual depende, de que no haya otra norma que dé la solución y de que exista identidad de razón para esa analogía.

Sostener la aplicación analógica del § 408 a ese supuesto es tanto como decir que la solución va a depender de si el deudor sabía o no que esa cesión era ineficaz y que existía otra cesión posterior eficaz. No creo que sea ésta la solución correcta. Creo que sí hay otra norma para ese supuesto de hecho y que es la que se desprende del § 409. De este precepto resulta que lo actuado por el deudor con un supuesto cesionario es oponible al cedente si dicha cesión había sido puesta en su conocimiento mediante la notificación del cedente o por la presentación por ese cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente, con independencia de que el deudor supiera o sospechara que dicha cesión no se había producido. Sólo si ese anuncio de cesión era inválido no estaba protegido el deudor, con independencia de que él lo supiese o no. La cuestión problemática a resolver es si, habiendo habido anuncio de cesión en alguna de las formas del

§ 409.1, tampoco tiene el deudor nada que temer por la realidad de la cesión anunciada, si hay otra cesión que sí es eficaz. Es decir, todo el problema gira en torno a la cuestión de si un causahabiente, no heredero, del cedente está o no también vinculado por un anuncio que aquél hiciera de otra cesión: si el deudor puede o no oponer lo actuado con un cesionario (no adquirente) cuya cesión le ha sido anunciada conforme al § 409.1, no sólo frente al cedente, sino también frente al verdadero adquirente. En torno a esta cuestión gira la relación entre los §§ 408 y 409.

Como hemos visto, está claramente aceptado y coincide con la voluntad del autor de la norma, que el adquirente cuya cesión fue anterior al anuncio al deudor de otra cesión (la no producida), no está vinculado por dicho anuncio. Esto es lo que significa entender que en este caso es aplicable el § 408 y no el § 409: que si el deudor tenía conocimiento de la cesión anterior (la eficaz), no podrá hacer valer frente al adquirente (el primer cesionario) lo actuado con el no adquirente, aunque haya sido la segunda cesión (la ineficaz) la que le había sido anunciada. La explicación dada en favor de esta solución, excluyente del § 409, basada en el § 408, es que el deudor no goza de la protección que le dispensa el § 409 si paga o negocia con un cesionario no adquirente cuya cesión le había sido notificada por el cedente, si al hacerse tal anuncio de cesión el cedente ya no era titular del crédito porque lo había transmitido a otro (448). Pues bien, si ésta es la razón por la que se retira al deudor la protección del § 409, y por la que procede aplicar el § 408 (buena o mala fe del deudor), cuando tal razón no se dé habrá que acudir al § 409 (validez o invalidez del anuncio de cesión) y mantener su protección al deudor.

En otras palabras, si cuando se produjo el anuncio de una cesión al deudor por alguna de las vías del § 409.1 (notificación del cedente o presentación por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por aquél) el cedente no lo había transmitido a otro cesionario, lo actuado por el deudor con el que se le indicó como cesionario será oponible frente al verdadero adquirente, si la cesión anunciada no se produjo. Y sigue siendo indiferente que el deudor supiera o no que la cesión anunciada no había tenido lugar y también aunque supiese que había otra cesión. En estas condiciones el deudor puede hacer valer el anuncio válido de una cesión que no se ha producido frente al causahabiente del cedente: cuando el verdadero adquirente adquirió después de haberse anunciado al deudor otra cesión (no producida) (449).

(448) Vid. «Die Beratung...», últ. loc. cit.; Planck, *op. cit.*, pp. 193 194, § 409, n.º 5.

(449) Esta vinculación a los causahabientes del cedente, cuando es aplicable el § 409, ya fue reconocida por Planck (últ. loc. cit.), al permitir al deudor hacer valer lo

Esa vinculación ex § 409 por el anuncio de otra cesión consiste en tener que soportar que el deudor haga valer lo actuado con el que se le indicó como adquirente en ese anuncio, como lo tendría que soportar el cedente. La forma de poner fin a esa sujeción es demostrar la nulidad del anuncio de cesión, o conseguir que su autor (el cedente) la anule si era anulable, o demostrar la falsedad del documento en que se contenía, o exigir y obtener del cedente la revocación y del cesionario su consentimiento a ella conforme al § 409.2; revocación y consentimiento que puede exigir con base en las normas sobre enriquecimiento injusto (§ 812) (450). En los casos de nulidad, anulación o falsedad, el deudor ninguna protección tendrá, por más que fuese de buena fe, por lo actuado antes con el que se le indicó como cesionario. Si lo que se produce es la revocación consentida por el cesionario favorecido por el anuncio de cesión, el deudor conserva la protección por lo actuado hasta que tuvo conocimiento de que esa revocación había sido consentida.

Ni qué decir tiene que si el verdadero adquirente demuestra su adquisición y, ante la negativa del deudor a pagar o negociar con él demostrando que antes se le ha anunciado otra cesión, demuestra también que su adquisición ha sido anterior a ese anuncio, no estará el cesionario vinculado por ese anuncio de cesión. Esto significa que el deudor sólo puede oponerle lo actuado con el cesionario no adquirente si cuando lo hizo no tenía conocimiento de la cesión anterior (al anuncio de la cesión no producida), pues esto es lo que supone aplicar el § 408 y no el § 409.

El fundamento o la explicación de esa vinculación del adquirente del crédito, cuya adquisición ha sido posterior al anuncio hecho al deudor de otra cesión (no producida) es el mismo, pero al contrario, del que permite entender que el adquirente anterior a ese anuncio no soporta esa vinculación. El criterio es el mismo: preguntarse si el cedente estaba o no vinculado por el anuncio de una cesión cuando transmitió el crédito a un cesionario distinto del indicado al deudor. El fundamento, por tanto, no es otro que el que resulta de tener en cuenta la regla del § 409.2.

Como lo decisivo para saber si el causahabiente está o no vinculado por el anuncio que de otra cesión hizo el cedente, es si éste ya lo

actuado con el supuesto adquirente indicado en el anuncio de cesión, incluso, cuando el verdadero había adquirido el crédito antes del anuncio de la otra cesión y antes de esta otra cesión, si al recibir tal anuncio no conocía la cesión anterior eficaz. Con cuánto mayor motivo habrá que dar por supuesto que dicho autor admitiría la vinculación del adquirente cuya adquisición hubiera sido posterior al anuncio de otra cesión.

(450) Es lo que propugna Planck, *últ. loc. cit.*, para el caso en el que admite que el adquirente del crédito queda vinculado también por el anuncio que de la cesión ineficaz hizo el cedente al deudor.

estaba o no cuando le transmitió el crédito, hay que tener en cuenta que tal vinculación no se produce necesariamente cuando el cedente emite la notificación o cuando entrega al cesionario el documento sobre la cesión, sino cuando esto llega a conocimiento del deudor. Si en este momento el cedente ya ha transmitido el crédito a un cesionario distinto del anunciado, el adquirente no está vinculado por el anuncio de cesión. En cuanto a la distribución de la carga de la prueba, entiendo, como poco antes he señalado, que al sedicente adquirente corresponde probar su adquisición, y al deudor que hace valer el anuncio de la otra cesión que tal anuncio tuvo lugar; al adquirente corresponde probar la fecha de su adquisición, y al deudor que tuvo conocimiento del anuncio de cesión en una fecha anterior, para lo cual podría bastarle la fecha del documento que contenía ese anuncio y, de no ser esto suficiente (la verdadera transmisión del crédito tuvo lugar después de esa fecha, pero puede haber sido anterior al conocimiento del anuncio por el deudor), la fecha en que le fue entregado o presentado con arreglo al § 409.1. Y ya sabemos que la invalidez del anuncio priva, sin más, al deudor de la protección del § 409.

El acreedor que ha notificado al deudor una cesión que no se ha producido no ha dejado por ello de ser titular del crédito, ni de poder transmitirlo a otro mediante una cesión eficaz. Ahora bien, transmitirá la titularidad del crédito, pero no por esto privará al anunciado al deudor como cesionario de su legitimación para recibir el pago y para negociar con él sobre el crédito. Para el supuesto cesionario, favorecido por el anuncio que de su supuesta cesión se hizo al deudor, la otra cesión (la sí producida) es una *res inter alios facta*, que no le puede privar de lo que le atribuyó el anuncio de su (supuesta) cesión, a menos que él mismo lo consienta. Está claro que se le puede exigir que lo consienta, en base al § 812, pero no debe estar menos claro que, conforme al § 409.2, la revocación del anuncio de cesión no es eficaz si no la consiente el anunciado como cesionario. Entonces, aunque el verdadero adquirente demuestre su adquisición, si ésta fue posterior al anuncio que de otra cesión se hizo al deudor, podrá verse ahí una revocación del anuncio anterior, pero no será eficaz si el favorecido por ese anuncio no la consiente. Y si la consiente, ya sabemos que el deudor podrá seguir haciendo valer frente al verdadero adquirente todo lo actuado con el que se le indicó como cesionario hasta que tuvo conocimiento de que éste había consentido esa revocación (la cesión posterior eficaz), siendo irrelevante (salvo prueba de dolo o cooperación en el fraude), que el deudor supiese o no que la cesión anunciada no se había producido o de que hubiese habido otra.

La no vinculación del adquirente por un anuncio posterior de otra cesión es también algo lógico, si se piensa que, en este caso, el cedente no es titular del crédito, y que no debe perjudicar su actuación a

quien antes transmitió el crédito. Pero esta no vinculación de este adquirente no significa que, sin más, prevalezca éste sobre el deudor que pagó o negoció con quien se le indicó como su nuevo acreedor, sino que, simplemente, no se aplica el § 409. Y esto supone que la solución ha de ser buscada en el § 408, es decir, tomando como criterio decisivo no la existencia y validez del anuncio de cesión, sino la buena fe del deudor que pagó o negoció con quien se le indicó como su nuevo acreedor, esto es, si conocía o no la cesión anterior eficaz (451) cuando pagó o negoció con el no adquirente. Dato éste que es irrelevante, en principio, cuando se está en el supuesto del § 409 y hay vinculación del cedente y del adquirente posterior al anuncio.

Por tanto, considero que, de la interpretación que propongo para los §§ 408 y 409, en relación al conflicto entre el verdadero adquirente del crédito y el deudor que ha actuado con otro cesionario, los criterios para su solución con los que a continuación expongo:

1.º Aplicación del § 408 y consiguiente decisión del conflicto en función de la buena o mala fe del deudor cuando, en primer lugar, la cesión eficaz haya sido la primera y, en segundo lugar, la ineficaz (la posterior) no haya sido anunciada al deudor por alguna de las vías del § 409.1 o sí lo haya sido, pero después de la adquisición del primer cesionario. Para la aplicación del § 408 y del criterio de la buena o mala fe del deudor es necesario, pues, que concurra la primera condición y, además, una de las dos segundas.

2.º En los demás casos procede aplicar el § 409, lo cual significa prescindir de si el deudor tenía o no conocimiento de la cesión eficaz. Y esto sucederá en cualquiera de los siguientes supuestos:

— Cuando la cesión eficaz haya sido la segunda y no la primera, aunque no haya habido anuncio de cesión. El § 408 no contempla este supuesto y sí el § 409, interpretado *a contrario*: el deudor que paga o negocia con un supuesto adquirente cuya cesión no le haya sido anunciada por alguna de las vías del § 409.1., actúa a su propio riesgo, es decir, a riesgo de que lo así actuado no sea oponible frente al verdadero titular del crédito, sea éste el cedente o un causahabiente de éste. Y es que si se acepta que un causahabiente pueda quedar vinculado por un anuncio que de otra cesión hubiera hecho antes el transmitente, no hay razón alguna para no aceptar que ese causahabiente también va a poder hacer valer frente al deudor lo mismo que el cedente hubiera podido hacer valer, y es que ese deudor actuó asumiendo el riesgo de que esa supuesta cesión no anunciada no hubiera tenido lugar.

(451) Téngase en cuenta que para la doctrina alemana, en su inmensa mayoría, tal conocimiento puede no ser solamente el que el deudor obtiene de un anuncio de cesión del § 409 (notificación del cedente o presentación por el cesionario de un documento expedido por aquél sobre la cesión); Dörner propone hacer coincidir el conocimiento de la cesión del § 407 (al que se remite el § 408) con el anuncio de cesión del § 409.

— Cuando la primera cesión haya sido la eficaz, pero antes de ella ya ha sido otra cesión anunciada al deudor por alguna de las vías del § 409.1 (452), puesto que en este caso el verdadero adquirente sí está vinculado, con independencia de que la cesión anunciada nunca se lleve a cabo, o de que lo sea después de la eficaz no anunciada.

2.6.2. *Cuadro de protección al deudor y consideraciones sobre su posible sustitución por otro, a partir de una interpretación diferente de la relación entre los §§ 407, 409 y 408*

No basta con concretar los criterios con arreglo a los que se han de resolver los diferentes conflictos típicos de interés que puede suscitar una cesión en torno al conocimiento/desconocimiento de ella por el deudor. Además, hay que proporcionar a éste la información necesaria para que sepa, antes de pagar o de negociar o de adquirir expectativas sobre la relación obligatoria, con quién puede hacerlo de forma segura, esto es, con la seguridad de que podrá hacerlo valer frente a quien resulte ser el verdadero acreedor, tanto si éste es el (supuesto) cedente, como si lo es el cesionario o un cesionario distinto de aquél con quien actuó. Bien es cierto que de lo expuesto en el anterior epígrafe ya puede obtenerse dicha información, pero quizá no esté de más proporcionar el cuadro de protección preventiva del deudor, especificando la solución no ya a cada uno de los conflictos típicos, sino frente a cada uno de los supuestos en los que el deudor puede encontrarse.

Primero.

El deudor no tiene conocimiento de cesión alguna.

Si paga o negocia o adquiere expectativas con su acreedor originario, nada tiene que temer del hecho de que éste haya cedido antes el crédito, como se desprende de los §§ 407 y 406.

Segundo.

El deudor sólo ha tenido conocimiento de una cesión y ha sido por medio de una notificación del cedente o porque el cesionario le ha presentado un documento sobre esa cesión expedido por el cedente.

Conforme al § 409, puede pagar o negociar o adquirir expectativas con quien le ha sido indicado como cesionario, sin tener nada que

(452) Es lo que sucedería cuando, después de haber notificado una cesión al deudor, el supuesto cedente cediera el crédito a quien no era el que indicó al deudor como cesionario. O cuando anuncia una cesión y luego lleva a cabo otra y, después, realiza la que había anunciado al deudor. Está claro que es el primer cesionario el que adquiere el crédito y que la cesión anunciada es ineficaz o no se ha producido, pero como el anuncio de la cesión ineficaz tuvo lugar antes que la adquisición por el verdadero adquirente, éste soporta la vinculación que del anuncio nació para el cedente.

temer del cedente o de otro cesionario (verdadero adquirente), pues tiene la seguridad de poder oponerles lo así actuado aunque resulte que la cesión anunciada no tuvo lugar e, incluso (salvo prueba del dolo o cooperación en el fraude), con independencia de que él supiese que esa cesión no había tenido lugar.

Pero el deudor también puede, a su propio riesgo, no hacer caso de esa información y actuar con el cedente: lo así actuado será eficaz si la cesión que se le ha anunciado no se ha producido.

Tercero.

El deudor sólo ha tenido conocimiento de una cesión y ha sido por vías diferentes a las del supuesto anterior.

Si paga o negocia con el supuesto cesionario lo hace a su propio riesgo, es decir, a riesgo de no poder hacer valer lo así actuado frente al supuesto cedente, si resulta que esa supuesta cesión no se produjo realmente. Y, en mi opinión, tampoco podrá hacerlo valer frente a otro cesionario verdadero adquirente, si su adquisición ha sido posterior a la cesión conocida por el deudor. Todo esto, por aplicación de lo dispuesto en el § 409.1 *a contrario*. Pero lo actuado por el deudor con el no adquirente sí será oponible frente al verdadero adquirente, cuya cesión hubiese sido anterior a la otra, ya que se entiende que en tal caso se ha de aplicar el § 408 y, por tanto, decide la buena o mala fe del deudor, y ya partíamos de que sólo conocía una cesión (la ineficaz). Este distinto criterio para decidir la cuestión de la oponibilidad frente al verdadero adquirente tendría como posible justificación la siguiente: si el adquirente adquirió antes de la cesión ineficaz se aplica el § 408 y, por tanto, lo decisivo es si el deudor tenía o no conocimiento de esa cesión (eficaz) porque la negligencia de éste, que actúa con un supuesto cesionario sin haber recibido anuncio de cesión (453), se ve compensada y superada por la falta de diligencia del adquirente que no se ha preocupado de poner su adquisición en conocimiento del deudor (454).

(453) Por esto, con arreglo al § 409.1 *a contrario*, este deudor carecería de protección frente al verdadero adquirente.

(454) No creo que sirva este mismo argumento para decidir el conflicto entre el adquirente y el deudor que pagó o negoció con otro cesionario. En este caso, la negligencia o imprudencia del deudor que actúa con un supuesto adquirente, sin tener la cobertura de un anuncio de esa supuesta cesión, no se compensa con la tardanza del adquirente (segundo cesionario) en poner en su conocimiento la cesión, ya que le estaría comunicando una segunda cesión que, mientras no se demuestre la ineficacia de la primera, no excluye la buena fe del deudor que, a pesar de conocer que ha habido una cesión posterior a la que ya conocía, pagase o negociase con el primer cesionario. Por esto es por lo que el § 408 sólo excluye la buena fe en el deudor que, conociendo la primera cesión (eficaz), paga o negocia con un cesionario posterior. Esto nos indica que no es la norma aplicable cuando la primera cesión fue ineficaz, ya que en este caso procede aplicar el § 409.

Si el deudor paga o negocia o adquiere expectativas con el (supuesto) cedente también lo hace a su propio riesgo, por lo menos así lo entiende la doctrina mayoritaria, cuando la cesión le fue notificada por el sedicente cesionario (digno de confianza) sin acompañar un documento sobre ella expedido por el cedente. En cambio, para Dörner, ya sabemos que en este caso el deudor puede dirigirse al cedente sin correr riesgos, puesto que no tiene conocimiento relevante de la cesión, como para excluir la protección del § 407.

Cuarto.

El deudor ha tenido conocimiento de varias cesiones, hechas por el mismo cedente. Creo que hay que distinguir tres supuestos:

A) Las cesiones conocidas lo han sido por notificación del cedente o porque le han sido presentados documentos de cesión expedidos por el cedente, es decir, por alguna de las vías del § 409.1.

Lo primero a tener en cuenta es que, obviamente, si el deudor paga o negocia o adquiere expectativas con el cedente lo hace a su propio riesgo, es decir, a riesgo de que alguna de esas cesiones haya sido eficaz, por aplicación de la norma del § 407. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que, conforme al § 409.2, un anuncio de una cesión hecho así no puede quedar sin efecto por su simple revocación por el cedente, sino que ha de ser consentido por el cesionario en él indicado al deudor como nuevo acreedor. Por tanto, el deudor actuará a su propio riesgo si lo hace con un cesionario distinto al del primer anuncio conocido por él. Pero, finalmente, si el deudor actúa con el cesionario de cuya cesión él supo en primer lugar, nada tiene que temer del cedente si ninguna cesión tuvo lugar, ni tampoco de los otros cesionarios cuya cesión le había sido anunciada si ninguno de ellos adquirió antes de conocer el deudor un solo anuncio de cesión, puesto que estaría, en este caso, el verdadero adquirente vinculado por el primer anuncio de cesión conocido por aquél (455). Pero si uno de esos otros cesionarios cuya cesión conoce el deudor hubiera adquirido el crédito antes de conocer el deudor uno de los anuncios de cesión, aquél ya no está vinculado por esos anuncios y, aplicando el § 408, resultaría que el deudor habría actuado a su propio riesgo si lo hizo con el cesionario cuya cesión le fue anunciada en primer lugar, si al pagarle o negociar con él, ya conoce el deudor la cesión eficaz y anterior al primer anuncio de cesión (456).

(455) A notifica al deudor que ha cedido el crédito a B. Posteriormente, C se presenta como cesionario exhibiendo un documento de cesión expedido por A. El deudor que paga o negocia con B nada tiene que temer de A, si resulta que la supuesta cesión a B no se produjo. Y de C tampoco tiene nada que temer si es el verdadero adquirente del crédito, pero su adquisición fue posterior a la notificación de la cesión a B.

(456) En el mismo supuesto de la nota anterior, si el deudor paga o negocia con B, no podrá hacer valer frente a C lo así actuado, si la adquisición de C se produjo antes de anunciar al deudor la cesión ineficaz o no hecha a B.

Por tanto, si el deudor, en este caso, no tiene una alternativa segura, no queda más remedio que aconsejarle la consignación.

B) El deudor ha tenido conocimiento de varias cesiones y, en todos los casos, ha sido por vías diferentes a las del § 409.1.

No me cabe la menor duda de que si paga o negocia con cualquiera de los supuestos cesionarios lo hace asumiendo el riesgo de que otra o ninguna cesión haya sido eficaz. No hay acuerdo en si tal deudor actuaría también a su propio riesgo si lo hiciera con el cedente: para la doctrina dominante parece que sí, si alguna de esas cesiones le hubiera sido notificada por un cesionario digno de confianza; para Dörner, actuaría sin riesgo porque le sigue protegiendo el § 407, al entender que no ha tenido conocimiento relevante de ninguna cesión.

Por tanto, para la doctrina dominante, como no hay opción segura, procede consignar, mientras que para el autor antes citado procede pagar o negociar con el cedente.

C) El deudor ha conocido varias cesiones, unas porque le han sido anunciadas por alguna de las vías del § 409.1, y otras por otras vías.

Si este deudor actúa con el cedente lo hace asumiendo el riesgo de que alguna de las cesiones (por lo menos, de las conocidas a través de un anuncio del § 409.1) haya sido eficaz, como también sucede si paga o negocia con uno de los cesionarios cuya cesión conoció por vías diferentes a las del § 409.1. Y si paga o negocia con el cesionario cuya cesión le fue anunciada en primer lugar, estará seguro frente a todos menos uno: el verdadero adquirente cuya cesión haya conocido y cuya adquisición se hubiese producido antes de conocer uno de los anuncios de cesión, ya que ese adquirente no estaba vinculado por ese anuncio.

Volvemos a encontrarnos, pues, con que no hay opción segura para el deudor, por lo que procede es la consignación.

Creo que a un cuadro como el diseñado es a lo que conduce interpretar las normas sobre la cesión tal y como se desprende de la voluntad de su autor. Esta parece reclamar que no se limite a la notificación del cedente o a la presentación por el cesionario al deudor de un documento de cesión las vías para entender que éste conoce la cesión a los efectos de decidir sobre su protección si actuara como si nada supiese (paga o negocia con el cedente). Y también parece excluir la idea de decidir en base al conocimiento o no que el deudor tuviera de la cesión eficaz todos los casos de doble o múltiple cesión, pues parece dar a entender que el criterio de la buena o mala fe del deudor sea el decisivo cuando ninguna de las cesiones fue anunciada al deudor o cuando sí lo hubiera sido alguna, siempre que la cesión eficaz haya sido la primera en producirse. La doctrina alemana no parece dispuesta a aceptar esta segunda idea, es decir, que no sólo el § 408, sino también el § 409 sean aplicables, según los casos, cuando el mismo

crédito ha sido cedido varias veces por el mismo cedente. En cambio, aunque no encuentra inconveniente en limitar el conocimiento relevante de la cesión a los efectos del § 407 al que el deudor adquiere por la notificación del cedente o del cesionario (digno de confianza, si no presenta un documento sobre la cesión expedido por el deudor), cuando el autor de la norma dejó bien claro que no se requería la notificación para que se entendiera que el deudor conocía la cesión, parece no atreverse a ir un poco más allá y, salvo Dörner, no circunscribe dicho conocimiento al que el deudor obtenga a través de un anuncio de cesión de los del § 409.1, es decir, de los que legitiman al deudor para dirigirse al cesionario para pagar o negociar sobre el crédito.

Así, pues, interpretadas las normas sobre cesión con arreglo a lo que entiendo que fue la voluntad (explícita) de su autor, varios son los principales inconvenientes que presenta el cuadro de soluciones o respuestas a las diversas situaciones en que puede encontrarse el deudor, en función de su conocimiento/desconocimiento de una o varias cesiones. Por un lado, está el vacío que se produce como consecuencia de la no coincidencia entre conocimiento de la cesión excluyente de la protección al deudor si actúa como si nada supiera (§ 407), y anuncio de cesión que le permite dirigirse al supuesto cesionario con la seguridad de que podrá hacer valer lo así actuado frente al cedente si resulta que no se produjo esa cesión (§ 409). Y es que si se entiende que el deudor ha conocido la cesión, aunque no le haya sido anunciada, actuará a su propio riesgo tanto si lo hace con el supuesto cedente como si lo hace con el cesionario, por lo que no le quedará otra alternativa segura que la de consignar. Además, deja sin resolver satisfactoriamente la cuestión de si el conocimiento ha de ir referido al negocio de cesión (*Abtretung*) o al efecto traslativo (*Übertragung*), ni qué sucede si el deudor tiene dudas sobre su validez o eficacia. Por lo demás, me parece excesivamente complicada la solución que del juego de los §§ 408 y 409 resulta para los diferentes supuestos del conflicto entre el verdadero adquirente del crédito y el deudor que ha pagado o negociado con otro cesionario, dando lugar, además, a que en un número excesivamente elevado de casos no hay alternativa de actuación segura para el deudor, que no sea la de consignar. Y esta deficiencia no se resuelve excluyendo el § 409 de los casos de doble o múltiple cesión: primero, porque no fue ésa la voluntad del legislador; segundo, porque seguiríamos sin poder proporcionar más seguridad al deudor. Con la interpretación aceptada por la doctrina dominante no sólo no se respeta la voluntad del autor de la norma, sino que tampoco se gana en seguridad para el deudor: éste sólo tiene una opción de comportamiento seguro, que no sea la de consignar, cuando no tiene conocimiento de que haya habido alguna cesión (puede seguir cosiderando como acreedor al originario), o cuando sólo ha tenido conocimiento de una cesión y ha sido por notificación del cedente o por que

el cesionario le presenta un documento sobre la cesión expedido por el cedente (puede pagar o negociar con ese cesionario).

En mi opinión, la solución a estas deficiencias pasa, en primer lugar, por aceptar que el § 407 y, por consiguiente, también el § 408, que a él se remite, han de ser interpretados a la luz del § 409. Esto es tanto como decir que conocimiento jurídicamente relevante de la cesión por el deudor es solamente el que tiene por la notificación del cedente o por la presentación por el cesionario de un documento sobre la cesión expedido por el cedente, pues sólo así puede el deudor actuar con el indicado como tal cesionario sin correr riesgos. De esta forma, no sólo se evita la existencia de vacíos en las opciones seguras diferentes de la consignación, sino que se soslaya la cuestión del conocimiento de la eficacia o ineficacia de la cesión, pues cuando se ha tenido conocimiento de ella por esas vías es irrelevante plantearse esa cuestión, dado que la protección al deudor se le mantiene con independencia de eso. Aceptar esta idea no requiere modificar el § 407, sino sólo interpretarlo sistemáticamente, es decir, con arreglo al § 409. El coste que se ha de pagar por ello es dejar de lado la voluntad del autor de la norma, pero tampoco la doctrina dominante es fiel expresión de esa voluntad, puesto que limita ese conocimiento al que el deudor obtiene por la notificación (del cedente o del cesionario) sin que por esto se gane en seguridad para el deudor.

Por otra parte, la aceptación de la propuesta anterior haría mucho más sencilla la solución al conflicto entre el verdadero adquirente del crédito y el deudor que hubiese pagado o negociado con otro cesionario, siempre que, eso sí, se aceptase, conforme a la voluntad del autor de la norma, que el anuncio que, conforme al § 409.1, hiciera el cedente de una cesión también vincula a su causahabiente que adquirió después de conocer el deudor el anuncio que de otra cesión le hizo el cedente y que, conforme al § 409.2, no puede quedar sin efecto por el hecho de que se haya producido una cesión distinta a la anunciada, a menos que lo consienta el cesionario favorecido por ese anuncio (457). Con esta segunda propuesta daríamos cumplimiento a la intención del legislador, que no consistió sino en recordar la regla *res inter alios facta* (cesión posterior al anuncio que de otra cesión hizo el cedente) *tertiis* (el cesionario favorecido por el anterior anuncio de cesión) *neque nocet neque prodest*.

(457) Es decir, que también cuando no ha sido anunciada cesión alguna al deudor se aplica, *a contrario*, el § 409 y no el § 408, aunque la cesión eficaz haya sido la primera. Hoy por hoy, dado el tenor del § 408 y la interpretación dominante del § 409, parece que es aquél y no éste el precepto aplicable si la primera cesión fue la eficaz y al deudor no se le ha anunciado cesión alguna.

De aceptar estas dos propuestas, el cuadro de protección al deudor por su conocimiento/desconocimiento de la cesión quedaría como sigue:

Primero.

Si el deudor no ha tenido conocimiento de ningún anuncio de cesión del § 409.1, puede pagar o negociar con su acreedor, sin tener que preocuparse por si ya ha cedido el crédito. Ahora bien, si el deudor decide actuar con un supuesto cesionario, de cuya cesión ha tenido noticias por otras vías, lo hará asumiendo el riesgo de que no haya habido cesión alguna o de que otra haya sido la cesión eficaz, con lo cual tendrá que volver a pagar o no podrá hacer valer lo negociado con aquél frente al verdadero titular del crédito.

Segundo.

Si el deudor ha recibido un anuncio de cesión del § 409.1 puede pagar o negociar con el que se le ha indicado como adquirente del crédito, sin tener nada que temer si dicha cesión no se produjo ni de si otro es el verdadero adquirente, aunque lo supiese (salvo prueba del dolo o coooperación en el fraude). Ahora bien, si el deudor actuase en un sentido distinto al que se le indica en el anuncio de cesión lo haría a su propio riesgo. Y si la cesión eficaz hubiese sido anterior al anuncio de la ineficaz y anterior también a la cesión ineficaz anunciada, aplicaríamos el § 408, de lo que resultaría que, como la cesión eficaz no le había sido anunciada, no la consideraríamos conocida por el deudor, por lo que nada tendría que temer del verdadero adquirente.

Tercero.

Si el deudor ha recibido varios anuncios de cesión por alguna de las vías del § 409.1, puede pagar o negociar con el cesionario que le haya sido indicado como adquirente en aquel de los anuncios que primero haya llegado a su conocimiento, sin que tenga nada que temer del cedente si ninguna cesión se produjo, ni tampoco del verdadero adquirente si alguna de ellas u otra cesión no anunciada fue eficaz: si lo fue una no anunciada, no se la considera conocida por el deudor; si lo fue una de las anunciadas después, se ha de tener en cuenta que, conforme al § 409.2, la revocación de un anuncio de cesión no surte efecto si no la consiente el cesionario favorecido por el primer anuncio de cesión. Ahora bien, el deudor actuará a su propio riesgo si lo hace con el cedente o con un cesionario distinto al que le ha sido indicado en el anuncio de cesión que ha conocido en primer lugar.

Este sistema de protección que propongo es bastante sencillo. No deja vacíos, sino que permite al deudor saber en cada momento a quién puede dirigirse sin correr riesgos y sin tener que consignar. También evita tener que entrar en la cuestión de si es o no relevante el conocimiento o las dudas que el deudor haya tenido sobre la validez o la eficacia del negocio de cesión, porque lo relevante es si hubo o no anuncio de cesión y si fue o no válido en sí mismo. El único riesgo

que corre el deudor es el de la invalidez de dicho anuncio: si por falta de capacidad de su autor (el cedente) o por haber sufrido éste un vicio de la voluntad o por falta absoluta de ésta o por falsedad del documento en que se contenía, se demuestra la invalidez del anuncio, ninguna protección debe esperar el deudor que hubiese actuado conforme a lo anunciado, aunque lo hubiera hecho de buena fe. Pero es que frente a esta eventualidad no se le protege en ninguno de los sistemas de cesión que he estudiado. Y es muy razonable que así suceda, porque de lo contrario se haría recaer sobre el supuesto cedente las consecuencias negativas de una actuación que no ha querido o para la que no estaba capacitado.

La crítica que, en mi opinión, cabe hacer al sistema alemán de cesión no es al texto vigente, sino a su interpretación. La que sostiene la doctrina mayoritaria parece sencilla, pero también excesivamente simplista en lo que se refiere a la relación entre los § 408 y 409, ya que parece como si fuera el § 408 el único precepto aplicable al conflicto entre el verdadero adquirente del crédito y el deudor que ha pagado o negociado con otro cesionario, en tanto que el § 409 sólo se aplica al conflicto entre el supuesto cedente y el deudor que ha actuado con un supuesto cesionario, cuando en realidad las cosas no son tan sencillas conforme a la voluntad del legislador. Y la tesis ampliamente mayoritaria propugna resolver el conflicto entre el adquirente y el deudor que ha pagado o negociado o adquirido expectativas con el cedente, aplicando sólo el § 407, sin tener en cuenta el § 409.

La propuesta que he hecho no es, necesariamente, de *lege ferenda*, puesto que no requiere su aceptación modificar el texto vigente. En primer lugar, habría que interpretar el § 407 (conocimiento de la cesión) a la luz del § 409 (anuncio de cesión), como ha propuesto Dörner. Y, en segundo lugar, darnos cuenta y reconocer que el § 409 no sólo proporciona el criterio para decidir el conflicto entre el supuesto cedente y el deudor que ha pagado o negociado con un supuesto cesionario, sino que también tiene algo que decir cuando otro cesionario es el verdadero adquirente, ya que el § 408 no comprende todos los supuestos posibles ni su *ratio* excluye la aplicación del § 409, lo que supone admitir que el anuncio de una cesión que no se ha producido también puede vincular al causahabiente del cedente.

Así pues, mientras que la doctrina alemana sigue haciendo del precepto contenido en el § 407 el centro o el quicio del sistema de protección al deudor, lo que es tanto como decir que lo decisivo es si el deudor conocía o no la cesión, mi propuesta lleva a hacer del § 409 el centro de dicho sistema. Lo que propongo es que lo decisivo sea si hubo o no anuncio de cesión válido. La opción por el § 407 es menos segura para el deudor y, me atrevería a decir que, por ello, garantiza mejor el interés por la rapidez del tráfico, que es tanto como decir para el adquirente y, en general, para la circulación de los créditos. La

opción que defiendo en favor del § 409 es, en cambio, la más segura para el deudor, al suprimir de raíz las no pocas incertidumbres que el § 407 puede plantear al deudor. Piénsese que es el § 409 el que permite proporcionar al mismo una efectiva protección en un sistema de cesión que, como el alemán, decide la cuestión de la producción del efecto traslativo (§ 398) en un sentido ya suficientemente favorable al interés de rapidez y seguridad de la circulación de los créditos. Hacer del § 409 el centro del sistema de protección al deudor por su conocimiento/desconocimiento de la cesión sería la justa compensación por lo que ya supone admitir que ni su consentimiento ni su conocimiento sean requeridos para al transmisión del crédito.

2.6.3. *Acciones que genera la protección al deudor y facultad de éste de renunciar a ella*

La protección al deudor se articula en torno a tres aspectos. El primero, reflejado principalmente en el § 404, le permite oponer al cesionario las excepciones que hubiera podido hacer valer contra el cedente, de haber seguido siendo éste el titular del crédito, con tal que estuviesen ya fundamentadas antes de la cesión, lo cual es visto como manifestación de un principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor a causa de la cesión, como lógica consecuencia de que no se requiera su consentimiento para ceder el crédito. El segundo consiste en la protección que en los §§ 406-408 se le concede por su no conocimiento de la cesión, lógica consecuencia de que no sea requisito para su eficacia ponerla en conocimiento del deudor. Y el tercero consiste en protegerle del riesgo de que la cesión que le ha sido anunciada por alguna de las vías del § 409.1 no se haya producido realmente, o de que el deudor no pueda demostrar que pagó o negoció a quien se le había anunciado como nuevo acreedor, siendo los §§ 409 y 410 los que directamente tienen que ver con esto.

Pues bien, en todos los casos en los que el deudor hace valer alguna de estas protecciones, habiendo ya pagado o negociado con quien no era su verdadero acreedor, se genera una serie de acciones entre cedente y cesionario o entre cesionarios para recomponer la situación eliminando enriquecimientos no justificados y, en su caso, para indemnizar los daños causados al verdadero titular del crédito.

Así, cuando el deudor hace valer frente al cesionario excepciones derivadas de la relación cedente-deudor, que ya estaban fundamentadas al tiempo de cederse el crédito, parece lógico entender que se desencadena a favor del cesionario la garantía por la existencia, consistencia y subsistencia del crédito, conforme a los § 437, 445 y

523, cuando la cesión fue onerosa (458). Y es que tal garantía no sólo comprende los casos en que el crédito nunca ha existido o en que sí existió pero se había extinguido antes de la cesión, sino también cuando no pertenecía al cedente (459), o cuando no era cedible (460), y también cuando estaba sujeto a excepciones (461). Téngase en cuenta que, conforme al § 404, estas excepciones no sólo son las ya oponibles al tiempo de la cesión, sino también aquellas que entonces todavía no lo eran, con tal que ya estuviesen fundamentadas. Y por fundamentadas se entiende, como vimos, todas las que nacen de la misma relación obligatoria de donde nace el crédito cedido (462), especialmente, cuando tal relación es sinalagmática (463).

Ahora bien, qué duda cabe de que el deudor puede no hacer valer esta protección e, incluso, haber renunciado a ella anticipadamente. Esta renuncia puede haber sido el resultado de un acuerdo entre el cedente y el deudor, o de éste con el cesionario, por el que renunció a hacer valer las excepciones que pudieran resultar de su relación con el cedente. El problema se plantea cuando no hay una renuncia explícita, sino que el deudor se ha limitado a aceptar la cesión o a reconocer el crédito frente al cesionario. Podría entenderse que haciendo esto ha realizado un reconocimiento abstracto de deuda, o considerar que solamente ha dado su consentimiento a la cesión si el crédito estaba afectado por un pacto de no ceder. Parece prevalecer la opinión de quienes sostienen que esa declaración del deudor debe ser interpretada como una renuncia a las excepciones que tuviese contra el cedente, esto es, en el sentido de fundamentar la relación con el cesionario

(458) «(Gewährleistung bei Rechtskauf) Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes» (§ 437.1).

«(Kaufähnliche Verträge) Die Vorschriften der §§ 433 bis 444 finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung» (§ 445).

(459) Recordemos que no se admiten adquisiciones a *non domino*, en principio, salvo las que puedan resultar de la aplicación del § 2366.

(460) §§ 399 y 400.

(461) «... durch Einrede entkräftbar ist» (Motive..., cit., pp. 128 y 129).

(462) Por todos, *vid* Olshausen, *op. cit.*, pp. 36-41.

(463) La sinalagmaticidad de la relación obligatoria de donde nace el crédito cedido hace que puedan ser consideradas como fundamentadas al tiempo de la cesión excepciones basadas en la conducta del cedente o, en general, en la no satisfacción del interés del deudor (excepción de contrato no cumplido, resolución por incumplimiento...). Aunque en estos casos el crédito cedido existía al tiempo de la cesión, y aunque entonces no fueran todavía oponibles tales excepciones, lo cierto es que su satisfacción está causalmente condicionada a la satisfacción de la contraparte, por lo que las excepciones que derivan del sinalagma sí afectan al *rechtlichen Bestand* del crédito cedido (*vid*. § 437.1, transcrito en nota 458).

sobre una nueva base, al parecer, independiente de la relación cedente deudor (464).

Cuando el deudor hace valer frente al adquirente del crédito la protección de los §§ 406-408 por su conocimiento de esa cesión, se entiende (465) que al cesionario corresponde ejercitar una acción de enriquecimiento del § 816.2 (466) contra el cedente u otro cesionario que haya cobrado el crédito y, en su caso, una acción de resarcimiento de daños contra el cedente por incumplimiento, derivada de la relación causal (467) o, incluso, la extracontractual del § 823.1 (468) o la de gestión de negocios ajenos (469). Si hubo una doble o múltiple cesión y el deudor, no teniendo conocimiento de la cesión eficaz anterior, pagó a otro cesionario, el verdadero adquirente tendrá acción de enriquecimiento contra el *accipiens*, aunque sea de buena fe, y la acción resarcitoria contra el cedente por incumplimiento de la obligación derivada de la relación causal (470). Y si el deudor ha declarado frente al cesionario la compensación por un crédito contra el cedente, el cesionario podrá dirigirse contra el cedente, bien con base en la garantía de la existencia y consistencia jurídica del crédito, si los créditos eran ya compensables al tiempo de la cesión o si el deudor había adquirido su contracrédito antes de la cesión y vencía antes que el cedido, bien la acción de enriquecimiento en los demás casos (471).

(464) *Vid. Schmidt, op. cit.*, p. 1.213, § 404, n. 7; *Fikentscher, op. cit.*, p. 360. Sin embargo, el autor de la norma se negó a introducir un precepto específico sobre el valor o el significado que tendría el reconocimiento de la cesión o de la deuda frente al cesionario, haciendo depender la solución de las circunstancias del caso concreto (*Motive...*, cit., p. 130).

(465) Por todos, *vid. Scheyhing, op. cit.*, p. 93.

(466) «Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet» (§ 816.2).

(467) Derivada del incumplimiento del cedente en su obligación de abstenerse de hacer aquello que pudiera impedir al cesionario realizar el crédito, y que se entiende implícita *ex bona fide* (§ 242) en el contrato (*Fikentscher, op. cit.*, pp. 362 y 363).

(468) «Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet» (§ 823.1).

Se trataría de responsabilidad extracontractual por lesión del derecho de crédito del cesionario, lo cual parece suponer una cierta cosificación del crédito, para así entender aplicable este precepto por analogía (*vid. Larenz, op. cit.*, pp. 580 y 588).

(469) § 687.

(470) *Vid. Scheyhing, op. cit.*, p. 101.

(471) Así, *Motive...*, cit., p. 132; *Planck, op. cit.*, p. 189, n. 4.

Es lógico que así sea porque si la compensación había sido declarada antes de la cesión, estamos en el supuesto del § 404 y la acción es la de garantía por la existencia, contenido y subsistencia (*rechtlicher Bestand*) del crédito. Y si la compensación es declarada después, pero la situación objetiva de compensabilidad ya existía al tiempo de la cesión, la acción del cesionario también será la de garantía, puesto que el efecto extintivo de la compensación se retrotrae, conforme al § 389, al momento en que los créditos eran efectivamente compensables, es decir, antes de la cesión. Cuando la compensación es declarada después de la cesión

Hoy hay acuerdo en admitir que el deudor puede renunciar a esta protección (472), esto es, dirigirse contra el cedente o contra el cesionario no adquirente y reclamar la devolución de lo indebidamente cobrado, conforme al § 812.2 (473), o declarar no reconocer lo con él negociado, y pagar o negociar con el cesionario adquirente. Y esto no sólo cuando se trate de actos o negocios realizados por el cedente o por el cesionario no adquirente, sino también de aquéllos realizados a iniciativa del deudor, siempre antes de conocer la cesión.

Esta facultad de opción del deudor no fue, sin embargo, admitida por el autor de la norma, para quien la protección dispensada al deudor por su no conocimiento de la cesión operaba automáticamente. Es decir, si, por ejemplo, se trataba del pago, automáticamente se producía la extinción del crédito y nacían para el cesionario las correspondientes acciones contra el *accipiens*, pero sin que el deudor pudiese repetir lo pagado y volver a pagar, ahora, al adquirente (474). Hoy, en cambio, se considera que tal protección no opera automáticamente, en el sentido de extinguir sin más el crédito (475), sino que opera concediendo al deudor una excepción que puede oponer frente al adquirente: la extinción del crédito cedido sólo se entiende producida en el momento del pago a quien no debía cobrarlo si el deudor hace valer esa excepción (476), pero si no la opone el crédito subsiste con todas sus garantías (477).

y su eficacia extintiva se retrotrae a un momento también posterior a ella, en la exposición de motivos se dijo que era mejor no preestablecer si la acción del cesionario sería la de garantía o la de enriquecimiento, para no imponer una solución general a la doctrina y a la praxis, ni descender a cuestiones de detalle (Motive..., últ. loc. cit.).

Por mi parte, creo que en estos casos, donde no se quiso prejuzgar la solución, habría que distinguir. Si el deudor opone la compensación al amparo del § 404 (contracrédito fundamentado antes de la cesión y que deriva de la misma relación de donde nace el crédito cedido), la acción del cesionario será la de garantía del § 437, puesto que afecta al *rechtlichen Bestand*. Y también creo que será esta acción cuando la compensación sea opuesta al amparo del § 406, si el contracrédito no nace de la misma relación que el cedido, pero ya estaba fundamentado antes de la cesión y su fecha de vencimiento era anterior a la del cedido. La acción de enriquecimiento quedaría, pues, para aquellos casos en los que el contracrédito no nace de la misma relación obligatoria que el cedido, cuando, además, los efectos extintivos se retrotraigan a un momento posterior a la cesión, y cuando, además, el contracrédito venza antes que el crédito cedido.

(472) Por todos, *vid.* Olshausen, *op. cit.*, pp. 93-124.

(473) «Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet...

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses» (§ 812).

(474) Motive..., cit., p. 134.

(475) Mal podría entenderse que el crédito quedó extinguido y que luego, al renunciar el deudor a la protección legal, ha renacido.

(476) *Vid.* Olshausen, *op. cit.*, p. 95.

(477) Y el fiador o el pignorante puede hacer valer frente al adquirente del crédito la protección del deudor que pagó al cedente o a otro cesionario no conociendo la

El fundamento de esta facultad de optar no es otro que el de salvaguardar el interés del deudor en hacer valer, a su conveniencia, la realidad, es decir, la transmisión y adquisición del crédito por el cesionario, o la apariencia, esto es, su confianza en la continuación de la titularidad del cedente. La cesión del crédito dio lugar a un cambio de titularidad que ha podido crear posibilidades interesantes para el deudor de actuar con su nuevo acreedor, que le resultan más convenientes que hacer valer el pago o lo negociado con el cedente o con otro cesionario no adquirente. Además, no se pierda de vista que en tal cambio de titularidad del crédito ha sido ajeno el deudor y que de él sólo tardíamente fue informado.

Por tanto, una manera de «compensar» en cierto modo la desventaja del deudor respecto al cesionario es la de permitir a aquél decidir si hace valer la protección a la confianza en la apariencia o la adquisición del cesionario. El ejemplo más reiterado, que muestra cómo el deudor puede estar interesado en renunciar a esa protección y hacer valer la adquisición es aquél en el que el deudor tuviera un crédito de difícil cobro contra el cesionario: si aquél, no conociendo la cesión, pagó al cedente o a otro cesionario, la eficacia automáticamente extintiva de tal pago privaría al deudor de la facultad de declarar la compensación frente al cesionario. El reconocimiento de la facultad de optar por hacer valer la realidad o la apariencia le permitirá aprovecharse de las posibilidades más ventajosas que del cambio de titularidad surgieron para él.

Consecuentemente con esta idea, está claro que el adquirente no puede evitar que el deudor haga valer la realidad, esto es, su adquisición del crédito, autorizando, conforme a los § 185.2 y 362.2, al cedente para que cobre el crédito o negocie sobre él con el deudor, o consintiendo *a posterior* el cobro o lo negociado, o retrocediendo el crédito o transmitiéndolo al otro cesionario que cobró o negoció con el deudor. Aunque el adquirente lleve a cabo alguno de estos actos confirmatorios, no por ello el deudor perderá la facultad de hacer valer que aquél adquirió el crédito y renunciar a la protección legal a su confianza en la apariencia, para así aprovecharse de las ventajas que para él se derivaron de la adquisición del crédito por ese cesionario. Es decir, que en contra de la voluntad del deudor no puede el cesionario, configurando uno de los supuestos de los § 185.2 ó 362.2, autorizar o convalidar o autorizar lo actuado por el deudor, que no tenía conocimiento de la cesión, con quien no era su verdadero acreedor. Lo que no puede ser es dejar a la decisión de este último que el deudor pueda o no hacer valer la transmisión del crédito, que él igno-

cesión, pudiendo negarse a pagarle en tanto el deudor no manifieste que renuncia a esa protección o haya exigido del *accipiens indebiti* la devolución de lo cobrado (Olshausen, *op. cit.*, pp. 95-103).

raba cuando pagó o negoció con otro (478). Más justo parece dejar esta decisión al deudor. Esto no significa que el verdadero adquirente no pueda autorizar al cedente a que cobre o que negocie con el deudor, o aprobarlo después, o retroceder el crédito o cederlo al otro cesionario que cobró o negoció con el deudor, sino que esto no se podrá hacer valer contra el deudor que, no conociendo la cesión cuando pagó o negoció, ahora decide hacer valer la cesión y no la protección a la apariencia, manifestando su oposición a esa autorización o convalidación ex §§ 185.2 o 362.2 de lo actuado con quien no era el verdadero titular del crédito (479).

Y también creo que de esta facultad de opción no se puede privar al deudor por decisión del cedente o del cesionario no adquirente, que cobraron el crédito. Es decir, si el *accipiens indebiti* voluntariamente restituyera al deudor lo cobrado o lo hiciera llegar al verdadero acreedor, tampoco por esto perdería el deudor la facultad de hacer valer la adquisición de su nuevo acreedor. Si el *accipiens indebiti* restituye al deudor, éste puede hacer valer la protección a la apariencia y negarse a pagar al cesionario, que podrá dirigirse contra el *accipiens indebiti* que restituyó, y éste podrá recuperar lo restituido al deudor (480). Y si el *accipiens indebiti* hace llegar lo cobrado al verdadero acreedor, el deudor puede optar por hacer valer la cesión, es decir, por reclamar del *accipiens* lo que le pagó y, por ejemplo, declarar la compensación del crédito cedido con un crédito del deudor contra su nuevo acreedor; finalmente, el *accipiens indebiti*, que hizo llegar lo cobrado al verdadero acreedor y tuvo que devolver otro tanto al deudor, podrá dirigirse contra al nuevo acreedor y recuperar lo que le hizo llegar al principio.

Si el deudor hizo valer frente al cesionario la protección legal por su no conocimiento de la cesión, ya no podrá hacer valer la cesión, puesto que el crédito cedido quedó extinguido cuando el deudor opuso la excepción al nuevo acreedor (481). Es decir, la facultad de

(478) En mi opinión, ésta no es otra que la del § 409.1: presentación al deudor de un documento sobre la cesión expedido por el cedente.

(479) Olshausen (*op. cit.*, pp. 115 y 116) entiende que si el nuevo acreedor ha dado su consentimiento a lo actuado por el deudor con el cedente o con otro cesionario, o si ha transmitido el crédito a uno o a otro, debe rechazar el deudor tal autorización sin demora, una vez que tiene conocimiento de ella, si quiere hacer valer la cesión.

(480) Olshausen, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

(481) Y esto aunque al tiempo de hacer valer la protección frente al adquirente no supiese el deudor que le habría convenido más hacer valer la cesión y renunciar a la protección (por ejemplo, no sabía que tenía un crédito contra el cesionario, que podría haber extinguido por compensación con el crédito cedido). Como el deudor ya conocía la cesión cuando decidió hacer valer la protección, no parece sensato que pueda volverse atrás, ni aunque en ello esté de acuerdo el cesionario, a menos que también el cedente esté de acuerdo con ello (Olshausen, *op. cit.*, pp. 105-107).

opción la tiene mientras no ha optado. Igualmente, el deudor que ha renunciado a esa protección tampoco puede luego volverse atrás.

Pero lo cierto es que lo que la ley prevé es la protección al deudor, por lo que si quiere renunciar a ella ha de ponerlo de manifiesto (482), pues de lo contrario acabaría por entenderse que el deudor aceptó la protección legal. Además de una declaración expresa en tal sentido, como conducta del deudor que pone de manifiesto su renuncia a la protección y su decisión de hacer valer la cesión, se admite el pago al adquirente, la reclamación de lo cobrado por el *accipiens indebiti* (483), o la declaración de compensación del crédito cedido con otro del deudor contra el cesionario (484), y no veo inconveniente en admitir también cualquier acuerdo sobre el crédito entre el deudor y el verdadero adquirente. En manos del adquirente y del *accipiens indebiti* o del que negoció indebidamente con el deudor está conseguir que el tiempo durante el que el deudor no se pronuncia en algún sentido no se prolongue demasiado: basta con poner la cesión en su conocimiento o exigirle el cumplimiento, puesto que si el deudor opone la protección legal por lo ya pagado o negociado de buena fe con el que no era su acreedor, ya no puede luego renunciar a esa protección (485).

Si el deudor renuncia a hacer valer su protección por su no conocimiento de la cesión tendrá una acción de enriquecimiento ex § 812.2 contra el *accipiens indebiti*. El verdadero adquirente podrá exigir el pago al deudor y, en su caso, daños y perjuicios al cedente (486). Pero podría suceder que el deudor no manifestara su renuncia a la protección, sino después de que el crédito cedido haya prescrito, con lo que podríamos encontrarnos con que el deudor reclamase del *accipiens indebiti* lo cobrado y que se negase luego a pagar al adquirente opiniéndole la prescripción. Para evitar este resultado se ha afirmado que mientras el deudor conserva su facultad de opción no transcurre el plazo de prescripción, puesto que la prescripción está

(482) Se habla de un acto de distanciamiento (Akt der Distanzierung) del deudor respecto a la protección legal (Scheyhing, *op. cit.*, p. 92).

(483) Basta con dirigir tal reclamación al *accipiens*, para que se entienda renunciada la protección legal y para que el cesionario pueda dirigirse contra el deudor. Esto significa que éste asume el riesgo de insolvencia del *accipiens indebiti*, ya que aunque no lograrse recuperar lo indebidamente cobrado, no por ello podrá después hacer valer la protección legal frente al cesionario y negarse pagarle o exigir que le devuelva lo correctamente pagado, ya que una vez renunciada la protección no cabe revocar esta decisión.

(484) *Vid.* Olshausen, *op. cit.*, p. 107.

(485) *Vid.* Olshausen, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

(486) Se le concede también, conforme al § 255 por analogía, la facultad de exigir al cedente la retrocesión a cambio de que éste le pague montante del crédito (*vid.* Olshausen, *op. cit.*, pp. 117 y 118).

prevista en defensa del deudor que es objeto de una reclamación tardía del acreedor, no en favor del que pagó de buena fe a quien no era su acreedor, y tras conocer la cesión se está pensando si hace valer o no la protección legal (487). Por mi parte, no veo tan preocupante la cosa: el adquirente debe ser diligente y reclamar el crédito a tiempo o notificar la cesión al deudor, asumiendo el riesgo de la prescripción si no actúa a tiempo.

Por lo que respecta a la compensación que el deudor puede, ex § 406, oponer al cesionario por créditos contra el cedente, se entiende que si el deudor reconoce la deuda frente al cesionario, pierde tal facultad (488).

La tercera vía de protección al deudor es la que resulta del § 409. Como sabemos, se trata del deudor que ha pagado o negociado con el que le ha sido anunciado como adquirente del crédito, bien por notificación del cedente, bien porque ese mismo cesionario le ha presentado un documento sobre la cesión expedido por el cedente. Si resulta que la anunciada cesión no tuvo lugar o fue ineficaz, el deudor habrá quedado protegido y podrá hacer valer frente al cedente o su causahabiente (posterior al anuncio) lo actuado con el supuesto adquirente. El cedente o el verdadero adquirente podrá dirigirse contra el *accipiens* mediante una acción de enriquecimiento ex § 816.2. Y el deudor será protegido aunque se demuestre que sabía que la cesión anunciada no se había producido.

También en este punto parece que la intención del legislador fue la de que el deudor quedase, sin más, liberado y no que pudiese optar por renunciar a la protección y hacer valer la realidad, es decir, que no se había producido la cesión (489). Esta renuncia no consiste sólo en que el deudor se decida a pagar al supuesto cedente o a otro cesionario, a pesar del anuncio de cesión, puesto que si hace esto lo único que sucede es que actúa asumiendo el riesgo de equivocarse y de tener que volver a pagar, o de que lo negociado no sea oponible frente al verdadero acreedor. De lo que se trata es de si el deudor que ha pagado o negociado con quien le fue anunciado como su nuevo acreedor, puede luego reclamar la devolución de lo pagado o no considerarse vinculado por lo negociado, si descubre que no hubo realmente cesión. Algún autor ha manifestado su opinión favorable a esa renuncia (490). Y no niego que esto sea lo más correcto, pero sí habría de tenerse en cuenta que su justificación no es, precisamente, la misma que justificaba la renuncia a la protección por el no conocimiento de la cesión. Recordemos que la razón para admitir esta renuncia era que

(487) Vid. Olshausen, *op. cit.*, pp. 118 y 124.

(488) Schmidt, *op. cit.*, p. 1.215, § 406, n. 4; Esser, *op. cit.*, p. 604.

(489) Motive..., *cit.*, p. 137.

(490) Scheyhing, *op. cit.*, p. 115.

el deudor merecía tener reconocida la facultad de optar por hacer valer la realidad o la protección a su confianza en la apariencia. Sin embargo, al deudor que actuó según lo que se le indicó en un anuncio de cesión, no se le protege sólo si confió en él, sino que, como sabemos, también mantiene la protección aunque supiera que la cesión anunciada no tuvo lugar.

Además, no se puede considerar que el cesionario favorecido por un anuncio de cesión sólo en apariencia esté legitimado para cobrarlo o para negociar sobre él con el deudor. Si así fuera, si éste sabía que la cesión no había tenido lugar, no estaría protegido, y no es esto lo que se afirma por la doctrina alemana. Así pues, si es irrelevante, salvo prueba del dolo o cooperación en el fraude, que el deudor sepa o no que la cesión anunciada no ha tenido lugar, no parece descabellado entender que el anuncio válido de una cesión que no se produjo legitima realmente al supuesto cesionario para cobrar el crédito o negociar con el deudor sobre él. Así las cosas, cómo entender, sin más, que el deudor pueda renunciar a la protección del § 409 y, una vez que se ha demostrado que la cesión anunciada no se produjo, exigir del cesionario la restitución de lo cobrado. Desde luego, no será porque el deudor puede hacer valer la realidad en vez de protegerse en la apariencia, puesto que pagó con quien estaba realmente legitimado para cobrarle, puesto que su legitimación no resultaba de la cesión, sino del anuncio que de ella se hizo al deudor. Por tanto, por la vía de la legitimación del *accipiens*, sólo cuando se demostrase la invalidez del anuncio de cesión podría el deudor exigirle la restitución de lo cobrado.

Pero quedaría otra vía y es la de la titularidad del crédito. Si la cesión no se produjo, por más que ésta hubiese sido anunciada al deudor, el crédito siguió perteneciendo realmente al supuesto cedente, mientras que el supuesto cesionario sólo aparentemente lo era. Por esta vía el deudor sí podría, optando por hacer valer la realidad (la no cesión), exigir del cesionario la devolución de lo cobrado o dejar sin efecto la compensación delcarada con un crédito del deudor contra ese mismo cesionario, de forma que el deudor pueda ahora pagar al que nunca dejó de ser realmente su acreedor (el supuesto cedente) o declarar la compensación del crédito, supuesta pero no realmente, cedido con otro del deudor contra el supuesto cedente. Ahora bien, si de facultad de elegir entre la realidad (la no cesión) o la apariencia (la cesión) se trata, no quedará más remedio que entender que si el deudor pagó o negoció con el supuesto cesionario sabiendo que la cesión no se había producido (o que había sido anulada o rescindida o resuelta), no podría luego hacer valer la realidad, puesto que él la conocía. No otra cosa permite entender el § 814 (491).

(491) «(Kenntnis der Nichtschuld; Anstands- und Sittenpflicht) Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden,

Así pues, el deudor que pagó a un supuesto cesionario puede exigirle la devolución de lo cobrado si no sabía que la cesión no había tenido lugar. Excepcionalmente, si esa cesión le había sido anunciada por alguna de las vías del § 409.1, podría sostenerse que el deudor sí pueda obtener esa devolución si el anuncio de cesión no fue válido, aunque el deudor supiese que la cesión no se había producido, a menos que también supiese que el anuncio que de esa cesión se le hizo no era válido, ya que si así fuera habría pagado conscientemente al que no era su acreedor (no cesión) ni estaba legitimado para cobrar (anuncio inválido), y ya sí operaría el § 814.

3. SISTEMA SUIZO DE CESION

3.1. Precedentes del Código federal de obligaciones de 1881

3.1.1. *Código de derecho privado del cantón de Zúrich* (492)

En sus §§ 1025 y 1035 reconocía abiertamente la transmisibilidad de los créditos, sin tener que contar con el consentimiento del deudor (493), de forma que el cesionario adquiría el crédito y podía disponer de él (494). Lo adquiría con el mismo contenido con el que había pertenecido al cedente (495). Para llegar a esta conclusión no era necesario acudir a las ficciones del derecho romano o de la doctrina del derecho común (496). El crédito aparece, pues, como un elemento más del activo patrimonial, lo suficientemente objetivado como para formar parte del tráfico jurídico (497).

Conforme al § 1026, el cesionario adquiría el crédito al concluir el acuerdo de cesión, sin necesidad de observar una forma específi-

wenn des Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach» (§ 814).

(492) *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, con comentario de Bluntschli, t. III, Zúrich, 1855.

(493) «Der Gläubiger ist in der Regel berechtigt, auch ohne Zustimmung des Schuldners seine Forderung auf einen Andern zu übertragen» (§ 1025).

(494) «Die Forderung gehört nun zu dem Vermögen des Zessionars, und dieser ist berechtigt, dieselbe auch weiter zu veräußern oder sonst darüber als nunmehriger Gläubiger zu verfügen» (§ 1035).

(495) «Der Zessionar ist, abgesehen von abweichenden Bestimmungen des Vertrages oder Gesetzes befugt, die cedirte Forderung mit allen dazu gehörigen Nebenrechten in eigenem Interesse in demselben Umfange geltend zu machen, in welchem sie von dem Zedenten hätte geltend gemacht werden können» (§ 1034).

(496) Bluntschli, *op. cit.*, p. 86, § 1025 *in fine*.

(497) Bluntschli, *loc. cit.*, § 1025 pr.

ca (498), y también sin necesidad de entrega de documento alguno (499). Pero esta adquisición, así sin más, no era oponible a todos los terceros, como sucedía en el sistema alemán, sino a los terceros distintos al deudor. Para que la cesión fuese eficaz frente a éste era necesario que, conforme a los § 1031 y 1032, fuese conocida por él, de manera que en tanto esto no sucediese el deudor podía tener al cedente por su acreedor y pagarle válidamente (500). Pero una vez que tenía conocimiento de la cesión ya no podía hacerlo, ni el cedente podía tampoco exigirle el pago ni negociar eficazmente sobre el crédito (501).

Ya del tenor de los §§ 1031 y 1032 se desprende que era el conocimiento de la cesión por el deudor y no la misma cesión lo que hacía que no fuera válido el pago al cedente. Esto da a entender que la idea del legislador era la de que la legitimación frente al deudor para recibir el pago y negociar con él sobre el crédito no era atribuida al cesionario a la vez que adquiría el crédito, sino que era con el conocimiento de la cesión por el deudor con lo que el cedente dejaba de estar legitimado para exigir el pago y negociar con él sobre el crédito. Así las cosas, si el pago del deudor al cedente era válido era porque el *accipiens* seguía estando legitimado, no sólo para recibirlo, sino también para exigirlo, pues su legitimación no era aparente sino real.

Además, del comentario de Bluntschli a tales preceptos resulta que por conocimiento de la cesión sólo se consideraba el que se adquiría por la notificación del cedente o del cesionario (502). Por tanto, con la cesión el cesionario adquiría el crédito pero la legitimación frente al deudor para exigir el pago y negociar sobre el crédito no la adquiría hasta que la notificación de la cesión hubiese sido conocida por el deudor, convérzandola el cedente hasta entonces, aunque ya no fuese el acreedor. Es en este sentido en el que se dice que la cesión sólo es eficaz para el deudor cuando le ha sido notificada (503). Y la entrega al cesionario de los documentos probatorios del crédito tampoco era exigida a los efectos de conseguir

(498) «Eine bestimmte Form der Uebertragung ist nicht erforderlich. Sie beruht auf der Willenserklärung des Zedenten, die Forderung zu übertragen, und der Annahme derselben von Seite del Zessionars» (§ 1026).

(499) Bluntschli, *op. cit.*, p. 88, § 1028 pr., puesto que sí se exige la entrega si el crédito está incorporado a un título valor.

(500) «Der Schuldner kann auch nach geschehener Zession so lange noch den Zedenten als Gläubiger betrachten und gültig denselben bezahlen, bis er von der geschenehen Zession Kenntniß erhalten hat» (§ 1031.1).

(501) «Ist dem Schuldner von der Zession Kenntniß gegeben worden, so kann derselbe nicht mehr gültig an den Zedenten zahlen, noch von diesem belangt werden, noch durch Vertrag mit dem Zedenten die Forderung beeinträchtigen» (§ 1032).

(502) *Vid.* Bluntschli, *op. cit.*, p. 90, § 1031 pr.

(503) *Vid.* Bluntschli, *op. cit.*, p. 91, § 1032 pr.

esa legitimación (504). Con todo, puesto que el cesionario ha adquirido el crédito desde que tuvo lugar la cesión, entiendo que desde entonces sí estaba legitimado para recibir el pago voluntario del deudor, aunque la cesión todavía no le hubiese sido notificada. Lo que sucede es que el deudor se exponía el riesgo de tener que volver a pagar, esta vez, al cedente, si le exigía el cumplimiento, puesto que hasta la notificación seguía siendo el único legitimado para hacerlo. Si el deudor no deseaba asumir ese riesgo podía pagar al cedente en tanto no le hubiese sido notificada una cesión. Y esto aunque por otras vías ya supiese que había habido una: en los §§ 1.301 y 1.032 y en los comentarios de Bluntschli a ellos brilla por su ausencia cualquier referencia a la buena fe del deudor, pues parece que era irrelevante ese otro conocimiento que el deudor pudiera tener de ella. Consecuentemente con esta idea, en el § 1.036 se reconocía al deudor la facultad de oponer al cesionario todas las excepciones que tuviese contra el cedente, con tal que no se hubieran formado después de que se le dio a conocer la cesión (505), entendiéndose por esto su notificación (506).

Para los demás terceros era desde la fecha de la cesión y no desde su notificación al deudor cuando surtía sus efectos, es decir, que la adquisición del cesionario no podía ser ignorada por los demás aunque no hubiese sido notificada al deudor, y aunque ellos mismos no la conociesen. Así, en caso de doble cesión, el conflicto entre los diversos cesionarios se decidía, conforme al § 1.033, en favor de aquel cuya cesión hubiese sido la primera en producirse, aunque no hubiese sido conocida por el deudor; pero este adquirente no podía evitar que el deudor hiciera valer contra él lo pagado o negociado con otro cesionario, si al tiempo de pagar o negociar con él no conocía el deudor la adquisición del crédito por el cesionario anterior (507). Es decir, si la segunda cesión (ineficaz) fue la notificada al deudor y éste hubiese pagado al segundo cesionario cuando todavía no conocía la primera, aunque el primer cesionario era el que había adquirido el crédito, nada podía exigir al deudor, sino que había de dirigirse contra el cedente; pero tampoco podía dirigirse contra el

(504) Vid. Bluntschli, últ. loc. cit., *in fine*.

(505) «Auf der andern Seite darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung der Forderung nicht erschwert werden. Der Schuldner kann daher gegen den Zessionar auch alle diejenigen Einreden geltend machen, welche ihm gegen den Zedenten zustehen, vorausgesetzt, daß dieselben nicht später als die Kundgebung der geschenehen Zession entstanden sind» (§ 1036).

(506) Bluntschli, *op. cit.*, p. 93, § 1036.

(507) «Hat der Gläubiger eine Forderung an verschiedene Zessionare abgetreten, so geht derjenige vor, dem dieselbe zuerst übertragen worden ist. Hat aber der Schuldner den spätern Zessionar bezahlt, ohne von der ältern Zession Kenntniß zu haben, so ist die Zahlung gültig» (§ 1033).

segundo cesionario (el accipiens), a menos que éste hubiese actuado de mala fe (508).

Aunque no había un precepto específico sobre ello, parece bastante claro que los acreedores del cedente no podían embargar el crédito si ya había sido cedido, aunque la cesión no hubiese sido notificada al deudor. Y también parece claro que no se admitía, por lo menos en vía de principio, adquisiciones a *non domino*. En los supuestos de doble cesión, la segunda era de crédito ajeno y, por ello, ineficaz.

3.1.2. *Proyectos del Código de obligaciones* (509)

El primero de ellos data de 1871 y fue obra de W Munzinger. No se exigía en él una forma específica para la validez ni para la eficacia de la cesión. La eficacia de la cesión frente a terceros, y no sólo frente al deudor, requería de su publicidad, la cual consistía en la notificación del cedente o del cesionario al deudor, o de que de cualquier otra forma segura se le diese conocimiento de ella (510). Por lo que respecta al deudor, esto significaba que no era el acuerdo de cesión sino su conocimiento por él lo que realmente deslegitimaba al cedente y legitimaba al cesionario para exigir el pago y para negociar sobre el crédito. Es más, la posición del deudor quedaba específicamente protegida frente al riesgo de tener que volver a pagar, estableciendo que podía negarse a hacerlo al cesionario en tanto la cesión no le hubiese sido notificada por el cedente o judicialmente, a menos que el cesionario le demostrase su adquisición (511). De esto se desprende que si la notificación del cesionario era suficiente para deslegitimar al cedente frente al deudor, no lo era, en cambio, para probar su adquisición, a menos que fuera acompañada de otras pruebas. En cambio, la notificación del cedente o la judicial sí bastaban para, al mismo tiempo que deslegitimaban al cedente, proporcionar al cesionario la prue-

(508) Bluntschli, *op. cit.*, pp. 91 y 92, § 1033, donde sí se exige buena fe al deudor, la cual consiste en que la primera cesión no le haya sido notificada y que sí lo haya sido la segunda, con lo que parece que la solución debería ser la misma cuando el deudor ha tenido conocimiento de la primera por vías distintas a la notificación.

(509) El texto de los diferentes proyectos lo he seguido a través de los preceptos transcritos por B. Huwiler, «Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1881», en *Das Obligationen Recht 1883-1983*, por P. Caroni, 1984, pp. 238-257.

(510) «Damit die Abtretung einer Forderung auch dem Schuldner derselben und dritten Personen gegenüber wirksam sei, ist erforderlich, daß der Schuldner von dem Cedenten oder von dem Cessionar oder sonst in zuverlässiger Weise von der Abtretung benachrichtigt worden sei» (art. 170).

(511) «Wenn der Schuldner weder von dem Cedenten, noch auf gerichtlichem Wege von der Cession benachrichtigt worden sei, so kann er von dem Cessionar den Nachweis der geschenehenen Cession verlangen» (art. 171.1).

ba de su adquisición. En los demás casos, el conocimiento de la cesión por el deudor le impedía pagar al cedente sin asumir riesgos, sin darle seguridad alguna si lo hacía al supuesto cesionario. Y en relación a los demás terceros, tales como acreedores del cedente y otros cesionarios, lo que decidía si aquéllos podían embargar el crédito o cuál de éstos adquiriría el crédito no era la fecha de la cesión sino la de su conocimiento por el deudor.

El segundo y el tercer proyecto, de 1875 y 1877 respectivamente, obra de H. Fick, introdujeron como novedad más importante la ampliación de la eficacia del acuerdo de cesión frente a terceros distintos del deudor, sin necesidad de notificación (512). Por lo que respecta a éste, se mantiene la legitimación del cedente hasta que tiene conocimiento de la cesión, sin que por conocerla pueda pagar sin riesgo al supuesto cesionario, a menos que el cedente le haya notificado la cesión o que el cesionario le proporcione una prueba de la misma (513). Con lo cual, nos encontramos una vez más con que la notificación del cesionario basta para deslegitimar al cedente, pero no prueba su propia adquisición.

El cuarto proyecto fue obra de J.C. Bluntschli, data de 1879 y en él se contienen las líneas generales del Código de obligaciones de 1881. Se establecía que la cesión era vinculante cualquiera que fuera la forma en que hubiera sido hecha, pero que sólo era eficaz frente a terceros si constaba en documento de fecha cierta, o si se entregaba al cesionario el documento representativo del crédito (514).

Por lo que respecta al deudor, a pesar de esa afirmación de ineficacia frente a terceros del simple acuerdo de cesión, se establecía que carecía de efecto liberatorio el pago que hiciese al cedente una vez que tuviese conocimiento de la cesión, aunque sólo supiese que se había celebrado tal acuerdo, no siendo necesario que supiese que ya había sido documentado o que habían sido entregados al cesionario los documentos del crédito (515), es decir, aunque la cesión no fuese todavía eficaz frente a terceros (516). Sin embargo, tampoco era sufi-

(512) Art. 160.1 del tercer proyecto.

(513) Art. 159 del segundo y del tercer proyecto.

(514) «Die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich.

Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Übergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung oder der Übergabe der Sculdurkunde» (art. 202 del cuarto proyecto).

«Das nicht beglaubigte Datum einer Privaturkunde hat Dritten gegenüber keine selbständige Beweiskraft» (art. 16 del 4.º prto.).

(515) «Hat der Schuldner von der Abtretung der Forderung Kenntniß erlangt, so kann er nicht mehr gültig and den früheren Gläubiger Zahlung leisten (art. 204.1 del 4.º prto.).

(516) Esta parecía ser la idea de los redactores (Huwiler, *últ. op. cit.*, p. 256, con cita de Fick).

ciente con conocer la cesión para poder pagar o negociar con el cesionario sin correr riesgo, hasta que éste le proporcionase una prueba de la cesión, entendiéndose por ésta el documento de cesión o el del crédito (517).

Por lo que respecta a los demás terceros, es decir, a los acreedores del cedente y a otros posibles cesionarios, la cesión no era eficaz contra ellos, con independencia de que la conociesen o no, hasta que no constase en un documento o hasta que fuesen entregados al cesionario los documentos relativos al crédito. Esto significa que los acreedores del cedente podían embargar el crédito cuya cesión ya había sido convenida, si no se daban esos otros requisitos (518); y que el conflicto entre diferentes cesionarios se decidía en favor de aquel cuya cesión constase en documento de fecha cierta anterior, o aquel a quien se hubiese entregado los documentos relativos al crédito (519). Y si en el caso de doble cesión, el deudor hubiese pagado o negociado con el segundo cesionario sin tener conocimiento de la cesión anterior, lo podría hacer valer frente al verdadero adquirente (520). Supongo, por mi parte, que ese conocimiento podía recaer sobre la existencia de un acuerdo de cesión anterior y no necesariamente sobre la existencia de una cesión plenamente eficaz frente a terceros (521), y también supongo que el segundo cesionario habría entregado al deudor prueba de la cesión, es decir, demostración suficiente de su legitimación, mediante el documento de cesión o el relativo al crédito cedido (522).

(517) «An den neuen Gläubiger zu zahlen, ist dagegen der Schuldner weder verpflichtet noch berechtigt, bevor ihm genügender Nachweis des Überganges im Sinne des Artikels 202, Absatz 2, geliefert ist» (art. 204.2 del 4.º prto.).

(518) *Vid.* art. 202.2, en la mención especial que hace de los acreedores del cedente, para establecer la ineficacia frente a ellos del mero acuerdo de cesión.

(519) «Hat der Gläubiger an verschiedene Personen nach einander dieselbe Forderung abgetreten, so geht derjenige vor, an welche sie zuerst nach Maßgabe des Artikels 202, Absatz 2, übergegangen ist» (art. 205.1 del 4.º prto.).

(520) «Hat in einem solchen Falle der Schuldner, ohne von dem früheren Übergang Kenntniß zu haben, dem späteren Erwerber gezahlt, so ist die Zahlung gültig» (art. 205.2 del 4.º prto.).

(521) Parece lógico entender que el conocimiento está referido al acuerdo de cesión, y no a que se den los requisitos ulteriores para su plena eficacia, ya que también era esto lo que se entendía para excluir la validez del pago al cedente por parte del deudor que conociese el acuerdo de cesión. Lo que sucede es que para este último caso se empleó la expresión *Kenntniß der Abtretung* (art. 202.1, transcrito en nota 515), esto es, conocimiento del acto jurídico de cesión, mientras que en el de la doble cesión se habla de *Kenntniß der Übergang* (art. 205.2, transcrito en nota 520). Y lo primero puede ser interpretado como conocimiento del acuerdo de cesión, para excluir la validez del pago al cedente, mientras que lo segundo puede serlo como conocimiento de la adquisición por el cesionario anterior, es decir, del acuerdo más su formalización, para excluir sólo así la validez del pago al segundo cesionario.

(522) Lo lógico sería entender que si el deudor paga a un supuesto cesionario que no le ha proporcionado una prueba de su adquisición, esto es, el documento de cesión o

La duda y la cuestión más polémica para la doctrina y que no desapareció con la aprobación del Código de 1881, fue la de determinar si el acuerdo de cesión no formalizado era un *pactum de cedendo*, cuya eficacia era meramente obligatoria y que carecía de eficacia traslativa inter partes, o si el cesionario adquiría el crédito en virtud del acuerdo de cesión y lo que sucedía era que su adquisición no era oponible frente a terceros. Por lo demás, téngase en cuenta que lo constante en todos los proyectos era que el conocimiento de la cesión por el deudor deslegitimaba al cedente para exigirle el pago e impedía al deudor pagarle sin correr riesgos, mientras que la legitimación del cesionario dependía de la prueba de su adquisición.

3.2. El Código de obligaciones de 1881 (523)

En su art. 183 reconocía, como no podía ser menos, la transmisibilidad de los créditos sin tener que contar con el consentimiento del deudor (524). En el art. 184 se declaraba vinculante la cesión cualquiera que fuese la forma en que hubiese sido hecha, si bien para que la transmisión fuese eficaz frente a terceros era necesario que constase por escrito (525). A diferencia del cuarto proyecto, ya no se exigía que dicho documento fuese de fecha cierta, ya que no pasó al texto definitivo la exigencia de fecha cierta para que un documento surtiese efecto contra tercero (526). También a diferencia del cuarto proyecto, la entrega al cesionario de los documentos relativos al crédito dejó de ser una alternativa a la documentación de la cesión para que ésta alcanzase plena eficacia.

El precepto contenido en el art. 184 fue muy discutido. Al principio predominó la tesis de que la cesión no documentada no era más que un *pactum de cedendo*, carente de eficacia traslativa, incluso, inter partes, y que sólo obligaba al cedente a documentar la cesión, con lo

el del crédito, actúa a su propio riesgo, es decir, a riesgo de que tal cesión no haya tenido lugar y siga siendo el cedente su verdadero acreedor, o de que lo sea otro cesionario. Téngase en cuenta el art. 204.2, transcrito en nota 517.

(523) *Das schweizerische Obligationenrecht*, del que he manejado la versión alemana con notas de H. Hafner, Zúrich, 1883.

(524) «Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen» (art. 183).

(525) «Die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich.

Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Uebergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung» (art. 184).

(526) *Vid* nota 514.

que se producía la transmisión (527). Pero en un momento posterior se acabaría imponiendo la tesis según la cual la cesión no documentada sí produce efecto traslativo en favor del cesionario, permaneciendo su adquisición inoponible frente a terceros en tanto no constase por escrito (528).

A favor de la consideración de la cesión no documentada como un negocio puramente obligacional, desprovisto de eficacia traslativa inmediata, podría interpretarse la expresión «verbindlich», empleada en la versión alemana del art. 184.1, como también la solución dada por el art. 186 al conflicto entre diversos cesionarios en caso de doble o múltiple cesión, puesto que no prevalecía aquel cuya cesión hubiese sido la primera, sino el que presentase documento de fecha anterior (529). Ninguno de estos argumentos, sin embargo, me parece decisivo, pues los preceptos en los que pretende basarse podrían igualmente existir en un sistema en el que el acuerdo de cesión tuviera eficacia traslativa inter partes, inoponible a tercero.

Desde luego, que se diga que el acuerdo de cesión es vinculante cualquiera que sea la forma en que se haya hecho, no es prueba de que carezca de eficacia traslativa inmediata. Y tampoco lo es la solución al conflicto entre cesionarios, porque la prevalencia de la primera cesión en ser documentada sobre la primera en ser acordada no necesariamente es consecuencia de que el acuerdo de cesión sólo tenga eficacia obligatoria, ya que también puede serlo de la inoponibilidad de la adquisición anterior no documentada frente a la que sí lo está. Mutatis mutandis se da la misma solución en el Code, donde lo decisivo no es la documentación sino la notificación/aceptación de la cesión, y nadie discute la eficacia traslativa inter partes del acuerdo de cesión en Francia, por más que haya mejores argumentos para entender que, realmente, en el caso francés la eficacia traslativa de la cesión no notificada/aceptada es más nominal que real, por lo menos, según la interpretación del art. 1690 con arreglo a sus precedente y a la voluntad del legislador (529 bis).

Y tampoco del antecedente más directo del art. 184 se desprende, contra lo que a veces se afirma (530), que en el cuarto proyecto sí se había aceptado que la cesión no documentada careciese de eficacia

(527) Por todos, Hafner, *op. cit.*, p. 52, § 184, nn. 2 y 3.

(528) H. Degenkolb, «Zu Artikel 184 und Artikel 191 des schweizerischen Obligationenrechts», en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, t. 10 (1891), pp. 257 y ss., y, sobre todo, V. Rossel, *Manuel du Droit Fédéral des Obligations*, 1.^a ed., París-Lausana, 1892, pp. 233 y ss.

(529) «Haben mehrfache Abtretungen derselben Forderung stattgefunden, so geht diejenige vor, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt» (art. 186).

(529 bis) Me remito al análisis que hice de esta cuestión en el sistema codificado francés de cesión, epígrafes II, III y conclusión.

(530) Vid. Huwiler, *últ. op. cit.*, pp. 262-265.

traslativa inmediata. Desde luego, no es prueba definitiva de esa eficacia inmediatamente sólo obligatoria el precepto que establecía que el deudor no estaba obligado ni autorizado a pagar al cesionario si éste no le proporcionaba una prueba escrita (documento de cesión o del crédito) de su adquisición (531). De esto no se puede extraer como conclusión que el cesionario no hubiera adquirido el crédito con el acuerdo de cesión. Y es que esa regla se puede explicar también entendiendo que lo que en ella se hacía era permitir al deudor negar la prestación al sedicente cesionario en tanto éste no probase su adquisición, pero que si, a pesar de todo, aquél pagaba, lo haría asumiendo el riesgo de que el *accipiens* ha adquirido el crédito, lo que sucede es que si no lo demuestra el deudor actúa a su propio riesgo. Y si ya lo había adquirido, pero su adquisición no era oponible frente a terceros, el deudor asume el riesgo de no poder hacer valer ese pago frente a un acreedor del cedente que embargue el crédito, o frente a otro cesionario cuya cesión sí esté documentada.

Pero es que, además, en el cuarto proyecto resultaba que el cedente dejaba de estar legitimado para exigir y recibir el pago cuando el deudor tenía conocimiento del acuerdo de cesión (532), por lo que si éste estaba en condiciones de demostrar que hubo tal acuerdo, podía negarle el pago y, si pagó al cesionario nada tendría que temer del cedente, a menos que demostrase la invalidez o ineficacia de la cesión. Más aun, al referir el conocimiento del deudor también a la cesión no documentada y establecerse en el art. 204.1 del cuarto proyecto que si la conocía no podía pagar al acreedor anterior («... an den *früheren* Gläubiger»), resulta que el cedente no era su actual acreedor, lo cual da a entender que la idea de los autores de dicho proyecto no era la de que la cesión, no documentada o seguida de la entrega al cesionario de los documentos relativos al crédito, careciese de eficacia traslativa inmediata.

Otra cosa eran los acreedores del cedente y los otros eventuales cesionarios del mismo crédito: como a éstos sólo podría perjudicar una cesión documentada anterior, el deudor que hubiese pagado al cesionario sin exigirle y obtener la prueba escrita de su adquisición, sí se arriesgó a no poder hacer valer ese pago frente a un acreedor del cedente o frente a otro cesionario. Pero a esta misma conclusión se llegaría aunque se entendiese que el cesionario adquirió el crédito desde el acuerdo de cesión, pero que esta adquisición no era oponible frente a los terceros.

Por consiguiente, en lo que parece que sería diferente la solución si se entiende que el mero acuerdo de cesión era traslativo inter partes o si sólo era obligacional, no era, pues, si el deudor podía o no pagar al cesionario antes de que la cesión fuese plenamente eficaz, ya que

(531) Art. 204.2 del 4.º prto., transcrito en nota 517.

(532) Así se interpretó el art. 204.1 del 4.º prto., transcrito en nota 515.

podía hacerlo, pero si no se quedaba con una prueba escrita de la adquisición del accipiens, asumía el riesgo de no poder oponer el pago al cedente, si la cesión no se había producido (invalidez, ineficacia), ni tampoco frente a los demás terceros, si la cesión no se había producido o no estaba documentada o seguida de la entrega al cesionario de los documentos relativos al crédito. La diferencia relevante entre la cesión como mero pactum de cedendo y como cesión traslativa inoponible a terceros, quizá, habría que encontrarla, tan sólo, a la hora de decidir si el deudor podía o no exigir del accipiens la devolución de lo cobrado indebidamente. Si se opta por considerar que el mero acuerdo de cesión sólo es un pactum de cedendo, y el deudor hubiese pagado al cesionario, podría, lógicamente, exigir la devolución, puesto que el accipiens no había adquirido (todavía) el crédito; aunque, probablemente, habría entonces que entrar en la cuestión de si hubo o no error en el solvens. En cambio, si se entiende que la cesión transfirió el crédito al cesionario, pero todavía no de forma oponible a terceros, el deudor que le pagó no podría exigir la restitución puesto que el accipiens era su acreedor, y si luego se vio obligado a volver a pagar a un acreedor del cedente o a otro cesionario con cesión documentada, se habría de dirigir contra el cesionario al que pagó en primer lugar. Y a mí me parece que el cuarto proyecto es tan compatible con una como con otra solución. Por todo lo cual, no creo que la no incorporación de lo dispuesto en el art. 204.1 de dicho proyecto al texto definitivo sea ni deje de ser prueba del abandono de la consideración del mero acuerdo de cesión como un pactum de cedendo.

Se podría decir que mis explicaciones no demuestran que el cuarto proyecto reconociese eficacia traslativa inter partes al acuerdo de cesión. Pero es que tampoco lo pretendo. Lo que sostengo es que su redacción era compatible con esa solución y con la otra. Lo que podríamos preguntarnos es cuál fue la intención del autor de la norma. Dicho proyecto fue obra de Bluntschli, cuyas ideas estaban bastante lejos de la consideración del acuerdo de cesión como un pactum de cedendo. Él pretendía, por un lado, agilizar y facilitar la circulación de los créditos, lo que parece estar más en consonancia con la eficacia traslativa del acuerdo de cesión cualquiera que fuese la forma en que hubiese sido hecho, y, por otro lado, proteger a los terceros frente a posibles inseguridades (el deudor) o frente a posibles fraudes (acreedores del cedente y otros cesionarios), y es por esto por lo que se exigía la documentación de la cesión o la entrega al cesionario de los documentos relativos al crédito, esto es, para que su adquisición les fuese oponible (533). Y, además, los modelos francés y, sobre

(533) *Vid.* Huwiler, *últ. op. cit.*, pp. 246-249.

La exigencia de fecha cierta evita cesiones antedatadas y la entrega al cesionario de los documentos relativos al crédito dificulta una segunda cesión o el fraude a los

todo, el alemán, que fueron los que inspiraron al legislador suizo, reconocían la eficacia traslativa del acuerdo de cesión (el alemán de manera plena, ex § 398 B.G.B., y el francés, al menos, nominalmente, sólo *inter partes*, ex art. 1690 Code), y no se expresaban en términos de *pactum de cedendo* (534).

Mi opinión, por tanto, sería la de que, en realidad, no merecía excesivamente la pena discutir acerca de si el acuerdo de cesión tenía o carecía de eficacia traslativa inmediata *inter partes*. Y lo pienso no porque la cuestión, planteada en abstracto, carezca de interés, sino porque tanto en el cuarto proyecto como en el texto definitivo del Código de obligaciones de 1881 sus preceptos permitían resolver prácticamente todas las cuestiones de interés, es decir, resolver los diferentes conflictos típicos de interés entre los sujetos afectados por la cesión, dándoles una respuesta compatible, esto es, independiente de la consideración del acuerdo de cesión como un simple *pactum de cedendo* o no.

Considero, pues, preferible atender a los criterios que en el Código de 1881 fueron recogidos para decidir esos conflictos. Cuando éste se planteaba entre acreedores del cedente y el cesionario, aquéllos prevalecían si la cesión no había sido documentada, como se desprendía del art. 184.2. Y si se plantea entre diversos cesionarios de un mismo crédito, conforme al art. 186, prevalecía aquel cuya cesión constase en documento de fecha anterior. Conforme al art. 191, el cesionario tenía derecho a exigir del cedente la documentación de la cesión y la entrega de dicho documento, así como la del relativo al crédito y aquellos otros medios de prueba que facilitasen su realización (535). En cuanto al deudor, aunque la cesión no documentada no surtiese efecto frente a terceros ex art. 184.2, lo cierto es que se entendía que si tenía conocimiento de ella no debía pagar ni negociar con el cedente, como parecía desprenderse del art. 187 (536). También era

acreedores del cedente, si este documento se encuentra entre los papeles del concursado.

(534) La mezcla existe desde el momento en que del modelo francés (art. 1690 del Code) se toma la distinción *inter partes*/frente a terceros para la eficacia traslativa, en tanto que del modelo alemán (§ 407) se acepta, contra la radical aplicación que la distinción anterior parece permitir e imponer el tenor literal del Code, que el deudor que tiene conocimiento del acuerdo de cesión paga al cedente a su propio riesgo.

(535) «Der Abtretende ist verpflichtet, dem Erwerber eine Abtretungsurkunde zuzustellen, die Schuldurkunde auszuliefern und ihm alle vorhandenen Beweismittel und die zur Geltendmachung der Forderung nöthigen Aufschlüsse mitzuthemen» (art. 191).

(536) «Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den früheren Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit» (art. 187).

el momento en que el deudor conocía la cesión el que, conforme al art. 189, permitía decidir si podía o no oponer al cesionario excepciones que tuviera contra el cedente: podía si ya entonces estaban fundadas (537), con independencia de que ya entonces estuviese la cesión documentada o no. Es decir, que el cesionario adquirente, perjudicado por el pago hecho por el deudor al cedente o a un cesionario posterior, no tenía por qué soportarlo si probaba que su cesión fue notificada al deudor o que éste la conocía cuando pagó.

La explícita exigencia de buena fe al deudor como requisito y como fundamento de la eficacia liberatoria frente al adquirente del pago hecho al cedente o a otro cesionario puede ser indicio pero no argumento incontestable para entender que el sólo acuerdo de cesión tenía eficacia traslativa inter partes: que el deudor se libere ex bona fide si paga al cedente después del acuerdo de cesión no sólo puede deberse a que el accipiens ya no era su acreedor, sino también a que ya no estaba legitimado para exigir ni recibir el pago. De esto tampoco se deriva que el cesionario ya estuviera legitimado para ello, una vez que el deudor tenía conocimiento de la cesión: hasta que no proporcionase una prueba escrita de su adquisición éste podía negarle el pago.

Así pues, parece que la notificación del cedente o la del cesionario, o cualquier otra forma de conocer el deudor la cesión, le impedían pagar al cedente sin correr riesgos, pero tampoco le permitían hacerlo al supuesto cesionario con la seguridad de poder oponer ese pago frente al que resultara ser el verdadero titular del crédito. Esta seguridad sólo se la proporcionaba un documento demostrativo de la cesión, que será lo que permitirá al deudor rechazar la pretensión de cobro del cedente o de los acreedores de éste o la reclamación de otro cesionario. Del art. 187 se desprende que también paga a su propio riesgo el deudor que lo hace a un cesionario que acredita documentalmente su cesión, si otro cesionario puede demostrar que conocía el solvens esa otra cesión, que era anterior y que estaba documentada.

Por tanto, de lo establecido en los arts. 184.2, 186 y 187 podían extraerse sin graves problemas soluciones coherentes a los diversos conflictos de interés, incluida la siempre difícil cuestión de concretar cuándo el deudor paga asumiendo el riesgo de hacerlo con quien no está legitimado para cobrar y cuándo lo hace con la

En el sentido arriba apuntado, P. Jacottet, *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, ed. revisada, Neuchâtel, 1884, pp. 139 y 140; así era como se había interpretado el art. 204.1 del 4.º prto. En contra, es decir, considerando inoponible al deudor la cesión no documentada, aunque de él conocida, Rossel, *op. cit.*, p. 246.

(537) «Einreden, welche Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntniss erhielt» (art. 189.1).

seguridad de poder hacer valer ese pago al que resulte ser su verdadero acreedor.

La existencia o no de una cesión documentada y su prueba será lo que decida el conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente o entre diversos cesionarios, siendo la fecha del documento lo que decida la cuestión entre diversos cesionarios con cesión documentada o si el adquirente ha de soportar o no el embargo del crédito por acreedores del cedente. A su vez, el deudor que sea capaz de probar la existencia de un acuerdo de cesión podrá negarse a pagar al cedente, sin que por esto quede obligado a hacerlo al supuesto cesionario, a menos que éste le proporcione prueba escrita de su adquisición, y aunque así fuera también podría negarle el pago si conoce otra cesión anterior. Por otra parte, el deudor podía pagar con efecto ciertamente liberatorio al acreedor originario en tanto no le constase la existencia de una cesión, es decir, a menos que el adquirente demostrase que cuando aquél pagó ya conocía la cesión; y el deudor puede pagar con efecto ciertamente liberatorio a un supuesto cesionario que le proporciona prueba escrita de la cesión, en tanto no se demuestre la falsedad del documento (538) o en tanto otro cesionario no demuestre que el deudor pagó cuando ya sabía que el crédito había sido cedido antes a otro. En los demás casos, el deudor puede consignar, si no quiere actuar a su propio riesgo (539). Por lo demás, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que tuviese contra el cedente, en tanto no se demuestre que se generaron o fundamentaron después de que el deudor tuvo conocimiento de la cesión (art. 189).

Pues bien, todas estas respuestas son compatibles tanto con la eficacia no inmediatamente traslativa del acuerdo de cesión, como con su eficacia traslativa sólo inter partes. Queda por ver si en los demás supuestos, en los que el deudor actúa asumiendo el riesgo de equivocarse, puede o no tener relevancia que el acuerdo no documentado de cesión sea o no algo más que un pactum de cedendo.

Si el deudor paga al cedente y el cesionario con cesión documentada demuestra que al hacerse el pago tenía conocimiento de la cesión, creo que de nada le serviría al deudor demostrar que al tiempo del pago no había sido documentada todavía esa cesión, pretendiendo así que él pagó al que entonces seguía siendo su acreedor. Y es que del art. 187 se desprende que carece de eficacia liberatoria el pago hecho al cedente una vez que se tiene conocimiento de la cesión, con

(538) En este caso siempre prevalece la realidad (la titularidad del supuesto cedente) sobre la apariencia.

(539) «Ist die Frage, wem eine Forderung zustehe, streitig, so kann der Schuldner die zahlung verweigern und sich durch gerichtliche Hinterlegung befreien. Zahlt der Schuldner, obschon er von der Streite Kenntniss hat, so thut er es auf seine Gefahr» (art. 188.1).

independencia de que ésta esté o no documentada, y el efecto liberatorio depende de la buena fe del deudor y el cedente había quedado deslegitimado, desde el acuerdo de cesión, de exigir el pago al deudor (540). Por tanto, lo que debería probar este deudor, que ha pagado al cedente sabiendo que existía un acuerdo de cesión, es que tal acuerdo no fue vinculante (*verbindlich*) para el cedente (nulidad, anulabilidad en interés del cedente), por lo que todavía conservaba la legitimación para exigir y recibir el pago y para disponer del crédito. Por tanto, tampoco es decisivo para resolver esta cuestión si la cesión no documentada es o no algo más que un *pactum de cedendo*.

Y si el deudor, que tenía conocimiento de la cesión pagó al cesionario sin exigirle prueba escrita de su adquisición, también habría pagado a su propio riesgo, tanto respecto al cedente (el deudor no puede probar el acuerdo de cesión), como, sobre todo, frente a otros terceros, tales como acreedores del cedente u otros cesionarios (si no puede probar que la cesión estaba documentada y con fecha anterior). Es, por tanto, indiferente también que el mero acuerdo de cesión fuera o no algo más que un *pactum de cedendo*.

¿Qué relevancia práctica podía tener, pues, que la cesión no documentada tuviese o no eficacia traslativa inter partes? Me parece que muy escasa. Quizá, para decidir desde cuándo adquirió el cesionario el derecho a percibir los frutos del crédito; digo quizá porque nada impide atribuirlos al cesionario, aunque el acuerdo de cesión carezca de eficacia traslativa inmediata (541). Quizá, pues tampoco estoy muy seguro, para conceder o no la *condictio indebiti* al deudor que ha pagado a un cesionario cuya cesión no estaba documentada. Y es que, en este caso habría que tener en cuenta dos cosas, ninguna de ellas con relación a la posible eficacia traslativa del acuerdo de cesión: la primera es si hubo o no error en ese pago; la segunda, no olvidar que el deudor es, de todas formas un tercero, por lo que no tiene por qué reconocer la adquisición del cesionario.

Por consiguiente, no me parece muy justificada la polémica que el art. 184.1 suscitó en torno a si la cesión no documentada era no algo más que un *pactum de cedendo*. Y si, a pesar de todo, tuviera que decidir cuál fue la voluntad del autor de la norma, me inclinaría a pensar, como ya he explicado, que ésta fue la de la eficacia traslativa inter partes de la cesión no documentada. Esto es lo que parece des-

(540) A favor de esta solución está la interpretación dada al antecedente del art. 187 en el 4.º prtº., y Jacottet, loc. cit. En contra, Rossel, últ. loc. cit., para quien la cesión no documentada no es oponible al deudor, aunque la conozca.

(541) Como ejemplo de esto y prueba de lo relativo e impreciso de la expresión «eficacia exclusivamente obligacional o también traslativa», recordemos que nuestro Código Civil, donde, en principio, el contrato no tiene eficacia traslativa inmediata, los frutos son atribuidos al adquirente ex art. 1095.

prenderse de los textos de las versiones francesa e italiana del art. 184 (542). Es más, en mi opinión, los textos en francés y en italiano permiten entender que tal eficacia traslativa no sólo se limitaba a las relaciones cedente-cesionario, sino que también los terceros interesados en ella podían valer la cesión aunque no hubiese sido documentada, ya que lo que en el art. 184.2 se establecía no era la absoluta ineficacia de la cesión no documentada *en relación a terceros*, sino su inoponibilidad en perjuicio de tercero. Y, normalmente, sería el deudor que hubiera pagado al cesionario el que estaría interesado en hacer valer la cesión frente al cedente. Pero frente a los otros terceros (acreedores del cedente y otros cesionarios) de nada serviría al deudor el acuerdo de cesión si no estaba documentado.

A pesar de la escasa relevancia práctica de aquella discusión, las críticas que suscitó el art. 184, según se dijo, por la inseguridad y los equívocos que entrañaba para el tráfico, llevaron al convencimiento de que era necesario establecer un sistema de cesión más claro cuando se confeccionase el nuevo Código. En mi opinión, como el motivo de esta decisión no es del todo cierto (la supuestamente difícil interpretación del art. 184), puesto que lo verdaderamente artificiosa es la distinción entre pacto de ceder y cesión con efecto traslativo inoponible a tercero, se corrió el riesgo de montar un pretendidamente nuevo sistema de cesión, sin conseguirlo realmente, si no se modifican los criterios para decidir los conflictos de intereses.

Finalmente, quiero llamar la atención sobre el carácter híbrido del sistema de cesión del Código de 1.881. Parece como si los arts. 184 y 186 reprodujeran la norma del art. 1.690 del Code, pero sustituyendo la notificación/aceptación de la cesión por su documentación (543). Y ciertamente tienen en común el propósito de establecer la distinción *inter partes/frente a terceros* en cuanto a la eficacia traslativa del acuerdo de cesión. Pero mientras que el precepto francés antes citado se ve confirmado por lo que en el 1.691 se establece, pues permite al deudor que ha tenido conocimiento de una cesión no notificada o que no ha aceptado pagar al cedente con plena eficacia liberatoria, el del

(542) «La validité de la cession n'est soumise à aucune condition de forme.

Toutefois le transport n'est opposable aux tiers notamment en cas de faillite du cédant, que s'il est constaté par un acte écrit» (art. 184).

«Per la validità della cessione non è richiesta alcuna forma speciale.

Tuttavia perchè la trasmissione sia efficace in confronto dei terzi, specialmente nel caso di fallimento del cedente, deve essere fatta per iscritto» (art. 184).

(543) «Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique» (art. 1690 Code).

Compárese con los arts. 184 y 186 del Código suizo de 1881, transcritos en notas 525, 529 y 542.

art. 187 del Código niega esa facultad al deudor que conoce la cesión, aunque todavía no está documentado es decir, aunque no fuera todavía oponible a tercero (544). Por tanto, mientras el sistema francés del Code trata a todos los efectos al deudor igual que a los demás terceros, permitiéndole actuar con seguridad, como si la cesión no se hubiese producido aunque ya la conociera, si ésta no reunía todavía los requisitos para ser eficaz en relación a terceros, el suizo no trata al deudor como a los demás terceros, puesto que el conocimiento de la cesión, aunque no estuviese todavía documentada, impedía al deudor actuar con seguridad como si esa supuesta cesión no hubiese tenido lugar, en tanto que para los demás terceros (acreedores del cedente y otros cesionarios) sólo importaba si la cesión estaba o no documentada (545) y, en tal caso, las respectivas fechas. Este diferente trato del deudor respecto a los demás terceros era completamente extraño al sistema francés. La distinción fue tomada el sistema alemán, concretamente, del art. 331 del proyecto del Código de derecho de obligaciones de Dresde (546), de que se desprendía que aunque la cesión producía su efecto traslativo en relación a todos, incluido el deudor, la buena fe de éste le permitía, sin embargo, por razones de equidad, oponer frente al adquirente lo actuado con el cedente, pero sólo si no tenía conocimiento de la cesión. Como también procede del alemán la regla sobre la oponibilidad al cesionario de excepciones que el deudor tuviera contra el cedente, con tal que hubiesen estado fundamentadas antes de conocer el deudor de la cesión (547).

El problema o la crítica al sistema de cesión del Código de obligaciones de 1881 es, fundamentalmente, que al ser híbrido parece acumular las deficiencias de ambos modelos. Al exigir la documentación de la cesión para que fuese eficaz frente a terceros resta rapidez al tráfico, como también seguridad, al hacer más insegura la posición del cesionario en virtud de una cesión no documentada, vicio heredado del sistema francés. Pero al hacer relevante en contra del deudor su conocimiento de la cesión (aun de la no documentada) le pone en una situación incómoda, pues actuará a su propio riesgo tanto si lo hace con el cedente como el supuesto cesionario, a menos que este último le haya proporcionado prueba escrita de la cesión, no quedándole más

(544) «Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré» (art. 1691 Code).

Confróntese con el art. 187 del Código suizo, transcrito en nota 536.

(545) Jacottet, loc. cit.

(546) «Der Schuldner, welcher nach giltig erfolgter Veräußerung der Forderung an den 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 Proyecto de Dresde).

(547) Art. 189, que coincide con lo que en esa misma época se estaba decidiendo en la comisión redactora del BGB.

remedio en caso contrario que el de consignar. Defecto éste que hereda del sistema alemán. Se pierde, pues, en seguridad para el deudor, sin ganar en una mayor rapidez y seguridad para el tráfico. Habrá que ver en qué medida el nuevo Código resolvió esta actuación.

3.3 El Código federal de obligaciones de 1911

Su proceso de elaboración muestra cómo la propuesta inicial de E. Huber de exigir la forma escrita como requisito de validez de la cesión fue apoyada en todo momento (548), ante las críticas que había suscitado el art. 184 del Código del 1881 (549). La exigencia de forma escrita para la cesión quedó, así, establecida en el nuevo art. 165.1 (550). Con esta salvedad, lo cierto es que, en sus líneas generales, el reformado sistema suizo de cesión se aproxima bastante al del B.G.B.

La cesión negocial (*Abtretung*) es un negocio jurídico abstracto de disposición. Se perfecciona por el acuerdo de voluntades formalizado por escrito, considerándose suficiente con que la oferta del cedente esté documentada y que haya sido aceptada por el destinatario (551). Este negocio de disposición es, pues, cumplimiento de una obligación de ceder del cedente, bien asumida voluntariamente, en virtud de un negocio puramente obligacional, o que le ha sido impuesta en testamento o por la ley, hablándose en el primer caso de cesión negocial voluntaria, y en los otros de cesión negocial necesaria (552). Como acuerdo abstracto traslativo, ni su validez ni su eficacia dependen de la del negocio obligacional, de manera que de no haber existido o fallar la causa no por ello no se ha producido la transmisión (553). Tampoco se requiere para su validez ni eficacia que en el documento de cesión se haga constar su fecha (554). Y tampoco hace falta la

(548) *Vid.* Huwiler, *últ. op. cit.*, pp. 273-276.

(549) *Botschaft des Bundesrates* (an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen), de 3 de marzo de 1905, p. 90.

(550) «Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form.

Die Verpflichtung zum Abschluß eines Abtretungsvertrages Kann formlos begründet werden» (art. 165).

(551) Por todos, *vid.* A. von Tuhr, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, t. I, 1.ª parte, Tubinga, 1924, pp. 720 y 721, para quien no es necesario que conste por escrito también la aceptación de la oferta (nota 25 a pie de p. 720).

(552) H. Oser, «Das Obligationenrecht», en *Kommentar zum schweizerischen ZGB*, t. V, Zúrich, 1915, p. 415.

(553) Por todos, Von Tuhr, *op. cit.*, pp. 718 y 719, con explicaciones sobre la acción de enriquecimiento y la pretensión de retrocesión.

(554) Por todos, Oser, *op. cit.*, p. 422, que admite cualquier medio de prueba para demostrar la fecha.

entrega del documento de cesión ni el relativo al crédito para que la cesión produzca su efecto traslativo, si bien, conforme al art. 170, el cesionario sí tiene derecho a exigirlo al cedente, así como a que le facilite todo aquello que pueda servirle para hacer efectivo al crédito frente al deudor (555). Tampoco se requiere la notificación al deudor para la validez ni para la eficacia de la cesión, aunque esto no significa que tal notificación carezca de consecuencias importantes para el deudor, como después se verá.

La cesión legal o la judicial no requieren, en cambio, de forma escrita para que surtan efecto, aun respecto a terceros, conforme al art. 166 (556), pues su eficacia traslativa es automática.

La previa pertenencia del crédito al cedente o su legitimación para disponer de él sí son presupuesto de eficacia (557) de la cesión. El cesionario de un crédito que no pertenece al cedente al tiempo de la cesión nada adquiere (558), a menos que el cedente estuviera autorizado para disponer de él, o que el cedente lo hubiera cedido haciéndose pasar por representante del verdadero acreedor si luego lo adquiere (559) (Konvaleszenzprinzip), o que el cedente estuviera en posesión de un documento en el que el verdadero acreedor simuló una cesión a su favor (legitimación aparente) y que el cesionario sea de buena fe (560). En cualquiera de estos casos el verdadero titular del crédito no podría impedir que el cesionario hiciera valer su adquisición a non domino.

La cesión negocial válida, esto es, aquella que consta por escrito, tiene eficacia traslativa, de manera que el crédito deja de pertenecer, a todos los efectos y para todos, al cedente y pasa a ser del cesionario, que lo adquiere con todos sus accesorios y garantías (561). Desde ese

(555) «Der Abtretende ist verpflichtet, dem Erwerber die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen» (art. 170.2).

(556) «Bestimmen Gesetz oder richterliches Urteil, daß eine Forderung auf einen Andern übergeht, so ist der Uebergang Dritten gegenüber wirksam, ohne daß es einer besondern Form oder auch nur einer Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedarf» (art. 166).

(557) Más aún, al parecer, de validez (por todos), M. G. H. Wolff, *Wessen und Voraussetzungen der Zession*, Aarau, 1917, pp. 53-57, especialmente, nota 44 a pie de p. 57, donde dice considerar inconcebible disponer en nombre propio de un crédito ajeno). La razón de entenderlo así sería que la titularidad es un elemento de individualización del crédito, por lo que si el cedente concluye un negocio en nombre propio sobre un crédito ajeno, tal negocio será inválido, diríamos, por imposibilidad jurídica.

(558) Wolff, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

(559) Von Tuhr, *op. cit.*, p. 717.

(560) Wolff, *op. cit.*, p. 60. En este caso, el supuesto cesionario que cede el crédito acreditando su supuesta titularidad con el documento de cesión que su cedente le ha entregado (simulando la cesión), quedó aparentemente legitimado para disponer del crédito.

(561) Art. 170.1 y 3.

momento el cedente no sólo deja de ser titular del crédito, sino que tampoco está ya verdaderamente legitimado para exigir ni recibir el pago ni para negociar o disponer del crédito, puesto que es el cesionario el que ya lo está. Una vez cedido el crédito, ya no pueden los acreedores del cedente embargarlo, ni tampoco puede el cedente disponer de él en favor de otro cesionario, de manera que el conflicto entre diversos cesionarios se decide en favor del que acredite la cesión válida anterior a las demás (562).

La cesión no documentada no sólo carece de eficacia traslativa, sino que no es válida. Se entiende que no es posible su conversión en un *pactum de cedendo*, ya que el contenido del acuerdo de voluntades en una y otro es diferente: el de la cesión es el de producir la transmisión del crédito; el del *pactum de cedendo* es crear la obligación de transmitirlo (563). De esta forma se evita la cuestión de si la cesión no documentada tiene o no eficacia traslativa: es un acto nulo. Esto no es óbice para que el art. 165.2 permita que la obligación de ceder pueda nacer de un acto jurídico no formalizado por escrito: será un acto dirigido a crear esa obligación. Aun así, que no sea necesaria una determinada forma para crear la obligación de ceder no es una regla absoluta: tiene sentido que el art. 165.2 advierta que no es necesaria esa forma porque en el primer párrafo ha establecido que sí es necesaria para la validez de la cesión. Pero la norma del párrafo segundo es una regla general, que no excluye que otras más específicas sí exijan la forma escrita para la validez del acto o negocio del que ha de nacer la obligación de ceder. Así sucede con la obligación de donar un crédito (564). Si el que asumió esta obligación no la cumple, el que tiene derecho a que le sea cedido un crédito puede exigir su ejecución forzosa en forma genérica (indemnización) o específica (el juez sustituye al que se niega a ceder) (565).

También los mecanismos de protección al deudor recuerdan bastante a los del derecho alemán. Así en el art. 167 se le protege si paga o negocia con el cedente cuando al hacerlo todavía no tiene conocimiento de la cesión o de la adquisición del crédito por otro cesionario (566). Y al verdadero adquirente no quedará otro remedio en estos casos que dirigirse contra el cedente y/o contra el otro cesionario. Pero si el deudor tenía conocimiento de la cesión no se libera. El no

(562) Por todos, Von Tuhr, *op. cit.*, pp. 722 y 723.

(563) Por todos, Oser, *op. cit.*, pp. 422 y 423.

(564) Por todos, Oser, *op. cit.*, p.423.

(565) Por todos, Oser, *últ. loc. cit.*

(566) «Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit» (art. 167).

conocimiento de la transmisión del crédito es lo que permite al deudor liberarse aunque pague al que ya no es su acreedor (el cedente) o a quien nunca lo ha sido (otro cesionario posterior). El conocimiento de ella hace que el deudor actúe a su propio riesgo si lo hace con el cedente, pero tampoco le garantiza una actuación eficaz si trata con el supuesto cesionario, a menos que el propio cedente le haya notificado la cesión, o que el cesionario le haya presentado y entregado un documento sobre la cesión expedido por el cedente (567).

El conocimiento de la cesión por el deudor, no acompañado de la prueba escrita de la adquisición del cesionario abre un vacío por el cual el deudor carece de seguridad tanto si actúa con el supuesto cedente, si es con el supuesto cesionario. Por esta razón puede rechazar la pretensión de cobro de uno y de otro. Es por esto por lo que se le ha de facultar para consignar la prestación, aun sin contienda judicial (568), aunque no ha faltado quien haya sostenido la existencia de un deber del deudor de informarse acerca de la validez y eficacia de la cesión (569). La prueba de la adquisición por el cesionario consiste en la presentación y entrega de un documento sobre la cesión expedido por el cedente, pudiendo el deudor exigir su legalización si tiene dudas fundadas acerca de su autenticidad (570).

La notificación de la cesión por el mismo cesionario nada prueba, aunque sí es suficiente para, de momento, impedir que el deudor se libere pagando al cedente, en el sentido de que si, no obstante ello, lo hiciera, actuaría a su propio riesgo. La notificación del cedente, en cambio, no sólo impide al deudor pagarle con eficacia liberatoria sino que, si consta por escrito, constituye también prueba suficiente de la legitimación del cesionario para recibir el pago y negociar sobre el crédito con el deudor. Por esto es por lo que se considera que el deudor que, haciendo caso de lo que le ha notificado el cedente, paga o negocia con el que le ha sido indicado como cesionario, podrá hacer valer lo así actuado frente al autor de la notificación aunque resulte que la cesión no había tenido lugar o no había sido eficaz (571), aunque no se dice qué sucede si el deudor sabía que ese cesionario no había adquirido el crédito. Si se entiende

(567) Por todos, Von Tuhr, *op. cit.*, pp. 742, 744 y 745.

(568) «Ist die Frage, wem eine Forderung zustehe, streitig, so kann der Schuldner die Zahlung verweigern und sich durch gerichtliche Hinterlegung befreien.

Zahlt der Schuldner, obschon er von dem Streite Kenntnis hat, so tut er auf seine Gefahr» (art. 168.1 y 2).

(569) Oser, *op. cit.*, p. 425; en contra, P. Engel, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 592, aunque no sé si esta cita es del todo fiable, puesto que se remite a Von Tuhr, *op. cit.*, p. 744, donde no he encontrado que afirme que el deudor no debe informarse sobre la cesión.

(570) Von Tuhr, *op. cit.*, nota 27 a pie de p. 745.

(571) Por todos, Von Tuhr, *op. cit.*, p. 744.

que en la notificación del cedente hay implícita una indicación de pago al indicado como cesionario (572), podría sostenerse que es irrelevante que el deudor sepa que la cesión no se ha producido en realidad aunque otra cosa pudiera desprenderse de la afirmación según la cual la notificación de la cesión por el cedente no sustituye a la cesión (573). En dos puntos, sin embargo, se ponen de manifiesto sendas diferencias con el derecho alemán en lo que a la protección al deudor se refiere: la primera es que a éste de nada sirve probar que no conoció la cesión, si se demuestra que le había sido notificada y que la había recibido (574), lo cual parece estar en consonancia con el tenor del propio art. 167, que parece dar a entender que la buena fe del deudor sólo es relevante en defecto de notificación, lo cual, quizá sea manifestación de la idea, defendida por algún autor, según la cual no sólo el conocimiento de la cesión sino también el tener que conocerla excluyen la protección al deudor; y la segunda es que el cedente puede revocar libremente su notificación, sin tener que contar para ello con el consentimiento del cesionario (575).

En el art. 169.1 se recoge el principio según el cual una cesión no debe suponer un empeoramiento de la situación jurídica del deudor, concretamente, de la que éste tenía en el momento de conocerla. Así, se le permite oponer al cesionario aquellas excepciones derivadas de la relación cedente-deudor, con tal que ya estuviesen fundadas al tiempo de conocer la cesión (576), aunque sea después cuando se produzca o se complete el supuesto de hecho que, efectivamente, las hace ejercitables (577). Pero en relación a la compensación del crédito con uno del deudor contra el cedente, por imposición del art. 169.2, se excluye la facultad de declarar esa compensación si el contracrédito vence después el crédito cedido y también después de conocer la cesión (578). Así, pues, al igual que sucedía con el § 406 B.G.B., niega al deudor declarar esa compensación, aunque hubiera adquirido el contracrédito antes del conocer la cesión, y aunque en el momento de hacerla valer ya hayan vencido

(572) Oser, *op. cit.*, p. 425.

(573) Oser, *últ. loc. cit.*

(574) Oser, *últ. loc. cit.*

(575) Von Tuhr, *op. cit.*, p. 742; cfr. § 409.2 BGB.

(576) «Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt» (art. 169.1).

(577) Por todos, Oser, *op. cit.*, p. 427.

(578) «Ist eine Gegenforderung des Schuldners in diesem Zeitpunkt (el del conocimiento de la cesión, *vid.* nota 576) noch nicht fällig gewesen, so kann er sie dennoch zur Verrechnung bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist» (art. 169.2).

ambos créditos, y aunque haya sido el cesionario el que se haya retrasado en exigir el pago (579).

Finalmente, la actuación del deudor puede impedirle oponer al cesionario ciertas excepciones. Por ejemplo, del art. 164.2 resulta que si la cesión se hizo teniendo presente un documento de reconocimiento de deuda expedido por el deudor, en el que no se hacía constar que el crédito era incedible, no podrá luego oponer al cesionario de buena fe un *pactum de non cedendo* (580). Como tampoco podrá conforme al art. 18.2, oponerle la excepción de simulación. En uno y otro caso el deudor deberá pechar con la apariencia libremente creada, que podrá serle opuesta por el cesionario de buena fe (581). También el reconocimiento de la deuda por el deudor frente al cesionario impide a aquel oponer a éste excepciones anteriores a dicho reconocimiento, aunque resulte que el crédito no había existido o se había extinguido, pues parece entenderse que dicho reconocimiento ha proporcionado al crédito una nueva fundamentación, desligada de lo anterior (582). Y el reconocimiento de la cesión por el deudor le impedirá oponer su invalidez o ineficacia frente al cesionario, aunque esto le suponga tener que pagar también al cedente, si la cesión no se produjo (583).

En conclusión, el sistema suizo de cesión de créditos del vigente Código de obligaciones garantiza en una mayor medida que el alemán la seguridad del adquirente, a costa de una menor rapidez o agilidad en la circulación. Al exigir que la cesión esté documentada se hace más seguro el tráfico y, con esta pequeña carga, asegura mejor la adquisición del cesionario respecto al sistema del Código de 1881. A su vez, el adquirente del cesionario goza de la seguridad que se deriva de la abstracción de la transmisión. Los acreedores del que en cada momento sea el titular del crédito ven también reforzada su protección frente al fraude. En cambio, el deudor goza de un nivel de protección inferior al del sistema alemán: conocimiento presunto de la cesión, no está claro si la notificación del cedente le garantiza su actuación con el supuesto concesionario. Pero nada de esto puede extrañar, si se tiene en cuenta que se trata de un sistema de cesión de

(579) *Vid.* Von Tuhr, *op. cit.*, p. 751.

(580) «Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekennnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, daß die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen» (art. 164.2).

(581) Por todos, *vid.* Oser, *op. cit.*, p. 420. Una vez que hay un cesionario de buena fe, el crédito existe y ya puede ser objeto del tráfico, sin que el deudor pueda oponer ya la excepción de simulación a un ulterior adquirente, ni siquiera aunque éste conociese que aquel documento fue el resultado de una simulación.

(582) Von Tuhr, *op. cit.*, p. 753, que exige para ese reconocimiento la misma forma que para la constitución de la obligación a título gratuito.

(583) Von Tuhr, *últ. loc. cit.*

un país de acreedores, por lo que nada más lógico que hacer incapié en la seguridad de la circulación de los créditos y en la de los acreedores, también la de los acreedores de los acreedores o de los que negocian con créditos...

Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado

J. MIGUEL LOBATO GOMEZ

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de León

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Concepto e ideas generales. 1.2. Precisiones terminológicas. 2. Implantación teórica de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. 2.1. Génesis. 2.2. Precedentes. 2.3. Encuadre del debate doctrinal. 2.4. Posturas críticas. 2.5. Consolidación de la teoría. 3. El estado de la cuestión en el Derecho español. 3.1. El resultado y la actividad como criterios diferenciadores del contrato de obra y el arrendamiento de servicios. 3.2. La recepción doctrinal de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado. 3.3. Hacia la generalización de la distinción. 4. Ambito de aplicación. 4.1. Encuadre sistemático de la clasificación. 4.2. Criterios de distinción. 4.3. Tipología de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado. 5. Relevancia de la distinción. 5.1. La función de la distinción. 5.2. Determinación del incumplimiento. 5.3. El régimen de la responsabilidad. 5.4. La carga de la prueba.

1. INTRODUCCION

1.1. Concepto e ideas generales

Desde que Demogue (1) propusiera en 1925, hace ya algo más de medio siglo, diferenciar las obligaciones atendiendo a la naturaleza de la prestación, en obligaciones de medio (*obligations de moyen*) y obligaciones de resultado (*obligations de resultat*), esta

(1) Cfr. Demogue, R., «Traité des obligations en général», T. V, París, 1925, pp. 538 y ss.

distinción pugna por encontrar acomodo en la moderna doctrina civilista y en la práctica jurisprudencial (2). Sin embargo, aunque en algún ordenamiento, como es el caso del Derecho francés, parece haberse impuesto de forma casi generalizada, los problemas teóricos y prácticos que plantea, acaso tantos como soluciona, y, particularmente, su falta de regulación legal expresa, han hecho que, como veremos en el presente trabajo, su aceptación haya sido muy desigual en la doctrina y en la *praxis* jurisprudencial de los distintos países europeos (3) y, ciertamente, bastante controvertida. En líneas

(2) Sobre esta distinción pueden verse, con carácter general, Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», París, 1965; Letourneau, Ph., «La responsabilité civile», París, 1982 (3.ª ed.), pp. 401 y ss.; Malaurie, P./Aynes, L., «Droit civil. Obligations», París, 1986, pp. 460 y ss.; Marty, G./Raynaud, P., «Droit civil. Les obligations», I, París, 1988 (2.ª ed.), pp. 657 y ss.; Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *Riv. Dir. Com.*, 1954, pp. 185 y ss.; 280 y ss., y 366 y ss.; Mazeaud, H., L., y J., «Leçons de Droit civil», II-1.º, *Obligations. Théorie générale*, París, 1978 (6.ª ed. por F. Chabas), pp. 13 y ss. Meller, E., *Obligation de Sécurité*, Berlín, 1974, pp. 58 y ss.; Penneau, A., «Règles de l'art et normes techniques», París, 1989, pp. 52 y ss.; Plancqueel, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1972, pp. 334 y ss.; Stark, B., «Droit civil. Obligations», 2, París, 1986 (2.ª ed. revisada por H. Roland y L. Boyer), pp. 339 y ss., y 486 y ss.; Tunc, A., «La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence», *JCP*, 1945, I, pp. 449 y ss.; VINEY, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», en *Traité de Droit civil sous la direction de J. Ghestin*, París, 1982, pp. 547 y ss.; 626 y ss., y 827 y ss.; Werro, F., «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle», *RDS*, 1989, pp. 255 y ss.; Weill, A./Terre, F., «Droit civil. Les obligations», París, 1980, pp. 3, y 442 y ss.

(3) Entre nosotros puede verse tratada esta distinción y la problemática que plantea, desde diferentes enfoques, y con mayor o menor amplitud e interés, en Díez-Picazo, L., «Fundamentos de Derecho Civil patrimonial», I, Madrid, 1983 (2.ª ed.), pp. 452 y ss.; Gitrama, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios Serrano*, I, Valladolid, 1966, pp. 353-355; ID., «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (sobre el contrato de servicios médicos)», *ADC*, 1977, pp. 307 y ss.; Hernández Gil, A., «Derecho de obligaciones», Madrid, 1960, pp. 123-124 (ahora en *Obras completas*, 3, Madrid, 1988, pp. 73-74); Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», Madrid, 1987, pp. 172 y ss.; 262 y ss., y 456 y ss.; ID., «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, 1991, pp. 5 y ss.; Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1977 (1.ª ed.), pp. 36-37 (así como las colaboraciones de Sancho (p. 80), y Delgado (p. 238) en la 2.ª ed. de 1985); Martín Pérez, A., «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. I (arts. 1088 a 1124), Madrid, 1989, pp. 85 y ss.; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *RDP*, 1976, pp. 472 y ss.; Pascual Estevill, L., «Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil», I, Barcelona, 1989, pp. 53 y ss.; ID., «La responsabilidad contractual», II-1.º, Parte especial, Barcelona, 1898, pp. 47 y ss.; Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», Palma de Mallorca, 1980, pp. 57 y ss.; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general», Madrid, 1989, pp. 253 y ss.

generales se entiende por obligación de medios aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los *medios* (de ahí el nombre que se le da comúnmente), a través de una actuación diligente, que posibiliten al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que, sin embargo, no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independientes de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor.

Por el contrario, se entiende por obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un *resultado* pactado que integra la prestación, un resultado que está *in obligatione*. Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado y, en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación.

De lo expuesto parece desprenderse con bastante claridad que esta distinción se centra primordialmente en la configuración del objeto de la obligación, o si se prefiere, en la naturaleza de la prestación, y que encuentra su mejor acomodo y su mayor utilidad en el ámbito de las obligaciones que, a tenor del artículo 1088 de nuestro Código Civil, consisten en *hacer* alguna cosa. No obstante, a partir de ella, y dándole una relevancia que seguramente no tiene, se ha tratado de señalar la existencia de dos disciplinas diferentes en lo que respecta al cumplimiento/incumplimiento de las mismas y a su prueba, de dos formas distintas de imputación de la responsabilidad derivada del incumplimiento y de su posible exoneración e, incluso, de articular, en base a la distinción, dos regímenes de responsabilidad civil diferenciados, objetiva en el caso de las obligaciones de resultado, culposa en el caso de las obligaciones de medios.

Antes de abordar el análisis de estas cuestiones, y de detenerse en el estudio de la implantación de la distinción, con particular referencia, obviamente, al estado de la cuestión en Derecho español, de determinar su ámbito de aplicación y los criterios a utilizar para encuadrar las distintas obligaciones en una u otra categoría, etc., conviene, previamente, realizar algunas precisiones terminológicas que contribuyan a clarificar el marco conceptual en el que la distinción va a ser estudiada.

1.2. Precisiones terminológicas

Antes de centrarnos propiamente en el estudio de la distinción, la pluralidad de términos que vienen siendo empleados para referirse a ella hace necesaria una llamada de atención a la cuestión terminológica que sirva de acercamiento a la distinción y, al mismo tiempo, contribuya a poner de manifiesto su irrelevancia en la conformación dogmática de estas dos categorías o clases de las obligaciones.

Aunque la expresión que parece haber hecho fortuna es la de «obligaciones de medios» y «obligaciones de resultado», aceptando substancialmente la terminología utilizada por Demogue, que hablaba de obligaciones de *medio* (en singular) y obligaciones de *resultado* (4), se han propuesto algunas otras para referirse a la misma idea.

En efecto, en la doctrina francesa Mazeaud, dando a la distinción una función de *summa divisio* de las obligaciones, propone distinguir las «obligaciones determinadas» y las «obligaciones de prudencia y diligencia» (5), para referirse a la cuestión, pues la terminología propuesta por Demogue, aunque sugerente, le parece «un poco sibilina» (6). Con una perspectiva similar, y en el marco de un interesante y equilibrado estudio sobre esta distinción que reduce la trascendencia de la misma a unos términos más modestos, Tunc propondrá diferenciar las «obligaciones de resultado», aceptando la terminología convencional, y las «obligaciones de diligencia», aproximándose en esto a la propuesta de Mazeaud (7).

(4) Cfr. Demogue, «Traité des obligations», *loc. cit.* Seguían hablando de «obligaciones de medio»; Marty, G./Raynaud, P., «Droit Civil», II-1.º; «Les obligations», París, 1962, p. 503, aunque en la 2.ª ed., París, 1988, p. 2, y pp. 659 y ss., han optado por utilizar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado como hace la inmensa mayoría de los autores. Entre nosotros utiliza el singular, obligaciones de medio; Gullón, A., «Curso de Derecho Civil. Contratos en especial», Madrid, 1972, p. 252.

(5) Cfr. Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, pp. 1 y ss., aunque en otras obras posteriores pasará a referirse, en plural, a «obligaciones generales de prudencia y diligencia», *vid.* Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual», *cit.*, p. 127; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit civil», II-1.º, *cit.*, p. 14. Esta misma terminología será empleada después por algunos tribunales franceses, pero sin influir para nada en el fondo del debate, *vid.* Stark, B., «Droit civil. Obligations», *cit.*, p. 341; Viney, G., «Les obligations», *cit.*, p. 635.

(6) Cfr. Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *cit.*, p. 29; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», I-1, *cit.*, p. 127.

(7) Cfr. Tunc, A., «La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence», *cit.*, p. 445. Adopta una terminología muy parecida Savatier, R., «La théorie des obligations en droit privé économique», París, 1979, pp. 188 y ss., al hablar de «obligaciones de resultado» y «obligaciones de cuidados» (de «soins»).

Sin embargo, como agudamente ha puesto en evidencia Mengoni (8), estas denominaciones se muestran aún más desafortunadas que la primera. La terminología propuesta por Mazeaud y, en parte, la propuesta por Tunc, es completamente arbitraria, ya que, de un lado, es requisito esencial de las obligaciones tener un objeto determinado o, al menos, determinable (9). De otro, aparte del sorprendente e inadecuado empleo del adjetivo «general», no se puede olvidar que la diligencia no es, en sí misma, un comportamiento, sino un modo de comportarse, y por tanto, una medida del contenido de un concreto deber de prestación, no la prestación en sí misma (10). Efectivamente, la «diligencia» es una cualidad subjetiva de una actividad, significa cuidado, atención, tensión de la voluntad, esfuerzo, pero no se inordina tanto al cumplimiento, como a la conservación de la posibilidad de cumplir. Constituye, más bien, un presupuesto del exacto cumplimiento de la obligación de actividad o de medios, que el propio contenido de la misma, contenido que estará constituido, en todo caso, por la exteriorización de esa cualidad del sujeto al traducirse en un «comportamiento diligente».

Precisamente por esto, buena parte de los autores italianos que se han ocupado de la distinción aceptarán, más o menos explícitamente, la terminología propuesta por Mengoni, que califica a las llamadas «obligaciones de medios» como «obbligazioni di (semplice) comportamento» (11), pues como dice Lega (12), la primera expresión «puede aparecer insuficiente, dado que el deudor no se obliga a emplear mecánicamente los medios considerados más idóneos, sino que se obliga a emplearlos con la debida diligencia y pericia, así como a desarrollar cualquier otra actividad complementaria concierne al fin de la obligación», aunque no falten autores que equiparan

(8) Cfr. Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, pp. 186 y ss.

(9) Aunque, como señala Mengoni, *Ob. ult. cit.*, pp. 186-187, «En realidad, hablando de obligaciones determinadas, se quiere decir que el contenido de las relaciones obligatorias de esta especie está rígidamente determinado en función de un resultado preciso, de cuya realización el deudor responde sin más, salvo en el caso fortuito. Por el contrario, en las obligaciones de la otra clase, la prestación debida se determina en base al criterio elástico representado por la diligencia del buen padre de familia, y por ello la responsabilidad del deudor nace, no ya de la falta objetiva del resultado esperado por el acreedor, sino del contraste del comportamiento tenido por el deudor con el tipo de comportamiento que, en aquellas circunstancias, habría observado el ideal «vir diligens et prudens» para obtener el fin previsto».

(10) Cfr. Mengoni, *Ob. ult. cit.*, p. 187.

(11) Cfr. Mengoni, *ob. ult. cit.*, p. 192. Con un significado parecido Betti, «Teoría generale delle obbligazioni», I, Milano, 1953, p. 130, habla de obligaciones de «contegno».

(12) Cfr. Lega, C., «Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza», Milano, 1974, p. 515.

ambos términos (13), o que prefieren seguir identificando las «obligaciones de diligencia» y las «obligaciones de medios» (14).

Entre nosotros, la cuestión terminológica no ha presentado especial relieve, y los distintos autores que se hacen eco de la distinción convienen en utilizar, bien la terminología más consolidada de obligaciones de medios y obligaciones de resultado, bien una terminología ecléctica (15), o, bien denominan a las primeras «obligaciones de actividad» (16), siguiendo una larga tradición que tiene su origen en la propia génesis de la distinción en nuestra doctrina.

No parece, sin embargo, que la utilización del término «obligaciones de actividad» sea aconsejable, pues además de servir para referirse, con carácter general, a todas las obligaciones de hacer, no predica nada acerca de la cualidad del objeto de la obligación, que en las obligaciones de medios consiste en una *actividad diligente*. Por ello, parece más conveniente seguir utilizando la terminología consolidada en la doctrina francesa, más sugerente y de mayor plasticidad. De otro lado, el término de «obligaciones de

(13) Cfr., Fortino, M., «La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici», Milano, 1984, p. 2; Di Majo, A., «Delle obbligazioni in generale», *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, arts. 1173 a 1176, Bologna-Roma, 1988, p. 195.

(14) Cfr. Princigalli, A., «La responsabilità del medico», Napoli, 1983, p. 37; Rescigno, P., «Manuale del Diritto privato italiano», Napoli, 1984, p. 562; Zatti, P., «Diritto civile», Padova, 1988 (3.ª ed.), p. 92.

(15) Cfr. Díez Picazo, «Fundamentos», I, *cit.*, p. 454, que distingue las obligaciones de resultado de las obligaciones de «simple actividad o de diligencia»; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 474, contrapone a las «obligaciones de resultado», las «obligaciones de medios, de actividad o de pura diligencia»; Vattier, «La estructura de la obligación», *cit.*, p. 58, distingue las «obligaciones de *fides et prudentia*» y las «obligaciones determinadas», equiparándolas a las obligaciones de medios y de resultado; Pascual Estevill, «Hacia un concepto actual», p. 54, distingue entre obligaciones «determinadas o de resultado» y obligaciones «de medios o de pruedencia y diligencia».

(16) La doctrina y la jurisprudencia españolas muestran una fuerte tendencia a distinguir «obligaciones de actividad» y «obligaciones de resultado», cfr. Albaladejo, M., «Curso de Derecho civil», II, *Obligaciones y contratos*, Barcelona, 1984 (3.ª ed.), p. 22; González Porras, J. M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dir. por M. Albaladejo, T. XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 285; Hernández Gil, A., «Derecho de obligaciones», *cit.*, p. 73; Sancho, en Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho civil», II-1.º, *cit.*, p. 80; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 252 y ss. Ultimamente, Martín Pérez, «Comentarios al Código Civil», XVI, I, *cit.*, p. 85, distingue la prestación como actividad de la prestación como resultado.

Por su parte, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo suele referirse a la distinción con esta misma terminología, *vid.*, por ejemplo, las Sentencias de 4 de febrero de 1950 (*RJA*, 191), de 10 de junio de 1975 (*RJA*, 3265), de 3 de noviembre de 1983 (*RJA*, 5953), 29 de junio de 1984 (*RJA*, 3441), 10 de febrero de 1987 (*RJA*, 703); 29 de mayo de 1987 (*RJA*, 3848); 4 de octubre de 1989 (*RJA*, 6881); 7 de noviembre de 1989 (*RJA*, 7875). En otras, mientras tanto, distingue entre «obligaciones de medios» y «obligaciones de resultado», Sentencias de 26 de mayo de 1986 (*RJA*, 2824), de 12 de febrero de 1990 (*RJA*, 677) y de 6 de julio de 1990, o, entre obligaciones de «medios adecuados» y obligación de «resultado», Sentencia de 7 de febrero de 1990 (*RJA*, 668).

comportamiento» acuñado en la doctrina italiana, aunque implica una cierta valoración de la actividad objeto de la prestación (comportamiento objetivamente cualificado), tampoco parece adecuado, pues podría inducir a equívocos con la idea del comportamiento general que, derivado del juego del principio de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil), debe tener todo deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (17).

De este sumario repaso a las cuestiones terminológicas se advierte que, aún no teniendo todas las propuestas el mismo rigor, ni la misma expresividad, ni el mismo grado de aceptación, la utilización de una u otra terminología para diferenciar las obligaciones en atención al fin práctico o al resultado debido, constituye un expediente puramente verbal que, como entiende la mejor doctrina (18), no tiene trascendencia en la configuración dogmática de la clasificación, ni influencia directa en el fondo del debate.

2. IMPLANTACION TEORICA DE LA DISTINCION ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO

2.1. Génesis

El problema de la prueba de la culpa contractual en el Derecho francés viene determinado por la contradicción que parece existir entre los arts. 1147 y 1137 del Code Civil (19). El primero de

(17) Cfr. De los Mozos, J. L., «El principio de la buena fe», Barcelona, 1965, pp. 124 y ss.; Díez Picazo, L., «La doctrina de los actos propios», Barcelona, 1963, pp. 140 y ss.; Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-2.º, Barcelona, 1987, p. 303. Últimamente, y precisamente relacionando este principio con la distinción a la que nos referimos, Pascual Estevill, L., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 54 y ss. Idea ésta que, por lo demás, aparece concretada expresamente el art. 2.º del Código Civil suizo al disponer: «Cada uno en el ejercicio de sus propios derechos y en el cumplimiento de las propias obligaciones debe comportarse según la buena fe», o en el art. 1175 del Código Civil italiano que enuncia el llamado principio de la buena fe-correttezza.

(18) Cfr. Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 341; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 635. Entre nosotros, Jordano Fraga, «Obligaciones de medios», *cit.*, pp. 12 y ss.

(19) Contradicción similar a la que se produce en el Código Civil italiano entre el art. 1218, que establece la noción de imposibilidad objetiva como causa de no imputación de la responsabilidad del deudor, al disponer: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o el ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante de causa a lui non imputabile», y el art. 1176, que determina la diligencia que debe observar el deudor en el cumplimiento de la obligación, disponiendo: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempiimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata», sobre la que pueden verse, por todos, Di Majo, «Delle obbligazioni in generale», *cit.*, pp. 110 y ss; Visintini, G., «L'inadempimento delle obbligazioni», *Tratato di Diritto privato*, dir. por P. Rescigno, T. 9, Torino, 1984, pp. 155 y ss., y allí otras referencias.

ellos (20), recogido entre las disposiciones que regulan con carácter general la responsabilidad contractual, establece que el acreedor puede obtener la condena del deudor probando únicamente el incumplimiento de la obligación, sin necesidad de probar la culpa del deudor, que se presume. Es decir, esta disposición permite *a priori* considerar que la obligación debe ser cumplida por el deudor de forma estricta. La prueba de su buena fe, de su diligencia, de su ausencia de culpa en el cumplimiento no son aptos para exonerarle de responsabilidad. Únicamente la prueba del caso fortuito no imputable al deudor permite que éste quede exonerado de responsabilidad. Mientras tanto el artículo 1137 del Código Francés (21), dirigido a precisar las condiciones en las que el deudor incurre en culpa, comparando la conducta del deudor con la de un buen padre de familia, parece contradecir, tanto la aplicación de la regla general establecida en el artículo citado anteriormente para un tipo concreto de obligación, como la propia regla general anteriormente mencionada. En efecto, al disponer que aquél que está obligado a velar por la conservación de una cosa es responsable en caso de no comportarse en el cumplimiento de la obligación con la diligencia de un buen padre de familia, el acreedor, para establecer la responsabilidad por incumplimiento debe probar que el deudor no ha observado los cuidados que exige esa diligencia. Y, en consecuencia, el deudor quedará liberado de responsabilidad probando exclusivamente su diligencia, sin necesidad de probar la concurrencia del caso fortuito (22).

El examen conjunto de estos dos preceptos lleva a una contradicción que puede sumir al intérprete en una cierta perplejidad, pues si el artículo 1147 parece establecer una regla general acerca del modo de definir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ésta es parcialmente desmentida por el artículo 1137.

(20) El art. 1147 del Código Civil francés dispone: «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.»

(21) El art. 1137 del Código Civil francés, referente a las obligaciones de dar, dispone: «L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, son expliqués sous les titres qui les concernent» (1728, bail; 1880, prêt; 1927, dépôt; 1962, séquestre).

(22) Si bien se mira el párrafo 2.º del art. 1137 aparece aún más claramente contradictorio con el art. 1147, pues admite expresamente que esta obligación no es siempre de la misma intensidad, ya que puede variar en función de las circunstancias y de la naturaleza de la obligación.

Las soluciones propuestas por la doctrina para evitar esta contradicción son diversas. En un primer momento se intenta eludir la cuestión considerando que el artículo 1137 supone una excepción a la regla general para el supuesto especial de las obligaciones de hacer, o bien se afirma que estas dos normas tienen un ámbito de aplicación distinto, el artículo 1137 se aplicaría a las obligaciones de hacer y de no hacer, mientras el artículo 1147 se aplicaría a las obligaciones de dar, o bien se señala que el artículo 1137 no concierne al objeto de la obligación, sino a su existencia, y que el artículo 1147, por su parte, es el que determina el contenido de las obligaciones contractuales (23).

Sin embargo, algún sector de la doctrina francesa contemporánea (24) intenta resolver este problema acudiendo a la explicación propuesta por Demogue (25) para resolver esta antinomia. Según este autor el artículo 1137, que impone al deudor aplicar a la ejecución o cumplimiento de su obligación la diligencia de un buen padre de familia («les soins d'un bon père de famille») se referiría únicamente a las obligaciones llamadas de medio («de moyen»), es decir, aquellas por las cuales el deudor se compromete a emplear en su actuación la diligencia que normalmente sería suficiente para satisfacer al acreedor, mientras el artículo 1147 se referiría a las obligaciones de resultado («de résultat»), es decir a aquellas que exigen del deudor la obtención de un resultado preciso y determinado.

La idea fundamental a la que responde esta distinción consiste, por tanto, en examinar aquella prestación que ha prometido el deudor, y que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos, que se denominan convencionalmente obligaciones de resultado, el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso, así en la compraventa el vendedor se compromete a entregar la cosa vendida o el comprador el precio, o en el contrato de transporte el transportista se compromete a hacer llegar al cosa o el viajero transportado a su destino. En otros, por el

(23) Para una precisa síntesis de las soluciones que han sido propuestas por la doctrina francesa en el intento de resolver esta contradicción, *vid.* Carbonnier, J., «Droit civil. Les Obligations», París, 1976, p. 225; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 628-629; Marty, G./Raynaud, P., «Droit civil. Les obligations», I, París, 1988 (2.ª ed.), p. 657.

(24) Cfr. Benabent, A., «Droit civil. Les obligations», París, 1987, p. 136; Mazeaud, «Leçons de Droit civil», II-1.º, *cit.*, pp. 416-417; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 626 y ss.; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», pp. 345 y ss.; Weill/Terre, «Droit Civil», pp. 442 y ss.

(25) Cfr. Demogue, *Ob. y loc. cit.*, si bien es cierto éste autor propone la distinción como argumento de apoyo a un intento de demostración de la relativa unidad de la responsabilidad contractual y delictual y, en particular, en relación a la carga de la prueba. Sobre el asunto, ampliamente, Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 90 y ss.

contrario, que se denominan obligaciones de medios, el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor, no está *in obligatione*. Por ejemplo, el médico no promete la curación a su paciente enfermo, se obliga únicamente a practicar la cura empleando sus cuidados y atenciones conforme a los conocimientos desarrollados por la ciencia médica (*lex artis*).

2.2. Precedentes

Esta teoría, que se convirtió muy pronto en «un tema de moda en la doctrina francesa» (26), dividiéndola en dos campos antagónicos: los partidarios más o menos entusiastas, y los adversarios, más o menos decididos, no es en puridad una teoría nueva (27). Por ello, partiendo de la idea de que, como en todo descubrimiento científico, la realidad ha precedido a su exposición, algunos autores han buscado los orígenes de la distinción remontándose hasta el Derecho romano (28), indagando en el antiguo Derecho francés (29), o buscando los precedentes más inmediatos surgidos en la doctrina germá-

(26) Cfr. Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, p. 185. Por lo demás, y si se deja aparte la opinión de Capitant, H., «Les effets des obligations», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1932, p. 724, que declaraba «avoir peine à saisir la distinction», la doctrina francesa le prestó de inmediato una gran atención (de «avidité gourmande» habla ATIAS, Ch., «Théorie contra arbitraire», París, 1987, p. 164, para referirse a ello) y le reconoció una gran trascendencia.

(27) En este sentido, como ha afirmado Nerson, Preface a Frossard, «La distinction», *cit.*, p. V, «este tema es conocido y es cierto que la distinción de las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios ya indicada en el Derecho romano, fue entrevista por algunos autores de nuestro antiguo Derecho, antes de encontrarse en estado latente en los artículos de Glasson, de Planiol, o de Saleilles. Pero como subraya Alain en uno de sus “Propós”, no se puede pensar que una idea verdadera siga siendo verdadera sin el auxilio humano: es preciso que una verdad sea desvelada y muy especialmente una verdad “viellie comme les rues et cent fois prouvée”. Es a Demogue a quien corresponde el honor de haber atraído la atención del mundo jurídico sobre una clasificación de las obligaciones que se ha convertido en clásica».

(28) *Vid.* Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *cit.*, pp. 25 y ss.; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 127 y ss.; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 12 y ss.; Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, pp. 189 y ss; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 474; Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *cit.*, p. 58.

(29) Cfr. Mazeaud, *ob. ult. cit.*, pp. 26 y ss.; Frossard, *ob. ult. cit.*, pp. 16 y ss.

nica (30) y acogidos más tarde en algún sector de la doctrina italiana (31).

Sería exagerado pensar que los jurisconsultos romanos distinguieron formalmente las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que su habitual pragmatismo era completamente opuesto a la elaboración de tal teoría. Sin embargo, si nos atenemos a la calificación de conductas concretas parece bastante plausible localizar obligaciones de una u otra clase, especialmente en materia contractual. En particular, se puede hacer referencia a los supuestos de *custodia* como generadores de una obligación de resultado. En ellos, tratando de proteger de una manera particularmente eficaz al acreedor, se analiza el contenido de la obligación por los jurisconsultos romanos de la época clásica afirmando que el deudor prometía un acto determinado: la restitución. Consecuentemente, si el deudor no restituía la cosa, a menos que probase la existencia del caso fortuito, respondería por inejecución, sin valorarse para nada la calidad de su conducta, ni si había o no incurrido en culpa. De otro lado, se pueden identificar obligaciones de medios constatando que el deudor romano estaba obligado, en general, a comportarse en el cumplimiento de las obligaciones como un *bonus paterfamilias*, absteniéndose de incurrir en culpa. Esta obligación general, no tan claramente determinada a los ojos de los jurisconsultos romanos, venía a consistir, de una parte, en ejecutar la prestación sin astucia, sin dolo, sin mala fe, y de otra, en ejecutar la prestación sin mala voluntad, en no ampararse en la inacción, y en fin, en actuar con diligencia. Por eso mismo, para determinar si el deudor ha cumplido esta obligación de *fides et diligentia* sería preciso examinar la conducta del deudor y establecer que ha actuado diligentemente (32).

Del mismo modo, como ha puesto de relieve Mazeaud (33), esta teoría también aparecía bastante explícita en algún autor francés anterior a la codificación, particularmente en Domat, quien comprobaba que en ciertos contratos es preciso analizar la conducta del deudor para saber si ha ejecutado correctamente la prestación, mientras que

(30) Cfr. Mengoni, *ob. ult. cit.*, pp. 305 y ss.

(31) *Vid.* Mengoni, *ob. ult. cit.*, pp. 312 y ss., refiriéndose en particular a Osti, «Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione», *Riv. Dir. Civ.*, 1918, pp. 423 y ss.

(32) El tutor (o el mandatario) «bona fide (id est bene) gerit», y cumple la obligación en tanto «diligenter gerit»: esta correlación se expresa en las fuentes romanas señalando como objeto de la relación obligatoria el «bene et diligenter gerere» (D. 27, 4, 3, 7), o la «fidem et diligentiam praestare» (Gayo, I, 200; D. 26, 10, 8; D. 27, 5, 4; D. 49, 14, 3, 5), cfr. Mengoni, *ob. ult. cit.*, pp. 207-208.

(33) Cfr. Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *cit.*, pp. 29-30. En el mismo sentido Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, p. 18.

en otros, la prestación del deudor es estricta, de tal modo que la simple inexecución comporta necesariamente la responsabilidad. Por ello, tras describir las obligaciones de medios, en las que la diligencia del deudor juega un papel decisivo para determinar el incumplimiento de la prestación (IX), afirmaba que: «Il y a des cas où il est dû des dommages-intérêts, sans qu'aucune faute y ait donné lieu, mais par le simple effect d'un engagement», poniendo en evidencia la existencia de obligaciones de resultado en sentido estricto.

Con posterioridad al *Code Civil* la distinción puede seguir encontrándose, con mayor o menor nitidez, en algunos juristas franceses, especialmente en Glasson, que alude a la distinción contraponiendo a las obligaciones de dar o de hacer («obligations de donner ou de faire»), las obligaciones de precaución («obligations de précaution») u obligaciones de diligencia («obligations de diligence») (34).

Sin embargo, será en la doctrina alemana, en particular en Bernhoft y en Fischer, donde se encuentran los precedentes más claros y explícitos de la distinción (35). En este sentido, en un comentario al Proyecto de Código Civil alemán, Bernhoft aludía a la necesidad de diferenciar las relaciones obligatorias en atención a la correspondencia existente entre la prestación u objeto de la obligación y el resultado final esperado por el acreedor, señalando que «toda relación obligatoria implica una tensión de la voluntad del deudor en dirección a un cierto resultado. Así como la relación puede ser de tal naturaleza que el deudor esté obligado solamente a hacer cuanto esté en su mano para alcanzar el resultado, y con ello queda liberado independientemente de la efectiva consecución del fin, si la relación contempla el resultado en sí mismo, entonces la obligación no se extingue hasta que el resultado se haya producido, salvo en el caso de la imposibilidad sobrevenida», derivando como consecuencias ulteriores de la distinción que en las obligaciones de la primera clase también queda liberado el deudor por imposibilidad subjetiva si es debida a causa a él no imputable.

En todo caso, este autor no se ocupó de dar un nombre a estas dos categorías de obligación así descritas. Sería Fischer quien retomando y desarrollando la idea, se encargaría años después de denominar

(34) Glasson, «Le Code civil et la question ouvrierè», citado por Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *cit.*, p. 29.

(35) Cfr. Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, pp. 305 y ss., cuya aportación ha sido recogida por un sector de la doctrina española, cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 38; Garrigues, J., «Contratos bancarios», Madrid, 1975 (2.ª ed.), p. 458; Llamas Pombo, E., «La responsabilidad civil del médico», Madrid, 1988, p. 70; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 255.

«obligaciones subjetivas» y «obligaciones objetivas», a las que más tarde pasarían a llamarse obligaciones de medios y obligaciones de resultado (36).

2.3. Encuadre del debate doctrinal

La propuesta de Demogue, concebida únicamente como argumento de apoyo en el intento de demostrar la relativa unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual, alcanzó inmediatamente una gran audiencia en la doctrina francesa. Muy pronto sus partidarios (37) lograron asegurarle una aceptación y una trascendencia que su introductor seguramente nunca pudo imaginar, al punto de llegar a convertirse en una distinción fundamental de las obligaciones que se erigía, según algunos, en una nueva *summa divissio* de las mismas eclipsando, incluso, a la *summa divissio* tradicional que se predicaba entre las obligaciones contractuales y las obligaciones extracontractuales (38).

Los propios Tribunales franceses acogieron rápidamente la distinción, y si en un primer momento procuraron eludir la reproducción de la terminología propuesta por la doctrina al aplicar las ideas de los autores que la habían defendido, muy pronto, abandonando cualquier precaución de carácter verbal, empezó a ser recogida en los pronunciamientos de la Corte de Casación y de los tribunales inferiores la afirmación de que la obligación del deudor, puede consistir, bien en una obligación de medios, bien en una obligación de resultado.

De todos es conocido que los más fervientes defensores de la distinción, y los que le ha dado un impulso mayor fueron, sin ningún género

(36) Según este autor la relevancia jurídica de la distinción se produce en materia de responsabilidad por incumplimiento. A la diversidad de contenido de unas y otras obligaciones debe corresponder un límite a la responsabilidad de naturaleza diferente: límite de naturaleza objetiva en las de resultado, límite de naturaleza subjetiva en las de medios. Precisamente sobre un paralelismo similar en el régimen de la responsabilidad civil, objetiva o subjetiva, basará su obra Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 3 y ss.

(37) Para una relación exhaustiva, *vid.*, Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 127-128, y entre nosotros Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 172-173 y 266-267.

(38) Para un ponderado y completísimo estudio de la postura de los Tribunales franceses ante esta clasificación, *vid.* Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 634 y ss. Otras referencias en Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit civil», II-1.º, *cit.*, p. 16; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 134 y ss.; Stark, B., «Droit civil. Obligations», *cit.*, pp. 344 y ss.; Weill, A./Terre, F., «Droit civil. Les obligations», París, 1980, pp. 449 y ss.

de dudas los Mazeaud (40), que aún proponiendo un cambio substancial en la terminología, «obligaciones determinadas» y «obligaciones generales de prudencia y diligencia», aceptan plenamente la distinción, y llevan sus consecuencias mucho más lejos que Demogue. La idea clave en la que insisten, al igual que todos los partidarios de la distinción, es, sobre todo, en la utilidad que presenta para explicar y sistematizar las soluciones que ofrece el Derecho positivo en materia de definición del hecho generador de la responsabilidad y de su prueba (41). Partiendo de esta idea se intentará demostrar que, gracias a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, se puede explicar que el deudor a veces esté obligado de forma estricta (el perjudicado, para poner en juego la responsabilidad, le basta establecer la existencia del daño, si éste consiste en la falta del resultado prometido), mientras que, en otros supuestos, necesita probar la negligencia o la imprudencia del deudor (precisamente porque éste está obligado únicamente a un cierto comportamiento, del cual es preciso establecer que el deudor se ha desviado). De este modo, las ventajas que se deducen de la distinción no son solamente de orden dogmático, sino también de orden metodológico y, lo que es más, de orden práctico en relación con la prueba.

Sin embargo, como se puede constatar fácilmente, no faltan, desde un primer momento, las objeciones de la más variada índole a esta clasificación de las obligaciones (42). Objeciones que intentando

(40) Cfr. Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *cit.*, pp. 1 y ss.; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 126 y ss.; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit civil», II-1.º, *cit.*, pp. 12 y ss.; Mazeaud, J., Nota a la Sentencia de 8 de octubre de 1968 de la Cour de Cassation, *Dalloz*, 1969, pp. 157-158, que, tras tratar de justificar la distinción en diferentes terrenos y, en particular, señalando su correspondencia efectiva con la psicología de las partes, harán de ella la pieza clave para explicar todo el sistema de responsabilidad, hasta el punto de convertirla en el hilo conductor de su voluminoso Tratado sobre la responsabilidad civil.

(41) *Vid.*, especialmente Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 408 y ss.; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit civil», II-1.º, *cit.*, pp. 14 y ss.; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 132-133; Plancqueel, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat», *cit.*, p. 334; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 636; Weill, A./Terre, F., «Droit civil. Les obligations», *cit.*, p. 442.

(42) Para un completo resumen de las críticas y de las objeciones a esta clasificación de las obligaciones: Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 75 y ss.; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 405 y ss.; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 133 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 630 y ss. Entre nosotros pueden verse interesantes referencias al asunto en Ataz López, J., «Los médicos y la responsabilidad civil», Madrid, 1985, p. 169; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 175; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 259; Martín Pérez, A., «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales», *cit.*, pp. 87-88.

trascender el orden puramente terminológico, aunque no siempre lo consigan, se dirigen a poner en tela de juicio la distinción negándola expresamente o, en todo caso, otorgándole una importancia y un alcance muy restringido.

2.4. Posturas críticas

En este sentido, si se dejan al margen las posturas críticas que encierran un objetivo puramente metodológico y no pueden ser atendidas en esta sede, pues por no admitir la posibilidad de una bipartición entre una responsabilidad objetiva y una responsabilidad subjetiva, rechazan esta clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, en cuanto permite justificar que la responsabilidad contractual reposa tan pronto sobre la culpa subjetiva, como sobre la base de una constatación puramente objetiva, la no obtención del resultado prometido (43), las opiniones opuestas a esta clasificación pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Aquéllos cuyo argumento consiste en afirmar que la distinción comporta una visión falseada, simplista o deformante de la realidad jurídica, pues entienden que si se miran las cosas de manera realista es imposible establecer una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple.

a.1) Así hay autores que han criticado la distinción argumentando que en definitiva, todas las obligaciones apuntan a la obtención de un resultado (44), e incluso, en una posición extrema que apunta

(43) Ciertamente, si la evolución jurídica tiende hacia la eliminación de uno de estos dos tipos de responsabilidad la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado estaría llamada a desaparecer, pero como ese no es el caso aún sirve de referencia para el análisis del Derecho positivo.

(44) Cfr. Esmein, P., «Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la délictuelle», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1933, pp. 627 y ss.; Marty, G./Raynaud, P., «Droit civil», II-1.º, «Les obligations», París, 1962, pp. 504-505; Plancquell, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat», *cit.*, pp. 334 y ss.; Giorginai, M., «Obbligazione (teoría generale)», *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, p. 581; Zatti, P., «Diritto civile», Padova, 1988 (3.ª ed.), p. 92, que resume el argumento afirmando: «La distinción, sin embargo, es discutible, porque un cierto resultado está siempre contemplado en la obligación; el médico, por ejemplo, no está obligado a curar, pero debe obtener la mayor *mejoría posible*. De otra parte, la *sóla negligencia* no crea responsabilidad en las susodichas obligaciones de medios, si no se produce un resultado malo (en caso de curación es muy difícil hacer valer la negligencia del profesional)».

mucho más lejos, que todas las relaciones obligatorias son de resultado (45).

En consecuencia se dice que sería utópico aislar el resultado esperado de los medios que deben conducir a él, pues la asunción de una obligación, sea de la naturaleza que sea, se encamina siempre y necesariamente a la obtención del resultado previsto por las partes. En todo contrato, lo que el deudor se compromete a realizar es a procurar los medios idóneos para obtener un cierto resultado que satisfaga al deudor. Tomando como ejemplo la obligación de cuidados médicos, que se presenta siempre como el prototipo de obligación de medios, observan estos autores que el resultado buscado tanto por el médico como por el enfermo es la mejoría del estado del paciente, por lo que se trata de un resultado. Y la prueba que ofrecen es que si el tratamiento o la operación ha producido ese resultado, jamás será exigida responsabilidad al médico, incluso si los medios empleados por éste pueden ser censurables o criticables.

En este mismo orden de cosas se afirmará, por otra parte, que es imposible obtener el cumplimiento adecuado de una obligación de medios que no suponga, al menos, la obtención de ciertos resultados intermedios (en el caso del médico la práctica de una operación, la prescripción de un tratamiento, la realización de un examen o de unas pruebas médicas, etc.), con lo que la obligación de medios sería, en todo caso, una sucesión de obligaciones de resultado (46).

a.2) Con una perspectiva contrapuesta pero similar, otros autores, por el contrario, consideran que toda obligación supone el empleo de determinados medios y, consiguientemente, todas las obligaciones podrían considerarse como de medios (47), incluso las encaminadas a producir un determinado resultado como las obligaciones de dar.

En este sentido se afirmará que el resultado previsto no podrá ser alcanzado en tanto el deudor no actúe desplegando una cierta conducta, en tanto no desarrolle un determinado comportamiento, que habrá

(45) Cfr. Martón, G., «Obligations de résultat et obligations de moyens», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1935, pp. 510 y ss., donde afirmaba (pp. 517-518): «No existen dos clases de obligaciones. Sólo hay obligaciones de resultado. Lo que se ha dado en llamar obligaciones de medios no son sino obligaciones en las que el resultado se ha precisado de manera estrecha, fragmentaria y parcial, y siempre alusivas a un fin más amplio»; Vigny, P., «Responsabilité contractuelle et force majeure», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1935, pp. 42 y ss.

(46) *Vid.* Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 405 y allí otras referencias.

(47) *Vid.* Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 76 y ss.; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 405 y ss. Entre nosotros Yzquierdo Tolsada, *ob. ult. cit.*, p. 259; Llamas Pombo, E., «La responsabilidad civil del médico», *cit.*, p. 71; Martín Pérez, *ob. cit.*, p. 88.

de estar integrado necesariamente por los medios humanos y técnicos precisos para producir el resultado que el acreedor espera obtener. En consecuencia toda obligación contractual, según esta postura, tiene por objeto una cierta conducta del deudor, una cierta diligencia, que permite calificarla de obligación de medios.

a.3) Se podría añadir a los argumentos señalados un nuevo argumento crítico complementario de los mismos, señalando que muchos contratos implican simultáneamente obligaciones de los dos tipos: de medios y de resultado (48). El médico, normalmente sujeto a una obligación de medios, puede estar sujeto a una obligación de resultado respecto de los aparatos que utiliza o respecto de las pruebas que realiza (49); el transportista terrestre puede estar sucesivamente sujeto a una obligación de medios hasta que el viajero se ubica en el medio de transporte, a una obligación de resultado que tiene por objeto desplazar al viajero hasta su destino, y nuevamente por una obligación de medios desde que desciende del medio de transporte hasta que abandona el andén (50); el abogado se compromete a prestar sus servicios con diligencia en la dirección técnica de un proceso sin prometer un resultado determinado, pero simultáneamente está sujeto a una obligación de resultado en lo que se refiere a la realización dentro del plazo de ciertos actos procesales (51), etc.

A decir verdad, estas objeciones no parecen ni muy serias ni muy convincentes. Y no sólo por centrarse en una crítica puramente terminológica que deja imprejuizada la diferencia substancial entre ambos tipos de obligaciones (52).

En efecto, como se ha puesto de relieve, la presencia de obligaciones diferentes en un mismo contrato no es un obstáculo a lo acertado de la distinción. Hay «sucesión en el tiempo de obligaciones diferentes» o «yuxtaposición de obligaciones diferentes para prestaciones diferentes» (53). Lo cual no deja de ser bastante lógico.

De otro lado, no se puede negar que la concreta ejecución de cualquier obligación, incluidas las de resultado, comporta una actividad e

(48) Este mismo argumento crítico propone Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 406, actuando de «l'avocat du diable», para rechazarle inmediatamente.

(49) *Vid.* Stark, B., «Droit civil. Obligations», *cit.*, pp. 350 y ss.; Malaurie, P./Aynes, L., «Droit civil. Obligations», *cit.*, p. 473.

(50) *Cfr.* Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, pp. 359 y ss.; Weill, A./Terre, F., «Droit Civil. Les obligations», *cit.*, pp. 450-451.

(51) *Vid.* Malaurie, P./Aynes, L., *ob. y loc. ult. cit.*

(52) *Cfr.* Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *cit.*, p. 188; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 175.

(53) *Cfr.* Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 406. De la misma opinión es Farjat, G., «Droit privé de l'économie. Théorie des obligations», París, 1975, p. 36.

impone siempre una cierta diligencia al deudor. Pero esto no impide afirmar que, en ciertos casos, el acreedor contrata para obtener un resultado final que espera con certeza, por ejemplo la entrega de la cosa o el transporte de un lugar a otro. Psicológica y materialmente el acreedor espera un resultado tangible, y como la experiencia enseña que en la mayoría de los casos los resultados son esperados como tales, es perfectamente admisible hacer recaer directamente la obligación del deudor sobre el resultado esperado.

Como señala muy gráficamente Moreno Quesada, «bien es verdad que las obligaciones de resultado no excluyen, antes bien la imponen, una actividad diligente para conseguirlo; pero las partes al concertarlas piensan en el resultado y no en los medios que han de permitir alcanzarlo, por lo que hacen al resultado el objeto directo de la obligación, y en cuanto a la diligencia con que haya de actuarse, será toda la necesaria; no es cuestión de cantidad, sino de eficacia de la utilización, de tal manera que al no alcanzar el resultado hace presumir que no se empleó la necesaria» (54).

Es decir, la exactitud de la observación de que el cumplimiento de toda obligación comporta una cierta actividad y una cierta diligencia en el deudor, no modifica en nada las cosas, pues no impide que existan dos clases de obligaciones: aquéllas en las que con la diligencia normalmente requerida se alcanzará con seguridad el resultado pactado, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y aquellas otras en las que el comportamiento diligente es el único objeto de la obligación, ya que normalmente la eficacia de este comportamiento será más aleatoria en orden a la finalidad querida por el acreedor al contratar.

Por lo demás, es también muy cierto que las partes al celebrar un contrato toman siempre en consideración la producción de un cierto resultado (55), pero ello no impide que este resultado pueda ser excluido del objeto de la obligación. Es decir, no deben confundirse aquellos supuestos en los cuales la prestación consiste propiamente en un resultado cierto y determinado, en ellos el resultado está *in obligatione*, con aquellos otros en los que las partes esperan un resultado (fin práctico) del cumplimiento de la prestación, esto es,

(54) Cfr. Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 475. En el mismo sentido Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 260.

(55) Este es el sentido acogido por la doctrina dominante, cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 406; Plancqueel, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat», *cit.*, p. 334; Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, p. 188; Rescigno, P., «Manuale», *cit.*, p. 604; Lega, C., «Le libere professioni», *cit.*, p. 514; Princigalli, A., «La responsabilità del medico», *cit.*, p. 44; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 175; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 267.

un resultado material derivado de un comportamiento diligente del deudor que puede producirse o no de forma aleatoria. En este caso el deudor se compromete a actuar diligentemente los medios a su alcance para procurar el resultado al acreedor, «se obliga sólo a actuar diligentemente» (56). Son, pues, obligaciones en las que la propia diligencia del deudor se hace objeto de la obligación, permaneciendo fuera del contrato el resultado o fin práctico querido y buscado por las partes. Si el deudor actúa diligentemente, cumple la obligación, con independencia de la obtención o no del resultado pretendido.

En el contrato de servicios médicos las partes consideran, a buen seguro, la curación; pero lo que se exige al médico no es esta curación, es la utilización diligente y correcta de los medios que, en el estado actual de la ciencia y de las técnicas médicas, son considerados como los más apropiados para alcanzar la mejoría del estado del paciente. Y si, en caso de curación consecutiva al empleo de medios inapropiados o empleados sin la debida diligencia no se incurre en responsabilidad, no es porque la obligación no haya sido incumplida, sino porque, en tal caso, no existe perjuicio.

En resumen, como señala Mengoni (57), en las llamadas obligaciones de resultado, el resultado debido consiste en una realización final con la que se satisface plenamente el fin económico del acreedor, el interés que ha determinado el nacimiento del vínculo; por el contrario, el objeto de las obligaciones llamadas de medios es sólo un comportamiento cualificado por un cierto grado de conveniencia o utilidad en orden a aquel fin, cuya realización no está en sí misma comprometida en la órbita de la relación obligatoria. Es decir, «aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso. En un caso (obligaciones de medios) es un comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (la diligencia, técnica o no), y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física».

Por todo ello puede señalarse que la objeción a la que nos referimos se basa en un equívoco derivado de asimilar e identificar

(56) Cfr. Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 475, o como señala Yzquierdo Tolsada, *ob. y loc. ult. cit.*, «el deudor cumple con su programa de prestación observando el esfuerzo o actividad debido. Con ello se agota un interés primario, y el interés definitivo o final, que es hacia lo que está orientado el comportamiento del deudor, al ser incierto, hace que el deudor quede liberado si desplegó esa buena conducta. Se da, pues, un doble juego de intereses en el objeto de la obligación: un interés final aleatorio, al que se aspira, y un interés primario, que se satisface con la actuación profesional diligente, y que en definitiva constituye el auténtico objeto del deber (la prestación de las obligaciones de medios)».

(57) Cfr. Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, pp. 190-191.

prestación debida y «resultado». Pero aunque toda obligación lleva consigo una prestación, la naturaleza de la misma es muy diferente según consista en conseguir un resultado determinado o, tan sólo, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.

b) En otro orden de cosas se ha criticado a la distinción de las obligaciones de medios y de resultado señalando que es empobrecedora de la realidad, pues en la vida jurídica real nos encontramos con obligaciones de contenido infinitamente variado; que las dos categorías que se pretenden oponer no son homogéneas, y que, consiguientemente, es una clasificación arbitraria de las obligaciones infinitamente variadas que se derivan, como consecuencia lógica, del juego del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual. Pero ello, más que una negación, lo que pone de manifiesto es que las obligaciones no pueden ser reconducidas a una de estas categorías contrapuestas si no es con ciertos matices correctores (58), evidenciando las dificultades de encajar las obligaciones en una de estas categorías de forma rígida y la existencia de ulteriores subcategorías en cada una de ellas (59).

De una parte, se indica la existencia de diversos grados en las obligaciones de medios según los casos y las circunstancias que concurran debido a la variedad que puede presentar su contenido, pudiendo oscilar desde una relativa indulgencia para el comportamiento del deudor hasta un grado sumo de severidad. Y en este último caso, cabe preguntarse si, no nos encontramos realmente con una obligación de resultado (60). La obligación de medios exige, pues, un análisis con-

(58) Vid. Esmein, P., «L'obligation et la responsabilité contractuelle», *Etudes Ripert*, París, 1950, T. II, p. 110; ID., en Planiol/Ripert, «Traité pratique de Droit Civil français», T. VI, París, 1952, pp. 492 y ss.; Marty, G./Taynaud, P., «Droit Civil», II-1.º, cit., pp. 504-505; Weill, A./Terre, F., «Droit civil. Les obligations», *it.*, p. 445; Stark, B., «Droit civil. Obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 632-633; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 407; Werro, F., «La distinction entre l'obligation de résultat e l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 264 y ss.

(59) En este sentido Esmein, P., *ob. y loc. ult. cit.*, proponía la sustitución, por inexacta e inútil, de esta pretendida *summa divisio* de las obligaciones por una clasificación cuatripartita en la que distinguía: «1.º) le cas où le créancier non satisfait n'obtient de dommages-interêts qu'en prouvant la faute del débiteur; 2.º) le cas où le débiteur, présumé en faute, se dégage para la preuve de l'absence de faute; 3.º) le cas où le débiteur ne s'exonère que par la preuve de la cause étrangère; 4.º) le cas où le débiteur ne peut s'exonérer même en propuvant la cause étrangère.»

(60) Vid. Malaurie, Ph./Aynes, L., «Droit Civil. Les contrats speciaux», París, 1986, p. 369, que ponen de relieve el problema señalando que «entre les obligations de moyens et de résultat à l'état pur, il existe donc des intermédiaires, en raison du contenu de l'obligation contractuelle: il y a des obligations de résultat "allégées" et des obligations de moyens "renforcées". La référence à l'obligations de résultat est du verbalisme».

creto de la situación, que no se revela tan necesario cuando se trata de obligaciones de resultado (61).

De otra parte, se intenta poner de relieve la existencia de dos categorías fundamentales en las obligaciones de resultado: la obligación de resultado ordinaria, que cesa en presencia del caso fortuito, y la obligación de resultado absoluta, en la que el deudor está igualmente obligado aún en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, como es el caso de las que tienen por objeto el pago de una suma de dinero o la entrega de cosas fungibles (62).

Ciertamente estas críticas han de ser tomadas en consideración, pues contienen buena parte de verdad y, como ha puesto de relieve Viney (63), revelan los límites y los matices que es preciso introducir en la utilización de la clasificación estudiada, pero no llegan a desnaturalizarla, ni la privan de su interés teórico, ni de su alcance práctico. Esta clasificación no puede, obviamente, ser considerada la nueva *summa divisio* de las obligaciones, ni con ella se puede responder a todos los problemas que implica el estudio de las obligaciones (ni siquiera de las contractuales), ni ser aplicada mecánicamente y *a priori* por categorías de contratos (64), pero lejos de ser una pura «vanidad escolástica» (65), sirve para justificar el empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación (o del contenido de la prestación, si se prefiere) y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación, lo que tampoco impide obviamente, la admisión de variantes y matices dentro de cada una de las dos categorías en estudio.

(61) Cfr. Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 342; Durry, «Quelques exemples d'application de la distinction des obligations de moyes et des obligations de résultat», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1974, p. 429.

(62) Cfr. Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 341, aunque se ha observado, Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 407, que en este caso la exoneración de responsabilidad al deudor procede, no de la existencia de una categoría especial de la obligación de resultado, sino de que no concurre el requisito de la fuerza mayor.

(63) Cfr. Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 633. En parecido sentido se manifiesta Werro, *ob. cit.*, pp. 264 y ss., afirmando (p. 266), que «malgré ses difficultés, la distinction présente cependant un avantage déterminant: elle révèle un régime de responsabilité différencié, adapté à la diversité des engagements contractuels que l'on constate surtout en matière d'obligations de faire».

(64) *Vid.* Remy, Ph., Nota a l'arrêt de 22, jun, 1983, Civ. 1.^a, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1984, pp. 119 y ss. Del mismo modo Malaurie, Ph./Aynes, L., «Droit Civil. Les contrats spéciaux», *cit.*, p. 312, señalan que el objeto de las obligaciones del contratista (entrepreneur) varía según los casos entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, «con la relatividad que requiere esta clasificación».

(65) Cfr. Remy, Ph., *ob. cit.*, p. 120.

2.5. Consolidación de la teoría

De lo expuesto hasta aquí se puede deducir fácilmente la existencia de una tendencia generalizada a la aceptación de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado que, aunque no encuentra su base de forma clara y expresa en los preceptos del *Code Civil*, ha tomado auténtica carta de naturaleza en el Derecho francés a través de su continua aplicación por los Tribunales. En efecto, tanto la práctica generalidad de la doctrina francesa (66), como la jurisprudencia dominante (67), la hacen suya de forma inequívoca. Y es que, además de tener un «valor sugestivo» indudable (68), que explica su éxito rápido y persistente, y de facilitar la comprensión de que la culpa contractual se presume en las obligaciones de medios y debe ser probada en las de resultado, se convierte en un instrumento dúctil y flexible en manos de los Tribunales que per-

(66) *Vid.*, Benabent, A., «Droit Civil. Les obligations», *cit.*, p. 136; Boubli, B., «La responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locaterus d'ouvrages», París, 1971, pp. 62 y ss.; Boyer, C./Monzein, P., «La responsabilité médicale», París, 1974, pp. 81 y ss.; Carbonnier, J. M., «Droit civil. Les Obligations», *cit.*, pp. 246 y ss.; Farjat, G., «Droit privé de l'économie. Théorie des obligations», *cit.*, pp. 33, 334 y ss.; Flour, J./Aubert, J. L., «Droit Civil. Les obligations», *cit.*, pp. 31-32; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*; Malaurie, P./Aynes, L., «Droit civil. Obligations», *cit.*, pp. 460 y ss.; Malinvaud, Ph./Jestaz, Ph., «Droit de la promotion immobilière», París, 1980 (2.^a ed.), pp. 114 y ss.; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit civil», II-1.^o, «Obligations. Théorie générale», *cit.*, pp. 13 y ss.; Penneau, A., «Règles de l'art et normes techniques», *cit.*, pp. 52 y ss.; Penneau, J., «La responsabilité médicale», París, 1977, pp. 34 y ss.; Plancqueel, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)», *cit.*; Savatier, R., «La théorie des obligations en droit privé économique», *cit.*, pp. 188 y ss.; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, pp. 339 y ss., y 486 y ss.; Tunc, A., «La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence», *cit.*; Vezian, J., «La responsabilité du banquier en droit privé français», París, 1977 (2.^a ed.), pp. 15 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité», *cit.*, pp. 547 y ss.; 626 y ss., y 827 y ss.; Weill, A./Terre, F., «Droit civil. Les obligations», *cit.*, pp. 442 y ss. También Marty, G./Raynaud, P., «Droit civil. Les obligations», *cit.*, pp. 657 y ss., aunque con ciertas reservas.

(67) Para una completísima reseña de la jurisprudencia francesa que aplica la distinción, *vid.*, Viney, G., *ob. ult. cit.*, pp. 634 y ss. Recientemente, y a título indicativo, pueden mencionarse, entre otras, Cass. Civ. 1.^a, 29, mar, 1989, *Sem. Jur.*, 1990, n.º 21415, nota de Putman, E./Sollety, B., Lyon 3.^a Ch. Civ., 16, feb, 1988, *Sem. Jur.*, 1990, n.º 21510, nota de Collomb; Trib. Grl. Inst. Montpellier, 2.^a Ch. B., 15, dic., 1989, *Sem. Jur.*, 1990, n.º 21556; Trib. Com., París, 1.^a CH., 23, oct., 1989, con nota de Paisant, G., *Sem. Jur.*, 1990, n.º 21573.

(68) *Cfr.*, Carbonnier, J., «Droit Civil», *cit.*, p. 250; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *it.*, p. 409. Entre nosotros Gitrama, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», *cit.*, p. 354, afirma que la distinción «no sólo es aceptable, sino fecunda en consecuencias»; Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *cit.*, p. 61.

mite aplicar a la diversidad de situaciones de hecho que se producen en el tráfico regímenes jurídicos diferenciados.

Acaso por ese mismo valor sugestivo que le dan su sencillez y su esquematismo, o acaso por la utilidad práctica que ha demostrado en el campo, cada vez más y más amplio y complejo, de las obligaciones de hacer, esta distinción ha ido ganando terreno paulatinamente en otros ordenamientos europeos, cosechando un éxito y una difusión desigual, pero en todo caso una buena acogida (69), al punto de merecer el interés de la doctrina científica de alguno de aquellos países que, como es el caso de Alemania, no han aceptado la distinción ni los planteamientos que le sirven de base (70). En efecto, tanto en Suiza (71), como en Portugal (72), como en España

(69) No queremos referirnos aquí, obviamente, a ordenamientos jurídicos en los que existe una práctica identidad normativa con el Derecho francés o una influencia preponderante del mismo, pues en estos casos la aceptación teórica y práctica de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado resulta perfectamente lógica y coherente. Así para el Derecho belga puede verse De Page, H., «*Traité élémentaire de Droit civil belge*», II, Bruxelles, 1964 (3.ª ed.), pp. 473 y ss.; Anrys, H., «*La responsabilité civile médicale*», Bruxelles, 1974, pp. 37-38; Ryckmans, X./Meert, R., «*Les droits et les obligations des médecins*», I, Bruxelles, 1970 (2.ª ed.), pp. 171 y ss., o para el caso particular del Derecho de Québec, Badouin, L., «*Traité élémentaire de Droit Civil*», I. *Les obligations*, Montreal, 1970, pp. 26 y ss.; Tancelin, M., «*Théorie du droit des obligations*, Québec, 1964 (3.ª ed.), pp. 3 y 249 y ss.; ID., «*Des obligations. Contrat et responsabilité*», Montreal, 1988 (4.ª ed.) pp. 269 y ss.

(70) *Vid.* Hils, «*Die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens und ihre Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der faute bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen wegen exécution défectueuse im franz. Recht*, Stuttgart, 1969; Meller, «*Obligation de sécurité. Verbesserung des Schutzes des geschädigten Vertragspartners und Beispiel der Fortentwicklung des französischen Vertragsrechts durch die Rechtsprechung*», Berlín, 1974, pp. 58 y ss.; Ohler, «*Obligation de moyens und Obligation de résultat. Beispiel der Fortentwicklung des franz. Zivilrechts durch Lehre und Rechtsprechung*», Bielefeld, 1971.

(71) *Vid.*, con distinta perspectiva Abranel, Ph., «*La qualification du contrat d'architecte*», en *Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte*, dir. por Gauch, P./Tercier, P., Friburg, 1989 (3.ª ed.), pp. 36 y ss., calificando a las obligaciones de medios y a las obligaciones de resultado como «*Tätigkeitsvertrag*» y «*Erfolgsvertrag*», respectivamente; Engel, P., «*Traité des obligations en Droit suisse*», Neuchatel, 1975, p. 70; Gautschi, G., «*Bernner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*», Bd. IV, 2, «*Der einfache Auftrag*» (su arts. 394-406 OR), Bern, 1971 (4.ª ed.), art. 394; Perrín, J. F., «*Le contrat d'architecte*», Genève, 1970, pp. 23 y ss.; Kuhn, M., «*Die Entwicklung inder Haftpflicht des Arzts*», RDS, 1986, pp. 469 y ss.; Tercier, P., «*La partie spéciale du code des obligations*», Zurich, 1988, p. 13; Von der Mühl, M., «*Etude pratique sur la responsabilité professionnelle du médecin*», RDS, 1981, pp. 289 y ss., y, por último, recientemente, Werro, F., «*La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle*», *cit.*, pp. 279 y ss., que estudia expresamente la aplicabilidad de la distinción al derecho suizo llegando a una solución positiva.

(72) Recibida en un principio la distinción por influencia directa de Demogue, *vid.*, Chuna Gonzalez, L., «*Tratado de Direito civil*», T. XII, Coimbra, 1938, pp. 740 y ss., se ha ido consolidando posteriormente, *vid.*, Andrade, M., «*Teoría Geral das obri-*

(73), en fin, la distinción ha tenido una amplia difusión en la ciencia jurídica, por más que no le falten reticencias, posturas críticas, claros rechazos u obstinados silencios (74). Otro tanto sucede en el ordenamiento italiano, donde surgió, fuera del ámbito del Derecho francés, de la pluma de Mengoni el primer trabajo orgánico y completo sobre la cuestión (75), lo que contribuyó a la divulgación de esta nueva categorización de las obligaciones. Así, poco a poco, y a pesar de las reticencias y de las críticas de algún autor (76), viene siendo asumida por un importante sector de la doctrina italiana, tanto con carácter general por sus cualidades descriptivas (77), como para intentar concretar y definir el carácter de las obligaciones que competen a los profesionales, especialmente los médicos,

gações», Coimbra, 1966 (3.ª ed.), pp. 410 y ss.; Antunes Varela, J. M., «Das obrigações en geral», Coimbra, 1982 (4.ª ed.), pp. 74-75, aunque sin llegar a generalizarse, *vid.*, Galvao Telles, I., «Direito das obrigações», Coimbra, 1982 (4.ª ed.), pp. 266 y ss.

(73) *Vid. infra* 3. «El estado de la cuestión en el Derecho español».

(74) Un caso peculiar y anecdótico lo constituye la experiencia de Argentina. Tras un cierto consenso sobre la aceptación de esta distinción, *vid.*, por ejemplo, Busi, «Código Civil anotado», Buenos Aires, 1944, p. 238; Bueres, A., «Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos», Buenos Aires, 1981, p. 31; ID., «El objeto del negocio jurídico», Buenos Aires, 1986, p. 155, recientemente ha sido puesta en tela de juicio y sometida a revisión y crítica, *cfr.* VV.AA., «Responsabilidad civil. Jornadas Australes de Derecho», Córdoba, 1984, pp. 474 y ss. Para un completo resumen de la polémica mantenida en este marco sobre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado por Alterini, que duda de la eficacia de su aplicación práctica, y por Belluscio, que arremete contra la misma afirmando tajantemente que esa distinción no existe, *cfr.* Yzquierdo, M., «La responsabilidad civil», *cit.*, pp. 262 y ss.

(75) Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *cit.*

(76) Véase el escepticismo de Giorgiani, «Obbligazione (teoria generale)», *cit.*, p. 581; ID., «Inadempimento (diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, XX, Milano, 1970, p. 860; la opinión de Rescigno, P., «Manuale del Diritto privato italiano», *cit.*, p. 658, a quien la distinción le parece, en general, censurable «poché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere come l'impegno que il debitore deve porre per ottenerlo», o la observación de Zatti, P., «Diritto civile», *cit.*, p. 92, a quien la distinción parece discutible porque «un risultato è sempre contemplato nell'obbligazione». Para un inventario e las opiniones críticas a la distinción de las obligaciones de medios y de resultado en la doctrina italiana, *vid.*, Lega, C., «Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza», *cit.*, pp. 513-514.

(77) *Cfr.*, Betti, E., «Teoría generale delle obbligazioni», *cit.*, p. 130; Branca, G., «Istituzioni di diritto privato», Bologna, 1975 (6.ª ed.), p. 315; De Cupis, A., «Istituzioni di Diritto privato», Milano, 1987 (4.ª ed.), pp. 275-276; Galgano, F., «Diritto privato», Padova, 1988 (5.ª ed.), p. 183; Torrente, A./Schlesinger, P., «Manuale di Diritto privato», Milano, 1985 (12.ª ed.), p. 425; Trabuchi, A., «Istituzioni di Diritto civile», Padova, 1988 (29.ª ed.), p. 509; Trimarchi, P., «Istituzioni di Diritto privato», Milano, 1986 (7.ª ed.), pp. 349-350. *Vid.* también, con ciertas reservas, Di Majo, A., «Delle obbligazioni in generale», *cit.*, p. 478, pues aunque entiende que la distinción es «opinabile in sede di ricostruzione teorica (del contenuto) dell'obbligazione, gode di una sua concreta valenza proprio all'interno del giudizio di responsabilità»; Visintini, V. G., «La responsabilità contrattuale», Napoli, 1979, pp. 18 y ss.

en relación con los clientes a los que prestan sus servicios, así como para determinar la responsabilidad generada por el incumplimiento de las mismas (78). Del mismo modo, encontrará gran audiencia en los Tribunales de justicia que la utilizarán con cierta frecuencia para fundamentar sus pronunciamientos (79). Bien es cierto que no ha faltado alguna opinión reciente que cree que la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado «está probablemente destinada a perder, en el futuro, mordiente», pronosticando un tendencial abandono de la misma por parte de la doctrina (80).

Sin embargo, si la distinción es aceptada de forma bastante generalizada, la discusión sobre la misma sigue estando viva, pero se ha trasladado hacia otros centros de interés, particularmente, hacia la

(78) Cfr. Carta, A., «Responsabilità civile del medico», Roma, 1967, pp. 34 y ss.; Fortino, M., «La responsabilità civile del professionista», *cit.*, pp. 2, y 48 y ss.; Lega, C., «Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza», *cit.*, pp. 513 y ss.; Princigalli, A., «La responsabilità del medico», Napoli, 1983, pp. 37 y ss.

(79) Pueden citarse a este propósito, y a título de ejemplo, entre otras muchas que recogen y aplican la distinción, las Sentencias de la Corte de Casación italiana de 18 de junio de 1975, *Max. Foro It.*, n.º 2439, según la cual, «l'obbligazione che il professionista assume verso il cliente per effetto dell'incarico conferitogli (conclusione del contratto di opera professionale), ha per contenuto (prestazione) lo svolgimento dell'attività professionale necessaria ed utile al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (cosiddetta obbligazione di mezzi o di comportamento, e non di risultato). Il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria od utile al caso concreto, ed ha il dovere di svolgerla con la necessaria diligenza», o la de 10 de diciembre de 1979, *Max. Foro It.*, n.º 6416, en la que se establece que: «A differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo. Per tanto, l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsioni negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività del obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto.» Si bien, la Corte en alguna Sentencia más reciente, como la de 8 de agosto de 1985, *Max. Foro It.*, n.º 4394, se refiere a la distinción como «discussa dicotomia»

(80) Cfr. Quadri, E., «Profili contrattuali e responsabilità nell'attività del medico (con particolare riferimento a quella del chirurgo plastico)», *Problemi attuali di Diritto privato*, Napoli, 1988, p. 158, que señala los análisis críticos que desde distintos puntos de vista han realizado de la misma Bianca, M., «Inadempimento delle obbligazioni», *Bolonia-Roma*, 1979, pp. 31 y ss.; Visintini, V. G., «Inadempimento e mora del debitore», *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1987, pp. 181 y ss., y Di Majo, A., «Delle obbligazioni in generale», *cit.*, pp. 456 y ss.

determinación de su ámbito de aplicación y, consiguientemente, de su relevancia teórica y práctica.

3. EL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ESPAÑOL

3.1. El resultado y la actividad como criterios diferenciadores del contrato de obra y el arrendamiento de servicios

La distinción de las obligaciones atendiendo a su objeto en obligaciones de medios y de resultado, ha ido adquiriendo paulatinamente la aceptación de la doctrina española y el favor de la jurisprudencia. No obstante, el alcance y la trascendencia que suele atribuirse a la distinción ha sido bastante limitada hasta hace muy poco tiempo, por las peculiaridades que su implantación ha presentado.

En primer lugar, es preciso señalar que en la doctrina española se intuye esta distinción antes de que Demogue llamase la atención sobre ella, si bien en un marco diferente: utilizándola como argumento para diferenciar los contratos de arrendamiento de obra y de arrendamiento de servicios, atendiendo al tipo de obligaciones que generan uno y otro. En efecto, ya Traviesas señalaba en 1919 que «en el arrendamiento de servicios se promete la actividad (*operae*), y en el arrendamiento de obra, el resultado de la actividad (*opus*)» (81), argumento que no dudará en hacer suyo algunos años después la Sala primera del Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de 4 de febrero de 1950 (*RJA*, 191), al sentar que, aún admitiendo que los servicios ofrecidos por los Letrados, y otros profesionales liberales constituyen generalmente un contrato de arrendamiento de servicios, la relación contractual entre el Letrado y su cliente también puede aparecer como un contrato de obra, «supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga aquél a prestar no propiamente su actividad profesional sino el resultado producido por la misma, cual ocurre entre otros casos, en el de aceptar el Letrado el encargo de emitir un dictamen».

Precisamente será en este contexto de las diferencias entre el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios, y a partir de la antedicha Sentencia, en el cual la doctrina y la jurisprudencia irán acogien-

(81) Cfr. Traviesas, «Contrato de arrendamiento», *RDP*, 1919, p. 36, quien ilustra un poco antes la misma idea con el siguiente ejemplo; «si un sastre se obliga a hacer un traje a un cliente, le promete a éste el resultado de la actividad: la hechura del traje. El sastre, por su parte, compromete a otras personas para que cosan el traje, y a cada una de ellas no les paga por que hagan la chaqueta o el chaleco, supongamos, sino porque cosan simplemente. Estas personas se obligan sólo a proporcionar su actividad, ciertamente que para un fin, pero no se comprometen a proporcionar el fin, el resultado».

do, poco a poco, la distinción entre las obligaciones de medios, de actividad o de diligencia, y las obligaciones de resultado, con lo que las consecuencias de orden teórico y de orden práctico que se suelen extraer de ella son bastante exiguas y no presentan otra trascendencia que la de determinar el régimen legal aplicable en cada caso.

Por lo que a la jurisprudencia se refiere puede hacerse mención de las Sentencias del TS de 7 de octubre, 23 de noviembre y 19 de diciembre de 1964 (*RJA*, 4326, 5453 y 5900), que refiriéndose a la obligación que genera el contrato de obra o de empresa, mencionan «la obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*) al que, con o sin suministro de material se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido de acuerdo con la regla *res perit domino*» (82); la Sentencia de 14 de octubre de 1968 (*RJA*, 4386), en cuyo Considerando segundo se establece que el objeto del contrato de obra o empresa «no es simplemente la energía del trabajo, sino el resultado de ese trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser “de recibo”, es decir, que reúna las condiciones de actitud e idoneidad normales, quedando esta declaración supeditada a la resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella» (83); la Sentencia de 24 de septiembre de 1984 (*RJA*, 4303), que califica el contrato de obra como aquél en el que «el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes, en el caso el *opus* constituido por el “proyecto”, pero por ello mismo, revestido con las condiciones o requisitos de viabilidad precisas para que la obra a la que se refiere pueda ser ejecutada y realizada» (84), o la de 29 de mayo de 1987 (*RJA*, 3848), que predica la existencia de un contrato de arren-

(82) En el mismo sentido se manifiestan la Sentencia de 23 de noviembre de 1974 (*RJA*, 4376), y la Sentencia de 3 de noviembre de 1983 (*RJA*, 5953), que califican la obligación derivada del contrato de obra diciendo que «no consiste, pura y simplemente, en la ejecución de un encargo con abstracción absoluta de la finalidad deseada por los estipulantes, sino que, por el contrario, es aquél por el cual una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente) mediante precio a la obtención de un resultado (*opus*)».

(83) En este mismo sentido puede verse la Sentencia de 10 de febrero de 1987 (*RJA*, 703), que califica como contrato de obra aquél en el cual el profesional se compromete a prestar al comitente «no su simple actividad, sino el resultado de la misma ajustado a las instrucciones recibidas».

(84) En parecido sentido puede verse la Sentencia de 4 de octubre de 1989 (*RJA*, 6881), en cuyo Cdo. 2.º se dice: «el aludido convenio del caso presente no es sino un contrato incardinado en la esfera del arrendamiento de obra», puesto que «el contrato de arrendamiento de obra o empresa es aquél en el que el profesional se obliga a prestar

damiento de obra cuando «su objeto lo constituye el resultado concreto prometido por el profesional, pasando a segundo término la actividad o trabajo dirigido a dicho fin» (85).

Como se puede apreciar fácilmente en todos estos casos, la obligación dimanante del contrato de obra aparece configurada como una obligación de resultado, contrapuesta a la actividad que es preciso desplegar para la producción del mismo.

En otro orden de cosas, puede hacerse referencia a la Sentencia de 10 de junio de 1975 (*RJA*, 3265), que aludiendo a la Sentencia de 4 de febrero de 1950 antes citada, y siguiendo las huellas trazadas por ella, sienta en su primer Considerando: «Que de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado, cosa no infrecuente dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado» (86). Con ello deja muy claro que el con-

al comitente, no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la necesidad deseada y prevista por los contratantes, y cuyo precio se pacto inicialmente pagar, parte en dinero y el resto mediante la transferencia de la propiedad de determinados pisos, pacto lícito y muy frecuente en nuestros días, que no desnaturaliza la calificación del contrato, pues si bien el art. 1543 del Código Civil exige la existencia de un «precio cierto», es decir, una contraprestación en dinero, ello no impide que las partes, en uso de la libertad de pacto (art. 1255 del Código Civil) convengan la entrega de cosas, empleadas éstas en función y como equivalente del dinero, sin que por ello el contrato deje de ser arrendamiento de obra».

(85) Esta misma identificación entre obra y resultado se da en las Sentencias de 14 de junio de 1989 (*RJA*, 4633), o en las de 11 de octubre de 1974 (*RJA*, 3798) y de 17 de julio de 1989 (*RJA*, 5709) que se refieren a la obligación de «garantizar el resultado de las obras».

(86) Esta idea viene corroborada por el considerando siguiente, al señalar que «el contrato oneroso concluido por un arquitecto por el que se obliga a la dirección facultativa de las obras de construcción de un edificio ha de ser calificado, conforme a la doctrina precedente, de arrendamiento de servicios, puesto que mediante él no se promete un resultado, sino solamente la actividad de dirección de las obras precisas al efecto, calificación que persiste, como antes se ha apuntado, aunque dicha actividad se oriente mediatamente hacia aquel resultado». La misma idea se reitera por el Tribunal Supremo en los pronunciamientos de 19 de junio de 1982 (*RJA*, 3433), de 3 de noviembre de 1983 (*RJA*, 5953), de 29 de junio de 1984 (*RJA*, 3441), de 24 de septiembre de 1984 (*RJA*, 4303) y de 7 de noviembre de 1989 (*RJA*, 7857).

trato de arrendamiento de servicios genera una obligación que puede ser calificada de obligación de medios o de actividad, que se contraponen al resultado que podría esperarse de un comportamiento diligente del deudor (87).

Partiendo de estos planteamientos vemos como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se reafirma, una y otra vez, en la idea de que el objeto de las obligaciones puede consistir en la prestación de una actividad en sí misma (obligación de medios) o, en la prestación de un resultado (obligación de resultado). Idea que, por lo demás, encontrará igualmente una excelente acogida en los pronunciamientos de los Tribunales inferiores (88).

(87) No obstante el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 7 de febrero de 1990 (*RJA*, 668) introduce algunos matices en la distinción al afirmar en su Cdo. 4.º que, en algún caso, la relación jurídica concertada por el médico con su paciente, al que en general califica de arrendamiento de servicios, puede ser «reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole».

(88) A título de ejemplo pueden citarse últimamente la Sentencia de 3 de noviembre de 1986 de la Audiencia Territorial de Pamplona (*RGD*, 1987, pp. 3732 y ss.), en cuyo primer Cdo. pueden leerse las siguientes afirmaciones: «[...] aun cuando el artículo 1544 del Código Civil se refiere a los diversos contratos, arrendamiento de obra o de servicios, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que para determinar la naturaleza jurídica de uno y otro habrá de estarse al objeto inmediato del mismo, de tal forma que si lo convenido fuese la prestación de un trabajo, sin consideración, al menos directa del resultado, estaríamos ante un arrendamiento de servicio, mientras si se precisa un resultado sin consideración al trabajo en sí estaríamos ante un arrendamiento de obras, y aplicadas estas nociones a la relación existente entre las partes, habida cuenta las características de la misma de bilateralidad, consensual y sinalagmática, pronto se observa, por no ser la medicina una ciencia exacta, que lo que se tuvo en cuenta era la realización de la vasectomía conforme a la *lex artis*, y no el resultado, o sea, la esterilización de actor, pues ésta, como bien se indica en el fundamento 2.º de la resolución recurrida, no siempre se produce, y a ello, obviamente, no se comprometió el facultativo demandado, por lo que, indudablemente, el contrato suscrito por las partes lo fue de arrendamiento de servicios»; la Sentencia de 12 de junio de 1989 de la Audiencia provincial de Barcelona, Sección 12.ª (*RGD*, 1989, pp. 8284 y ss.), en cuyo Cdo. segundo se afirma que «el acto médico no rebasa el contenido del arrendamiento de servicios..., por no asegurar jurídicamente los resultados que persigue cuando hay en su *praxis* riesgos propios de la naturaleza humana y complicaciones reaccionales del enfermo u elementos circunstanciales variables en cada caso, que siendo ajenos al quehacer profesional, sólo obligan a una prestación adecuada de medios, pues como ha resaltado la jurisprudencia, en forma reiterada y pacífica, la obligación del médico no es obtener en todo caso la recuperación de la salud, sino una obligación de medios, es decir, obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado de salud y de la ciencia médica», o la Sentencia de 22 de febrero de 1989 de la Audiencia Territorial de Oviedo (*RGD*, 1989, pp. 3258 y ss.), cuyo Cdo. tercero indica que «ninguna duda existe de que la relación entre abogado y su cliente está basada normalmente en un contrato personal (referido a un Letrado determinado), expreso o tácito, por lo general de arrendamiento de servicios, comprendido en los amplios términos del art. 1554 del Código Civil, a través del cual se obliga al primero a suministrar

La doctrina, por su parte, seguirá un camino paralelo en el intento de deslindar y diferenciar los contratos de arrendamiento de servicios y de arrendamiento de obra, utilizando para ellos el mismo criterio del objeto último o fin del contrato. En este sentido, la distinción que se propone consiste en afirmar que «en el arrendamiento de servicios se despliega una actividad en interés de otro sin prometer el resultado de dicha actuación, mientras que en el de obra se promete la concreción final de la actividad desplegada en el resultado perseguido» (89), o como señala Lacruz (90), «en que en el contrato de servicios las partes pretenden obtener, simplemente, que otra persona desarrolle cierta actividad, mientras en el de obra persiguen, no estrictamente esa actividad ajena, sino su resultado».

al segundo unos medios, que son sus conocimientos y su técnica y práctica jurídica, los cuales son puestos al servicio de aquél para prestarle la asistencia que cada caso concreto requiera, mediante la adecuada contraprestación en dinero. En consecuencia no puede hablarse de la obtención de un resultado determinado, sino de medios necesarios que objetivamente permitan el logro de ese resultado beneficioso a los intereses de su cliente. Si ello no se lleva finalmente a cabo, o el Letrado no se atiene a los términos del contrato, surge en favor de aquél el derecho de indemnización por incumplimiento del convenio habiendo de estarse entonces a lo dispuesto en las reglas del art. 1101 y siguientes del Código Civil», bien es cierto que en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la llamada culpa extracontractual o aquiliana, la responsabilidad demandada debe establecerse sobre la base de una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de los deberes normales («deber del saber») a un buen profesional de la Abogacía.

(89) Cfr. Gitrama, «Configuración jurídica de los servicios médicos», *cit.*, p. 353. Con mayor o menor amplitud se refieren a este mismo criterio para distinguir el contrato de obra y el arrendamiento de servicios Albaladejo, M., «Derecho Civil», II-2.º, Barcelona, 1982 (7.ª ed.), pp. 276-277; Castán Tobeñas, J., «Derecho Civil Español, Común y Foral», IV, Madrid, 1986 (13.ª ed. a cargo de J. Ferrnadis), p. 471; Díez Picazo/Gullón, «Sistema de Derecho Civil», II, Madrid, 1989 (6.ª ed.), p. 145; Del Arco, A./Pons, M., «Derecho de la construcción», Madrid, 1987 (2.ª ed.), pp. 23-24; Espín, D., «Manual de flerecho Civil español», III, Madrid, 1983 (6.ª ed.), p. 636; Fernández Costales, J., «El contrato del arquitecto en la edificación», Madrid, 1977, pp. 125 y ss.; Gullón, A., «Curso de Derecho Civil. Contratos en especial», Madrid, 1972, pp. 252-253 y 261; Lete del Río, J. M., «Derecho de obligaciones», III, «Contratos en particular», Madrid, 1990, p. 131; Lucas Fernández, F., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, T. XX, vol. 1.º, Madrid, 1980, pp. 83 y ss.; Puig Brutau, «Fundamentos de Derecho Civil», II-2.º, Madrid, 1982 (2.ª ed.), pp. 395-396, 430 y 438; Rebolledo, A., «Algunos aspectos del contrato del arquitecto. Los honorarios», *RDP*, 1985, pp. 925-926; Roca Trías, E., «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos», *RDP*, 1976, p. 787; Santos Briz, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», *RDP*, 1972, pp. 383 y ss.; Yzquierdo, «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 42 y ss.

(90) Cfr. Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-3.º, Barcelona, 1986 (2.ª ed.), p. 271, que añade «quien asume la obra (contratista) promete a la contraparte un "resultado", que consiste inicialmente en un acto de producción del cual él asume el riesgo y al cual, acaso (aunque no necesariamente), el promitente no estaría en situación de atender por sí, porque implica cierta habilidad técnica».

Sin embargo, en la práctica, resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obras o de servicios, puesto que, como pone de relieve Gullón (91), toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio perseguimos un resultado. Luego de ahí que sea preciso encontrar un adecuado criterio para la calificación auténtica del contrato.

En el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad e interés del acreedor: que esta actividad surta un efecto útil al acreedor, es cosa que no afecta o importa al deudor, sino únicamente a aquél. Por el contrario, en el arrendamiento de obra el arrendador es acreedor del resultado útil de aquella actividad. Según que la intención de los sujetos se haya concretado en la realización de un actividad o en el resultado de un obrar se calificará el supuesto dudoso (92). Estaremos, pues, en presencia de una obligación de medios en el primero, y ante una obligación de resultado en el segundo.

Se pone así en evidencia, con toda claridad, el entronque de la diferenciación de estos dos tipos de contrato con la clasificación de las obligaciones según su objeto, pues «encarna nada menos que el paradigma de la moderna distinción entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado» (93). En estas últimas el deudor se obliga a cumplir, a todo evento, una determinada prestación, con la subsiguiente aceptación de todos los riesgos de la empresa. En cambio, en las primeras, la actividad del deudor se encuentra enmarcada en la consecución de una finalidad superior y exterior al contrato que lo liga. El deudor se halla constreñido a un hacer con vistas a dicho fin, pero sin que el logro del mismo o su frustración influyan en la eficacia del contrato. Cumple con poner de su parte cuanto de él dependa para lograr el fin previsto.

3.2. La recepción doctrinal de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Simultáneamente, y fuera de este preciso contexto al que venimos refiriéndonos, algún autor ha puesto su atención en la distinción y se ha ocupado de ella en un marco de carácter más general.

(91) Cfr. Gullón, *op. y loc. ult. cit.*

(92) Para los supuestos dudosos se ha llegado a admitir la presunción fundada en el hecho de que la consecución del resultado esté en la mano del que realiza el trabajo o no lo esté, para determinar que en el primer caso existe contrato de obra y en el segundo arrendamiento de servicios. Cfr. Gullón, *ob. ult. cit.*, p. 253; Rebolledo, *ob. cit.*, p. 927; Yzquierdo, *ob. ult. cit.*, p. 253.

(93) Cfr. Gitrama, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», *cit.*, p. 353. En el mismo sentido Gullón, *ob. ult. cit.*, p. 252 y, sobre todo, Yzquierdo, «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 42 y ss.

Así Hernández Gil (94), al analizar la estructura de la obligación, distingue en el orden conceptual las prestaciones «de actividad y de resultado», según el fin que se muestra como una ventaja para el acreedor quede fuera de la prestación o forme parte de la misma. Es decir, para distinguir estos dos tipos de obligaciones usa el criterio tradicional que atiende al fin práctico de la obligación, existiendo una u otra clase en función de si éste es exigible o no al deudor.

«En el primer caso —dice este autor— la prestación se nutre sólo del comportamiento (activo o pasivo) del deudor; su obligación no se extiende más allá. Que el acreedor obtenga o no el resultado a que, sin duda, tendió, es indiferente... En el segundo caso, por el contrario, el fin forma parte de la prestación. Son las llamadas prestaciones de resultado» (95).

Por su parte, Díez Picazo, al estudiar el objeto de la relación obligatoria, distinguirá «las obligaciones de resultado y las obligaciones de simple actividad o de diligencia», según que lo comprometido por el deudor y aquello a lo que el acreedor tiene derecho estribe o no en la consecución de un determinado resultado (96). En definitiva, pues, hace radicar la diferencia entre ambos supuestos en el «compromiso del deudor», con lo que introduce una nueva perspectiva en la distinción que trasciende el alcance puramente descriptivo y conceptual de la misma y le permite colocar sus consecuencias prácticas en el plano del incumplimiento y, consiguientemente, en su prueba.

Así, como sigue diciendo este autor, «en la prestación de actividad, el deudor compromete únicamente su esfuerzo y por consiguiente cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado. Si existe una actividad del deudor destinada a cumplir, habrá sólo cumplimiento defectuoso en la medida que no se observe la diligencia normal. En cambio, si la prestación es de resultado el deudor no compromete su actividad, sino el resultado que ha de obtenerse con ella. Por eso, si

(94) Cfr. Hernández Gil, A., «Derecho de obligaciones», *cit.*, pp. 123-124. En este mismo sentido, últimamente, Martín Pérez, «Comentarios al Código Civil», T. XVI, I, *cit.*, pp. 85.

(95) Como ejemplos de las primeras señala el contrato de trabajo, el contrato de arrendamiento de servicios y el mandato. Como ejemplos de las segundas, el contrato de obra, excluyendo las prestaciones de dar de las de resultado, porque «en aquéllas se requiere precisamente la presencia de una cosa (corporal) que preexiste a la prestación de la actividad, mientras que en éstas el resultado puede no estar encarnado en una cosa corporal, sino más ampliamente en el bien capaz de representar la objetivación del fin perseguido; pero además, y sobre todo, el resultado es algo nuevo, no preexistente o coexistente con la actividad, sino el producto logrado por el desarrollo de ésta». En parecido sentido Sancho, en Lacruz, «Elementos», II-1.º, *cit.*, p. 80; Lete, J. M., «Derecho de Obligaciones», I, *La relación obligatoria en general*, Madrid, 1988, p. 44.

(96) Cfr. Díez Picazo, «Fundamentos», I, *cit.*, Madrid, 1970 (1.ª ed.), p. 442.

hay actividad, pero no resultado, no habrá cumplimiento aunque defectuoso, sino verdadero y propio incumplimiento» (97).

Una postura muy próxima a la que acabamos de ver adopta Lacruz (98) al distinguir, en atención a las clases de prestación, las «obligaciones de medios y de resultado», aunque introduce algún matiz al fijarse, con más precisión, no tanto en el incumplimiento y su prueba, sino más bien en la imputación de la responsabilidad derivada del mismo y en su posible exoneración.

En efecto, para este autor en las obligaciones de medios «el deudor debe poner los medios para alcanzar ciertos fines, pero sólo eso. Aunque no se obtenga el resultado para el que se ponen los medios, el obligado no puede ser hecho responsable si no se prueba su negligencia, y aún entonces la reparación se mide, no en relación al resultado perseguido sin fruto (y extraño a la obligación), sino a las consecuencias directas de la negligencia del deudor demostrada por el acreedor». Por el contrario, la obligación de resultado garantiza su obtención, por tanto, «si el resultado no se produce, será el deudor quien deba demostrar el caso fortuito. O sea: por el hecho de no haberse alcanzado el efecto práctico debido, queda patente, sin más, el incumplimiento, y, a partir de éste, es el deudor quien ha de probar que no ha sido culpable».

En esta misma línea, con mucha mayor amplitud, Moreno Quesada (99) clasifica las obligaciones de hacer distinguiendo dentro de ellas «las obligaciones de medios, de actividad o pura diligencia, y las obligaciones de resultado», buscando precisar el ámbito de aplicación, el criterio diferenciador y el alcance práctico de unas y otras.

Tras unas interesantes referencias a la génesis de la distinción, y fundamentándola sobre el objeto de la obligación, este autor define las obligaciones de resultado como aquéllas en las que «se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor...». Mientras que se refiere a la obligación de medios como «aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son, pues, obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación» (100).

(97) *Ibidem*, p. 443.

(98) Cfr. Lacruz, «Elementos», II-1.º, p. 37 (1.ª ed., 1977).

(99) Cfr. Moreno Quesada, «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, pp. 474 y ss.

(100) *Ibidem*, p. 475.

Por lo demás, centra la importancia práctica de la distinción en torno a dos cuestiones fundamentales: «la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor» y el «establecimiento de la carga probatoria acerca de si se cumple o no y de la consiguiente responsabilidad en este último supuesto», pues si «el deudor no debe más que una prestación de medios o diligencia se obliga únicamente a comportarse como un buen padre de familia y, en consecuencia no responde sino de su culpa; si, por el contrario su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el sólo hecho de la inejecución que no encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor y, consiguientemente, con independencia de la diligencia puesta en la actuación» (101).

3.3. Hacia la generalización de la distinción

Con estos antecedentes, la doctrina posterior centrará su atención de modo definitivo al establecer la distinción, en la distinta configuración del objeto de la obligación, pero sobre todo situará el interés de la misma en materia de imputación de la responsabilidad al deudor en caso de incumplimiento (102). Para ello se buscará apoyo textual de la distinción en el artículo 1104, en el que encajarían las obligaciones de medios, y en el artículo 1105, en el que encajarían las obligaciones de resultado, ambos del Código Civil (103), sin que por ello la distinción establecida respecto del contenido de la obligación rompa necesariamente el sistema de la responsabilidad en dos campos: el de la norma de la diligencia (art. 1104 del Código Civil) y el de los artículos 1105-1182, 1184 del Código Civil (104).

De este modo, se ha ido conformando, poco a poco, una nueva clasificación de las obligaciones en relación con su objeto, que va a

(101) *Ibidem*, p. 476.

(102) *Vid.*, Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», p. 60; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», p. 174; ID, «Las obligaciones de medios», *cit.*, p. 21; Martín Pérez, «Comentarios al Código Civil», *cit.*, p. 89; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», p. 267.

(103) Cfr. Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», p. 58. Si bien este autor, siguiendo a un caracterizado sector de la doctrina francesa, va a extender la aplicación de esta distinción al campo de la responsabilidad extracontractual con apoyo en los artículos 1902 y 1903 y ss., respectivamente, al igual que hará más tarde Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», pp. 260 y 267.

(104) Cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», pp. 175 y ss.; «Las obligaciones de medios», *cit.*, pp. 35 y ss.

alcanzar una amplia aceptación en la doctrina española (105), y que tendrá su punto más álgido en materia de responsabilidad civil de los profesionales liberales en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de servicio que les liga con sus clientes (obligación que generalmente será de actividad o de medios), por lo que será en el campo de la responsabilidad civil contractual y, en particular en el campo de la responsabilidad civil de los profesionales liberales, y en particular de los profesionales de la medicina (106), donde se producirá un consenso mayor para su admisión, y donde se extraerán unas consecuencias teóricas y prácticas más fecundas de la misma.

De otro lado, la jurisprudencia también se ha hecho eco últimamente de esta distinción de las obligaciones en obligación de medios y en obligaciones de resultado, trascendiendo el estrecho marco de la

(105) Además de los autores anteriormente citados hacen referencia, con mayor o menor alcance, a la distinción Albaladejo, «Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, pp. 35-36; ID., «Curso de Derecho Civil», II, p. 22; Badosa Coll, F., «La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil», Bolonia, 1987, p. 191; Cabanillas Múgica, S., Recensión a Yzquierdo Tolsada, «La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general», *ADC*, 1989, pp. 164-165; Cristóbal Montes, A., «El incumplimiento de las obligaciones», Madrid, 1989, pp. 129-130; Díez Picazo/Gullón, «Sistema», II, *cit.*, p. 145; De Angel Yagüez, R./Zorrilla Ruiz, M. M.ª, «La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado», *ADC*, 1985, pp. 209 y ss.; González Porras, J. M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, T. XVI-1.º (arts. 1156 a 1213), Madrid, 1980, p. 184; Lasarte, C., «Curso de Derecho Civil patrimonial (Manual para economistas), Madrid, 1987, pp. 500-501. También Sancho Rebullida y Delgado Echeverría, en Lacruz, «Elementos», II-1.º, Barcelona, 1985 (2.ª ed.), pp. 80 y 238. Últimamente, Carrasco, A., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. I, Madrid, 1989, pp. 590-592; Martín Pérez, A., «Comentarios al Código Civil», *cit.*, t. XV, vol. I, (arts. 1088 a 1124), Madrid, 1989, pp. 85 y ss.; Pascual Estevill, L., «Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil», I, *cit.*, pp. 53 y ss.; ID., «La responsabilidad contractual», *it.*, pp. 47 y ss.; Cabanillas, A., «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba», *ADC*, 1991, pp. 918 y ss.

(106) Cfr. Ataz López, J., «Los médicos y la responsabilidad civil», Madrid, 1985, pp. 167 y ss.; Fernández Costales, J., «El contrato de servicios médicos», Madrid, 1988, pp. 72 y ss.; Fernández Hierro, J. M., «Responsabilidad civil médico-sanitaria», Pamplona, 1984, pp. 84-85; Garrigues, J., «Contratos bancarios», Madrid, 1975 (2.ª ed.), p. 458; Gitrama, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», *cit.*, pp. 353 y ss.; ID., «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)», *ADC*, 1977, pp. 307 y ss.; González Morán, L., «La responsabilidad civil del médico», Madrid, 1990, pp. y ss.; Jordano Fraga, F., «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *cit.*, pp. 38 y ss.; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», pp. 466 y ss.; Llamas Pombo, «La responsabilidad civil del médico», *cit.*, pp. 70 y ss.; Rico-Pérez, F., «La responsabilidad civil del farmacéutico», Madrid, 1984, p. 61; Santos Briz, J., «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *RDP*, 1984, pp. 646-647, 666 y ss., y con carácter general, Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 253 y ss.

diferenciación entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de obra, buscándole nuevas funciones que realzan su relevancia teórica y práctica. Así, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de mayo de 1986 (*RJA*, 2824) (107), determina la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, señalando que «no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligaciones de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga, no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica» (108), deduciendo expresamente de ello que la responsabilidad del médico ha de basarse en una culpa incontestable derivada de su negligencia profesional.

En parecido contexto, la Sentencia de 13 de julio de 1987 (*RJA*, 5488) (109), plantea algunas de las cuestiones fundamentales derivadas de la distinción acerca de la determinación del objeto, de la prueba del incumplimiento y del tipo de responsabilidad derivada del mismo en cada uno de estos dos tipos de obligación, aunque sin hacer referencia expresa a la terminología empleada habitualmente por la doctrina, pues únicamente señala que «en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica» (110).

(107) Para un comentario de esta Sentencia *vid.* Fernández Costales, J., «La Ley», 25 de septiembre, 1986. De la misma manera se manifiesta la Sentencia de 31 de enero de 1990, *vid.*, *CCJC*, 1990, pp. 279 y ss., con comentario de Yzquierdo Tolsada.

(108) *Vid.* en este mismo sentido la Sentencia de 12 de febrero de 1990 (*RJA*, 677), o la Sentencia de 19 de junio de 1990, que ratifica la doctrina de la Sala afirmando que «la relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, pues no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas», o por último, la Sentencia de 6 de noviembre de 1990, que afirma en su considerando segundo: «Es doctrina constante de esta Sala... que la obligación contractual o extracontractual, del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia.»

(109) También puede verse en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 15, 1987, pp. 4961 y ss., con comentario de De Angel Yagüez, aunque no se incide particularmente en la cuestión que aquí interesa.

(110) En otro contexto el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de noviembre de 1989 (*RJA*, 7857), refiriéndose a la responsabilidad del arquitecto, señala que era su obligación «la vigilancia de la humedad causante de las deficiencias de la madera, pues la dirección de la obra, aunque se partiera de que su obligación es de actividad y no de resultado, comporta una actividad de vigilancia más efectiva comprobando si la obra se está haciendo de acuerdo con las exigencias normativas y, concretamente, en este caso con las citadas normas, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1591 conforme al concepto amplio de ruina funcional».

Discurriendo por el mismo camino y haciéndose eco de la doctrina sentada en los pronunciamientos antes citados, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 7 de febrero de 1990 (RJA, 668), que puede considerarse paradigmática y extraordinariamente rica en contenido, y en relación a una problemática similar a la anteriormente mencionada, utiliza de forma expresa la distinción y la terminología aludida —obligaciones de medios y obligaciones de resultado— para caracterizar la responsabilidad del médico, poniendo en relación afirmaciones muy parecidas a las antes reseñadas (111), con el asunto de la diferenciación entre los contratos de arrendamiento de servicios, que generan obligaciones de medios que encuentran su encaje normativo en el artículo 1104 del Código Civil (112), y los contratos de ejecución de obra que producen obligaciones de resultado, si bien realizando algunas precisiones y matizaciones en la distinción al presuponer que en la pretendida responsabilidad del médico «concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual» (113), y al

(111) En su Cdo. tercero de esta Sentencia se entiende que: «en concreta relación con los profesionales sanitarios, en cuanto, en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo, como omisión a la diligencia exigible en cada caso, aunque se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que ésta sea, que caiga fuera del campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado y curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica».

(112) Así en el Cdo. quinto de esta Sentencia el Tribunal Supremo mantiene que la culpa del médico ha de resultar probada mediante «la justificación de no haber mepleado el médico la diligencia exigible en su actuar profesional, con acomodo a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1104 del Código Civil», y, en el Cdo. siguiente el Tribunal indica que la diligencia que ha de exigirse al médico en su actividad profesional es la prevista en el artículo 1104.2 del Código Civil, es decir, «cuando se acredite, sin posibilidad de apreciación de circunstancias excluyentes la omisión de la diligencia “exigible según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”, habida cuenta que la culpa está siempre condicionada de modo individual, huyendo, en principio, de toda generalización siempre peligrosa, y más en la práctica de la medicina, sujeta a la *lex artis*».

(113) El Tribunal Supremo continúa diciendo en el Cdo. quinto de esta Sentencia: «ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (*alterum non laedere*), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen, llevando a la consecuencia de que en materia de prueba si bien puede admitirse que en situaciones generantes de culpa extracontractual pueda conducir a que aquél a quien se atribuye responsabilidad haya de probar en ciertos casos su falta de culpa y responsabilidad en virtud de un desplazamiento del *onus probandi*, y en la situación derivada de culpa contractual a de resultar acreditada probada».

aplicarlo, consiguientemente, a ambos supuestos de responsabilidad (114). en consecuencia, incluirá con carácter general el contrato de servicios médicos entre los contratos de arrendamiento de servicios, y derivará de tal calificación que las obligaciones que incumben al médico respecto del paciente son de medios adecuados y no de resultado, salvo que «la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole».

4. AMBITO DE APLICACION

4.1. Encuadre sistemático de la clasificación

Como ya se ha apuntado, todo parece indicar que el centro del debate sobre la distinción de las obligaciones en obligaciones de

(114) En su Cdo. cuarto la aludida Sentencia determina que: «En corroboración de la solución acogida en el precedente fundamento de derecho (que hace referencia a la distinción antes apuntada), es de considerar que si ciertamente el derecho positivo español no contiene preceptos definidores del estatus jurídico del médico, sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento jurídico general civil, ha llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios, y aunque esta posición simplista, reductora de la intervención facultativa al aspecto contractual, omite la esencial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él, o de quien lo represente o tenga su guarda, sino también en caso de urgencia como siniestro cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede también ser rica en matices, con complejidad incluso de relaciones, lo que determina la singular de que aquella calificación de arrendamientos de servicios que se producen entre el médico y el enfermo, con su molde amplísimo comprensivo de acogida de los servicios superiores y muy cualificados de quiénes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales, según reconocen las Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 1941, de 22 de diciembre de 1955, de 7 de junio de 1958 y de 2 de junio de 1960, revela claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado, salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole, lo que en definitiva conduce a que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional».

medios y obligaciones de resultado se ha trasladado, de la discusión sobre la conveniencia o no de admitir esta clasificación, en lo que parece haberse alcanzado un consenso bastante generalizado, a la discusión acerca de cual es su auténtica relevancia.

En todo caso, se parte de un punto en el que el acuerdo es casi unánime. La mencionada clasificación, aunque permita observar la prestación desde el punto de vista de la actividad del deudor y, simultáneamente, desde el punto de vista de la satisfacción del interés del acreedor, ni compromete ni altera el concepto unitario de la obligación (115). Al fin y al cabo, la prestación, que viene a identificarse con el objeto de la obligación (116), tiene, producto de su configuración histórica, una significación dual según se repare en el deber de comportamiento del deudor, o en la obtención del resultado entendido como realización del interés del acreedor (117). No hay, por tanto, diferencias de carácter ontológico entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Las diferencias radican en lo específico, y no en lo genérico, pues en ambos tipos de obligación se da la misma estructura institucional: la deuda y la responsabilidad.

Como ha señalado De los Mozos (118), «el objeto de la obligación no puede ser otro que la *prestación* consistente, para el deudor, en el comportamiento debido, y para el acreedor, en la posibilidad de exigir su cumplimiento del que responde el patrimonio del deudor». Por eso, aunque el derecho de crédito supone para el acreedor el poder de exigir el comportamiento del deudor, su derecho no se agota ahí, sino que abarca también el poder de agresión al patrimonio del deudor en caso de producirse la lesión del crédito. Lo que sucede es que en lo específico, como se ha puesto recientemente de relieve,

(115) Cfr. Tunc, A., «La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence», *cit.*, p. 179; Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *cit.*, p. 188.

(116) Cfr. De los Mozos, J. L., «Concepto de obligación», *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, p. 325. En este mismo sentido se pronuncia la mayor parte de la moderna doctrina española Castán Tobeñas, J., «Derecho civil español común y foral», III, Madrid, 1988 (12.ª ed. puesta al día por García Cantero), pp. 63 y ss.; Díez Picazo, «Fundamentos», I, *cit.*, p. 434; Hernández Gil, A., «Derecho de obligaciones», *cit.*, pp. 108 y ss.; Beltrán de Heredia y Onis, P., «La obligación (concepto, estructura y fuentes)», Madrid, 1989, pp. 60 y ss.

(117) *Vid.* Di Majo, A., «Delle obbligazioni in generali», *cit.*, p. 106, recogiendo una observación de Wieacker. En parecido sentido se manifiesta Beltrán de Heredia, P., «La obligación», *cit.*, p. 52, al estimar que «el configurarse el comportamiento del deudor como objeto del derecho del acreedor y, por tanto, la *prestación*, así como al admitir, paralelamente, la *correlación* existente entre la posición activa y pasiva, constituye el planteamiento correcto para reconstruir hoy la estructura de la obligación».

(118) Cfr. De los Mozos, «Concepto de obligación», *cit.*, pp. 324-325, sobre la base de la complementariedad de los arts. 1088 (deuda) y 1911 (responsabilidad) del Código Civil.

«existe una variante entre las (obligaciones) de actividad y resultado: si en las primeras el fin último esperado por el acreedor es potencial o contingente, en las segundas es plenamente exigible; en ambas el deudor compromete su cooperación y empeña su comportamiento para dar satisfacción al interés del acreedor, pero ese interés es de consecución imprescindible sólo en las obligaciones de resultado» (119).

De otro lado, la mencionada clasificación no altera para nada la estructura de la obligación, y se muestra perfectamente compatible con las clasificaciones tradicionales de las obligaciones, sin confundirse con ninguna de ellas. En efecto, la distinción se construye sobre la base de la diferenciación del objeto de la obligación, sin que el sujeto adquiera una importancia decisiva a la hora de calificar una obligación como de medios o de resultado, aunque las prestaciones a las que acostumbran a someterse determinados sujetos por razón de su profesión tiendan a configurarse por su propia naturaleza como obligaciones de medios (120).

Por otra parte, si se analizan las tres formas básicas que puede revestir al prestación, «dar, hacer o no hacer alguna cosa» (art. 1088 del Código Civil), donde la distinción encuentra su encaje es en el campo, cada día más importante y desarrollado (121), de las obligaciones de hacer, quedando al margen las obligaciones de dar y de no hacer, que deben ser consideradas como de resultado.

En efecto, las obligaciones de dar derivadas de un contrato (entrega de la cosa vendida, aportación a una sociedad, restitución de la

(119) Cfr. Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 258.

(120) Así, aunque los profesionales liberales en la prestación de sus servicios contraigan normalmente obligaciones de medios, también pueden asumir obligaciones de resultado. El abogado puede comprometerse a prestar sus servicios mediante la realización de la defensa procesal o mediante la emisión de un dictamen; el arquitecto puede obligarse a dirigir la ejecución de una obra (proyectada o no por él) o a confeccionar un proyecto de obra, o, el médico puede prestar sus servicios para procurar la mejoría o la curación del paciente o, simplemente, comprometerse a colocar una prótesis. *Vid.* Fernández Costales, J., «El contrato de servicios médicos», *cit.*, pp. 73 y ss.; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 174; Yzquierdo, M., «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del TS de 31 de enero de 1990», *CCJC*, 1990, pp. 285-286. Nuestro propio TS reconoce esta posibilidad en su Sentencia de 7 de febrero de 1990 para el caso de la prestación de los servicios médicos.

(121) Cfr. Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, pp. 473 y ss. Bien es cierto que, como pone de relieve Carrasco, *ob. cit.*, p. 588, «El espectro de las obligaciones de hacer queda en la praxis jurisprudencial casi agotado con dos tipos de supuestos que colman los recursos de casación. En primer lugar, el contrato de obra, o mixto de compraventa-obra (responsabilidad ex art. 1591). En segundo lugar, el contrato (o relación en general) de prestación de servicios médicos. En uno y otro, la cuestión del criterio de imputación no se plantea, porque el juicio de "culpa" se adelanta al previo juicio del incumplimiento; de hecho, se opera considerando si el servicio u obra están "bien hechos" (en el caso médico, si no se prueba ninguna actuación incorrecta según las reglas del arte)».

cosa prestada, etc.), son siempre obligaciones de resultado y ello no parece plantear dudas a la doctrina (122). Además ninguna otra cosa puede deducirse del artículo 1157 del Código Civil, pues según esta norma el cumplimiento no se produce, en este tipo de obligaciones, hasta que la cosa ha sido entregada «completamente».

Por su parte, las obligaciones de no hacer tampoco plantean mayores problemas, pues generalmente consisten en la interdicción de un hecho preciso y determinado (por ejemplo, no construir). En consecuencia, quien se obliga a no hacer alguna cosa es necesariamente responsable de la contravención de su promesa si no prueba la imposibilidad sobrevenida. De ello se debe seguir que son obligaciones de resultado, el resultado es una parte integrante del *non facere*; sería absurdo prometer hacer todo lo posible, por ejemplo, para no edificar. Lo que es debido, entonces, es la abstención, y no el esfuerzo en abstenerse, tal como parece desprenderse del artículo 1099 del Código Civil, al considerar como supuesto típico de incumplimiento de esa clase de obligaciones, el hecho de que «el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido» (123).

Acaso el punto más conflictivo y el asunto más debatido se refiera al hecho de determinar si la teoría de las obligaciones de medios y de

(122) Cfr. Badossa Coll, *ob. cit.*, pp. 181 y ss., aludiendo a los arts. 1095 y 1160 del Código Civil, «pues si la obligación de dar se considera pagada cuando se lleva a cabo la transmisión de la propiedad que no es una actividad sino un efecto jurídico... la obligación de dar es una obligación de resultado y no de actividad». *Id.*, también Díez-Picazo, L., «Fundamentos de Derecho Civil patrimonial», I, *cit.*, p. 454; Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, p. 37; Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *it.*, p. 58. Últimamente Carrasco, *ob. cit.*, p. 590; Pascual Estevill, *ob. ult. cit.*, p. 59. No faltan autores entre nosotros, Hernández Gil, A., «Derecho de obligaciones», *it.*, p. 73; Lete, «Derecho de obligaciones», *cit.*, p. 44, que señalan diferencias conceptuales entre las obligaciones de dar y las obligaciones de resultado, aunque no extraigan de ello las oportunas consecuencias.

(123) La doctrina francesa es unánime en considerar las obligaciones de no hacer como obligaciones de resultado en base al art. 1145 del *Code civil*, que dispone: «Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention», cfr. Benabent, *ob. cit.*, p. 13; Farjart, *ob. cit.*, p. 33; Le Tourneau, *ob. cit.*, p. 404; Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 658; Stark, *ob. cit.*, pp. 365-366; Weill/Terre, *ob. cit.*, p. 448. En nuestra doctrina, a falta de una norma similar, aunque algún autor considera las obligaciones de no hacer como de resultado, *vid.*, Carrasco, *ob. y loc. ult. cit.*; Pascual Estevill, *ob. y loc. ult. cit.*, en otros han surgido algunas dudas, cfr. Díez-Picazo, L., «Fundamentos de Derecho Civil patrimonial», I, *cit.*, p. 454, que señala, tras afirmar que las obligaciones de dar son siempre prestaciones de resultado, «en las obligaciones de no hacer, en cambio, el resultado de la inactividad del deudor no parece que quede comprometido», insistiendo poco después (p. 455) en que «la obligación negativa no puede considerarse como una obligación de resultado». Por su parte, Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *cit.*, p. 58, señala como supuesto típico de las obligaciones de medios «casi todas las obligaciones de no hacer».

resultado ha de ser aplicada a todo tipo de obligaciones, contractuales y extracontractuales, o sólo a las primeras como parece entender la doctrina más extendida.

Según se ha visto, en materia contractual se admite que cuando el deudor está sujeto por una de las llamadas obligaciones de resultado, puede incurrir en responsabilidad sin necesidad de que el acreedor pruebe su culpa o negligencia. La no obtención del resultado prometido es suficiente para entender incumplida la obligación y, consiguientemente, para generar responsabilidad, a menos que se pruebe por el deudor la existencia del caso fortuito. Del mismo modo, trasladando esta idea al campo extracontractual, cuando el legislador impone expresamente deberes a los particulares que consistan en la obtención de un resultado, la víctima podría exigir la responsabilidad probando únicamente un hecho material, sin necesidad de entrar a valorar la conducta generadora del daño y, consiguientemente, a determinar el carácter socialmente reprobable de la misma.

La doctrina se muestra dividida al respecto. Un caracterizado sector encabezado por los Mazeaud (124), extiende esta clasificación al campo extracontractual, señalando que en él existen, además de obligaciones de «prudencia y diligencia», «obligaciones determinadas», como la que incumbe, por ejemplo, al sujeto de una «obligación de guarda». En este caso, como se trata de una obligación de resultado consistente en evitar que la cosa objeto de la guarda cause daños a terceros, el incumplimiento generador de responsabilidad quedaría probado establecido la existencia del daño, que no ha sido evitado por el guardador (125).

Ciertamente existen similitudes entre los dos órdenes de responsabilidad. La responsabilidad general por culpa ex artículo 1902 de nuestro Código Civil sería comparable a la generada por incumplimiento de una obligación contractual de medios en cuanto a la forma de la prueba, pues en ambos supuestos, para determinar la responsabilidad, se debe probar la culpa o negligencia del autor del daño, en un

(124) Cfr. Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *it.*, pp. 33 y ss.; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *cit.*, pp. 126 y ss.; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit civil», II-1.º, *cit.*, pp. 15-16.

(125) En parecido sentido puede verse Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 35 y ss. En cierto modo, Savatier, «La théorie des obligations», *cit.*, p. 282, en base a la idea de «un deber general de no dañar a otro, salvo caso justificado». Entre nosotros extienden esta clasificación al campo extracontractual, Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *cit.*, pp. 58-59; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 260, 267; Pascual Estevill, «Hacia un concepto de responsabilidad», *cit.*, p. 72; ID., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 51. Para una visión panorámica del asunto Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *cit.*, pp. 313 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 547 y ss.

caso, o la falta de diligencia del deudor que incumple la obligación de medios, en otro. Mientras tanto, la responsabilidad derivada de los artículos 1903 o 1905 del Código Civil, por ejemplo, sería comparable a la generada por el incumplimiento de una obligación contractual de resultado en este mismo terreno, pues, producido el daño o frustrado el resultado, la exoneración de responsabilidad se produce probando, por quien debe responder a causa de su obligación de guarda, en un caso, o por el deudor que no proporciona el resultado, el caso fortuito o la fuerza mayor. Sin embargo, a pesar de las similitudes existentes las dificultades teóricas para asimilar un deber general de no dañar a otro, o un deber de guarda o custodia, a una obligación en sentido técnico, que en puridad surge a partir de la producción del daño con la obligación de indemnizar, y las posibles interferencias con la responsabilidad de carácter objetivo derivada de la teoría del riesgo, hacen que algún autor piense que no aporta nada positivo a la responsabilidad extracontractual (126), y que la mayoría de la doctrina científica mantenga esta clasificación, exclusivamente, en el ámbito propio de la responsabilidad contractual (127).

Por otro lado, en caso de aplicar la distinción de las obligaciones de medios y de resultado al campo de la responsabilidad aquiliana, y si nos fijamos en los supuestos de obligaciones de guarda o custodia contemplados en el artículo 1903 del Código Civil, que generan responsabilidad por el mero hecho de que la acción u omisión «de aquellas personas de quien se debe responder» haya producido un daño, estaríamos en presencia de obligaciones de resultado, pero la posibilidad de exoneración de la responsabilidad que reconoce el último párrafo del artículo a las personas en él mencionadas probando que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, no contribuye precisamente a abonar esta idea, que como antes hemos visto surgió entre nosotros en el terreno contractual con la finalidad primordial de distinguir el contrato de obra del contrato de arrendamiento de servicios (128).

Sobre este particular nuestro Tribunal Supremo parece manifestar últimamente una cierta tendencia a utilizar la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado sin delimitar clara y

(126) Cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 410.

(127) Rechazan expresamente la aplicación de esta distinción al campo extracontractual, entre otros, Le Tourneau, *ob. y loc. ult. cit.*; Mengoni, L., «*Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*», *cit.*, pp. 313 y ss.; Bussi, «Código Civil anotado», Buenos Aires, 1944, p. 238. Refieren la distinción únicamente al ámbito contractual, entre otros, Farjart, *ob. cit.*, pp. 334 y ss.; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 172 y ss.; Plancqueel, *ob. cit.*, pp. 334 y ss.; Stark, *ob. cit.*, pp. 339 y ss.; Weill/Terre, *ob. cit.*, pp. 442 y ss.; Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens...», *cit.*

(128) *Id.* Supra, n.º 3.1.

expresamente su ámbito de aplicación, refiriéndolo aparentemente a los dos órdenes de responsabilidad —contractual y aquiliana— (129).

Bien es cierto que esta actitud puede corresponder a diversos factores del todo punto ajenos a una deliberada toma de postura del Tribunal Supremo al respecto. En primer lugar, el marco procesal en el que se han desarrollado los recursos de casación resueltos por el Tribunal, que están fundados, al amparo del artículo 1692.5 de la LEC, en la infracción del artículo 1902 y concordantes del Código Civil; en segundo lugar, el carácter de la mayor parte de los supuestos materiales sometidos a la consideración del Tribunal, que son relativos a la responsabilidad del médico, y, por último, el hecho de que la cuestión práctica que centra el interés de la Sala, es determinar a quien incumba la carga de la prueba de la culpa o negligencia en la comisión del hecho dañoso o, en su caso, en el incumplimiento de la obligación de medios derivada del contrato de arrendamiento de servicios, lo que materialmente viene a coincidir en ambos casos.

En efecto, la Sentencia de 7 de febrero de 1990, que podemos considerar paradigmática, alude a la prestación de servicios médicos calificándola como una conducta compleja en la que «concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual», ya que el médico, según entiende el TS, «además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la diligencia genérica de no dañar a otro (*alterum non laedere*)», quedando así establecidas unas «claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo», pues si bien «el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios» como ha establecido la doctrina científica y la propia jurisprudencia, la relación médico-enfermo no se agota en ella. Es decir, el Tribunal Supremo considera que calificar la prestación de servicios médicos como arrendamiento de servicios constituye «una posición simplista, reductora de la intervención facultativa al aspecto contractual, que omite la esencial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él, o de quien lo represente o tenga su guarda, sino también en casos de urgencia,

(129) Aunque en las Sentencias de 10 de junio de 1975, de 29 de junio y de 14 de septiembre de 1984, 26 de mayo de 1986, de 10 de febrero de 1987 y de 4 de octubre de 1989, entre otras, y en diversos pronunciamientos de Tribunales inferiores (Audiencia Territorial de Oviedo, 22 de febrero de 1988; Audiencia Territorial de Pamplona, 3 de noviembre de 1986; Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 12.ª), 12 de junio de 1989, por ejemplo) se refiere la distinción estrictamente al campo de la responsabilidad contractual, en otros pronunciamientos más recientes, el Tribunal Supremo parece aplicarla tan pronto a la responsabilidad contractual, como a la responsabilidad extracontractual, *vid.*, especialmente las Sentencias de 7 de febrero, de 12 de febrero y de 6 de julio de 1990, y de 6 de noviembre de 1990.

como siniestro, cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede también ser rica en matices, con complejidad incluso de relaciones».

Sin embargo, de otro lado, y siguiendo el camino marcado por su Sentencia de 13 de julio de 1987 antes citada (130), está claro que el Tribunal va a aludir a un mismo régimen probatorio, con total inde-

(130) Esta Sentencia establece en su Cdo. 2 que: «El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción del artículo 1105 del Código Civil por parte de la Sentencia recurrida, así como infracción de la jurisprudencia de esta Sala interpretativa del mismo, infracción que el recurso estima se ha producido por indebida aplicación del referido precepto. En su desarrollo se sostiene que el acontecimiento producido (la lesión irreversible del perjudicado) era evitable y que por los demandados se omitieron diligencias que de practicarse habrían tenido como resultado la no producción del suceso, de tal modo que considera el motivo que hay un vínculo de causalidad entre la conducta de los demandados y el resultado dañoso. Seguidamente el motivo hace una nueva interpretación de los hechos, y de ellos desprende que el paciente fue trasladado al Hospital General donde se inició la terapia oportuna ante la sintomatología cerebral presentada, y el transcurso de esas varias horas lo estima el recurrente como causa última y eficiente de la parálisis cerebral ocasionada, lo que no se hubiera producido si el traslado hubiera sido inmediato; la omisión de los demandados cree que se ha producido en la fase de recuperación de la operación. El motivo, sin embargo, ha de perecer. En primer lugar porque *la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumben probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales, y la prueba prima facie será contraria al médico únicamente cuando la causalidad de su culpa ofrezca concretos fundamentos fácticos; de forma que si se pretende deducir consecuencias perjudiciales para el enfermo de un tratamiento facultativo, para que dichas consecuencias puedan estimarse derivadas del tratamiento, a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias (argumento de las Sentencias de esta Sala de 28 de febrero de 1953 y 24 de marzo de 1965). En el caso debatido los fundamentos fácticos no dan base para afirmar una culpa o negligencia del médico cirujano ni del anestesista, y la prueba a cargo del demandante no ha conseguido llegar a la conclusión, que el recurso establece alterando los hechos probados ante el Juez de Primera Instancia. Añadiendo en el Cdo. siguiente que: «Corroboración de la desestimación del primero de los motivos la circunstancia de que si bien el nexo o relación de causalidad entre culpa y daño es un vínculo jurídico que puede ser apreciado en casación, sin embargo, la doctrina científica ha considerado que *como el acontecer causal procedente del hombre se halla en relación con su voluntad y su responsabilidad, ésta en el curso causal solamente llega hasta donde llegue su imputabilidad. De ahí que a la mera relación causal material ha de añadirse ese elemento intencional sin el cual no existe responsabilidad, y así se ha declarado* (Sentencia de 22 de febrero de 1946) *que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Y en relación al caso concreto litigioso, aunque la operación de amigdalectomía fue la causa material de la situación de gravedad del paciente, sin embargo ello no es suficiente para imputarla a los demandados cirujano ni anestesista, máxime cuando según las distintas versiones técnicas ella pudo ser debida a diversas causas, también a factores emocionales sin que resulte que pudieron ser previsibles por los demandados, muy a menudo a esta clase de operaciones por su práctica diaria y continuada en el mismo Centro sanitario. Por todo ello no puede acusárseles de**

pendencia del tipo de responsabilidad, señalando que «la carga de la prueba de la culpa del médico interviniente en una intervención quirúrgica, generante del resultado dañoso que considera el artículo 1902 del Código Civil y consiguiente relación causal precisa para la aplicación de responsabilidad con base en ese precepto legal, no se produce meramente como consecuencia del acto de la realización de dicha intervención quirúrgica, en cuanto se evidencia, que no se niega en al invocada Sentencia recurrida, que fueran seguidas las técnicas quirúrgicas adecuadas, habida cuenta que al mera relación causal material no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo, sin el cual, en la materia de que se trata, referente a la responsabilidad médica, no existe responsabilidad, pues, según se indica en la Sentencia de 22 de febrero de 1946, en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, y bajo otro aspecto, en concreta relación con los profesionales sanitarios, en cuanto, en general, queda descartada toda idea de una responsabilidad más o menos objetiva (131), para situarnos en el concepto clásico de culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, aunque se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que ésta sea, que caiga fuera del campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado y curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica». Sin embargo, ello no impide que aclare a continuación, en otro

la falta de diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 1104 del Código Civil) ni de falta de previsibilidad en situación de normalidad, medida aquélla en función de la capacidad intelectual y preparación profesional de los demandados, cuya actuación según resultó probado fue correcta en todo momento. En definitiva, las desafortunadas consecuencias de la operación sufrida por el hijo del recurrente han de estimarse fuera de toda previsión, imprevistas desde un principio, y, como se ha demostrado por los cuidados posteriores, no evitables en el estado actual de la ciencia médica, por lo que al aplicar el Tribunal *a quo* el artículo 1105 del Código Civil para exonerar de responsabilidad a los demandados no ha cometido ninguna infracción legal.»

(131) Idea que se concreta en el Cdo. sexto de la Sentencia señalando que «la exigencia de una responsabilidad objetiva en el actuar médico, y concretamente en las intervenciones quirúrgicas, es decir el responsabilizarle como consecuencia de su simple actuar profesional, sin consideración alguna de si su actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles a emplear, tanto supondría el cercenar su actuar, pues lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente, o sea con plena adaptación a los medios y técnica a emplear, el resultado favorable al paciente no llegare a obtenerse», y que se reitera en otros pronunciamientos como la Sentencia de 6 de noviembre de 1990.

de los Considerandos, que «en materia de prueba si bien puede admitirse que en situaciones generantes de culpa extracontractual pueda conducir a que aquél a quien se le atribuye la responsabilidad haya de probar en ciertos casos su falta de culpa y responsabilidad en virtud de un desplazamiento del *onus probandi*, en la situación derivada de culpacontractual ha de resultar acreditada probada».

A la vista de estos datos no se puede asegurar que, por el momento, nuestra jurisprudencia haya tomado una postura en la materia. Sin embargo, y a pesar de que las apariencias pudieran hacer pensar otra cosa, creemos que el Tribunal Supremo únicamente extrae consecuencias de la distinción en el orden substantivo en el marco de la responsabilidad contractual.

4.2. Criterios de distinción

Ante la importancia de las consecuencias que se pueden extraer de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, es necesario determinar, cada vez que uno de los contratantes intenta exigir la responsabilidad del otro por inejecución de la prestación, si la obligación cuyo cumplimiento se invoca entra en una o en otra de las dos categorías.

Para realizar esta calificación, el Código Civil ofrece algunas posibles indicaciones. Así, por ejemplo, el artículo 1094 parece configurar una obligación de medios, al establecer con carácter general la obligación de velar por la conservación de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (obligación que concierne al depositario, arts. 1758 y 1766; al comodatario, art. 1749, etc.), al igual que el artículo 1719 del Código Civil, imponiendo al mandatario, en lo que se refiere a la gestión de los negocios del mandante, un comportamiento diligente. Por el contrario, el artículo 1461 del Código Civil configura la obligación de entrega de la cosa por el vendedor, o las que se derivan del contrato de obra según los artículos 1589 y 1590 del Código Civil, como obligaciones de resultado (132).

Sin embargo, lo más frecuente es que las disposiciones legales no precisen el alcance de las obligaciones contractuales e, incluso, en

(132) Badossa, «La diligencia y la culpa», *it.*, pp. 190-191, califica estas últimas como de medios señalando que «en contra de toda apariencia, la obligación de obra está constituida jurídicamente como una obligación de actividad del deudor quien realizándola cumple, y no como una obligación de resultado. Porque si bien el resultado es el efecto de la actividad y la cualifica, es efecto y cualificación de índole material, pero no de índole jurídica. No forma parte de la prestación debida y su ausencia no postula necesariamente incumplimiento, porque puede faltar la obra a pesar de haberse llevado a cabo la actividad materialmente adecuada para realizarla y jurídicamente debida (art. 1589, 1590)».

aquellas que lo hacen, no queda excluido *a priori* que las partes puedan modificar, por pacto expreso, el contenido que la ley asigna a la obligación en atención al juego del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil.

Por todo ello la doctrina, especialmente la francesa, ha propuesto ciertas pautas o directrices que puedan servir a los Tribunales para analizar cada caso concreto, bien privilegiando una de las dos categorías hasta el punto de convertirla en la regla general, bien buscando un criterio global que permita distinguir ambos tipos de obligaciones.

El primero de estos caminos podría conducir, con el apoyo textual del artículo 1105 y concordantes del Código Civil («Fuera de los casos *expresamente mencionados en la ley* y de los que *así lo declare la obligación*»), a configurar las obligaciones de resultado como supuesto general, considerando a las de medios establecida por la ley o mediante contrato como excepción, ya que además de ser mucho más numerosas las primeras responden mejor a las expectativas del acreedor, que generalmente espera un resultado preciso de la ejecución de la prestación. Tal opción es inaceptable, ya que carece de una base sólida, pues la generalidad con la que se expresa el artículo 1104, en el que encajan perfectamente las obligaciones de medios, no permite de ningún modo considerar a éstas como excepcionales.

El segundo de los caminos, mucho más fecundo y por el que ha discurrido buena parte de la doctrina a pesar de las dificultades que plantea, ha centrado su interés en la búsqueda de un criterio global basado en el análisis de la posición de las partes y, especialmente, en el examen del contenido de la obligación (133), y aunque no ha llegado a obtenerse un consenso amplio a favor de la utilización exclusiva de ninguno de los propuestos, éstos han servido para facilitar la labor de los Tribunales en la determinación de la naturaleza o del carácter de cada obligación, al mismo tiempo que contribuir decisivamente en la labor de interpretación y sistematización de las soluciones jurisprudenciales.

Por eso mismo, el camino marcado por la jurisprudencia francesa que, sobre la base de un pragmatismo extremo, toma en cuenta una serie de elementos aplicables sucesivamente, unos en defecto de otros (interpretación de la voluntad de las partes, examen del objeto de la

(133) Para una completa exposición de los criterios propuestos por la doctrina francesa para distinguir las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, *vid.*, por todos, Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 414 y ss.; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 123 y ss.; Penneau, «Règles de l'art.», *cit.*, pp. 55 y ss.; Stark, B., «Droit civil. Obligations», *cit.*, pp. 342-343; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 641 y ss.; Werro, «La distinction entre l'obligation de resultat et l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 259 y ss. Entre nosotros *vid.*, Martín Pérez, «Comentarios», *cit.*, pp. 88 y ss.

prestación, consideraciones de equidad), puede perfectamente servir de pauta y de orientación al intérprete para determinar en cada caso concreto ante que tipo de obligación se está, máxime en un sistema como el diseñado por el Código Civil español respecto a la determinación de la culpa o negligencia que el deudor debe emplear en el cumplimiento, que, como acertadamente se ha dicho en base a los artículos 1103 y 1104 del Código Civil supone la introducción de un modelo de indagación «de configuración esencialmente judicial, a partir de los datos heterogéneos e irrepetibles del caso juzgado» (134).

En consecuencia, para determinar si una obligación es de medios o de resultado habrá que atender sucesivamente a las siguientes consideraciones:

1.º Determinación de la voluntad de las partes. Tratándose de obligaciones contractuales, parece evidente que la voluntad de los contratantes es la primera cuestión que debe tenerse presente para determinar si la prestación es de medios o de resultado (135), sobre todo en un sistema como el nuestro, en el que la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental. Sin embargo, contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, la referencia a la voluntad de las partes está lejos de ser siempre suficiente para determinar la «naturaleza de la obligación», pues aunque algunas veces esta voluntad conste expresamente o, al menos, pueda ser deducida a través de la interpretación del contrato, en la mayoría de los casos nada se desprende al respecto de las cláusulas contractuales. De otra parte, no pueden olvidarse los matices que se derivan de los límites del principio de autonomía de la voluntad en lo que se refiere a posibles atentados al orden público, a la moral, o a la exclusión o cambio de naturaleza de obligaciones legales de uno u otro tipo impuestas con carácter imperativo (136).

(134) Cfr. Delgado, en Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *it.*, p. 235. En este mismo sentido Cristóbal Montes, A., «El incumplimiento de las obligaciones», Madrid, 1989, pp. 107 y ss.

(135) Particularmente Mazeaud, H., «Essai de classification des obligations», *cit.*, pp. 42-43; Mazeaud, J., nota en *Dalloz*, 1969, p. 157; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 343. En este sentido aparece muy clara la postura que adopta nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de junio de 1984 (R. 3441), acogiendo en primer lugar el criterio de la voluntad de las partes para situar al contrato del arquitecto en el marco del contrato de obra o del de servicios, «viniendo determinada su inserción en uno u otro marco negocial por el contenido que al mismo hayan dado las partes contratantes».

(136) Así puede admitirse, por ejemplo, que la obligación del médico, generalmente considerada de actividad, de medios o de pura diligencia, pueda convertirse en algunos supuestos (cirugía plástica, colocación de prótesis, etc.) en obligación de resultado (posibilidad esta admitida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 1990), pero en todos aquellos supuestos que pueda derivarse una infracción de los códigos deontológicos y de las normas reguladoras de la profesión sería inadmisibles tal cambio por contravenir el orden público.

En este contexto se pueden insertar algunos intentos doctrinales de configurar un criterio de distinción que permita inducir la voluntad de las partes cuando ésta no conste expresamente, como son el grado de «confianza» otorgado por el acreedor al deudor, el carácter de la actividad desplegada por el deudor, la fiabilidad de las técnicas o de los instrumentos que el deudor promete utilizar para realizar la prestación, o la naturaleza de los intereses del acreedor que entran en juego, pero que en modo alguno pueden considerarse definitivos.

Así Demogue (137), fijándose en los deberes del deudor, proponía distinguir estos dos tipos de obligación según el deudor fuera miembro de las profesiones liberales, en cuyo caso estaríamos ante obligaciones de medios, o se tratase de otros profesionales (*metiers*), en cuyo caso nos hallaríamos ante obligaciones de resultado. Lógicamente este criterio, a pesar de ser propuesto por el creador de la distinción, no ha sido bien acogido, puesto que además de las dificultades que entraña la distinción entre «profesiones liberales» y «oficios», a menudo, el mismo profesional asume obligaciones de naturaleza diferente (por ejemplo, un abogado puede asumir la obligación de emitir un dictamen o la defensa de su cliente en juicio). Y, en todo caso, dice muy poco de las obligaciones extraprofesionales y supone un claro trato de favor para los miembros de las profesiones liberales, lo que, desde un punto de vista ontológico, es absolutamente rechazable.

Con otra perspectiva, Stark (138), fijándose prioritariamente en el acreedor, entiende que el interés en juego influye decisivamente en la materia. Si el contrato afecta a la integridad corporal o a la vida del acreedor, que son bienes objeto de una especial protección por parte del ordenamiento, las obligaciones que les conciernen deberían ser consideradas en todo caso de resultado. Por el contrario, las obligaciones destinadas a evitar un daño de naturaleza puramente económica serían obligaciones de medios. Sin embargo, a pesar de la autoridad de este autor y del rigor lógico de esta apreciación, la dificultad de ponerlo en práctica y el hecho de estar fundado sobre una particular concepción de la responsabilidad han impedido su aceptación por la doctrina y su utilización por la jurisprudencia. Además, se ha objetado a esta apreciación que en el fondo no es más que una petición de principio, y que contradice el supuesto más típico de obligaciones de medios, la obligación de curar del médico (139).

(137) Cfr. Demogue, *ob. y loc. cit.* Sobre este criterio *vid.*, Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, n.º 287.

(138) Cfr. Stark, B., «Droit civil. Obligations», *cit.*, p. 343.

(139) Cfr. Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens...», *cit.*, p. 260, para quien «l'idée de protéger de manière plus efficace les victimes d'accidents corporels demeure à l'évidence un impératif de justice; cela étant, puo y donner suite, il faut probablement faire appel à un autre système que celui de la responsabilité individuelle seulement».

Entre nosotros, y en este mismo contexto, se ha propuesto como criterio diferenciador de estas categorías de la obligación lo que Martín Pérez denomina «la manifestación del fin» (140), en función de la finalidad que persiga la prestación, pues en el tráfico jurídico los fines útiles son los que mueven a las personas a celebrar el contrato y a determinar su contenido (141). De lo que se sigue la necesidad de indagar cual es la finalidad que han buscado las partes al contratar.

2.º Examen de la naturaleza de la obligación. Parece admitirse con carácter general que algunas obligaciones son, por naturaleza, de resultado, pues su objeto implica necesariamente la consecución de un resultado. Tal sería, como se ha visto, el caso de la obligación de pagar una suma de dinero o de entregar una cosa determinada, o el de las obligaciones de no hacer. Otras aparecen configuradas por la ley con este carácter, como la que incumbe, por ejemplo, al transportista (arts. 1601-1602 del Código Civil), o a los fondistas o mesoneros (artículo 1783 del Código Civil). Sin embargo, en el campo de las obligaciones de hacer, que ni constituyen obligaciones de resultado por naturaleza, ni cuentan, salvo supuestos muy concretos (*ad exemplum*, art. 1719 del Código Civil, respecto del mandato), con previsiones normativas expresas, la determinación del carácter de la obligación exige indagar acerca de su naturaleza. Por tanto, en defecto de una clara voluntad de las partes, es necesario acudir a algún criterio que permita al intérprete determinar ante que tipo de obligaciones se encuentra.

En este sentido, la doctrina ha propuesto fundamentalmente tres criterios de carácter objetivo. Dos, que parecen llamados a completarse entre sí, los criterios del *alea* y del *papel de la víctima* (142), y un tercero, la *determinación de la prestación*, que enlaza el contenido de la obligación con la voluntad de las partes.

El primero de estos criterios, que goza del mayor predicamento en la doctrina y la jurisprudencia (143) y es aceptado con carácter

(140) Cfr. Martín Pérez, «Comentarios», *cit.*, pp. 88-89.

(141) Cfr. Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 125.

(142) Por ello algún autor, cfr. Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 262-263, considera la unidad de estos dos criterios señalando que «en appréciant ces deux critères, on s'aperçoit qu'ils se conçoivent dans le prolongement l'un de l'autre».

(143) *Vid.*, en este sentido, Benabent, A., «Droit Civil. Les obligations», París, 1987, p. 137; Farjat, G., «Droit privé de l'économie. Théorie des obligations», París, 1975, p. 35; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 128 y ss.; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 417-418; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit Civil», II-1.º, *cit.*, p. 15; Mazeaud, J., «Nota a la Sentencia de 8 de octubre de 1968 de la Cour de Cassation», *Dalloz*, 1969, pp. 157-158; Plancqueel, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat», *cit.*, pp. 337 y ss.; Tunc, A., «La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence», *cit.*, p. 449; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*,

general entre nosotros (144), es el criterio del *alea*, esto es, del carácter aleatorio o no del resultado esperado de la ejecución de la prestación.

En este sentido se afirma que si la obligación tiende a la realización de un resultado en sí mismo aleatorio (obligación de cuidados del médico (145), obligación de asistencia del abogado a su cliente, obligación que asume una empresa de *consulting* para reorganizar una empresa) sería una obligación de medios, pues no sería razonable garantizar un resultado en este tipo de hipótesis. Por el contrario, cuando el resultado considerado debe de ser normalmente alcanzado con el empleo de los medios de que dispone o que debería disponer el deudor (obligación del transportista de conducir la cosa a su destino, obligación del vendedor de entregar la cosa), la obligación sería normalmente de resultado.

Ciertamente no han faltado algunas críticas a este planteamiento, en particular, en cuanto a la dificultad de distinguir las obligaciones realmente aleatorias de aquellas otras que presentan un riesgo normal (146). En efecto, el *alea* es una noción incierta que depende de la valoración que realice el juez, de determinadas estimaciones objetivas y de las expectativas del acreedor (147). Por eso mismo, y ante las dificultades que se presentan para determinar cuando existe o no *alea*, el mantenimiento de este criterio diferenciador se presenta

p. 644. En la doctrina italiana acepta este criterio Cattaneo, «La responsabilità del professionista», Milano, 1958, p. 45, y, con algunos matices, Princigalli, A., «La responsabilità del medico», Napoli, 1983, pp. 43 y ss.

(144) Entre nosotros aceptan, más o menos claramente, esta idea como criterio diferenciador de las obligaciones de medios y de resultado, Gitrama, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», *cit.*, p. 354; Díez-Picazo, «Fundamentos», I, *cit.*, p. 455; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *it.*, pp. 475-476; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 174; Fernández Costales, J., «El contrato de servicios médicos», *cit.*, p. 72; Llamas Pombo, E., «La responsabilidad civil del médico», *cit.*, pp. 71-73; Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *cit.*, p. 59. Pascual Estevell, «Hacia un concepto actual de responsabilidad civil», *it.*, p. 58. Por este mismo camino parece discurrir también Tribunal Supremo en las Sentencias de 26 de mayo de 1986 (R. 2824) y de 7 de febrero de 1990, donde se refiere a «compilaciones imprevisibles, y siempre posibles con mayor o menor riesgo según la clase de intervención».

(145) Se estima, en efecto, que las particularidades de las reacciones de cada paciente a un mismo tratamiento conjuntamente con la evolución peculiar de la enfermedad constituye el *alea*.

(146) *Vid.*, por todos, Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 130 y ss.

(147) Al respecto opina Frossard, *ob. y loc. ult. cit.*, que no existe *alea* más que cuando el acreedor manifiestamente no puede contar con la certeza del resultado esperado en razón de imponderables que sobrepasan las posibilidades humanas. Si, por el contrario, el acreedor tiene derecho a esperar razonablemente un acto determinado, nadie pensará que su logro depende de los caprichos de la naturaleza.

como un asunto sumamente delicado (148). Sin embargo, las críticas mencionadas están dirigidas, más bien, a señalar que éste no debe ser el único criterio a tener en cuenta para calificar la naturaleza de las obligaciones, que a poner en duda la utilidad del mismo para ello (149).

Precisamente por eso, algunos autores tratan de mejorar las cosas conjugando el criterio del *alea* con el papel activo o pasivo que el acreedor tiene en el cumplimiento de la obligación (150). Así se entiende que «el papel activo» del acreedor o la «aceptación de los riesgos» por éste son indicios de una obligación de medios, mientras que la constatación de la «pasividad» del acreedor-víctima, de su impotencia para eximirse de las condiciones impuestas por el deudor, son considerados como signos de una obligación de resultado (151).

En otro orden de cosas, y para tratar de superar las deficiencias que presentan los criterios mencionados, se argumenta que la mayor o menor precisión de la prestación prometida sirve de directiva para distinguir estos dos tipos de obligaciones. «Cada vez, señala Frossard (152), que una persona promete ejecutar una obligación determinada, con contornos jurídicos y materiales precisos, soporta una obligación de resultado. Al contrario, si el deudor, sin garantizar

(148) Cfr. Penneau, «Règles de l'art.», *cit.*, p. 56, para quien ésta es sin duda una de las razones que explican el rechazo arbitrario por parte de algún autor de la existencia de *alea* en aquellas actividades que no la excluyen siempre, como la construcción o la reparación de objetos mecánicos, a las que consecuentemente calificarán como obligaciones de resultado.

(149) Cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 419 y ss.; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 343.

(150) Vid. Mazeaud, J., *Dalloz*, 1969, p. 157; Plancqueel, «Obligations de moyens», *cit.*, pp. 334 y ss.; Frossard, *ob. cit.*, pp. 138 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 647; Penneau, «Règles de l'art.», *cit.*, pp. 57-58; Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation des moyens», *cit.*, pp. 261-262.

(151) Se entiende así que la utilización por los esquiadores de los remontes y otros medios mecánicos, que presuponen una «participación» de su parte, no obligan a quien los explota más que a una obligación de medios; a la inversa, cuando la víctima abandona su libre arbitrio y su autonomía al otro contratante, como el viajero de un tren, la idea del papel pasivo del acreedor lleva a confirmar la obligación como de resultado.

(152) Vid., Frossard, *ob. cit.*, p. 167, señalando a continuación que son tres las razones jurídicas que abonan el criterio. La primera justificación es de orden jurídico. El criterio preconizado corresponde perfectamente, en el terreno contractual, con el principio *pacta sunt servanda*. El deudor está obligado a cumplir lo que ha prometido...; si el deudor promete un hecho preciso, toda inejecución entraña responsabilidad pues el acreedor no ha obtenido lo que tenía derecho a esperar; si, por el contrario, la prestación es indeterminada, sí son debidas simples medidas de diligencia, la conducta del deudor será analizada por el juez pues es ella misma la que está *in obligatione*.

el fin a alcanzar, se reserva una libertad más o menos grande de acción, su prestación es indeterminada y está sometida a las reglas relativas a las obligaciones de medios.» Para este autor, pues, es la voluntad de las partes lo que es determinante, y el contenido de esta voluntad se manifiesta principalmente a través de la mayor o menor precisión de las estipulaciones que se contienen en el contrato, lo que no lleva a ninguna conclusión definitiva, pues nos envía de nuevo al problema de la interpretación de la voluntad de las partes al crear la obligación.

3.º Las consideraciones de equidad. Como se ha visto, la aplicación combinada de los textos legales, la voluntad expresada por las partes y la toma en consideración de la naturaleza de la obligación, permitirán resolver, en un número de casos apreciable, la calificación de la obligación desde el punto de vista que estamos considerando. Sin embargo, la calificación de una buena parte de las obligaciones de hacer, ante las que los criterios apuntados se muestran insuficientes, ha conducido a la jurisprudencia francesa a utilizar para ello consideraciones basadas en la equidad, de las que Viney (153) ofrece un interesantísimo inventario. Así son factores que inclinan a pensar en obligaciones de medios: el carácter gratuito de la prestación contractual (154); las dificultades particulares de la actividad que el deudor se

En segundo lugar, considera que el criterio propuesto tiene en cuenta las necesidades de la economía moderna, pues si el crédito es un bien que forma parte del patrimonio y si ese derecho corresponde a una prestación determinada, es económicamente inconcebible que su existencia, su futuro, su valor, sean sometidos a la buena voluntad del deudor. El objeto de una promesa, antes de toda ejecución es un bien que ha podido ya ser cedido por el acreedor o que, por lo menos, ha podido serlo. Tales son las exigencias de un comercio racional.

Finalmente, al menos en el contrato, el carácter determinado o indeterminado de la prestación corresponde a la psicología de las partes. No cabe duda de que, en numerosos acuerdos, se entiende que tal o cual hecho será realizado. La prestación indeterminada es en definitiva rara, puesto que es forzoso suponer, o bien que las partes han excluido voluntariamente de la obligación todo hecho preciso, o bien que la naturaleza del contrato es tal que el deudor no puede prometer otra cosa que la conducta de un buen padre de familia.

(153) *Vid.*, Viney, *ob. cit.*, p. 650.

(154) *Cfr.* Frossard, *ob. cit.*, n.º 455 y ss.; Stark, *ob. cit.*, p. 343; Farjart, «Droit privé», *cit.*, p. 340. Aunque esta misma idea puede muy bien obtenerse del art. 1726 de nuestro Código Civil, cuando permite a los Tribunales moderar la responsabilidad del mandatario según el mandato haya sido o no retribuido, *vid.* León Alonso, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, T., XXI, vol 2.º, Madrid, 1986, sub. art. 1726, p. 353; Díaz Alabart, A., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, sub. art. 1103, p. 568. Sin embargo, el art. 1744, que extiende la responsabilidad del comodatario por pérdida de la cosa al supuesto del caso fortuito, seguramente en base a la idea de que el comodato es un contrato «esencialmente gratuito» (art. 1740, p. 2.º), impone a éste una obligación de resultado para favorecer al comodante que es quien soporta la gratuitidad del contrato.

compromete a desempeñar en beneficio del acreedor (155); el «papel activo» o la participación del acreedor en la ejecución de la obligación (156), o el estado de dependencia del deudor respecto del acreedor. En cuanto a las circunstancias que favorecen la calificación de la obligación como de resultado se señalan: el «papel pasivo» del acreedor; la constatación de una situación de inferioridad del acreedor en relación con el deudor, o la fiabilidad de las técnicas y de los instrumentos utilizados por el deudor para el cumplimiento de su obligación (157).

Debe señalarse, no obstante, que el encaje sistemático de estas consideraciones traspasan en nuestro Derecho el puro ámbito que con carácter general reconoce el artículo 3.2 del Código Civil a la equidad como criterio de ponderación en la aplicación de las normas jurídicas, pues, además de la facultad moderadora de la diligencia que tienen encomendada los Tribunales en el cumplimiento de toda clase de obligaciones ex artículo 1103 del Código Civil (158), es notorio que el artículo 1104 del Código Civil permite al juzgador deducir la conducta que debe observar el deudor para no incurrir en negligencia en el cumplimiento de la obligación, no sólo de la naturaleza de la misma, sino de sus posibilidades, de las aptitudes del acreedor y de las coordenadas del tiempo y lugar, con lo que los antedichos criterios encuentran un preciso encaje normativo que debe ser tenido muy en cuenta, pues permiten valorar con una cierta consistencia los distintos elementos de una obligación para calificarla de obligación de medios o de obligación de resultado (159).

(155) Cfr. Mazeaud, J., *ob. y loc. ult. cit.*; Le Tourneau, *ob. cit.*, p. 420; Viney, *ob. cit.*, p. 650.

(156) Cfr. Mazeaud, J., *ob. y loc. ult. cit.*; Le Tourneau, *ob. y loc. ult. cit.*; Farjart, *ob. cit.*, p. 35. Entre nosotros Hernández Gil, A., «Derecho de obligaciones», *it.*, p. 73, se refiere «al grado de colaboración del deudor».

(157) *Vid.* Viney, *ob. cit.*, p. 651.

(158) Cfr. Díaz Alabart, *ob. cit.*, pp. 551 y ss., y particularmente p. 575, donde señala que «la existencia de la facultad moderadora contenida en el art. 1103 del Código Civil no significa que en nuestro derecho se admitan distintos niveles de exigencia en cuanto a la diligencia, pues el único modelo de ésta es el art. 1104 del Código Civil. Ahora bien, la responsabilidad procedente de negligencia admite ser disminuida «según los casos». Esta expresión supone remitir a una valoración acorde con la equidad de todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto». En parecido sentido admiten como justificación de la facultad moderadora la posible apreciación de diversas intensidades o grados de diligencia en el comportamiento del deudor Morales Moreno, A. M., «El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad», *ADC*, 1982, p. 609; De Angel Yagüez, R., «La responsabilidad civil», Bilbao, 1988, p. 247. En desacuerdo con esta apreciación Badossa, *ob. cit.*, pp. 74 y 730-731.

(159) *Vid.* en este sentido la Sentencia de 7 de febrero de 1990 de nuestro Tribunal Supremo, que siguiendo el camino marcado por la de 13 de julio de 1987, establece en su Cdo. quinto que la culpa del médico ha de resultar probada mediante «la justificación de no haber empleado el médico la diligencia exigible en su actuar profesional,

De todo lo hasta aquí expuesto queda patente la inexistencia de un criterio abstracto y unitario, que sea válido para distinguir con carácter general estos dos tipos de obligaciones, por lo que es preciso tomar en consideración diversos datos relativos a la obligación que permitan llegar a la aplicación de un criterio flexible que sirva para determinar empíricamente cuando nos encontramos con obligaciones de uno u otro tipo (160).

4.3. Tipología de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado

La aceptación de esta distinción no implica necesariamente la existencia de dos categorías contrapuestas, homogéneas y estancas. Como se puede deducir de algunas de las críticas que se han hecho a esta clasificación de las obligaciones y de la falta de un criterio único, preciso y generalmente aceptado para distinguir las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, la aplicación de la distinción debe hacerse, en todo caso, de una forma flexible y matizada.

En este sentido, la doctrina ha puesto en evidencia, de un lado, que estas dos categorías no son absolutamente homogéneas (161) y que dentro de cada una de ellas pueden establecerse ulteriores distinciones o grados (162). De otro, se significa que están insertas en lo

con acomodo a lo establecido en el párrafo segundo del art. 1104 del Código Civil, si bien con la significación de que, en todo caso, dada la contemplación de la preparación técnica exigible al médico a quien los servicios han sido encomendados, su actuación ha de venir presidida exclusivamente por la diligencia derivada de su especialización de conocimientos, de modo que la diligencia exigible por el art. 1103 del Código Civil no será la común del individuo lego en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan, pero con la singular característica de que la prueba de la culpa del médico ha de distinguirse y apreciarse según los casos, con base en lo antes indicado (*lex artis ad hoc*), y, en el Cdo. siguiente el Tribunal indica que la diligencia que ha de exigirse al médico en su actividad profesional es la prevista en el art. 1104.2 del Código Civil, es decir, «cuando se acredite, sin posibilidad de apreciación de circunstancias excluyentes la omisión de la diligencia “exigible según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”, habida cuenta que la culpa está siempre condicionada de modo individual, huyendo, en principio, de toda generalización siempre peligrosa, y más en la práctica de la medicina, sujeta a la *lex artis*».

(160) Cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *it.*, p. 421; Stark, B., «Droit civil. Obligations», *cit.*, pp. 342-343; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 646.

(161) Vid. Marty/Raynaud, «Droit Civil», *cit.*, pp. 660-661.

(162) Cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *it.*, p. 407; Malaurie, ph./Aynes, L., «Droit Civil. Obligations», *loc. cit.*; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, pp. 241 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *it.*, p. 639; Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 265-266.

que podría llamarse un sistema dinámico, pues ni son categorías estancas, ni existe una contraposición radical entre ellas (163).

Si nos acercamos a las obligaciones de resultado, con mucho las más numerosas y, consiguientemente, las más importantes cuantitativamente, podemos observar que se concretan en tres series de prestaciones distintas: obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

De inmediato se contrasta que todas estas obligaciones no configuran un todo homogéneo. En efecto, el principio es que en todas ellas el deudor estará sujeto a obtener el resultado pactado, salvo que pruebe el caso fortuito, pero en algunos casos la obligación del deudor puede ser todavía más estricta, si ha asumido la obligación sean cual sean los eventos, incluido el caso fortuito, que puedan acaecer.

Se pueden, por tanto, distinguir dentro de ellas, al menos, dos clases distintas (164), las obligaciones de resultado «ordinarias» y las obligaciones de resultado «absolutas». Las primeras, entre las que se pueden mencionar, por ejemplo, la obligación que incumbe al vendedor de entregar la cosa vendida establecida en el art. 1461 del Código Civil; la obligación de restitución impuesta por los artículos 1561 y 1766 del Código Civil al arrendatario o al depositario; las impuestas por el artículo 1602 del Código Civil a los transportistas respecto de las cosas transportadas, o la obligación de custodia prevista por los artículos 1783 y 1784 del Código Civil a los fondistas y mesonero respecto de las cosas introducidas por los viajeros en sus establecimientos, cederían ante la prueba de la fuerza mayor o del caso fortuito, mientras que las segundas beneficiarían al acreedor de una garantía absoluta, que nada puede impedir. Como ejemplo característico de obligaciones de resultado «absolutas» se cita la obligación de dar cosas genéricas o el pago de las deudas de dinero, supuestos ambos en los que el deudor no puede exonerarse de responsabilidad en atención al principio *genera non pereunt* (165), y por supuesto, aquellos supuestos «expresamente mencionados en la ley» y en los que «así lo

(163) Cfr. Farjart, «Droit privé», *cit.*, p. 36; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *it.*, pp. 213 y ss.; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *it.*, p. 406; Princigalli, «La responsabilité del medico», *cit.*, p. 39; Remy, Ph., nota en la *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1982, p. 430; ID., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1984, p. 120; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 640-641.

(164) Cfr. Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 341. En parecido sentido, cfr. Farjart, «Droit privé», *cit.*, p. 37; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 83 y ss.

(165) Cfr. Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *it.*, p. 344. Sin embargo, Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 407, entiende que la razón para que no pueda quedar excluida en estos supuestos la responsabilidad del deudor por incumplimiento, no es su configuración como una obligación de resultado absoluta, sino la falta de uno de los presupuestos de la fuerza mayor: a saber, que sea irresistible, ya que no se puede invocar la destrucción de una cosa genérica, pues siempre es reemplazable.

declare la obligación» (art. 1105 del Código Civil), cuando, en virtud del juego del principio de autonomía de la voluntad, las partes excluyan el caso fortuito como causa de exoneración de la responsabilidad.

Por otra parte, en este mismo ámbito de las obligaciones de resultado, se ha señalado la existencia de obligaciones «atenuadas» y «agravadas» en relación con el modelo general (166), pues el compromiso del deudor de obtener el resultado estipulado, salvo la prueba del caso fortuito no es, como se desprende del artículo 1105 de nuestro Código Civil absoluto. Aunque no es muy frecuente, convencional o legalmente, puede admitirse que el deudor quede exonerado de responsabilidad por el incumplimiento probando únicamente su diligencia, como sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 1563 del Código Civil, según el cual «el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida de la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya». Del mismo modo, en algún supuesto puede exigirse responsabilidad al deudor por el incumplimiento de la obligación de resultado, aún produciéndose la imposibilidad sobrevenida de la prestación por caso fortuito, como el establecido en el artículo 1744 del Código Civil, que impone al comodatarario, en caso de que destine al cosa a un uso distinto del pactado o que la conserve por más tiempo del convenido, la responsabilidad por la pérdida de la cosa, «*aunque ésta sobrevenga por caso fortuito*» (167).

Las obligaciones de medios, por su propia naturaleza, son susceptibles de innumerables grados en función de la distinta diligencia que el deudor debe desplegar en la realización de la prestación. El artículo 1104 de nuestro Código civil no deja lugar a dudas dado el modelo de determinación *in concreto* de la diligencia que establece (168). La

(166) Cfr. Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 639-640; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 342.

(167) En este mismo contexto puede observarse como en el contrato de ejecución de obra aparece algún supuesto de obligación de resultado atenuada o agravada. Así el art. 1580, determina que el deudor quede liberado de responsabilidad, además de probando el caso fortuito o la *mora creditoris*, cuando la destrucción de la obra se haya debido a la mala calidad de los materiales y haya advertido al acreedor de esta circunstancia. De otro lado, el art. 1591 establece un supuesto de obligación de resultado agravada, en tanto garantiza temporalmente el resultado de la obra, extendiendo la responsabilidad del contratista o del arquitecto, una vez concluida y entregada la obra, cuando ésta se arruina por vicios de la construcción o por vicios del suelo o de la dirección de obra respectivamente.

(168) Ninguna otra conclusión, aparte de la referencia a su originalidad, puede sacarse de un repaso a los primeros autores españoles que se enfrentaron con el precepto, *vid.*, Manresa, J. M., «Comentarios al Código Civil español», T. VII, vol. 1.º, Madrid, 1967 (6.ª ed.), pp. 334 y ss.; Mucius Scaevola, Q., «Código Civil», T. XIX, Madrid, 1957 (2.ª ed.), pp. 634 y ss.; Planas, J. M., «Instituciones de Derecho Civil Español», T. I, Barcelona, 1913, pp. 546-547; Valverde, C., «Tratado de Derecho Civil», Valladolid, 1931, T. I, pp. 591 y ss.; Clemente de Diego, F., «Instituciones de Derecho Civil», Madrid, 1959, T. II, pp. 31-32.

diligencia a emplear por el deudor (en su sentido objetivo de conducta materialmente identificable) en el cumplimiento de la obligación estará en función, no sólo de la naturaleza de la prestación, sino también de las «circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», pero esta norma no se refiere únicamente a la diligencia que el deudor ha de emplear en el cumplimiento, sino también a la propia configuración de la prestación como una obligación de medios. Solamente en el caso de que la naturaleza de la obligación no indique la diligencia que ha de prestarse en la realización de la prestación y en su cumplimiento, se entenderá exigida la diligencia que emplearía un buen padre de familia que es, por lo demás, el modelo tipo de comportamiento diligente (169).

Si tomamos como ejemplo el caso típico del médico, es evidente que los cuidados prometidos no serán los mismos si se trata de un gran especialista, de un médico hospitalario o de un médico rural. Ni tampoco lo serán los cuidados desplegados en caso de urgencia, en caso de accidente en plena carretera, etc. Los medios de que disponen normalmente unos y otros, y en los distintos casos en los que prestan los cuidados, son bien diferentes. Por ello, precisar el contenido y el alcance concreto de la obligación que incumbe a cada médico en cada caso supondrá, necesariamente, un análisis concreto de la situación, de sus circunstancias profesionales y de las circunstancias espacio-temporales en las que la prestación debe ser realizada (170).

Los contratos que originan obligaciones de medios a título principal son bastante raros, y se refieren fundamentalmente, como se ha tenido ocasión de ver, a las prestaciones de servicios profesionales. También pueden considerarse obligaciones de medios las derivadas del contrato de mandato, pues a tenor de lo dispuesto en los artículos 1719 y 1726 del Código Civil, se impone al mandatario estrictamente un comportamiento diligente en la gestión de los negocios del mandante, sin perjuicio de que las partes puedan disponer otra cosa (171).

Capítulo aparte merecen dos series de obligaciones accesorias que aparecen inexcindiblemente ligadas a la principal en determinados contratos. De un lado, las obligaciones de velar por la conservación de la cosa, de otro, las obligaciones accesorias que en el Derecho

(169) En contra, por entender que los dos párrafos de este precepto responden a modelos de diligencia antitéticos y excluyentes, Badossa, *ob. cit.*, p. 292; Carrasco, *ob. cit.*, p. 609.

(170) Cfr. Ataz López, *ob. cit.*, p. 241; Llamas Pombo, *ob. cit.*, p. 262.

(171) En este sentido la doctrina y la jurisprudencia francesa vienen considerando como obligaciones de medios las que incumben a los intermediarios, comisionistas, banqueros, agentes de viaje, etc., pero en algunos casos de mandato retribuido se presume la culpa del mandatario que no ha cumplido el mandato encomendado, lo que implicaría una obligación de resultado, *vid.* Malaurie, Ph./Aynes, L., «Droit Civil. Contrats spéciaux», *cit.*, pp. 241-242.

francés se conocen como obligaciones de seguridad (*obligations de sécurité*), y como obligaciones de instrucción, información o consejo (*obligations de renseignement, de information o de conseil*).

La obligación de velar por la conservación de la cosa que con carácter general establece el artículo 1094 de nuestro Código Civil como accesoria de la obligación de entrega de la cosa (172), al disponer: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia» (173), y que se concreta, por ejemplo, en el artículo 1766 para el depositario, suele considerarse una obligación de medios (174). Sin embargo, el solapamiento de esta obligación de guarda o custodia con la obligación de entrega puede llevar a plantear algunas dudas en orden a esta calificación. El problema puede ser planteado en los siguientes términos: por un lado, el deudor de cosa determinada está obligado a custodiarla con la diligencia de un buen padre de familia hasta el momento de su entrega, y quedará exonerado de responsabilidad cuando la cosa se perdiere o destruyere sin culpa (arts. 1094 y 1182 del Código Civil). Por otro, sin embargo, se establece la presunción de que la pérdida de la cosa es debida a culpa del deudor, salvo que dé prueba del caso fortuito (arts. 1183 y 1105 del Código Civil). Es decir, que pérdida la cosa parece incumbir al deudor la prueba del caso fortuito para exonerarse de responsabilidad como si se tratara de una obligación de resultado (175). No parece, con todo, que la presunción establecida en el artículo 1183 desvirtúe la calificación de la obligación de conservar la cosa como de medios. En primer lugar, porque es la naturaleza de la prestación del deudor lo que permite calificar la obligación como de medios o de resultado, y no a cual de las partes incumbe la prueba de que la diligencia exigida por la obligación ha sido empleada por el deudor. En segundo lugar, porque la presunción de culpa establecida en el artículo 1183 se refiere únicamente al supuesto de pérdida o des-

(172) *Vid.*, por todos, Martín Pérez, «Comentarios», *cit.*, pp. 243 y ss.

(173) El art. 1137 del Code francés establece una obligación similar que lleva a su calificación general como de medios, *cfr.*, Le Toumeau, *ob. cit.*, p. 402; Stark, *ob. cit.*, p. 345.

(174) *Cfr.* Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 475. Entiende, por el contrario, que esta obligación es de resultado Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *cit.*, pp. 200-201.

(175) Las soluciones propuestas por la doctrina francesa para resolver esta dificultad pueden sintetizarse en las dos siguientes. Una opinión que entiende que la distinción entre obligación de medios y de resultado no se adapta a los supuestos de obligaciones de conservación y entrega solapadas, que estarían sometidas a un régimen particular. Otra opinión diferencia la obligación de entregar la cosa en el estado en que se encuentre, que sería una obligación de resultado, y la obligación de entregar la cosa en buen estado conectada a la obligación de conservación, que sería una obligación de medios. *Vid.* sobre el particular Weill/Terre, *ob. cit.*, pp. 454 y ss.

trucción de la cosa y no a otros casos de deterioro que no supongan la pérdida de la cosa. En tercero, porque la obligación de conservar y la obligación de entregar, aunque se dirigen a procurar la satisfacción del acreedor, tienen dos ámbitos claramente diferenciados y pueden exigirse independientemente. Mientras la primera se dirige únicamente a asegurar la posibilidad de cumplir, la segunda se orienta estrictamente al cumplimiento de la prestación mediante la entrega de la cosa en el estado de conservación en que se halle. Por ello, de acuerdo con el artículo 1183, la exoneración de la responsabilidad del deudor se puede producir, bien dando prueba de que la pérdida o destrucción de la cosa se debió a caso fortuito, con lo que obviamente cesa la obligación de entrega y ya no se plantea cuestión sobre la accesoria de guarda, bien destruyendo la presunción de culpa mediante la prueba por el deudor de que empleó en la custodia de la cosa la diligencia debida, aunque en este caso sigue siendo exigible la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de entrega.

Otro campo en el que desempeña un papel importante la distinción que nos ocupa es en el campo de las obligaciones accesorias que la jurisprudencia y la doctrina francesa han identificado en algunos contratos junto a las obligaciones principales como contenido complementario, por entender que constituyen una prolongación natural del contenido del contrato pactado por los contratantes a tenor del artículo 1135 del *Code Civil* (176), que vendría a equivaler al último inciso del artículo 1258 de nuestro Código Civil, que obliga a las partes del contrato, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Aparecen así en numerosos contratos, especialmente en los concluidos por los profesionales (177), las llamadas obligaciones de instrucción, información y consejo (178), que se producen como una

(176) Según esta norma «Les convections obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnet à l'obligation d'après sa nature».

(177) El arquitecto debe informar a su cliente de los incidentes y de los problemas que pueden surgir en una determinada construcción. El fabricante y el vendedor deben de advertir a sus clientes del modo de empleo y de las precauciones a observar en el manejo de los productos que fabrica o vende. El médico tiene la obligación de informar a su paciente a fin de obtener su consentimiento libre y consciente respecto al tratamiento a seguir o a la operación a practicar. Sobre el promotor, empresario o agente inmobiliario, sobre el corredor de seguros, sobre el agente de viajes, etc., pesa la obligación de aconsejar a su cliente acerca de las ventajas e inconvenientes del producto que va a adquirir, y así sucesivamente.

(178) Sobre ellas, *vid.*, Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *it.*, pp. 426 y ss.; Malaurie, Ph./Aynes, L., «Droit civil. contrats especiaux», *cit.*, pp. 313 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 655-656.

derivación del deber general de colaboración que la buena fe impone a los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones, y que consisten en al obligación de uno de los contratantes de prevenir al otro acerca de las ventajas, los inconvenientes y los riesgos que se pueden derivar de la prestación prometida, con objeto de que el contrato se celebre con pleno conocimiento de causa. Por lo demás, y en lo que aquí interesa, existe acuerdo casi unánime en la calificación de estas obligaciones como de medios por la doctrina y la jurisprudencia francesa.

Otra clase de obligaciones accesorias de carácter contractual está constituida por las llamadas obligaciones de seguridad (179) que, a falta de pacto en contrario, se ponen en algunos contratos (180) a cargo del deudor con el fin de preservar y proteger la vida y la integridad física del acreedor. Estas obligaciones, originariamente y con carácter general, van a ser consideradas como obligaciones de resultado, pero muchas de ellas irán encontrando paulatinamente acomodo en la práctica jurisprudencial como obligaciones de medios (181).

No puede concluirse este sumario repaso a la tipología de las obligaciones sin una referencia a una última cuestión. Como se ha señalado más arriba las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado no son dos categorías estancas, ni existe entre ellas una oposición radical. En efecto, no solamente un mismo contrato puede comportar diversas obligaciones pertenecientes a estas dos clases diferentes (182), sino también, en algunos contratos, la misma obligación puede revestir sucesivamente una u otra calificación según la fase de la ejecución del contrato durante la cual deba ser realizada la prestación (183). Es decir, no existe una oposición radical, ni una línea de

(179) Sobre este tipo de obligaciones puede verse en relación con la distinción que nos ocupa Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 421 y ss.; Marty/Raynaud, *ob. cit.*, pp. 661 y ss.; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, pp. 354 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 655 y ss., y 829 y ss.; Weill/Terre, *ob. cit.*, pp. 655 y ss.

(180) Por ejemplo en el transporte de personas respecto del viajero, en los contratos de hostelería respecto al cliente, en la organización y celebración de pruebas o competiciones deportivas respecto a los participantes, en la utilización de las atracciones de feria respecto a los usuarios, etc.

(181) En este sentido la jurisprudencia ha admitido que la obligación de seguridad es una obligación de «soins et de diligence»: «Pour une organisation de sportif; pour l'exploitant d'un jeu de quilles, de un manège d'équitation, d'une piscine; pour un établissement thermal, une agence de voyages, un hôtelier, un grand magasin, un établissement d'enseignement», *cfr.* Marty/Raynaud, *ob. cit.*, pp. 664-665.

(182) *Cfr.* Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 41-42; Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 406; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 640.

(183) *Vid.* Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 641, que pone como ejemplo el trato que da la jurisprudencia a las obligaciones deriva-

demarcación rígida entre estos dos tipos de obligaciones, lo que, aunque complica la aplicación práctica de la distinción, no debe perderse de vista si se quiere que ésta no quede desnaturalizada.

Las consideraciones anteriores deben, por tanto, llevar al intérprete a conducir la utilización de esta clasificación con flexibilidad, pero también con extrema prudencia y cautela, atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, especialmente respecto de las obligaciones de medios, pues de lo contrario esta distinción, no sólo podría perder su utilidad, sino introducir distorsiones en la determinación del hecho generador de la responsabilidad y en su prueba.

5. RELEVANCIA DE LA DISTINCION

5.1. La función de la distinción

El punto de partida para determinar la relevancia de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado viene determinado por el fundamento de la misma. Como se ha tenido ocasión de ver, y es opinión generalizada (184), la distinción se basa en la consideración del objeto o del contenido de la obligación, y no como pudiera pensarse sobre el grado de diligencia exigible (185). Lo que permite distinguir ambas clases de obligaciones es, precisamente, la diferente naturaleza de la prestación que desde el punto de vista del deudor supone un compromiso más o menos riguroso, y desde el

das del contrato de transporte de viajeros. Mientras el pasajero circula por la estación provisto de su billete antes de subir al vehículo y después de bajar la obligación del transportista es de medios, «à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre», la obligación será de resultado. Razonamiento que se aplica igualmente en otras hipótesis parecidas como las atracciones de coches de choque, *vid.*, Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 663.

(184) Cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *it.*, pp. 172 y ss.; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *it.*, p. 476; Pascual Estevill, «Hacia un concepto actual», *cit.*, p. 56; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 258 y ss. No obstante, últimamente se ha indicado que esta tendencia a considerar la cuestión «*sub specie dell'oggetto* o del *contenuto* di singoli obbligazioni», olvida que el asunto «riguarda anche, e soprattutto, *la struttura dell'obbligazione* ossi la onfigurazione di essa, a livello di teoria generale. La soluzione di esso non potrà allora essere ricercata sul terreno della empiria e del buon senso, ma su quello delle norme che riguardano *la struttura* della obbligazione, considerata anche nella loro evoluzione storica», cfr. Di Majo, «Delle obbligazioni», *cit.*, p. 106.

(185) Cfr. Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 476; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 259.

punto de vista del acreedor supone una mayor o menor amplitud de lo debido respecto del interés primario que le llevó a contratar. Así, cuando se trata de una obligación de medios el compromiso del deudor no es estricto y se resuelve en un comportamiento diligente, y el interés primario que llevó a contratar al acreedor no está *in obligatione*; cuando se trata de una obligación de resultado el compromiso del deudor es estricto y se resuelve en la producción de un resultado, y el interés del acreedor si está *in obligatione*. Por tanto, las unas tienen por objeto el resultado que las partes contratantes han tenido presente al celebrar el contrato; las otras, tienen por único objeto los medios diligentes que ha de emplear el deudor para obtenerlo.

Partiendo de este planteamiento, las consecuencias que suelen deducirse de esta distinción se concretan en el plano del cumplimiento o, más exactamente, en el terreno de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación. En particular, respecto de la definición y la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual (186). En las obligaciones de resultado es suficiente para determinar el incumplimiento que el acreedor establezca que no se ha alcanzado el resultado prometido por el deudor. En las obligaciones de medios, por el contrario, se hace necesario un examen de la conducta del deudor, y el acreedor, para determinar el incumplimiento de la obligación, deberá probar que el deudor no ha actuado con la diligencia a la que se había obligado, lo que hace que incumplimiento de la prestación y culpa vengán prácticamente a confundirse (187). Es decir, «se entiende que en la obligación de medios o de prudencia y diligencia la frustración del resultado no le es imputable al deudor, quien debe probar solamente que ha dado cumplimiento al grado de diligencia dado, en tanto que corresponde al acreedor la carga de probar la negligencia del deudor; por el contra-

(186) Cfr. Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 636. No falta entre nosotros alguna opinión como la de Carrasco, *ob. cit.*, p. 592, que piensa que en el Derecho español, «el único uso útil de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es el de articular la asignación de los riesgos, no distribuir la carga de la prueba; se dirá entonces que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustración del resultado o los intereses del acreedor. O, dicho de otra forma, es de medios aquella obligación donde el *interés empírico* del acreedor no se corresponde en toda su medida con el *interés contractual* que el deudor debe satisfacer».

(187) Cfr. Marty/Raynaud, «Droit Civil», *cit.*, p. 659, que fundamentan su juicio crítico de la distinción en esta identificación señalada, por entender que «es verdad que prácticamente será así en el mayor parte de los casos, pero debe observarse que, en otros, la acción de un caso fortuito o de una fuerza mayor puede intervenir para explicar porqué la diligencia postulada no se ha empleado y excusar al deudor: así cuando el médico ha sido impedido por un accidente o una enfermedad, cuando el deudor de una obligación de conservación ha sido secuestrado, etc. El art. 1147 puede intervenir incluso en lo que concierne a las obligaciones de diligencia».

rio, en la obligación de resultado, debe el acreedor probar simplemente que el resultado comprometido no se ha obtenido y el deudor, en cambio, debe demostrar que la imposibilidad o frustración del resultado se debe a una causa que no le es imputable por constituir un caso fortuito o suponer la concurrencia de una fuerza mayor» (188). De ahí que se pueda afirmar el innegable valor ilustrativo y pedagógico de la distinción, pues como afirma Carbonnier (189), permite entender que la prueba de la culpa no se realiza siempre de la misma manera: «La culpa *se presume* en las obligaciones de resultado; mientras debe *ser probada* en las obligaciones de medios». Esto es, cuando el resultado no se ha obtenido a pesar de su carácter cierto y no aleatorio, la culpa del deudor debe presumirse; por el contrario, cuando la experiencia muestra que incluso sin culpa el resultado no puede ser esperado con seguridad y con certeza, la culpa del deudor no puede presumirse, pues la falta de resultado no proporciona ningún indicio sobre las causas de su no consecución.

Tres son, en consecuencia, las cuestiones que se plantean para determinar el alcance de la distinción: *a)* determinar que se entienda en cada uno de los casos por incumplimiento; *b)* precisar el régimen de la responsabilidad que corresponde a las obligaciones de medios y a las obligaciones de resultado, y *c)* determinar la trascendencia de la distinta naturaleza de la obligación en el terreno de la prueba.

5.2. Determinación del incumplimiento

En las obligaciones de medios, como en las de resultado, el hecho generador de la responsabilidad contractual es el incumplimiento de la obligación derivado de la inejecución de la prestación (o su cumplimiento tardío, incompleto o defectuoso) ex artículo 1101 del Código Civil, pues la responsabilidad tiene como fundamento no tanto la culpa, como el puro y simple dato del incumplimiento (190). Será a la

(188) Cfr. Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *cit.*, p. 60.

(189) Cfr. Carbonnier, J., «Droit Civil. Les obligations», *cit.*, p. 250, dejando claro, sin embargo, que la presunción de culpa no es irrefragable, pues el deudor se podrá liberar probando que el incumplimiento proviene de una «cause étrangère qui ne lui est pas imputable». En el mismo sentido Weill/Terre, «Droit Civil», *cit.*, pp. 446-447. Entre nosotros, Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, p. 105, sobre la base del art. 1183 del Código Civil, y de Angel/Zorrilla, *ob. cit.*, p. 209.

(190) Cfr. Osti, «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1954, p. 604, quien continúa señalando que tiene como límite «no la ausencia de culpa, sino la imposibilidad objetiva no culposa de la prestación».

hora de determinar que se entiende por incumplimiento de la obligación cuando aparezcan claramente marcadas las diferencias entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado.

En las obligaciones de resultado el asunto no plantea, desde este punto de vista, grandes problemas. El incumplimiento de la obligación en sentido material viene determinado, como entiende toda la doctrina (191), por la no obtención del resultado prometido (192). Probada por el acreedor la existencia de la obligación y que no ha sido entregada la cosa o hecho completamente la prestación en que la obligación consiste, existe incumplimiento ex artículo 1157 del Código Civil, sin necesidad de establecer para ello la culpa o negligencia del deudor, que se presume. El incumplimiento, como el cumplimiento a satisfacción del acreedor presupone la diligencia, presupone la culpa o negligencia. Lo que no quiere decir, obviamente, que la culpa pierda su relevancia. Pues aunque la conducta diligente del deudor no tiene relevancia en caso de cumplimiento de las obligaciones de resultado, si la tendrá para el caso de incumplimiento (193). La presencia o no de culpa en la inexecución de la prestación no es indiferente pues, como se sabe, jugará un papel decisivo en el sistema de imputación de la responsabilidad e influirá en la aplicación de las reglas que determinan el contenido de la misma como, por ejemplo, la establecida en el artículo 1103 del Código Civil relativa a la determinación de la responsabilidad que proceda de negligencia en atención a que el grado de diligencia exigible podrá ser apreciado por los Tribunales (194).

(191) Cfr. Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, p. 37; Díez-Picazo, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», I, *cit.*, p. 455; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 476; Vattier Fuenzalida, C., «Sobre la estructura de la obligación», *it.*, p. 60; De Angel/Zorrilla, *ob. cit.*, p. 210; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *it.*, p. 179; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *it.*, pp. 267-268.

(192) . Como señalan De Angel/Zorrilla, *ob. cit.*, p. 209, cuando «la naturaleza de la prestación o las singularidades del medio en que se opera (pues todo ello pertenece al círculo de la obligación)» determinan que la obtención del resultado es consecuencia natural y directa de la ejecución íntegra de la prestación, se da «una correspondencia rigurosa entre plenitud del cumplimiento o pago completo y satisfacción cabal del acreedor».

(193) Cfr. Cristóbal Montes, «El incumplimiento», *cit.*, p. 102.

(194) Lo que no excluye la posibilidad de que los Tribunales puedan moderar, en su caso y en base a este precepto, la cuantía de la indemnización exigible en el cumplimiento de las obligaciones como entiende una buena parte de la doctrina y una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sobre este precepto, su interpretación y su alcance puede verse, por todos, Díaz Alabart, S., «La facultad de moderación del artículo 1103», *ADC*, 1988, pp. 1133 y ss.; ID., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. 1.º, sub. art. 1103, pp. 475 y ss.

En las obligaciones de medios, por el contrario, la determinación del incumplimiento es mucho más compleja en atención al mayor grado de indeterminación de la prestación. La cuestión estriba, en principio, en determinar si la diligencia empleada por el deudor es aquella que el acreedor podía esperar de un deudor cuidadoso en el desempeño de la actividad que constituye el objeto de la obligación. En efecto, en estos casos el acreedor insatisfecho debe probar la existencia de la obligación y que la prestación no ha sido realizada, pues el artículo 1157 del Código Civil no identifica cumplimiento y satisfacción del interés del acreedor, sino cumplimiento y ejecución de la prestación. Lo que viene a traducirse en la exigencia, no tanto de probar que el interés del acreedor al contratar, que además no integra el programa de la prestación, se ha visto defraudado, sino, más bien, de determinar que el deudor no ha actuado o no se ha conducido con la diligencia exigida por «la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar» (195), o en su caso, por la diligencia que correspondería a un modelo de comportamiento tipo, es decir, al modelo ideal del «buen padre de familia», del *diligens et prudens pater familias* (art. 1104 del Código Civil), o lo que es lo mismo, que el deudor ha incurrido en culpa o negligencia (196).

Aparece así la necesidad de determinar cual es el papel que juega la diligencia en la configuración del contenido de las obligaciones de medios y, consiguientemente, en la determinación de su incumplimiento en sentido material, pues aunque la culpa se refiere al comportamiento del deudor y la inejecución se refiere a la expectativa defraudada del acreedor, su *contenido* viene a ser idéntico en este tipo de obligaciones, y culpa en sentido objetivo e incumplimiento obligan a resolver la misma cuestión: cual es la diligencia exigible al deudor.

Obviamente, no es este lugar el adecuado para reconstruir el concepto de diligencia en el Derecho español, pues existen aportaciones doctrinales muy recientes sobre el asunto que, desde diversos puntos

(195) A pesar de la falta de una previsión legal expresa de carácter similar Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 268 y ss., reconstruye el concepto de culpa en sentido objetivo recurriendo a la definición de las circunstancias objetivas en las que se encuentra el deudor, y que habrán de ser tenidas en cuenta por el juez para determinar la culpa, señalando que: «Trois critères son retenus: l'activité du débiteur, le temps (nuit, brouillard, heure, manque de temps, etc.) et le lieu (montagne, métropole, isolement, manque de space, etc.). A la inverse, le juge ne tiendra compte d'aucune circonstance qui est personnelle à l'auteur du préjudice». Todo ello, en caso de que las partes no hayan determinado en el contrato el *grado de diligencia* exigible al deudor.

(196) Cfr. Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, p. 37; Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 476; De Angel/Zorri-lla, *ob. cit.*, p. 210.

de vista, contribuyen a delimitar perfectamente el estado de la cuestión (197).

A los efectos que aquí interesan, en las obligaciones de medios, el concepto de diligencia debe obtenerse a partir del original modelo que formula el artículo 1104 del Código Civil español tomando como base, según todos los indicios (198), el artículo 512 del Código Civil argentino, que dispone: «La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas *diligencias* (199) que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (200). A pesar de la aparente contradicción que se ha advertido entre los dos párrafos de la norma en cuestión (201), la necesidad de su coordinación lleva a

(197) *Vid.* Badosa Coll, F., «La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil», *Bolonia*, 1987, pp. 33 y ss., para cuya mejor comprensión resulta imprescindible la nota crítica de J. L. Lacruz, *ADC*, 1988, pp. 1309 y ss.; Delgado, en Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, pp. 235 y ss.; Cristóbal Montes, «El incumplimiento de las obligaciones», *cit.*, pp. 100 y ss.; Carrasco Perera, «Comentarios al Código Civil», *cit.*, pp. 585 y ss. Enmarcando el problema en el terreno estricto de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 177 y ss., y pp. 460 y ss.; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 271 y ss.

(198) Aunque también se puede mencionar la influencia del art. 717, 3.º del Código Civil portugués de 1867, que dispone: «A calificação da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circunstancias do facto, do contracto e das pessoas».

(199) Es bastante plausible pensar que el término «diligencias», que fue recogido en el Anteproyecto de Código Civil español de 1882-1888, más que referirse a un pretendido modelo de diligencia, tendría una significación objetiva referida a actuaciones, tramitaciones, etc.

(200) El original texto de este artículo debido a Velez Sarfield está fuertemente influido por las anotaciones de Masse, G., y Verge, Ch. a la obra de Zachariae, K. S., «Le Droit Civil français», T. III, París, 1857, pp. 399-400, que critican el sistema abstracto de graduación de la culpa y proponen sustituirlo por un sistema en el que la culpa venga determinada *in concreto*, pues «ya no puede hablarse de *culpa lata*, ni de *culpa leve*, ni de *culpa levísima*. Sin duda hay culpas que en razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto a las especiales obligaciones que le son impuestas, son más graves o más ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que en sí misma considerada, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda, en el sistema actual del *Code*, ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve o como culpa levísima». *Vid.* sobre el asunto Badossa Coll, F., «La diligencia y la culpa», *cit.*, pp. 158 y ss.; Cristóbal Montes, «El incumplimiento», *cit.*, p. 107.

(201) Cfr. Badossa Coll, *ob. cit.*, pp. 265 y ss., que destaca que en el primero lo fundamental es la naturaleza de la obligación (*rectius* de la prestación), ya que ella es la que determina la peculiar diligencia reclamable, y lo complementario son las peculiaridades del acreedor y del deudor, y las circunstancias espacio-temporales; mientras en el segundo se recoge el modelo francés del buen padre de familia, como referencia objetiva a un modelo externo y abstracto que prescinde de la aptitud del sujeto.

elegir uno de ellos y privilegiar su aplicación sobre el otro. Las soluciones propuestas, que llevan en todo caso a una noción de diligencia en sentido objetivo, pueden resumirse en las siguientes (202): dar primacía al párrafo segundo, el del *bonus pater familias*, y utilizar el primero como criterio para su adaptación y adecuación (203); dar primacía al primero entendiendo el segundo, no en el sentido tradicional de aplicarlo cuando las partes no hayan convenido la especial diligencia que debe observar el deudor (profesional, *quam suis*, etc.), sino en el sentido de que puestos en funcionamiento los factores a que hace alusión el párrafo primero no sea posible determinar la concreta diligencia con que debe operar el obligado (204). Solución esta última que, aunque minoritaria y seguramente más complicada de articular, parece más justa y acomodada a la realidad de las cosas, pues el incumplimiento de la obligación que tiene por objeto una conducta o actividad del deudor encaminada a la consecución de un resultado aleatorio no puede venir determinado por la sola violación de un modelo abstracto de comportamiento (205). Considerar como incumplimiento de la obligación la violación de una norma abstracta de comportamiento supone entender que la prestación quedaría reducida a la promesa de respetar ciertas reglas generales (206). Opción tanto más rechazable si se compara con los criterios propuestos por la doctrina para distinguir las obligaciones de medios y de resultado, y se inserta en un sistema de amplia discrecionalidad de los Tribunales en la apreciación de la diligencia. Por ello no es extraño que el propio Tribunal Supremo parezca más cercano a este modelo, pues aunque en su Sentencia de

(202) Carrasco, *ob. cit.*, pp. 608-609, siguiendo a Badossa, resume las posibles soluciones, «prefiriendo siempre una interpretación que no condujera a la norma a la inanidad o a la antinomia, o que obligara a desechar en beneficio del otro uno de los modelos ofrecidos por la norma, podría pensarse que ambos párrafos describen un modelo de conducta, siendo uno de ellos supletorio del otro; en segundo lugar, que el modelo del párrafo I concreta el modelo del 1104, I, describiría el contenido del modelo», inclinándose por asumir la última de ellas.

(203) Cfr. Badossa Coll, «La diligencia», *it.*, pp. 292 y ss.; Delgado, *ob. y loc. ult. cit.*; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 178 y ss.; Carrasco, *ob. y loc. ult. cit.* No tan claramente Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *it.*, pp. 276 y ss.

(204) Cfr. Cristóbal Montes, «El incumplimiento», *cit.*, pp. 110-111.

(205) Cfr. Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens», *cit.*, p. 276.

(206) No parece entenderlo así Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 461-462, al afirmar que la diligencia se traduce en la observancia de normas técnicas, y que cumple el que, a pesar de su celo insuficiente, realiza una prestación técnicamente perfecta (médico que opera bien (técnicamente) en estado de embriaguez), pero sin olvidar «que es característica de las obligaciones de actividad, el que los obstáculos o dificultades para prestar son elementos a tener en cuenta en el juicio de valoración del comportamiento debido para determinar su exactitud».

26 de mayo de 1986 (R. 2824), no lo haga muy claramente, al determinar el contenido de la obligación de medios de un médico «teniendo en cuenta no sólo la diligencia ordinaria, sino la específica y profesional propia del supuesto contemplado, que se traduce en «suministrar al enfermo los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica», posteriormente lo hace con toda claridad (207), al señalar que la responsabilidad por culpa exigible al médico debe determinarse «según el concepto que da el párrafo segundo del artículo 1104 del Código Civil, es decir, cuando se acredite, sin posibilidad de apreciación de circunstancias excluyentes, la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, habida cuenta de que la culpa está siempre condicionada de modo individual, huyendo, en principio, de toda generalización siempre peligrosa, y más en la práctica de la medicina, sujeta a la *lex artis*» (208).

De este modo cobraría un nuevo sentido la norma contenida en el artículo 1103 del Código Civil, que quedaría incorporada al párrafo primero del artículo 1104, resaltando la función que el prudente arbitrio judicial ha de jugar en el modelo español de determinación de la culpa (o de la falta de diligencia), como criterio de determinación del incumplimiento en las obligaciones de medios.

Serán, pues, los Tribunales atendiendo a los mismos criterios que se ha apuntado antes para diferenciar los supuestos de obligaciones de medios y obligaciones de resultado (voluntad de las partes, naturaleza y circunstancias concretas de la obligación y consideraciones de equidad, por este orden), quienes determinarán en cada caso si se ha producido o no incumplimiento, comparando la diligencia empleada por el deudor en su actuación, con la que debería haber empleado a tenor de la obligación contraída. Quedando determinado el incumplimiento por

(207) *Vid.* también la Sentencia de 7 de febrero de 1990. Por su parte, la Sentencia de 13 de julio de 1987 señala que no puede acusarse a unos médicos de la «falta de diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1104 del Código Civil), ni de falta de previsibilidad en situación de normalidad, medida aquélla en función de la capacidad intelectual y preparación profesional de los demandados cuya actuación según resultó probado fue correcta en todo momento», identificando preparación profesional con la «específica preparación científica y práctica».

(208) No sin antes haber señalado en Cdo. anterior que la culpa ha de resultar probada «mediante la justificación de no haber empleado el médico la diligencia exigible en su actuar profesional, con acomodo a lo establecido en el párrafo segundo del art. 1104 del Código Civil, si bien con la significación de que, en todo caso, dada la contemplación de la preparación técnica exigible al médico a quien los servicios han sido encomendados, su actuación ha de venir presidida exclusivamente por la diligencia derivada de su especialización de conocimientos, de modo que la diligencia exigible por el art. 1103 del Código Civil no será la del común individuo lego en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan, pero con la singular característica de que la prueba de la culpa del médico ha de distinguirse y apreциarse según los casos».

el hecho de que la conducta o comportamiento del deudor, objetivamente considerada, no haya observado la diligencia (no haya puesto los medios) que la obligación estipulada requiere, o, en su caso, la diligencia exigible según el modelo abstracto del buen padre de familia.

5.3. El régimen de la responsabilidad

Es evidente, a tenor del artículo 1101 del Código Civil, que del incumplimiento de la obligación en sentido material se deriva la responsabilidad del deudor. Sin embargo, es también evidente que en determinados supuestos el incumplimiento no es imputable al deudor (arts. 1105, 1182-1184 del Código Civil), y en consecuencia, no le es exigible responsabilidad (209).

Se trata aquí, por ello, de analizar el funcionamiento de la imposibilidad sobrevenida de la prestación respecto de estas dos categorías de las obligaciones, para determinar si conduce a un régimen de responsabilidad diferenciado, el de la norma de la diligencia para unas, el de los arts. 1105, 1182-1184 del Código Civil para otras, o por el contrario, si esta distinción de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado no rompe el régimen de responsabilidad en dos campos distintos y permite afirmar el mantenimiento de un régimen de responsabilidad unitario.

En la doctrina francesa se ha llegado a proponer la teoría de las obligaciones de medios y de resultado como reflejo de un sistema de responsabilidad dual subjetiva y objetiva (210). Al lado —dice Frossard— de la tradicional responsabilidad subjetiva por culpa, y en la medida que el deudor puede ser responsable sin que la culpa intervenga en la producción del daño al no poder exonerarse probando su diligencia, aparecen supuestos desvinculados de la culpa que deben ser calificados de responsabilidad «objetiva», ya que «la unión entre la culpa y la responsabilidad no es siempre una necesidad jurídica; la segunda puede existir sin la primera» (211).

(209) *Vid.*, en general, Cristóbal Montes, «El incumplimiento», *cit.*, pp. 146 y ss.; Delgado, en Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, pp. 244 y ss.; González Porras, «Comentarios al Código Civil», *it.*, pp. 256 y ss.; Carrasco, «Comentarios al Código Civil», *cit.*, pp. 631 y ss., y allí abundantes referencias. En particular, insertando en la problemática de las obligaciones de medios y de resultado la disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, *vid.*, Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 175 y ss.; ID., «Obligaciones de medios», *cit.*, pp. 35 y ss.; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, pp. 287 y ss.

(210) Cfr. Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 3 y ss. En parecido sentido Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, pp. 485 y ss.

(211) Cfr. Frossard, *ob. ult. cit.*, p. 8.

Partiendo de la existencia de estos dos regímenes de responsabilidad, y al ser la responsabilidad la consecuencia del incumplimiento de una obligación, debe admitirse que existen dos categorías de obligaciones. Cuando la responsabilidad es objetiva, el deudor está sujeto a ejecutar la prestación en cualquier circunstancia, a excepción, normalmente del advenimiento de un caso de fuerza mayor; si la responsabilidad es subjetiva, es suficiente actuar como un buen padre de familia, probar una diligencia media y concienzuda.

Ciertamente, este planteamiento no es compartido unánimemente por la doctrina francesa, pues se ha indicado que es una concepción errónea y que la obligación de resultado no entraña un supuesto de responsabilidad objetiva, pues, en todo caso la culpa del deudor es siempre necesaria para que su responsabilidad pueda ser puesta en juego. En efecto, «si es verdad que *el deudor, en la obligación del resultado, responde de los casos dudosos, la culpa está siempre subyacente*: consiste en no haber ejecutado aquéllo a lo que se ha comprometido voluntariamente, siempre que ello no haya sido impedido por razón de fuerza mayor» (212).

Sin embargo, la tendencia dominante, aunque no se admita la identificación entre incumplimiento de las obligaciones de resultado y responsabilidad objetiva, es deducir de la distinción dos regímenes distintos de responsabilidad (213). En las obligaciones de medios probada por el acreedor la falta de diligencia o culpa del deudor, y con ello el incumplimiento, procede la imputación de la responsabilidad al mismo en todo caso, sin posibilidades ulteriores de exoneración (214). En las de resultado, por el contrario, probada la no obtención del resultado por el acreedor, y con ella el incumplimiento de la

(212) Cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, p. 410. En el mismo sentido Marty/Raynaud, «Droit Civil», *cit.* (1.^a ed.), p. 503, señalaban que «Ce qui est vrai donc ce n'est point la faute du débiteur; celle-ci consiste toujours à n'avoir point exécuté ce qu'il avait promis, alors qu'il n'en était pas empêché par la force majeure; ce qui est divers et qui a pu donner le change c'est l'étendue de l'obligation, tantôt résultat et tantôt simplement diligence».

(213) *Vid.*, por ejemplo, Farjart, «Droit privé», *cit.*, pp. 335 y ss.; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *it.*, pp. 485 y ss.; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, pp. 636-637; Weill/Terre, «Droit Civil», *it.*, pp. 446-447. No lo entiendo así un sector de nuestra doctrina que mantiene la idea de la existencia de un mismo régimen de responsabilidad para las obligaciones de medios y para las obligaciones de resultado, cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad civil», *cit.*, p. 282; Martín Pérez, «Comentarios al Código Civil», *cit.*, pp. 92-93; Pascual Estevill, «Hacia un concepto actual de responsabilidad», *it.*, p. 61.

(214) No falta algún autor que señala que aunque, en la mayor parte de los casos, la culpa se confunde con el incumplimiento en las obligaciones de medios o de diligencia, «debe observarse que, en otros, la acción de un caso fortuito o de fuerza mayor puede intervenir para explicar porqué la diligencia prevista no ha sido empleada y exonerar al deudor», cfr. Marty/Raynaud, *ob. ult. cit.*, p. 504.

obligación, el deudor puede exonerarse de responsabilidad realizando la contraprueba de la concurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, o si se prefiere, de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable.

Parece claro, por tanto, que el asunto se debe reconducir a determinar el funcionamiento de la culpa como causa de imputación del incumplimiento de la obligación.

En las obligaciones de resultado la cuestión no parece plantear mayores problemas. Hay acuerdo unánime en que la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable, exonera de responsabilidad al deudor ex artículos 1105, 1182-1184, en relación el artículo 1101 del Código Civil de acuerdo con la regla general sobre el límite de la responsabilidad. Es decir, cuando el acreedor prueba que existe causa no imputable, esto es, que el incumplimiento se ha debido a un suceso imprevisible o inevitable, no producido por su culpa (*casus = non culpa*) y que hace imposible la ejecución de la prestación, queda exonerado de responsabilidad.

Muchos más problemas plantea la aplicación de esta regla general a las obligaciones de medios. Aunque parece estar claro entre nosotros que el deudor de una obligación de medios o de diligencia se libera probando que ha prestado la diligencia debida, porque a pesar de las dificultades que ello encierra, «probando la diligencia prueba que ha cumplido» (215), en los supuestos en los que esto no ocurre, por quedar determinado el incumplimiento en sentido material al no haber sido observada por el deudor la conducta diligente comprometida, surge una duda: ¿puede aplicarse el régimen general de la imposibilidad sobrevenida de la prestación?

Dos han sido las respuestas propuestas a este interrogante en nuestro Derecho. De una parte, Jordano Fraga, ha entendido que «la regla general de responsabilidad-exoneración se aplica a las obligaciones de medios tanto en caso de cumplimiento inexacto (no diligente), como de total ausencia de cumplimiento (falta absoluta de la prestación); en uno y otro caso el deudor sólo se libera de responsabilidad probando la imposibilidad liberatoria que le ha impedido prestar exactamente o prestar en absoluto» (216), pues entiende que para la determinación definitiva del incumplimiento «no basta la simple falta de diligencia (culpa), sino que al juicio de exactitud de la prestación (arts. 1101, 1104 y concordantes) ha de seguir el de responsabilidad (arts. 1105, 1182 y ss. del Código Civil), y si la inexactitud (la falta de diligencia debida) o la falta total de la prestación ha sido determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación (de su totalidad o de su exactitud) no imputable al deudor».

(215) Cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 176, y más ampliamente, «Obligaciones de medios», *cit.*, pp. 35 y ss.

(216) Cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 177.

dor —a quien incumbe la carga de su prueba, ex artículos 1124 y 1183 del Código Civil—, se determina la extinción de la obligación, se excluye, pues, su incumplimiento y, por tanto, al responsabilidad» (217).

Ello se debe, sigue diciendo este autor, a que la obligación de actividad o de *facere* diligente significa que el resultado debido, cuya presencia determina el cumplimiento, es una conducta desarrollada con arreglo a un modelo, técnico o no. La diferencia con las obligaciones de resultado estriba en que en éstas el contenido del resultado debido no se determina con arreglo a un modelo de conducta, sino por la presencia o ausencia de un *opus*, de una alteración en el mundo físico. En cambio, en una y otra clase de obligaciones es la presencia del resultado debido —de diverso contenido en cada caso— la que sirve para indicar el cumplimiento y, por tanto, toda cuestión de responsabilidad (218).

Por el contrario, entiende Yzquierdo que «la imposibilidad sobrevenida resulta, en un sentido técnico, exclusivamente aplicable a las obligaciones de resultado», pues «si bien en las obligaciones de resultado coinciden siempre el hecho de la insatisfacción del interés final del acreedor con el hecho del incumplimiento (que éste resulte o no imputable dependerá de al prueba de caso fortuito), esta coincidencia no tiene por qué darse necesariamente en las obligaciones de medios. Habrá, claro, insatisfacción del interés final cuando el paciente sane o el cliente del abogado no venza en juicio, pero esa insatisfacción sólo se corresponderá con el incumplimiento cuando se logre demostrar que la actividad —que era lo único debido— no fue diligente. Y entonces el incumplimiento será siempre imputable. En una palabra, *en las obligaciones de actividad o de medios no existe la figura del incumplimiento inimputable*» (219).

(217) Cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 461, que continúa diciendo: «La aplicación del art. 1104 del Código Civil y las normas de diligencia no excluye, pues, tampoco para las obligaciones de medios, la de los arts. 1105, 1182 y ss., la aplicación de las primeras es presupuesto de la de los segundos. Y en tanto la diligencia (su falta, la culpa) no determina definitivamente el incumplimiento (la responsabilidad), es inexacto decir que en las obligaciones de actividad culpa e incumplimiento coinciden, a no ser que se habla de incumplimiento en un sentido puramente material o fáctico (falta inicial del exacto resultado debido), sin prejuzgar la cuestión de la responsabilidad».

(218) Cfr. Jordano Fraga, *ob. ult. cit.*, p. 463; ID., «Obligaciones de medios», *cit.*, pp. 48 y ss.

(219) Cfr. Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 288, donde continúa diciendo: «O hay diligencia (y con ella habrá cumplimiento, al margen de su éxito o fracaso) o no la hay (existiendo así, y sólo así, incumplimiento, y siempre imputable). Si el deudor diligente cumplió su obligación de actividad, resulta contradictorio decir al mismo tiempo que el “incumplimiento se produjo por causas ajenas a su voluntad”, que “ha existido incumplimiento no culposo”, que se “ha producido la imposibilidad sobrevenida de cumplir” o expresiones similares. Lo que ha habido es, sencillamente, cumplimiento».

De estas dos soluciones propuestas parece más aceptable la primera si se matiza convenientemente. Es decir, si puede haber supuestos de obligaciones de medios en los que exista imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues el artículo 1184 del Código Civil permite que el deudor quede liberado en las obligaciones de hacer cuando «la prestación resultare legal o físicamente imposible», pero parece que en ellos sólo encajarían aquellos supuestos de incumplimiento en los que no se puede entrar a valorar el carácter de la conducta del deudor, por haber impedido el caso fortuito el desarrollo de cualquier actividad, diligente o culposa, en relación con la ejecución de la prestación. Y es que en este caso estaremos en presencia de un hecho extintivo de la responsabilidad (la obligación no se puede cumplir por que se ha extinguido), que se coloca fuera del ámbito estricto del juicio de responsabilidad. Más que exoneración de la responsabilidad en sentido propio, hay extinción de la obligación. En los casos restantes, cuando el acreedor pruebe que el incumplimiento ha tenido lugar por haber desarrollado el deudor un comportamiento negligente o culposo, no procederá la consideración del caso fortuito al faltarle uno de sus requisitos esenciales, a saber, la ausencia de culpa.

5.4. La carga de la prueba

La principal virtualidad de la distinción de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado, estaría según el parecer mayoritario en el régimen de la prueba o, más concretamente, en al manera de repartir la carga de la prueba del incumplimiento (220). Cuando el deudor asume una obligación de resultado, se considera que el acreedor no tiene que establecer la culpa del deudor: es suficiente que pruebe que el resultado prometido no se ha obtenido.

(220) Cfr. Benabent, «Droit Civil», *cit.*, p. 136; Carbonnier, «Droit Civil», *cit.*, pp. 249-251; Farjart, «Droit privé», *cit.*, p. 343; Mazeaud, H. y L./Tunc, A., «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil», *it.*, p. 132; Mazeaud, H., L. y J., «Leçons de Droit Civil», II-1.º, *cit.*, pp. 13-15; Savatier, «La théorie des obligations», *cit.*, p. 286; Stark, B., «Droit Civil. Obligations», *cit.*, p. 340; Viney, G., «Les obligations. La responsabilité: conditions», *cit.*, p. 636; Weill/Terre, «Droit Civil. Les obligations», *cit.*, pp. 442 y ss.; Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 263-264. Alguno, en el único campo que atribuye relevancia a la distinción es en éste, cfr. Le Tourneau, Ph., «La responsabilité civile», *cit.*, pp. 411 y ss. Para un completo análisis crítico de la idea Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», *cit.*, pp. 90 y ss.; Mengoni, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *cit.*, pp. 366 y ss.; Plancqueel, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)», *cit.*, pp. 334 y ss. Entre nosotros, Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, pp. 266 y ss.; ID., «Las obligaciones de medios», *cit.*, pp. 74 y ss.

El incumplimiento (total o parcial) habla por sí mismo: *res ipsa loquitur*. La prueba de la culpa se confunde con la prueba del incumplimiento. Hay una presunción desfavorable para el deudor por el hecho del incumplimiento en la medida de que el daño sólo puede explicarse *a priori* por la culpa de éste. Por el contrario, si el deudor asume una obligación de medios, la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el acreedor. Será éste quien ha de probar, para determinar el incumplimiento, que el deudor no se ha conducido con la diligencia debida y, por tanto, ha incurrido en culpa.

Desde esta perspectiva, se ha sostenido en la doctrina francesa que la regla probatoria del artículo 1315 del *Code Civil* (221) sólo se aplicaría a las obligaciones de resultado (222), de modo que al acreedor le basta dar al prueba de la obligación para exigir la responsabilidad por incumplimiento, incumbiendo, por el contrario, al deudor probar el cumplimiento o el caso fortuito. En cambio, las obligaciones de medios quedarían sustraídas a la regla antes citada, y en ellas sería el acreedor el que habría de probar la culpa del deudor (223) en función del contenido de la prestación de la obligación de medios.

Con un planteamiento similar, un sector de nuestra doctrina va a entender que la importancia práctica de la distinción está precisamente en «el establecimiento de la carga probatoria acerca de si se cumple o no (la obligación) y de la consiguiente responsabilidad en este último supuesto» (224). Y así, sobre la base del artículo 1183 del Código

(221) Determina esta norma: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation».

(222) Lo mismo sucede respecto del art. 97 del código de las Obligaciones suizo al disponer que «lorsque l'inexécution du contrat est établie par le créancier, il appartient au débiteur de prouver qu'il n'a commis aucune faute», cfr. Werro, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens», *cit.*, pp. 267 y ss. Por su parte, la regla establecida por el art. 799.1 del Código portugués, puede perfectamente llevar a idéntica conclusión al establecer que «incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação nao procede de culpa sua», que será apreciada según su art. 487.2 «na falta de outro criterio legal, pela diligência de um bom pai de familia, em face das circunstâncias de cada caso».

(223) No obstante, se ha señalado que esta regla «no es tan absoluta como afirma la doctrina», pues en ciertos casos el legislador *presume* la culpa, y entonces corresponde al deudor probar que no ha incurrido en ella», cfr. Stark, B., «Droit Civil», *it.*, p. 493. Este sería, por ejemplo, el caso del art. 1563 de nuestro Código Civil.

(224) Cfr. Moreno Quesada, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», *cit.*, p. 476, que añade: «En efecto, si el deudor no debe más que una prestación de medios o diligencia, su objeto le obliga únicamente a comportarse como un buen padre de familia y, en consecuencia no responde sino de su culpa; si, por el contrario, su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el sólo hecho de la inexecución que no encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor y, consiguientemente, con independencia de la diligencia puesta en la actuación.»

Civil, se mantiene que en las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incumplimiento y, consiguientemente, se señalará que «al acreedor le bastará demostrar la obligación y afirmar la inejecución para que sea el deudor quien haya de hacer patente su diligencia» (225). Por el contrario, «en las obligaciones de medios ninguna presunción ayuda al acreedor, quien habrá de probar que el deudor se comportó con negligencia o (en la culpa profesional) faltó a las reglas técnicas» (226).

Esta idea, que sustenta la inversión de la carga de la prueba en las obligaciones de medios, parece haber tomado carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia al afirmar expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 1987, refiriéndose a la obligación de medios que incumbe al médico, que «la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumben probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales, y la prueba *prima facie* será contraria al médico únicamente cuando la causalidad de su culpa ofrezca concretos fundamentos fácticos» (227).

Por eso últimamente, y con apoyo en la mencionada jurisprudencia, se ha entendido que «en una obligación de resultado incumbe al acreedor probar que el resultado no se ha obtenido, debiendo ser el obligado quien, para exonerarse, habrá de probar una causa ajena (caso fortuito, fuerza mayor, conducta de la víctima o intervención de tercero). No le bastará demostrar que actuó sin culpa, sino que deberá acreditar la ruptura del nexo causal. No habiéndose obtenido el resultado comprometido, habrá ya habido incumplimiento, pero éste será inimputable si consigue demostrar que detrás de la causa que desencadenó esta falta de éxito no se encuentra su conducta. Por el contrario en las obligaciones de actividad o de medios el problema no es de causalidad/no causalidad, sino de culpabilidad/no culpabilidad: si

(225) Cfr. Lacruz, J. L., «Elementos de Derecho Civil», II-1.º, *cit.*, p. 105. La misma opinión es mantenida por Delgado en la 2.ª ed., p. 238, aunque sin negar por ello que la culpa sea un elemento constitutivo de la responsabilidad contractual, pues «la inversión de la carga de la prueba se explica por la mejor situación del deudor para probar la no imputabilidad del incumplimiento, pues él puede conocer mucho mejor que el acreedor las causas del mismo». También se manifiestan de forma parecida Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 268, y pp. 299 y ss.; De Angel/Zorrilla, *ob. cit.*, p. 209; Pascual Estevill, L., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 50, aunque en su obra «Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil», *cit.*, p. 62 señala que «el interés fundamental de la distinción no reside, como pretendería la doctrina francesa, en una distribución diferente de la carga de la prueba del incumplimiento».

(226) Cfr. Lacruz, *ob. y loc. ult. cit.*

(227) Esta idea que ya aparecía asumirse en la Sentencia de 26 de mayo de 1986, se repite, entre otras, en las ya citadas Sentencias de 31 de enero de 1990; 12 de febrero de 1990; 6 de noviembre de 1990, y algo más matizadamente en la Sentencia de 7 de febrero de 1990.

convenimos en que el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito: habrá incumplimiento, y siempre imputable, cada vez que la actividad no haya sido diligente, y cuando el deudor haya observado la diligencia debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser inimputable el incumplimiento, es que, sencillamente, *ha cumplido* su obligación» (228).

A estas ideas se ha replicado que una norma sobre la prueba de las obligaciones como la que se ha apuntado no es la regla general de la carga de la prueba (229), sino la aplicación de la misma para el caso de la pretensión del cumplimiento (230), que no coincide exactamente con la pretensión de resarcimiento. De la regla general, el actor ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión, se deduce siempre que al acreedor que ejercita la acción corresponde probar la existencia de la obligación y la materialidad del incumplimiento.

La situación es paralela en nuestro Derecho, la regla fundamental en materia de prueba (231) implica que la probanza de los hechos constitutivos de la relación jurídica concierne al acreedor, mientras

(228) Cfr. Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 1990», *CCJC*, 1990, 23, p. 285.

(229) Precisamente en base a la establecida en el art. 2697 del *Codice Civile* italiano de 1942 sobre la carga de la prueba que dispone: «Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fundamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezioni si fonda.»

(230) Cfr. Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, pp. 317-318; Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 268; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil del profesional liberal», *cit.*, p. 304.

(231) Que corresponde al demandante la carga de la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su derecho, y al demandado la carga de la prueba de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes constituye la opinión doctrinal más extendida entre nosotros, *vid.*, Gómez Orbaneja, E., «Derecho Procesal Civil», Madrid, 1976 (8.ª ed.), T. I, pp. 306 y ss.; Serra Domínguez, M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo, T. XCI, vol. 2.º, pp. 54 y ss. (sub. art. 1214), y es que también la postura que ha encontrado en mayor eco en la jurisprudencia desde la Sentencia 3 de junio de 1935 (*RJA*, 2040), y que puede resumirse, como hace acertadamente la Sentencia 24 de junio de 1974 (*RJA*, 2693), en los siguientes términos: «El artículo 1214 del Código Civil resuelve la carga de la prueba con arreglo a la teoría clásica al establecer que incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y el de su extinción al que la opone, basándose en un doble principio: el de que al actor incumbe la prueba de los hechos que sean fundamento de su demanda, sea cualquiera la naturaleza positiva o negativa de los mismos, y el de que el demandado que oponga excepciones ha de probar los hechos en que ellas se fundan, y si bien es cierto que la doctrina científica moderna y la jurisprudencia han dado mayor flexibilidad a este concepto precisando su alcance, no se apartan de su concepto legal, en el sentido de atribuir al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de los hechos impositivos, por oponerse a la constitución válida del derecho, y los extintivos.»

que al deudor atañen los impeditivos, obstativos o extintivos, regla que viene claramente reflejada en el artículo 1214 del Código Civil, cuando dispone que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que se opone». De ella deben, pues, deducirse las mismas consecuencias.

Sobre esta base, afirma con acierto Jordano Fraga (232) que no será la distinta distribución de la carga de la prueba la consecuencia que produce la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, sino, más bien, el distinto contenido de la misma en razón a la diferencia de contenido de la prestación. Ya que tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado la carga de la prueba de la obligación incumbe al acreedor cuando actúa la pretensión de cumplimiento, mientras que en la pretensión de resarcimiento por incumplimiento le incumbe, además, probar la materialidad del incumplimiento. Es decir, «siendo el contenido de la prueba del acreedor el incumplimiento como hecho (en sentido material), éste siempre consiste en la falta de un resultado debido (*in obligatione*), a saber, la falta de la actividad diligente debida (obligaciones de actividad) o la falta de la producción del *opus* debido (obligaciones de resultado)» (233).

Sin embargo, cualquiera de los dos planteamientos reseñados parece conducir a un mismo resultado práctico. En caso de incumplimiento de las obligaciones de medios, será el acreedor el que haya de probar la negligencia del deudor, para que prospere así su pretensión de resarcimiento, y al deudor, correlativamente, le corresponderá probar su ausencia de culpa, en su caso, para no incurrir en responsabilidad. Sin embargo, no sucede necesariamente así en aquellos supuestos en los que el deudor de medios quisiera reclamar su contraprestación, pues, en ese caso, tendrá a su cargo la prueba de la diligencia de su comportamiento en orden a la materialidad de su cumplimiento.

Seguramente, la tendencia a dar relevancia entre nosotros a la meritada distinción en relación con la carga de la prueba y a mantener, en consecuencia, que en las obligaciones de medios se produce una inversión de la misma que obliga al acreedor a demostrar el incumplimiento mediante la prueba de la omisión de la diligencia

(232) Cfr. Jordano Fraga, F., «La responsabilidad contractual», *cit.*, p. 181, que sigue la opinión de Mengoni, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», *cit.*, pp. 316 y ss. En este mismo sentido Martín Pérez, «Comentarios», *cit.*, p. 93, y parcialmente Pascual Estevill, «Hacia un concepto», *cit.*, pp. 62 y ss. Últimamente, Cabanillas, «La responsabilidad», *cit.*, p. 912.

(233) Cfr. Jordano Fraga, *ob. y loc. ult. cit.*, donde concluye afirmando, que «corresponderá al deudor con la prueba de la imposibilidad liberatoria excluir la relevancia de ese incumplimiento inicialmente probado por el acreedor, pues extinguida la obligación aquel resultado cuya falta lamenta el acreedor ya no es debido, y por tanto, no cabe hablar ni de responsabilidad ni de incumplimiento (definitivo, «imputable»).

debida por el deudor en su actuación, esto es, mediante la prueba de la culpa o negligencia del deudor, se puede explicar más fácilmente si se tienen en cuenta lo siguiente:

a) En primer lugar, debe señalarse la inexistencia de una presunción de culpa del deudor en caso de inejecución de las prestaciones de hacer, que es donde tiene su acomodo y principal virtualidad la distinción que nos ocupa, paralela a la establecida en el artículo 1183 para el caso de la pérdida de la cosa debida (234). En efecto, aunque frecuentemente se afirma que la culpa o negligencia del artículo 1104 del Código Civil se presupone con carácter general en caso de incumplimiento por aplicación analógica o extensiva del artículo 1183 (235), ello no es rigurosamente exacto, pues entre los artículos 1182 y 1184 no parece existir identidad de razón, al referir este último la exoneración del deudor a causas completamente ajenas y externas a la relación obligatoria y sin ninguna conexión con la conducta diligente o culposa del deudor, puesto que en las obligaciones de hacer quedará liberado «cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible», mientras que para el caso de incumplimiento de las obligaciones de entregar una cosa determinada por pérdida de la cosa debida, el artículo 1182 toma como elemento de liberación de la responsabilidad la ausencia de culpa del deudor. Sin olvidar, además, que la ubicación sistemática del precepto entre los dos anteriormente citados abona esta idea (236).

b) En segundo lugar, conviene referirse a las dificultades técnicas que supone la prueba de la diligencia, pues un deudor que quisiera probar su diligencia (no culpa) tendría que probar la *totalidad de un curso vital* que se resiste a la prueba (237), razón ésta por la que los Tribunales tienden siempre a objetivar la contraprueba de la diligen-

(234) Presunción que se concreta para algunos supuestos particulares. Así el art. 1563 del Código Civil, hace responsable al arrendatario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, «a no ser que pruebe haberse ocasionado sin su culpa»; el art. 1602 del Código Civil, responsabiliza a los conductores de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, «a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o fuerza mayor», o el art. 1769 del Código Civil, que presume la culpa del depositario «cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada... y si hubiese sido forzado el sello o cerradura».

(235) Cfr. Albaladejo, M., «Derecho Civil», II-1.º, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, p. 171; Puig Brutau, J., «Fundamentos de Derecho Civil», I-II, Barcelona, 1988 (4.ª ed.), pp. 429-430; Cristóbal Montes, «El incumplimiento de las obligaciones», *cit.*, p. 131.

(236) No es de esta opinión Cristóbal Montes, «El incumplimiento de las obligaciones», *cit.*, p. 131, pues señala que el adverbio también con que se inicia el art. 1184 «no tendría gramaticalmente sentido si tan sólo estuviese referido al mediato art. 1182, pero que cobra pleno significado cuando abarca no sólo a éste sino también al inmediato 1183».

(237) Cfr. Carrasco, A., «Comentarios al Código Civil», *cit.*, p. 602.

cia. En este sentido el TS respecto de las obligaciones profesionales que consisten en un hacer entiende probada la diligencia cuando la conducta del profesional se ajusta a lo exigido por los conocimientos profesionales (238). Evidentemente esta dificultad apuntada se extiende a la prueba de la negligencia o falta de diligencia pero la técnica deductiva que se resume en la regla *res ipsa loquitur* facilita las cosas. De acuerdo con ella existe negligencia si la experiencia común pone de manifiesto que la ejecución de la prestación lleva a resultados que en el desarrollo normal, habitual, ordinario de las cosas únicamente se producen en caso de incompetencia o descuido del obligado a prestar. Por lo demás, quizá ésta sea la razón por lo que en un sistema de responsabilidad culpabilista como el configurado por el Código Civil no baste nunca al deudor dar la prueba de la diligencia, lo que deviene prácticamente imposible, para entenderlo exonerado de responsabilidad por incumplimiento, y se construyan los supuestos de exoneración sobre el dato objetivado del caso fortuito (arts. 1105, 1182-1183) (239).

c) En tercer lugar, en las obligaciones de medios se centra siempre la atención en la responsabilidad derivada del incumplimiento, sin abandonar nunca totalmente sus conexiones con la responsabilidad extracontractual y con el Derecho de daños (240). Esto implica dejar en la sombra la posibilidad de que tratándose de obligaciones de medios recíprocas o sinalagmáticas, el deudor deba dar la prueba de la ejecución de la prestación para constituir su pretensión y poder, a su vez, exigir el pago de la contraprestación pactada, ya que, en principio, nadie está obligado a cumplir su prestación mientras no cumpla su cocontratante, o, en su caso, para constituir en mora ex artículo 1100 del Código Civil al otro obligado. Es decir, el profesional liberal

(238) En este sentido la Sentencia de 7 de febrero de 1990 tiende a identificar diligencia exigible en el cumplimiento con «la preparación técnica exigible», con la «specialización de conocimientos», o con «la preparación científica y práctica» del deudor (*lex artis ad hoc*). Vid. en parecido sentido, entre otras muchas, las Sentencias de 16 de octubre de 1989 y de 24 de mayo de 1990, que identifican negligencia con infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis*, o la de 6 de julio de 1990, que la identifica con el empleo de técnicas adecuadas, o, la de 13 de julio de 1987, que la identifica con «la preparación profesional de los demandados» o con «su específica preparación científica y práctica», o la de 26 de mayo de 1986, que se refiere a la diligencia «específica y profesional propia del supuesto contemplado», al proceder «como un buen técnico de la medicina imperante», o al suministro de «los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica».

(239) Incluso el propio TS en alguna Sentencia, como la de 7 de febrero de 1990, busca un refuerzo a la exoneración del médico deudor cuando la no curación sea atribuible a «caso fortuito, fuerza mayor o causa no normalmente previsible», con lo que se desnaturaliza por completo la obligación de medios que le incumbe.

(240) Vid., por ejemplo, las Sentencias de 7 y 12 de febrero de 1990; de 24 de mayo de 1990, o de 6 de noviembre de 1990.

que compromete y presta sus servicios a cambio de un precio debe, a tenor del artículo 1214 del código Civil, ofrecer la prueba del cumplimiento para exigir el cumplimiento de la contraprestación por la otra parte. Esto, que suele olvidarse, supone una dificultad añadida al juego de la inversión de la carga de la prueba de las obligaciones de medios, pues no es lógico que funcione un sistema de prueba en relación con el cumplimiento diferenciado del sistema de prueba del incumplimiento.

d) Por último, debe tenerse en cuenta que en las obligaciones de medios las expectativas generadas en el acreedor por el cumplimiento de la obligación trascienden al pago y no están ligadas directamente a la ejecución de la prestación (art. 1157), sino que sólo son consecuencia mediata y derivación de ella. Esto es, puede haber cumplimiento en sentido estricto y, simultáneamente, insatisfacción del interés del acreedor. Paralelamente, el artículo 1107 del Código Civil tampoco ofrece respuesta segura a la determinación de los daños y perjuicios de que ha de responder el deudor en caso de incumplimiento de una obligación de medios, pues más allá de las propias dificultades interpretativas y sistemáticas que plantea la citada norma (241), en esta clase de obligaciones es muy difícil deslindar los ocasionados con él, puesto que una cosa es el daño físico o natural producido y otra bien distinta el daño jurídico originado por el incumplimiento de la prestación.

Por ello, muchas veces el problema se traslada a la prueba de cuales son los daños ocasionados por el incumplimiento y, particularmente, al establecimiento del nexo causal que liga a éstos con aquél, resultando que ex artículo 1214 del Código Civil los daños y la relación de causalidad han de ser probados por quien reclama su resarcimiento por ser constitutivos de la pretensión (242). Esta mezcla procesal de la prueba de los daños y el nexo causal hace que de *facto* la prueba de la culpa o, en su caso, de dolo constituyan únicamente un presupuesto de la prueba de los daños, por lo que la carga de la prueba tenderá a recaer sobre el acreedor de la obligación de medios que han sufrido los daños.

Pongamos como ejemplo la prestación de servicios médicos. El médico, deudor de una obligación de medios, realiza una prestación consistente en una operación quirúrgica. Aunque esta operación se

(241) Vid. últimamente sobre esta problemática, Carrasco, *ob. ult. cit.*, pp. 710 y ss.; Cristóbal Montes, *ob. ult. cit.*, pp. 284 y ss., y allí otras referencias.

(242) Idea ésta que late en numerosos pronunciamientos del TS como el citado de 26 de mayo de 1986, que exige «un nexo evidente entre la conducta del agente y el resultado sobrevenido», o en el de 13 de julio de 1987, en el que se afirma que «la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumben probarla al paciente». Idea que se reitera en otras Sentencias sucesivas como la de 12 de julio de 1988, y las de 31 de enero, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990.

realice de forma diligente, y con ello se produzca inequívocamente el cumplimiento, pueden producirse lesiones o la muerte del paciente, originando así un daño al acreedor del que no debe responder el deudor (243). Si, por el contrario, la prestación se realiza de forma negligente, incumpliendo el deudor, por tanto, pueden producirse lesiones o la muerte del paciente, pero también su sanación. En el primer caso, como punto de partida hay que determinar ex artículo 1107 del Código Civil, si ese resultado dañoso encaja en el juicio de previsibilidad al que se refiere esta norma, o si, por el contrario, no forma parte del valor de la prestación ejercutada incorrectamente por constituir un daño *circa rem o propter rem ipsam non habitat*, habida cuenta de la necesaria equivalencia de prestaciones que en este caso concreto es función del *alea*, lo que no resulta nada fácil, y además, si es o no consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, con lo que el problema de la prueba va a recaer ineludiblemente sobre el paciente en orden a la determinación de cuales han de ser los daños resarcibles. En el segundo caso, a pesar de la inexistencia de daños corporales seguirá existiendo incumplimiento si el acreedor prueba la negligencia, y el deudor de medios en ese caso deberá responder al menos, y a pesar de la curación del paciente, del valor de la prestación defectuosamente ejecutada.

Parece, por tanto, más ajustado a Derecho entender que la exigencia de la prueba de la culpa del deudor por parte del acreedor para determinar el incumplimiento de las obligaciones de medios, no supone propiamente una inversión de la carga de la prueba, sino únicamente la necesidad de probar el incumplimiento de la prestación en sentido material, determinando, al probar la culpa del deudor, que no se ha empleado la diligencia prometida en su actuación por el deudor al contraer la obligación.

Además, desde otro punto de vista, un planteamiento que llevara a defender la inversión de la carga de la prueba del incumplimiento en

(243) Vid. la Sentencia de 26 de mayo de 1986, en cuyo Cdo. 2 se establece que: «La reclamación de indemnización formulada por al viuda se basa en los arts. 1101 y 1104 del Código Civil, es decir en la existencia de responsabilidad contractual por negligencia profesional del demandado, acción que fue desestimada en ambas instancias, por estimar que aquél procedió como un buen técnico de la medicina imperante, y que la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano del paciente y del siempre presente factor reaccional humano» y, en el Cdo. tercero se señala que: «en cuanto de los hechos acreditados no se deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado de enfermo eran posibles "toda clase de complicaciones", y el demandado recurrido desplegó todos los medios que disponía para alcanzar la curación». En parecido sentido pueden verse las Sentencias de 13 de julio de 1987; 12 de julio de 1988; 17 de julio de 1989; 31 de enero de 1990; 7 de enero de 1990; 12 de febrero de 1990, y 6 de noviembre de 1990.

las obligaciones de medios, crearía graves dificultades interpretativas respecto de los supuestos en los que el acreedor de las mismas es un consumidor que utiliza como destinatario final «servicios, actividades o funciones» (art. 1.2 de la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio), que constituyen típicas obligaciones de medios, pues el artículo 10.8 de la citada Ley excluye, con carácter general, y en orden mantener la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones entre el consumidor y quien presta los servicios, la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario (244).

(244) Por lo demás, y a pesar de las críticas que pueda suscitar la norma, vid. Cabanillas, *ob. ult. cit.*, pp. 912 y ss., la línea que sigue la propuesta de Directiva publicada en el DOCE, el 18 de enero de 1991, sobre la responsabilidad civil de los prestadores de servicios, en su art. 1, tras disponer que el prestador de servicios responde por los daños que por su culpa haya causado al prestar los mismos en la salud o integridad corporal de las personas o en la integridad de las cosas, incluso en las que son objeto de la prestación del servicio, señala que «Incumbe al que presta el servicio probar que no ha incurrido en culpa».

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. TUTELA. Regulación de la misma en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 39/1991, de 30 de diciembre (BOE del 24 de febrero de 1992).

La presente ley, aún concediendo un mayor ámbito de desenvolvimiento a la voluntad de los padres en el establecimiento de órganos de control y vigilancia de la tutela, contempla tales medidas como complementarias y no sustitutorias del control judicial, siendo en este sentido la regulación catalana totalmente asimilable al sistema delineado por el Código Civil, cuya redacción es seguida muy de cerca por el legislador autonómico.

Los órganos tutelares establecidos por la disposición autonómica son: el tutor, el protutor, el administrador patrimonial, el curador y el defensor judicial. La figura del *administrador patrimonial* está prevista para los supuestos en que el patrimonio del tutelado aconseje separar los ámbitos personal y patrimonial en que la actividad tutelar se desarrolla (en perfecta armonía con la figura del tutor de los bienes, contemplada en el artículo 236-1.º del Código Civil).

Mayores peculiaridades presenta la institución del *protutor*, cuyo nombramiento es obligatorio siempre que el patrimonio del sometido a tutela *sea importante*, según la redacción dada a la exposición de motivos de la ley, o siempre que exista algún patrimonio, según el tenor del artículo 70 del texto normativo. Configurado como órgano fiscalizador de la tutela, no desplaza, sin embargo, la intervención judicial, salvo en los casos previstos por el artículo 61 de la Ley. Sus funciones concretas se relacionan en el artículo 71 de la disposición autonómica.

Resulta destacable, por el contraste planteado en relación con el artículo 279 del Código Civil, el establecimiento de un plazo de *prescripción de tres años*, contados a partir de la extinción de la tutela, tanto para la reclamación de responsabilidad por los daños causados al pupilo en el ejercicio de la actividad tutelar, como para exigir la preceptiva rendición de cuentas (arts. 42-2 y 44-1 de la ley, respectivamente).

(*) Comprende las disposiciones publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* durante el último trimestre de 1992.

Se impone además al tutor o al protutor el *depósito en el Registro Civil de las Cuentas Anuales* correspondientes a la gestión llevada a cabo por el tutor o el administrador patrimonial, al objeto de facilitar su consulta a las personas interesadas.

La peculiaridad más relevante en relación con la curatela consiste en la alusión expresa al *curator bonorum*, cuya regulación se contempla en el Libro de Sucesiones de la Compilación.

Por último y para cerrar este catálogo de peculiaridades, es preciso señalar que la normativa correspondiente a la prórroga o rehabilitación de la Patria Potestad contempla expresamente la posibilidad de que el juez deniegue su otorgamiento, teniendo en cuenta la situación de los padres y su relación personal con el hijo incapaz.

2. Derecho de Obligaciones

2. VIVIENDA. Regulación de diversos aspectos relativos al fomento, promoción, construcción y venta de viviendas en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre (BOE del 18 de febrero de 1992).

La presente disposición, promulgada por la Generalidad de Cataluña con el amplio objeto de regular las condiciones de habitabilidad que han de reunir las viviendas, estableciendo al tiempo medidas de protección para sus adquirentes o usuarios y de fomento para su construcción, incorpora un heterogéneo conjunto normativo, que podría resumirse del siguiente modo:

1. *El Título I*, bajo la denominación de «Ubicación y Construcción de Viviendas», se subdivide en dos capítulos destinados a establecer los requisitos medioambientales exigibles a las zonas destinadas a uso residencial y a las autorizaciones, proyectos y licencias precisas para la construcción de las viviendas. Es especialmente destacable en este sentido el artículo 14 de la ley, que impone la necesidad de que la descripción del inmueble en las escrituras públicas de declaración de obra nueva y de división horizontal se ajuste a los datos de la licencia, imponiéndose a notarios y registradores de la propiedad que, para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva y de división horizontal, se acompañe la licencia de edificación y certificación emitida por el técnico competente, acreditativa de la finalización de la obra conforme al proyecto y a las modificaciones del mismo debidamente aprobadas. La licencia y las certificaciones habrán de testimoniarse en las escrituras correspondientes. Se reproduce así, si bien con una redacción criticable, que no diferencia entre obra nueva en construcción o terminada, la disposición contenida en el artículo 25-2 de la vigente Ley 8/1990 de Reforma del régimen Urbanístico y Valoraciones del suelo.

2. *El Título II*, rotulado «La transmisión de la vivienda», presenta capital interés. Sistematizado en cinco capítulos, el primero de ellos establece la necesidad de que los promotores otorguen, antes de la venta de las viviendas, una garantía suficiente que cubra la reparación de los defectos en la construcción y de los daños que de ellos se deriven sobre la vivienda. Los tipos de garantías, plazos, cuantías y medios para hacerla efectiva, se difieren a un futuro reglamento, imponiéndose su vigencia incluso en caso de extinción de la personalidad del promotor y exigiéndose a notarios y registradores de la propiedad, para autorizar e inscribir escrituras de transmisión de viviendas, que vayan estas acompañadas de *testimonio de la carta de garantía*.

El capítulo segundo contiene diversas normas relativas a la publicidad, información y oferta referidas a venta, alquiler o cualquier otra cesión de viviendas a título oneroso. Contiene algunas normas de derecho dispositivo en relación con la interpretación de la información suministrada y las características a que ha de extenderse esa información.

Los capítulos tercero y cuarto establecen una serie de requisitos previos para la venta de viviendas en proyecto o en construcción y para la venta y alquiler de viviendas terminadas, en el marco de una actividad empresarial o profesional.

El capítulo quinto está dedicado a relacionar la documentación que ha de facilitarse a los adquirentes y cesionarios de viviendas. Reviste especial interés el denominado *libro del edificio* que ha de poner el Promotor a disposición del adquirente y en su caso de la comunidad de propietarios, dado que en él se contiene la completa descripción técnica y jurídica de la construcción, además de los datos e identificación del promotor, del constructor y de los técnicos intervinientes en el proyecto y dirección de la obra. Se establece expresamente que en todos los contratos de enajenación se pactará, de común acuerdo entre adquirente y vendedor, la elección de fedatario para el otorgamiento de escritura pública, haciéndose constar este acuerdo por el fedatario autorizante.

3. *El Título III* aborda, en tres capítulos, los deberes de conservación de propietarios y usuarios y la obligación del propietario de asegurar la vivienda al menos por los riesgos derivados de causas fortuitas, fuerza mayor y daños contra terceros. regula también las actuaciones de rehabilitación de las edificaciones y de adaptación especial de las viviendas o sus elementos comunes para su utilización por personas con movilidad reducida, estableciéndose en este último caso la posibilidad de que la autorización para llevarlas a cabo pueda ser otorgada por la Administración, si es denegada por el propietario o la comunidad de propietarios..

4. *El Título IV* presenta menor interés para el derecho privado, al contemplarse en el mismo algunas medidas para el fomento público de la vivienda, si bien resultan destacables los derechos de opción de compra, tanteo y retracto, establecidos a favor de la Generalidad en las transmisiones de viviendas de protección oficial; como garantía de las mismas se establece la imposibilidad de que las transmisiones de viviendas de protección oficial sean inscritas en el Registro de la Propiedad sin que se acrediten las notificaciones preceptivas.

5. *El Título V* contine el Régimen Disciplinario, con una prolija enumeración de infracciones, sistematizadas en muy graves, graves o leves, y sus correspondientes sanciones.

3. *Derechos reales*

3. DERECHOS REALES DE GARANTIA. Regulación de las Garantías Posesorias sobre cosa mueble en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 22/1991, de 29 de noviembre (BOE de 9 de enero de 1992).

A) Exposición:

La Comunidad Autónoma de Cataluña, invocando como título de atribución competencial el artículo 9.2 de su estatuto de autonomía en relación con el artículo 149.1.8 de nuestro Texto Constitucional, ha procedido a una detallada regulación del Derecho de Retención y de la Prenda Mobiliaria, agrupando ambas figuras bajo la genérica denominación de «Garantías Posesorias sobre cosa mueble».

1) En el Capítulo primero de la norma presentada, se contienen, bajo el rótulo de disposiciones generales, los efectos comunes de ambos derechos de garantía mobiliaria, destacando la posibilidad de acudir a la realización del valor de la cosa retenida y la de imputar los frutos de la cosa a los intereses de la deuda garantizada, sea cual sea la naturaleza de esta última. No obstante, tratándose del derecho de retención, se establece

que, tanto en la imputación de los frutos como en la atribución del precio obtenido a través de la realización del valor de la cosa, el crédito del retenedor no goza de privilegio alguno.

2) En el Capítulo segundo se contiene la regulación específica del derecho de retención sobre cosa mueble, resultando destacables los aspectos siguientes:

a) Se establecen una serie de supuestos, previstos expresamente por la ley como relaciones obligatorias que originan el nacimiento de este derecho, complementados por una cláusula general en la cual se establece la posibilidad de otorgar esa misma garantía a otras obligaciones en virtud de ley.

b) Se contempla la posibilidad de que sean distintas las personas del deudor y del propietario de la cosa retenida.

c) Se otorga eficacia ante terceros al derecho de retención. El retenedor puede negarse a la restitución, en tanto su crédito no haya sido satisfecho, frente a cualquiera que le reclame la entrega de la cosa.

d) Se requiere la comunicación notarial, al deudor y al propietario, de la decisión de retener y el transcurso de tres meses sin que exista oposición judicial por parte de estos, para acudir a la realización del valor de la cosa mediante la subasta notarial regulada en la ley. Sin embargo, se establece también el importante requisito adicional de que se haya procedido a la valoración del bien *de mutuo acuerdo*, entre acreedor y propietario.

e) Expresamente se establece como causa de extinción del derecho la devolución voluntaria de la cosa por parte del acreedor.

f) Se confiere *al deudor* la facultad de imponer la sustitución de la cosa retenida por una garantía o afianzamiento solidario de entidad de crédito. Curiosamente, contemplada la posibilidad de que deudor y propietario sean personas distintas, la ley (que como ya dijimos pide el acuerdo entre deudor y propietario sobre el valor de la cosa para acudir a la realización de su valor) otorga al menos interesado en ello la potestad de sustituir el derecho de retención por otra garantía.

3) El Capítulo tercero contiene los preceptos destinados a la regulación del derecho real de prenda, respecto de los cuales podríamos destacar los siguientes aspectos:

a) Se alude expresamente a la posibilidad de que la prenda se constituya en garantía de obligaciones futuras.

b) Se contempla, también de modo expreso, que la prenda pueda garantizar varias obligaciones, ya contraídas o por contraer, entre el mismo deudor y el mismo acreedor, durante un período de tiempo y por una cuantía máxima convenidos (en alusión bastante clara a la prenda en garantía de una cuenta de crédito).

c) Se establece que, en virtud de pacto establecido al constituirse el derecho real, pueda el deudor sustituir la totalidad o parte de las cosas fungibles dadas en prenda, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por la propia ley.

d) Los gastos de conservación quedan sometidos por la ley al mismo régimen que la prenda (y no al del derecho de retención).

e) Se regulan algunos aspectos de la subasta notarial destinada a la realización de valor de la cosa pignorada.

B) Observaciones:

El principal problema que esta Ley plantea es el de determinar si el artículo 149.1.8 de nuestra Constitución, cuando viene a afirmar la competencia exclusiva del Estado en relación con la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí

donde existan y sobre la base de la facultad otorgada al fiduciario nombrado por el testador en el párrafo segundo del artículo 206 de la Compilación Catalana, o de la que confería al enfiteuta el derogado artículo 301 del mismo cuerpo normativo, facultada a la Comunidad Catalana no ya para regular el concreto derecho de retención reconocido al fiduciario o al enfiteuta (cosa quizá más ajustada a la prescripción constitucional, aún cuando también dudosa), sino para promulgar un texto que desarrolle el Derecho de Retención, de discutida naturaleza, y el derecho real de Prenda Mobiliaria.

En tal sentido, si se entiende que es suficiente la mera cita de un derecho o una institución jurídica por un texto de Derecho foral para atribuir a la respectiva Comunidad Autónoma competencias sobre ese derecho o institución, y dado el hecho de que en el propio artículo 206 de la Compilación catalana se contempla la posibilidad de sustituir el derecho de retención por fianza hipotecaria, pronto nos podríamos encontrar ante una norma autonómica relativa al derecho real de hipoteca, y sucesivamente con la ruptura del difícil equilibrio que possibilitó finalmente, durante el siglo pasado, la promulgación del Código Civil. Además, parece evidente que una tal interpretación vaciaría de contenido la competencia estatal en relación con la legislación civil, configurada curiosamente con carácter exclusivo.

Desde una óptica exclusivamente atenta al contenido de la disposición presentada, hay que resaltar que la regulación del derecho de retención (en relación con el cual lamentara el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 24 de junio de 1941 la carencia de una teoría unitaria en nuestro ordenamiento), presenta sus más discutibles aspectos en la eficacia que se le otorga frente a terceros, y en la posibilidad de realización del valor de la cosa por el tenedor. Sin embargo, la oponibilidad frente a terceros del derecho de retención es admitida comúnmente por la doctrina, y la posibilidad de acudir a la enajenación notarial se ve fuertemente mediatizada por la necesidad de que, previamente, se haya procedido a la valoración de la cosa retenida *de mutuo acuerdo* entre el acreedor y el propietario, sin que se establezca alternativa alguna a la falta de ese acuerdo, afirmándose expresamente además que ello no implica otorgar privilegio alguno al crédito originador del derecho de retención.

Por todo ello, la regulación acogida no viene sino a consagrar a nivel legislativo algunos planteamientos doctrinales (un resumen del estado general de la cuestión puede hallarse en Beltrán de Heredia: «El derecho de retención», *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 1005 y ss., o en Viñas Mey, «El derecho de retención», *Revista de Derecho Privado*, 1922, págs. 102 y ss.), adoleciendo además de lagunas como la apuntada anteriormente acerca de la posibilidad de imponer la sustitución del objeto de retención, otorgada al deudor y no al propietario (al menos expresamente).

Menor peculiaridad reviste la regulación del derecho real de prenda, toda vez que sus expresas referencias a la posibilidad de constituir esta garantía en relación con obligaciones futuras, o de fijar la cuantía máxima a que se extiende la garantía en determinados supuestos, no vienen sino a reproducir opiniones comúnmente admitidas por la doctrina, que viene considerando la alusión del artículo 1861 del Código Civil a las obligaciones puras y condicionales como una mera manifestación *ad exemplum* del espíritu del precepto, favorable a una amplia consideración de los supuestos en los cuales cabe constituir una garantía pignoratícia (baste referir como ejemplo de esta generalizada opinión a Guilarte Zapatero y los autores por él citados en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», tomo XXIII, EDERSA, 1979, págs. 379-382).

En resumen, parece que la regulación contenida en la Ley autonómica presenta una escasa utilidad práctica, al no aportar novedad alguna que el tráfico jurídico estuviera imponiendo, y en cambio plantea un delicado problema de constitucionalidad en materia tan profundamente implicada con la unidad de mercado cual es la de los derechos reales de garantía.

4. *Derecho de familia***4. ADOPCION. Se establecen medidas de Protección de los Menores Desamparados y se regula la Adopción en Cataluña.**

Ley del Parlamento de Cataluña 37/1991, de 30 de diciembre (BOE del 21 de febrero de 1992).

A través de la presente disposición queda derogada la remisión al Código Civil contenida en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y relativa a los tipos de adopción, las reglas de capacidad y las formas de constitución de la misma.

A pesar de su evidente similitud con la norma contenida en el Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, la Ley Catalana presenta algunas peculiaridades, entre las que podríamos destacar las siguientes:

1) La protección establecida por la Ley se extiende a los menores desamparados domiciliados o *que se hallen eventualmente* en Cataluña.

2) En relación con la medida de acogimiento familiar, el texto comentado diferencia entre acogida simple, para situaciones de desamparo en las cuales parece posible el reintegro futuro a la familia de origen del menor y acogida preadoptiva, configurada como período de prueba necesario, salvo en los supuestos establecidos en el artículo 19-1-a) de la Ley, para proceder a la adopción.

3) Se contempla expresamente, junto a la adopción por ambos cónyuges, la posibilidad de adopción por una pareja de hombre mujer que conviva maritalmente con carácter estable.

4) La prohibición de adoptar a un pariente, en segundo grado de afinidad y en línea colateral, se condiciona expresamente a la subsistencia del matrimonio que origina el parentesco. También se establece la audiencia, en el proceso judicial de adopción y siempre que ello sea posible, de los hijos del adoptante o de los adoptantes, si los hay y tienen suficiente juicio.

5) En cuanto a los efectos de la adopción, no se contempla la posibilidad establecida por el artículo 178-2-2.º del Código Civil de que subsistan los vínculos jurídicos con la familia anterior del adoptado cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor (salvo que ambos convivan maritalmente).

Se impone, no obstante, la subsistencia de los vínculos jurídicos con la familia de origen en lo relativo a la sucesión intestada y a los derechos legitimarios, así como en cualquier otro caso en que lo establezca la ley.

Existen por último previsiones específicas acerca de los apellidos de las personas adoptadas, y se reconoce expresamente al adoptado, a partir de su mayoría de edad, el derecho al ejercicio de las acciones tendentes a averiguar quiénes han sido sus progenitores biológicos, sin que ello afecte a la filiación adoptiva.

5. *Derecho de sucesiones***5. DERECHO CIVIL EN CATALUÑA. Se promulga el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña.**

Ley del Parlamento de Cataluña 40/1991, de 30 de diciembre (BOE del 27 de febrero de 1992).

La presente ley ha sido promulgada por la Generalidad de Cataluña con la doble finalidad de establecer una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio.

rio catalán, que permita la exclusión del recurso a la aplicación directa o supletoria del Código Civil en Cataluña, y de adaptar el derecho sucesorio tradicional a la realidad actual, viniendo en este sentido a desplazar la regulación contenida en los artículos 63 a 276 de la Compilación Catalana y en al Ley 9/1987, de 25 de mayo, de sucesión intestada.

Según el propio preámbulo de la disposición, se ha pretendido verificar tal adaptación sin derogar los grandes principios del Derecho Romano, arraigados en el Derecho Sucesorio Catalán, tales como el de necesidad de institución del heredero, universalidad del título de heredero, incompatibilidad de títulos sucesorios, prevalencia del título voluntario, modulada además por el de prelación de la sucesión pactada sobre la testamentaria, o perdurabilidad del título sucesorio.

Formalmente la ley se compone de 396 artículos, cuatro disposiciones finales y diez transitorias, sistematizándose el articulado en seis títulos dedicados a la regulación de las disposiciones generales, los heredamientos, la sucesión testada, la sucesión intestada, las otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley y las donaciones *mortis causa*.

II. DERECHO REGISTRAL

6. REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. Se regula el citado organismo. Orden de 30 de diciembre de 1991 (BOE del 24 de enero de 1992).

La presente orden contiene el desarrollo de las previsiones establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil en relación con el Registro Mercantil Central, tanto en lo relativo al funcionamiento interno del mismo como a otras cuestiones que la experiencia práctica ha mostrado necesitadas de puntualización.

Además, a través de una disposición adicional, se determina el modo en que el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles ha de participar en el resultado económico del Registro Mercantil Central.

III. DERECHO MERCANTIL

7. COMERCIO INTERIOR. Regulación de su ejercicio en el ámbito territorial de Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña 23/1991, de 29 de noviembre (BOE del 24 de enero de 1992).

La presente Ley, estructurada en cuatro capítulos, una disposición adicional, cuatro finales y una derogatoria, tiene por objeto la regulación administrativa, en el ámbito de Cataluña, de algunos aspectos del comercio interior y de determinadas modalidades de venta y prácticas comerciales.

— Se define así en su Capítulo I la actividad comercial mayorista y detallista, imponiendo la separación física de su ejercicio cuando se lleve a cabo en unidad de local.

— En el Capítulo II se contienen una serie de preceptos dedicados a concretar las condiciones administrativas precisas para el ejercicio de la actividad comercial. Se crea además el registro de comerciantes, con la declarada finalidad de conocer y evaluar las estructuras comerciales dentro del ámbito de Cataluña, pero contemplándose la inquietante posibilidad de que el Gobierno de la Generalidad establezca reglamentariamente

los requisitos de homologación y cualificación técnica o de experiencia precisos para inscribirse en el mismo. También se regulan el horario comercial y los requisitos administrativos de los precios, así como la información a facilitar al público en relación con ambas materias.

— En el Capítulo III se contienen algunas disposiciones específicas en relación con la venta itinerante, la venta domiciliaria, la venta a distancia, la venta a través de máquinas automáticas, la denominada venta en cadena o en pirámide, las ventas a precio rebajado y la oferta de premios o regalos mediante sorteo.

— El Capítulo IV, por último, contiene el régimen sancionador aplicable a la infracción de los distintos preceptos de la Ley.

8. MERCADO DE VALORES. Representación de valores mediante anotaciones en cuenta y regulación de la compensación y liquidación de operaciones bursátiles.

Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero (BOE del 20).

A) Exposición:

1. Regulación general de los valores representados por anotaciones en cuenta: Desarrollando las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores se establecen las reglas principales de esta modalidad de derechos, como son la necesaria aplicación a todos los valores de una emisión o la irreversibilidad de su utilización.

La transformación de los títulos existentes en anotaciones en cuenta, exige el desarrollo de un procedimiento, con la debida publicidad, que culmine con la destrucción de los títulos.

Singular importancia reviste el acto inicial que determina la representación de los valores por anotaciones contables, que debe formalizarse en escritura pública a la que se dota de especial publicidad. En ella constarán las características de los valores y la entidad encargada del registro contable.

El registro de valores se configura, más bien, como registro de titulares dotado de eficacia similar a la propia de los registros públicos. Así, se establece el efecto constitutivo de la inscripción inicial, el traslativo de la transferencia contable, con plenos efectos frente a terceros, se produce fe pública registral y plena legitimación a favor del titular. También se aplican a estos registros los principios de prioridad y tracto sucesivo.

Por lo demás, los valores anotados en cuenta son fungibles por lo que no es posible identificar separadamente a los que tengan idénticas características (art. 17).

A las notas públicas de los registros de valores se añade también la función certificante, con el fin de acreditar exteriormente la titularidad de valores. Corresponderá su emisión a la entidad encargada de la llevanza del registro o la adherida al sistema y producirá el efecto de inmovilizar temporalmente los valores a que se refiera (art. 21).

2. Organización de los registros de valores: La regulación es distinta según los valores estén o no admitidos a negociación en Bolsa.

a) Valores negociables en Bolsa. La representación de los valores por anotaciones será requisito necesario para el acceso a su negociación bursátil. Corresponderá al Servicio de Compensación y Liquidación la llevanza del Registro Central en el cual para cada entidad adherida al sistema y para cada clase de valor estará abierta una cuenta que refleje las posiciones propias y otra para las posiciones de terceros clientes. A su vez, las entidades adheridas llevarán registros contables equivalentes que recogerán las operaciones de sus clientes. Para el manejo de los registros se asignarán referencias

específicas a los saldos de las entidades adheridas y a los que pertenezcan a sus clientes.

El Servicio de Compensación y Liquidación controlará en cada momento los saldos de las cuentas de valores.

Los arts. 36 a 42 del Real Decreto determinan las operaciones contables a realizar como consecuencia del ingreso de los valores en el sistema de anotaciones, de su transmisión, de la constitución de derechos reales limitados sobre los mismos y para hacer constar los derechos de suscripción preferente.

Esta regulación tiene carácter supletorio de las especiales dictadas para el mercado de deuda pública en anotaciones o para los mercados secundarios oficiales distintos a las Bolsas.

b) Valores no admitidos a negociación en mercados oficiales: El registro contable se llevará por una Sociedad o Agencia de Valores que desarrolle esta actividad, por designación de la entidad emisora de los valores. El registro consistirá en un sistema informatizado de referencias numéricas que se referirá a los saldos de valores e identificará su clase y titular.

Las transmisiones de valores se reflejarán contablemente cuando se presente a la entidad encargada el documento que acredite la operación (documento público, o expedido por Sociedad o Agencia de Valores o bien el que refleje el consentimiento de las partes, según el art. 50, pp. 2 y 4).

3. Liquidación y compensación de operaciones bursátiles. La ejecución de las operaciones bursátiles, mediante una primera compensación multilateral entre los miembros del mercado y la posterior liquidación de los saldos se regula sobre los siguientes principios: Universalidad, entrega contra pago, objetivación de la fecha, aseguramiento y neutralidad financiera. Para el logro de estos fines se establece un entramado de medidas que asegura el buen fin de las operaciones, como son: préstamo de valores, recompra, penalizaciones y constitución de fianzas.

La parte final del Real Decreto es puramente organizativa. El Servicio de Compensación y Liquidación de Valores deberá constituirse como sociedad anónima dedicándose exclusivamente a su gestión, aunque se permite que lleve el registro de valores no negociables, para lo que se le atribuye la condición de Agencia de Valores. Su capital pertenecerá a las Sociedades Rectoras de las Bolsas y a las Entidades adheridas. Serán Entidades adheridas al Servicio las Sociedades y Agencias de Valores y Bolsa y las entidades financieras que, teniendo medios técnicos adecuados lo soliciten de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

B) Observaciones:

El presente Real Decreto desarrolla y permite la aplicación del régimen de anotaciones en cuenta establecido por la Ley del Mercado de Valores, 24/1988, de 28 de julio (véanse sus arts. 5 al 12) además de regular el Servicio de Compensación y Liquidación bursátil (art. 54 de la Ley) que, por su especialidad, debería ser objeto de otra disposición separada. La reunión de ambas regulaciones se produce al configurar el nuevo sistema de anotaciones en cuenta como opuesto al llamado sistema de fungibilidad de los valores, regulado por el Decreto 1128/1974, de 25 de abril y orden de 20 de mayo siguiente que lo desarrolla, específicamente referidos a la negociación bursátil. El nuevo sistema sustituye al de títulos fungibles y lo supera, al imponerse con generalidad a todos los valores bursátiles (el tránsito se regula con detalle por las disposiciones transitorias), pero no se informa en principios distintos; ni siquiera su modo de funcionamiento discrepará radicalmente, pues hasta un elemento tan característico como la

«referencia técnica» mantiene su virtualidad como elemento identificador de los saldos de valores de cada titular.

En cuanto al Servicio de Compensación y Liquidación bursátil, también se configura como opuesto al sistema anterior en que tales operaciones correspondían al órgano rector de las Bolsas de Valores, proclamándose con énfasis su neutralidad financiera y la prohibición de realizar operaciones de intermediación. Tales declaraciones son poco realistas y el mismo Decreto las limita a sus justos términos al prever la concurrencia del Servicio, como Agencia de Valores, en el registro de valores no bursátiles. El logro de los fines declarados dependerá obviamente, del funcionamiento del Servicio y de su coste, que es determinante del volumen de inversión canalizado por los mercados bursátiles nacionales.

9. COMPETENCIA. Desarrollo parcial de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero (BOE del 29).

La presente disposición viene a desarrollar el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia, autorizando en bloque para el mercado nacional determinados acuerdos o prácticas que, a través de idéntica técnica, han sido permitidos por el Derecho comunitario para su ámbito de aplicación.

Contiene también la regulación reglamentaria del procedimiento a seguir para la obtención de la autorización singular al amparo del artículo 3 de la Ley y del Registro de Defensa de la Competencia, cuyo objeto será la inscripción de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal de Defensa de la Competencia haya autorizado, de los que haya declarado prohibidos total o parcialmente, y de las operaciones de concentración económica o toma de control de empresas, a que se refiere la Ley de Defensa de la Competencia.

V. OTRAS DISPOSICIONES

10. CONTRATO DE TRABAJO. Se fija el salario mínimo interprofesional para 1992.

Real Decreto 3/1992, de 10 de enero (BOE del 11).

El Salario mínimo para trabajadores desde dieciocho años se fija en 1876 pesetas/día o 56.280 pesetas/mes.

Otro Decreto de la misma fecha lleva a cabo la actualización, para 1992, de las pensiones y demás prestaciones de protección social pública.

11. CIRCULACION DE VEHICULOS. Se aprueba el Reglamento General de Circulación.

Real Decreto 13/1992, de 17 de enero (BOE del 31).

El presente reglamento viene a desarrollar el artículo 2 del título preliminar y los títulos II y III del texto articulado de la Ley sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, contemplando, por tanto, entre otras materias, las relativas al ámbito de aplicación de la ley y al tránsito de peatones, vehículos y animales por las vías y terrenos utilizados para la común circulación.

12. SEGURIDAD CIUDADANA. Establecimiento de normas para su protección.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero (BOE del 22).

El Capítulo II de esta controvertida Ley contiene algunas previsiones de cierto interés para el Derecho Privado, entre las cuales podríamos destacar las siguientes:

1. En la sección primera del citado Capítulo se establece una habilitación en favor del ejecutivo para reglamentar y controlar las actividades de fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación y tenencia de armas y explosivos, calificándose además las actividades de fabricación, comercio y distribución de tales elementos como sector con regulación específica en materia de derecho de establecimiento, a los efectos previstos en la Ley de Inversiones Extranjeras en España.

2) En la sección segunda se contempla la posibilidad de que el gobierno dicte medidas de policía administrativa en relación con los espectáculos y actividades recreativas de carácter público y en atención a las finalidades contempladas en la ley.

3) La sección cuarta contiene una serie de previsiones heterogéneas, centradas básicamente en torno a deberes de registro e información, en relación con actividades que se consideran relevantes para la seguridad ciudadana, tales como las de hospedaje, comercio o reparación de objetos usados, compraventa de joyas, alquiler o reparación de vehículos a motor, tenencia y uso de embarcaciones de alta velocidad o fabricación, almacenamiento y comercio de productos químicos susceptibles de ser utilizados en la elaboración o transformación de drogas y estupefacientes.

4) Por último, la sección quinta del citado Capítulo II habilita al Ministerio del Interior para que, de conformidad con lo que se disponga reglamentariamente, pueda ordenar la adopción de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones comerciales, industriales y de servicios en evitación de actos delictivos.

Todas estas actuaciones administrativas, encuadradas tradicionalmente entre las funciones de policía, estaban reguladas por un conjunto heterogéneo de disposiciones, a veces de ínfimo rango. La presente Ley Orgánica lleva a cabo, pues, una estimable labor de depuración y legalización de las potestades administrativas.

BIBLIOGRAFIA

Libros

IGARTUA ARREGUI, Fernando: «La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos», Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991, 211 págs.

Como su propio título indica, este libro se ocupa de la utilización no consentida de la imagen y del nombre de las personas para fines comerciales.

Respecto a su estructura, se divide en una introducción y dos capítulos.

En una breve introducción, el autor señala los dos temas centrales, que serán objeto de examen:

I.—Un análisis del concepto de apropiación comercial de la imagen.

II.—Profundización en el fenómeno de la reciente patrimonialización de la imagen (el llamado «right of publicity» en la jurisprudencia norteamericana), que conlleva una ampliación excesiva del concepto de apropiación, poniendo en peligro las libertades de expresión e información.

El capítulo segundo contiene una definición del concepto de imagen de la persona y, en concreto, qué grado de reconocibilidad de la misma es necesario para la existencia de una intromisión ilegítima.

Partiendo de la imagen en sentido estricto, el autor estudia en qué consiste la identificación de una persona y sus requisitos. En este sentido, la actual evolución jurisprudencial acoge un concepto amplio de reconocibilidad, entendiéndose que el objeto de protección es la identidad personal, y ésta puede expresarse de diferentes formas (siendo la representación facial sólo una de ellas). Basta, para apreciar la identificación, la posibilidad de que terceras personas puedan reconocer al interesado.

A continuación analiza pormenorizadamente diferentes supuestos, en los que se plantea un posible conflicto entre la identidad personal y la libertad de creación o expresión: representación de una persona en dibujos o retratos pictóricos, representación escénica de un actor y actuaciones de imitadores y dobles en espectáculos o anuncios publicitarios.

El tercer y último capítulo, parte central del libro, lleva por título «Los usos explotativos de la personalidad», dividiéndose, a su vez, en tres apartados, desarrollados con gran exhaustividad. En el primero se estudia la apropiación comercial en sentido estricto, el segundo atiende al uso comercial del nombre y de la imagen por los medios de comunicación, y el tercero se refiere a la utilización de la identidad en obras artísticas o cinematográficas.

Respecto a la apropiación comercial en sentido estricto, en primer lugar trata de examinar si el mensaje comercial constituye expresión e información y puede, por tanto, gozar de cierta protección constitucional. Posteriormente, los supuestos más típicos de apropiación, recogidos de la jurisprudencia norteamericana, son objeto de examen: anuncios publicitarios (y dentro de ellos los casos más dudosos, como publicirreportajes y uso incidental del nombre y de la imagen), los usos comerciales (mediante

una comparación entre las sentencias españolas y norteamericanas que aprecian utilización comercial y aquellas otras que señalan un interés informativo predominante) y, por último, usos análogos a los anteriores (propaganda electoral y usos educativos y escolares).

El apartado segundo de este tercer capítulo abarca la apropiación comercial del nombre y de la imagen por los medios de comunicación: cuando el medio de comunicación actúa en aras de la libertad de información o expresión, los usos no consentidos de la imagen y del nombre deben protegerse. El autor realiza un estudio del concepto de noticia y de la excepción de interés público informativo, a través del tratamiento jurisprudencial norteamericano y alemán. A continuación profundiza en la aplicación más extrema del interés público informativo: la excepción de ilustración de noticias, oponible en supuestos en los que la imagen no constituye noticia en sí misma. Para ello analiza el concepto de ilustración, los límites que la jurisprudencia norteamericana señala a la excepción de ilustración y la necesidad de que dicha excepción sea acogida en nuestro ordenamiento.

El uso de la identidad en obras artísticas o cinematográficas constituye uno de los casos más difíciles de apropiación de las personalidad, materia del tercer apartado. Se centra el autor en el tema más problemático: cuando la vida de la persona aparece como objeto de la obra de creación. El punto de partida consiste en una clasificación, elaborada por la doctrina norteamericana, de diferentes categorías de ficción en las que se usa la identidad de personas reales: biografía, ficción en sentido estricto, «docudramatización» y «ficcionalización». La conclusión propuesta es la libertad, como regla general, en el uso de la identidad personal en dichas obras de creación. El capítulo se cierra con un ejemplo español: Pantoja contra Prographic.

En mi opinión, el autor ha recogido acertadamente los aspectos más novedosos del derecho a la imagen como derecho subjetivo, que han tenido su origen en los últimos años. Señala, igualmente, los intereses en conflicto en cada supuesto, criticándose las diferentes soluciones que se han ido aportando en los ordenamientos de nuestra área cultural. En suma, el libro cumple la finalidad, ya indicada en la introducción del mismo, de constituir un estudio descriptivo y no teórico del tema a través del análisis exhaustivo de la jurisprudencia española y comparada (fundamentalmente la norteamericana).

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN

LOPEZ PEREZ, J.: «Prórroga y Rehabilitación de la Patria Potestad», Ed J. M. Bosch, S. A., Barcelona, 1992.

Entre los varios motivos que justifican estas líneas podríamos destacar fundamentalmente dos: uno de ellos, es sin duda la satisfacción de que salga a la luz una nueva colección bibliográfica dedicada a temas jurídicos, y esto es lo que sucede con *Cuadernos de Derecho Privado* editado por José M.^a Bosch que como publicación paralela a la que forma la «Biblioteca de Derecho Privado» pretende dar a conocer temas actuales de la vida jurídica, máximo cuando a través de ellos tiene la primicia de ser esta monografía la que la inaugure con un tema tan novedoso y sugestivo como es el de la «Prórroga y Rehabilitación de la Patria Potestad». El otro, su autor; el Dr. López Pérez no necesita mucha presentación; pertenece al Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, y es un estudioso de la patria potestad, en especial de todo lo relacionado con su contenido personal. No en vano ya escribió, entre otros trabajos de investigación que siguen esta misma línea, una monografía sobre «La Patria Potestad: Voluntad de su titular», Valladolid, 1982.

Las razones por las que el autor inicia su estudio giran en torno a que tanto la prórroga como la rehabilitación suponen una novedad legislativa que vio la luz en el derecho español por la Ley 11/1981, 13 de mayo, resultando completada por los principios que informan la reforma de la tutela que tuvo lugar por ley 13/1983, 24 de octubre, en la que se recogen los dos presupuestos fundamentales sobre los que gira esta investigación: uno, desde el punto de vista de la persona, incapacitación del menor de edad sometido a patria potestad, art. 201 del Código Civil o mayor, y ello tanto por enfermedades persistentes de carácter físico como psíquico que le impidan gobernarse por sí mismo, art. 200 del Código Civil, y el otro, en razón del órgano encargado de su guarda, ya que aún cuando la incapacitación del hijo tenga lugar después de la mayoría de edad, se procederá a la rehabilitación de la patria potestad. Figuras ambas también recogidas en la Ley 67 del Fuero Nuevo de Navarra a tenor de la redacción dada al mismo por la Ley Foral 5/1987 1 de abril.

Por estas características enseguida se aprecia que los antecedentes históricos de ambas figuras, así como las noticias que ofrece el Derecho Comparado son más bien escasos; en cuanto a éstas, su cita se agota con la referencia al artículo 487 bis del Código Civil belga redactado por Ley de 29 de junio de 1973 introduciendo la figura de la «Minorité prolonguée» y al apartado 3.º del artículo 385 del Código Civil suizo para el que la Ley de 25 de junio 1976 establece que «los hijos mayores de edad incapaces quedarán sometidos a patria potestad en lugar de tutela». Pero como pone de relieve el autor y a pesar de los pocos antecedentes que, sin duda, sirvieron de base al artículo 171 del Código Civil, éste se despega de ellos, tanto en lo referente a su ámbito de aplicación como a la protección conferida al incapacitado.

El autor estructura este trabajo sobre «La Prórroga y Rehabilitación de la patria potestad» en dos partes perfectamente diferenciadas: Declaración de incapacitación y Régimen de la patria potestad como consecuencia de aquélla.

La importancia que tiene la declaración de incapacitación se pone de relieve al iniciar el estudio de estas figuras; ello, no sólo por ser imprescindible para que procedan ambas instituciones de guarda sino porque además en la sentencia de incapacitación reside la norma básica por la que se ha de desenvolver el régimen posterior en relación con la persona del incapacitado ya que a diferencia de la patria potestad ordinaria para la que no es necesaria ninguna declaración judicial en su constitución sino que la misma surge como consecuencia de la paternidad en relación con los hijos menores de edad, artículos 108 y 154 del Código Civil, en cambio por lo que se refiere a la prórroga al igual que en materia de tutela, es el Estado básicamente quien las crea. Por ello, una de las preocupaciones del Dr. López Pérez, teniendo en cuenta las garantías que el Ordenamiento Jurídico tiene que prever para estos casos, al ser materia que afecta al Derecho de la persona, es precisamente la determinación del procedimiento a seguir para la declaración de incapacitación. Sobre la naturaleza de éste, así como su adecuación a la declaración de incapacitación es una de las cuestiones por las que el autor toma partido, ya que ante la necesidad de recurrir al denominado juicio declarativo de menor cuantía, artículo 484, n.º 2 LEC con la carga que el mismo implica, entiende no ser éste el procedimiento más adecuado de los posibles a seguir en cuanto que puede llevar a desvirtuar en gran medida el inicio del proceso que en su día llevará a la prórroga de la patria potestad.

De las posibles vías que el Dr. López Pérez pudo seguir para su estudio, teniendo en cuenta el diferente momento que en relación con la edad del presunto incapaz se va a iniciar esta declaración de incapacitación, se opta por un estudio diferenciado de ambas figuras; si bien este hecho diferencial sólo tiene operatividad en lo referente a la legitimación e intervención del Ministerio Fiscal, ya que las normas adjetivas a aplicar en materia de Jurisdicción competencia y postulación, —art. 51 LEC y 21 y ss. LOPJ—

son idénticas para todo el proceso de incapacitación. En relación con la prórroga estarán legitimados para pedir la declaración de incapacitación los titulares de la patria potestad, artículos 205 y 154 del Código Civil y si los presuntos incapaces estuvieran emancipados o habilitados de edad, artículos 314 y 321 del Código Civil pueden por sí solos comparecer en juicio, artículo 323, párrafo 2.º. En cambio, para la rehabilitación se estará a lo dispuesto en el artículo 201 del Código Civil. E igual sucede con la Intervención del Ministerio Fiscal, si el proceso termina en prórroga, su función será no la de actuar como promotor del procedimiento sino como defensor del menor, artículos 206, 207 del Código Civil y 3, n.º 2 LOEF, pudiendo no obstante darse una doble legitimación pasiva si el presunto incapaz se reserva el derecho de defenderse por sí mismo; si fuere en rehabilitación, su intervención le viene establecida por lo dispuesto en el artículo 207 del Código Civil. Pero consciente de la trascendencia que va a tener esta declaración de incapacitación, tanto en la esfera personal del presunto incapaz, como en la patrimonial, para asegurar el acierto en la decisión, se toman por la ley una serie de medidas durante el procedimiento que se recogen en los artículos 208 y 209 del Código Civil, así como se señalan las causas de incapacitación, artículo 200 del Código Civil. Las primeras tienen un doble ámbito de eficacia: unas se concretan a su persona, examen del presunto incapaz y dictamen de un facultativo pudiendo en cualquier momento del proceso el Juez adoptar las que estime más necesarias para su protección; las otras en cambio, su finalidad es precisamente la protección del patrimonio, las cuales al no estar taxativamente fijadas pueden concretarse en cualquiera de las previstas con estos fines en nuestro ordenamiento jurídico.

Si una nota fuera preciso destacar de esta parte del trabajo, esta necesariamente debe recaer en el tratamiento procedimental tan exacto que nos ofrece el autor, manejando su terminología con un rigor y exactitud no habitual en trabajos jurídicos de este alcance. Las segundas afectan a las causas de incapacitación; la Ley 13/1983, 24 de octubre, abandona el sistema tipificativo del derecho anterior en orden a las causas de incapacitación y permite que sea la nota de permanencia en la imposibilidad del gobierno de la persona junto con la enfermedad de carácter físico —lo que facilitará que una de las causas de extinción de la patria potestad prorrogada sea el matrimonio del incapaz, art. 171 del Código Civil— o psíquico la que desemboca en la declaración de incapacitación y ello con independencia de que el presunto incapaz sea menor, artículo 201 del Código Civil o mayor de edad siempre que estuviere soltero y viviere en compañía de sus padres. Residiendo en estas causas, una de las diferencias apreciables con la regulación que en el Derecho belga se hace de la *Minorité Prolonguée* y ello no sólo por el motivo que conduce a su declaración, ésta afecta sólo a la deficiencia mental; como al momento en que debe aparecer: tiene que ser con el nacimiento o en la primera infancia sino también se diferencia por la situación creada respecto al incapacitado: es asimilado al menor de edad de menos de quince años, artículo 487 bis, párrafo 4.º, Código Civil belga; en cambio en nuestro derecho el régimen de guarda del incapacitado que será sometido a patria potestad en sus dos modalidades vendrá determinada por la resolución judicial que así la declare.

La segunda parte del trabajo, el Dr. López Pérez la orienta en perfilar cual es el régimen jurídico que va a regir durante la vigencia de esta especial patria potestad en sus dos vertientes de prórroga y rehabilitación y ello por el interés que preferentemente se ha de dispensar a quien está más necesitado de protección que es el incapacitado. Aquél se encomienda a la resolución de incapacitación, lo que en realidad es una aplicación de lo dispuesto por el artículo 49 CE y 154, 210 del Código Civil y por la remisión que subsidiariamente se hace en el artículo 171 del Código Civil a las reglas del título de la Patria Potestad. Por ello, con independencia del contenido de la resolución que de acuerdo con la intervención judicial que prevé la Ley puede tener diverso alcan-

ce, intervención que como señala el autor en principio no es tan deseable, actúa como norma subsidiaria lo dispuesto para la patria potestad ordinaria o ejercida sobre menores de edad, lo cual si bien en principio puede servir de base para estructurar a manera semejante la que se establece cuando se den situaciones especiales, no cabe desconocer que el encaje de aquellas reglas previstas para una situación de minoría, cuando han de aplicarse al hijo mayor incapaz no van a estar exentas de dificultades y ello tanto por lo que afecta a los sujetos como al contenido y extinción de la patria potestad. No hay duda que por principio los sujetos serán los titulares de la patria potestad, artículo 154 del Código Civil y el hijo, ya mayor de edad y con declaración de incapacitación, artículo 171 del Código Civil. Pero debemos señalar que si bien en relación con los titulares de la patria potestad esto resulta así en las situaciones normales del matrimonio por la remisión expresa a «las normas del presente título», entiende no obstante el autor, que se aplicarán las normas que regulan los efectos de la nulidad, separación y divorcio y lo que atañe a las medidas provisionales, para determinar el ejercicio de prórroga de la patria potestad, artículos 90 y 91 del Código Civil y 1881 y ss. LEC en especial lo referente al derecho de visita, artículo 94 del Código Civil por la especial mención que en él se hace al hijo incapacitado, cuando existe situación de conflicto matrimonial de los padres. Igualmente no plantea problema el hijo menor de edad o mayor que resulte incapacitado para quedar sometido a una de estas figuras, sin embargo, como entre ambos estados civiles se encuentra el de emancipado, se cuestiona el autor, si el hijo una vez emancipado y antes de cumplir los dieciocho años resulta incapacitado ¿a qué quedará sometido, prórroga o rehabilitación? El tema no es baladí, ya que teniendo en cuenta las diversas formas de emancipación contempladas en el artículo 314 del Código Civil la solución a adoptar no es unitaria. Para ello se señala que la especialidad que presenta la emancipación ante la prórroga de la patria potestad, es la contraposición que se dan en ambas instituciones: aquella opera sobre la capacidad de la persona, artículo 323 del Código Civil, la prórroga por el contrario en base precisamente a la incapacitación; *aquella supone extinción de la patria potestad, artículo 169, 2.º del Código Civil* y además con carácter irrevocable, lo que produce una ruptura total de la patria potestad que imposibilita la prórroga, en cambio ésta si que procederá en el supuesto de la llamada emancipación tácita, art. 319 del Código Civil, teniendo en cuenta su naturaleza, de acto consentido por los titulares de la patria potestad; de ahí que para la emancipación llamada voluntaria, la judicial y la habilitación de edad, artículos 317, 320, 321 del Código Civil sólo sea posible la rehabilitación siempre y cuando se den los demás requisitos previstos en el artículo 171 del Código Civil. En cambio cuando la emancipación se ha producido por matrimonio del menor, pero mayor de catorce años, artículo 48, párrafo 2.º del Código Civil se plantea una verdadera excepción y ello con independencia de que la incapacitación tenga lugar antes de cumplir los dieciocho años como después, ya que al faltar el requisito de la soltería impedirá también la rehabilitación de la patria potestad y se procederá a la constitución de la tutela, artículo 234 del Código Civil.

En cuanto al contenido de la patria potestad, de cuyo régimen jurídico hace un estudio exhaustivo y aun cuando sea habitual distinguir entre sus típicos aspectos personal y patrimonial siguiendo con ello la línea de la ordinaria, es evidente que haya que matizarles cuando se pretende aplicar a la prórroga o rehabilitación. Y ello porque a veces diversos aspectos de este contenido tendrán que ser ampliados respecto de aquellas obligaciones que conforman la patria potestad ordinaria, como sucede con la obligación de los padres de promover la adquisición o recuperación de la capacidad del hijo, obligación que el Dr. López Pérez considera fundamental y primaria dentro de la prórroga de la patria potestad, o bien, porque otras veces serán en estos casos de difícil cumplimiento y, sin embargo, acompañan al menor sometido a patria potestad

ordinaria, como es lo previsto en el artículo 162, párrafo último de que éste preste su consentimiento «si tuviere suficiente juicio» para aquellos contratos cuyas prestaciones sean de carácter personal, o bien, porque en fin quedarán sin contenido para el declarado incapaz por su especial situación aquellos preceptos que imponen «la existencia de condiciones de madurez para realizarles por sí mismo», como será todo lo relacionado con los derechos de la personalidad. Todo lo anterior es una pequeña muestra que sirve para poner de relieve por el autor lo ya señalado por la doctrina: que aunque parecida la patria potestad prorrogada, es sustancialmente diversa de la auténtica, por tanto, las relaciones personales y patrimoniales deben ser consideradas con ópticas diferentes.

Termina este documentado trabajo con la extinción de la patria potestad prorrogada. Parte el autor del criterio de que rige como regla general en su terminación las mismas causas que se aplican en la extinción de la ordinaria, con la excepción de la mayoría de edad del hijo. Si bien al ser ésta como aquélla un poder tuitivo, encaminado a la protección del incapaz, la extinción no va a quedar limitada a las tipificadas en el artículo 169 del Código Civil sino que hay que adicionar: la privación de la función por incumplimiento de deberes o por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial, artículo 170 del Código Civil, ausencia, artículos 181 y ss. del Código Civil y 2031 Ley de Enjuiciamiento Civil, incapacidad de los padres, artículo 156 del Código Civil y también si el sujeto incapacitado queda sometido a tutela, al cesar la patria potestad prorrogada, artículo 222, n.º 3 del Código Civil. Poniendo fin a esta monografía, la recuperación de la patria potestad, respecto de la cual hace un estudio minucioso de todas aquellas causas que puedan dar lugar a la recuperación de esta patria potestad, bien porque se da perdón expreso o tácito del ofendido artículos 443 y 487 del Código Penal, por causa matrimonial, artículos 90 y ss., etc., artículo 170, párrafo 2.º del Código Civil, situación que deberá ser conocida por el Juez y siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, artículo 206 del Código Civil.

No hay la menor duda de que leyendo esta monografía se reafirma la idea de los dos aspectos tan íntimamente unidos que conforman la tradicional naturaleza de la patria potestad. Su consideración como derecho y deber que reiteradamente ha sido puesta de relieve por la doctrina más autorizada, así como también en las resoluciones judiciales (ST 11-X-91). Lo que pone de manifiesto que en el ejercicio de tal función corresponde a los padres, el tener que continuar en la misma para cuidar de aquellos hijos que aunque hayan alcanzado la mayoría de edad están necesitados de su protección por su condición de incapacitados; lo que evita que entre en juego la tutela, como régimen completo de protección de incapacitados, siempre que se produzca una sentencia de incapacitación y ello a pesar de la novedosa regulación que de tal institución se hace por la Ley 13/1983, 24 de octubre, ya que literalmente el incapacitado, viviendo los titulares de la patria potestad, sólo quedará sometido a tutela en el supuesto contemplado en el n.º 3 del artículo 222 del Código Civil y cuando la incapacitación haya procedido después del matrimonio del hijo menor n.º 2, artículo 222 del Código Civil. Por ello el legislador, ante la tensión originada por la necesidad de otorgar prevalencia a una institución natural o a otra creada por el Estado, opta por la primera, por ser la que mejor cumple con la misión protectora que le ha sido confiada e inherente a la misma: cuidar de los hijos. De ahí que adquiera plena actualidad las palabras de mi maestro el Dr. Serrano y Serrano cuando dice que «la patria potestad es una institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse; aunque no hubiere Estado, habría patria potestad...».

LLACER MATA CAS, Rosa M.ª: «El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica», Ed. José María Bosch, Barcelona, 1992, 226 págs.

1. El saneamiento por vicios ocultos es una figura, cuyo estudio puede enfocarse desde dos diferentes perspectivas: a) *Como una obligación del vendedor*: es la que se encuentra en el Código Civil, centra su análisis en la fase de ejecución del contrato, y la mayoría de las construcciones doctrinales recientes han partido de aquí; b) *Como manifestación de la onerosidad de los contratos*: implica dar relevancia a la posición del comprador, y destaca el aspecto económico más que el obligatorio. Concretamente, es esa opción del comprador entre desistir del contrato o rebajar el precio (cfr. art. 1486 del Código Civil), la que permite restaurar ese equilibrio económico, al que todo contrato oneroso tiende. De entre estos dos posibles enfoques, el elegido por la presente monografía es el segundo, sin perjuicio de que se hallen referencias al primero. A su vez, esa elección de perspectiva para la investigación incita, como resalta la autora, a la utilización de un método histórico, único capaz de poner de relieve aquel aspecto económico del saneamiento por vicios ocultos.

A continuación desarrollamos cada uno de los cinco capítulos, en los que la obra se ha sistematizado. Dados los límites que impone una recensión, nos detenemos sólo en aquellos aspectos, que a nuestro parecer, son los más sobresalientes a efectos de la tesis defendida por la autora.

2. El Capítulo I analiza el período que va desde el derecho romano hasta el siglo xvii. En él el fundamento del saneamiento por vicios ocultos es la *deceptio*, noción que aunque se encuentra en el Digesto, adquiere relevancia por la elaboración que de la misma hace la Glosa. La *deceptio* implica un engaño en sentido objetivo y se produce cuando se recibe una cosa de utilidad y valor inferior al que se esperaba. Dos eran las causas por las que aquélla se generaba: una, la *deceptio propter dolum*, y la otra, la *deceptio re ipsa*. Ahora bien, pese a que la doctrina relacionó el remedio edilicio con el dolo causal y también con el incidental, por ser vías que pueden determinar la existencia de *deceptio*, lo cierto, afirma la autora, es que la justificación del remedio edilicio se encuentra en la *deceptio re ipsa*. Categoría, en la que la doctrina distinguía a su vez entre *deceptio circa pretium* y *deceptio circa rem*, siendo esta última en donde se encaja el remedio edilicio. Esta permite justificar la obligación del vendedor de manifestar los vicios ocultos, impuesta por el Edicto de los Ediles Curules, en la medida en que su fin era evitar que el comprador fuese engañado. De ahí, el que se protegiera al comprador de cualquier lesión sufrida por causa de un vicio siempre que repercutiera en el precio, con excepción del *levis morbus*, y a diferencia con la *deceptio* en el precio.

Pero, ¿cuál era el fundamento de la *deceptio*? La *aequalitas*, inherente a todo contrato de buena fe conmutativo, y que exige, en cada intercambio, una igualdad entre cosa y precio (justicia conmutativa). Los contratos onerosos, categoría que todavía no posee una gran elaboración, llevan en sí esa necesaria igualdad. Es de esta manera, como se relaciona la noción de *deceptio* con la de contrato oneroso.

3. El Capítulo II desarrolla, qué aportó la doctrina iusnaturalista sobre la naturaleza jurídica del saneamiento por vicios ocultos (3.1.); cómo se concibió esa naturaleza en el período anterior al Code Napoléon (3.2.); cómo este último código estructuró aquel remedio (3.3.), y la tesis defendida por la doctrina española del siglo xix (3.4.).

3.1. La doctrina iusnaturalista aportó, entre otras cosas, una clasificación de los contratos según la función económica que desempeñaban. Siguiendo a Wolfius, la autora alude a la distinción entre actos benéficos y actos permutatorios (u onerosos). Los últimos se caracterizan por ser actos que están en relación de intercambio con otros, integrándose en un contrato. Su clave reside en aquel intercambio, en el que debe

mediar una relación de equivalencia. Es decir, la doctrina iusnaturalista concibe la *aequalitas* como elemento esencial a todo contrato oneroso. Pero, para poder determinar, si esa equivalencia se ha dado, debe acudirse como punto de referencia al concepto de precio. Si se comprueba la existencia de desigualdad entre prestaciones, hay una situación de lesión que debe ser remediada. La recuperación de esa *aequalitas* se realiza, bien recuperando el justo precio a través del complemento o reducción del precio pagado, bien mediante la rescisión del contrato. Ahora bien, la *aequalitas* no sólo se proyecta en el contrato, sino que arranca en los tratos precontractuales. Sólo habrá correlación entre precio y cosa, si en ese momento se conocen las circunstancias de esta última. Y precisamente de esta nueva manera es como los iusnaturalistas explican la obligación del vendedor de manifestar los vicios, que declaró el Edicto de los Ediles Curules.

3.2. A continuación y con detalle, se expone el pensamiento de un jurista tan influyente como Pothier, fundamental para comprender la regulación de algunos Códigos Civiles, sobre el saneamiento por vicios ocultos. Por un lado, este autor recibe esa idea de la necesaria *aequalitas* en los tratos precontractuales y justifica en la buena fe la obligación del vendedor de comunicar los vicios. Pero esto carece de trascendencia, en cuanto que Pothier sitúa todas las obligaciones derivadas de la buena fe en el fuero interno. Por otro lado, sistematiza las acciones edilicias dentro de la compraventa y justifica aquéllas en una obligación de garantía, que como elemento natural del contrato y consecuencia de la obligación de entrega, se impone al vendedor. Consiste en una promesa tácita, de que si hay vicios se responderá. Obligación de garantía, que se da en todo contrato oneroso, y cuyo último fundamento es esa noción de intercambio de equivalentes, inherente a aquel tipo de contratos.

3.3. En el Code Napoléon, esa obligación de garantía, de la que hablaba Pothier, aparece como obligación independiente de la de entrega. No obstante, la Escuela de la Exégesis reconduce las acciones edilicias a ésta última, lo que se traduce en la afirmación de una obligación de entregar cosa útil, y cuya infracción implica una responsabilidad por incumplimiento. Surge por ello el interrogante, de si el desequilibrio entre prestaciones sigue presente como fundamento del remedio edilicio. La conclusión de la autora es que, pese a no negarse que haya relación entre obligación de garantía y onerosidad, ciertamente no se la tiene en cuenta a la hora de precisar la naturaleza jurídica de la primera.

3.4. Por lo que respecta al ordenamiento español, la autora resalta como el Proyecto de Código Civil de 1851, por influencia del francés, situó el saneamiento por vicios ocultos como obligación del vendedor, separándose de la doctrina del momento, quien colocaba su estudio dentro de las causas de rescisión de un contrato por engaño en la cosa.

4. Analizada la historia, el Capítulo III desarrolla, dentro del marco ofrecido por nuestro Código Civil, la relación que media entre el saneamiento por vicios ocultos y la causa de los contratos onerosos.

Afirma la autora, que la causa en los contratos onerosos es el intercambio de prestaciones. Destaca así, la función económica desempeñada por este tipo de contratos. Esas prestaciones poseen entre sí una conexión jurídica, que nace de que las partes han querido el que una se hiciera en función de la otra. Es decir, media entre ellas una relación de causalidad. Ahora bien, visto que onerosidad significa al menos intercambio de prestaciones, surge la cuestión de si este concepto implica, además, la exigencia de una proporcionalidad entre dichas prestaciones. La respuesta depende del ordenamiento en que se sitúe el análisis. En el español y dentro del Código Civil, aquélla es negativa. Esto dificulta, reconoce la autora, justificar el saneamiento por vicios ocultos en la idea de desequilibrio económico. Pero no lo hace, si se piensa que la estructura del contrato

onerosos no exige como resultado un equilibrio económico entre prestaciones, sino que tan sólo tiende a la consecución de éste. La aparición de un vicio en la cosa descubre un desequilibrio no querido entre las prestaciones, puesto que el precio se determinó en función de que aquél no existía. Son las normas de saneamiento por vicios ocultos las que, utilizando como punto de referencia el precio del mercado (criterio objetivo) y respetando el equilibrio querido por las partes por haber libertad de precio, permiten restaurar el equilibrio contractual, bien eliminando la falta de equivalencia (acción redhibitoria), bien recuperando ésta (acción estimatoria). Por todo esto es, por lo que estas normas son calificadas de *normas causales*.

El resto de este Capítulo III, la autora lo dedica a constatar como las normas de saneamiento por vicios ocultos no son las únicas normas causales, con que cuenta el Código Civil. Lo son, por ejemplo, las de los artículos 1460.2, 1483 del Código Civil, etc. También analiza el concepto de vicio oculto, en cuanto determinante de la «lesión» del comprador, así como el funcionamiento de la acción redhibitoria y de la estimatoria. Por último, recorre los diferentes negocios jurídicos, en los que se aplica el saneamiento por vicios ocultos, ya porque lo diga un artículo del Código Civil, ya porque la doctrina así lo entienda, especificando en que casos la aplicación del remedio edilicio responde al principio de onerosidad, y en cuales no.

5. En el Capítulo IV, el más breve de la monografía, cambia la perspectiva de análisis: los defectos de la cosa se ven desde el punto de vista de las obligaciones del vendedor. De manera rotunda la autora niega, que las acciones edilicias sean una respuesta al incumplimiento del vendedor por no haber entregado cosa sin vicios. Para justificar su postura parte de una distinción, que considera clave en este punto: la de compraventa genérica y la específica. En la primera puede hablarse de incumplimiento, si se entrega una cosa carente de las cualidades del género, y el comprador la rechaza; pero no lo hay, si aparecen vicios en la cosa, una vez que el comprador aceptó. En la segunda, la específica, no puede afirmarse que el vendedor incumplió, si éste entregó la cosa designada en el contrato y aunque ésta adolezca de defectos. Lo impide la exigencia de identidad en el pago.

También rechaza trasladar a nuestro ordenamiento la polémica, que surgida en relación al Codice Civile de 1865, continúa la doctrina italiana en relación al vigente de 1942. Se trata de aquella que distingue entre vicio, defecto de calidad y *aliud pro alio*, en cuanto que determina un distinto régimen jurídico de protección al comprador. Finalmente plantea, en qué medida las cualidades de una cosa son elementos de configuración del objeto, en la compraventa de cosa específica. Cuestión doctrinal, en la que la autora considera correcta una respuesta negativa. A su parecer, las coordenadas de espacio y tiempo son suficientes para la delimitación de la prestación debida.

6. En el Capítulo V, último del libro, se analiza el conocido tema de la relación entre error/vicios ocultos. Sobre él nuestra doctrina ha destacado, que un mismo caso pueda encajar en uno y en otro concepto. La autora expone aquí, como se ha desenvuelto a lo largo de la historia aquella relación, y como se ha producido ese solapamiento entre error/vicios ocultos, en relación al Código Civil.

En cuanto a la historia, se comienza con la doctrina de derecho común. Esta diferenciaba entre un error en la sustancia, cuya consecuencia era la nulidad, y un error en las cualidades accidentales de la cosa, que daba lugar a la reparación del daño; los vicios ocultos se contemplaban separadamente. Los iusnaturalistas concibieron de manera más amplia el error que permitía la impugnación, abarcando el error *in corpore*, *in substantia* y en las cualidades accidentales. No obstante ello, tampoco concibieron los vicios ocultos como un supuesto de error. Por último, se exponen las diferentes interpretaciones sostenidas por los exégetas franceses, a propósito del artículo 1110 del Código Civil francés. La autora señala, cómo estos autores diferencian el error del artí-

culo 1110 de los vicios ocultos, pese a que a veces es defendida una noción de error, que implica una confusión con los vicios ocultos.

En cuanto a, si con nuestro Código Civil puede o no defenderse una identificación entre el error y los vicios ocultos, la autora afirma, tras haber analizado los puntos de coincidencia, que a una misma «relación jurídica» se la puede aplicar ambas nociones. Ello da lugar al fenómeno conocido de concurrencia de acciones, planteándose de inmediato el tema de la admisión o de la negación de su acumulación. Tema en el que la doctrina ha sostenido ambas posibilidades, todas con argumentos de peso, y en el que la autora se decanta por la afirmativa. Solución favorable a la acumulación, que también es la defendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

7. A nuestro parecer, y así lo resalta la autora, la principal aportación de esta monografía al actual estado doctrinal sobre la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos es la perspectiva, en que se sitúa la investigación.

Cuando un profano se acerca al estudio de la naturaleza de las acciones edilicias se encuentra, con que su enfoque de análisis ha consistido en conectar aquellas acciones con alguna acción general (incumplimiento/error). Lo que de inmediato conduce al planteamiento de problemas de deslinde entre acciones en el marco del conjunto de remedios, que el Código Civil ofrece al comprador insatisfecho. Y lo que también plantea, presu- puesto ya el fundamento de las acciones edilicias en la categoría del incumplimiento o en la del error, la cuestión de la admisión, o de la negación, de la acumulación entre acciones. Frente a esta usual perspectiva de estudio, la autora nos resalta el papel protector, que de la economía de un contrato desempeñan las acciones edilicias. Idea que si estaba apuntada en nuestra doctrina, no tenía, desde luego, el desarrollo que aporta la presente obra.

Añádase a esto, el que en un mismo trabajo se analicen los distintos negocios, a los que le son aplicables el régimen del saneamiento por vicios ocultos, en el marco del Código Civil. Lo más normal es, que los estudios que tratan del saneamiento por defectos en la cosa limiten su investigación al contrato de compraventa. En definitiva, nos encontramos ante una importante obra de encuadre dogmático. Obra, a propósito de la cual nos ha surgido la siguiente y breve reflexión.

Posiblemente sea correcto calificar las acciones edilicias de acciones poliédricas. Es decir, son acciones que pueden verse desde muchos y diferentes puntos de vista. Todos arrojan una parte de verdad, pero no pueden hacernos olvidar la que muestran los otros. El ser consciente de todos estos posibles enfoques es provechoso, en cuanto que permite llegar a comprender el actual significado de las acciones edilicias como remedio protector de los compradores.

Por otra parte, es curioso constatar, cómo unas acciones que surgieron con una finalidad muy concreta, la de proteger a los compradores de esclavos y de animales en los mercados, hoy constituyen uno de los posibles ejes, a través del cual se puede constatar en qué medida el ordenamiento español protege a los compradores. Es claro, que cuando los Ediles Curules crearon estas acciones, lejos se encontraban sus pensamientos de toda la serie de problemas de carácter dogmático, que a propósito de aquellas tiene hoy por hoy planteados la doctrina.

Téngase en cuenta, además, otra cuestión adicional. La frecuencia con que los vendedores o fabricantes ofrecen garantías a los adquirentes de determinados bienes, garantías que en algunas ventas impone la ley (cfr. art. 11 LGDCU), da lugar a la pregunta de qué relación debe mediar entre esa garantía y el saneamiento por vicios ocultos.

Y, por último, tampoco habría que olvidar las reglas especiales, que el Código de comercio establece en materia de saneamiento por vicios ocultos para las compraventas mercantiles (cfr. arts. 342 y 345 CCO). La complejidad del tema resulta, pues, evidente.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA, NUMEROS 11-12 DE 1991

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, en sus números 11-12 de 1991, recoge bajo el título «Reformas del Código Civil 1990-1991», la primera aportación doctrinal en relación con las últimas modificaciones del Código Civil a través de las leyes 11/90, 18/90 y 1/91.

El punto de unión que justifica el tratamiento monográfico, es la novedad. La obra, fruto de la colaboración de varios autores, responde a la consigna de «salir cuanto antes a la calle», de ahí la diversidad de tratamiento, en cuanto a profundidad en los temas se refiere, que cada autor realiza en su aportación; lo que no resta en absoluto interés a la obra. Precisamente, éste radica en constituir una primera aproximación seria de la nueva regulación y sus posibles consecuencias.

La primera aportación viene de la mano de Angel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, quien aborda el principio de no discriminación por razón de sexo, principio que inspira la modificación que supone la Ley 11/90, y que no en vano integra el título de la misma. El autor determina el alcance del derecho a la igualdad constitucionalmente consagrado en el artículo 14 CE, teniendo presente la doctrina del Tribunal Constitucional, y lo proyecta sobre las relaciones civiles cuya desigualdad de trato se pretende salvar con la nueva normativa.

Una vez establecido el alcance del espíritu que guía la norma, los demás autores que colaboran en este trabajo, por lo que a la Ley 11/90 se refiere, se encargan de examinar cada uno de los preceptos reformados incorporados a través de la nueva legislación.

Miguel Amores Conradí, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), se ocupa del análisis de la nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio, artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, concluyendo en una valoración en términos generales positiva de la misma, si bien no ahorra críticas en algunos puntos oscuros que no despeja la Ley.

De las consecuencias de la nueva redacción del artículo 9 del Código Civil, en cuanto a los efectos del matrimonio se refiere, y dentro del plano de la vecindad civil, que resulta aplicable por vía de la remisión que a esta norma realiza el artículo 16.3 del Código Civil, trata la aportación de Clara Asúa González. Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco.

Saliendo ya de las reformas del título preliminar del Código Civil, Isabel Hernando Collazos, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco analiza la nueva redacción que al Código Civil, dan los artículos 2 (1066 y 1267), 5 (648.1.º, 648.2.º, 1924.2.º-B y 754 del Código Civil), 6 (756.1.º del Código Civil), 7 (852 del Código Civil) y 8 (853.3.º del Código Civil), de la Ley 11/90. Estos artículos eliminan la discriminación por razón de sexo que se producía antes de la reforma en materias tan diversas como las sucesiones, las donaciones, la prelación de créditos y los contratos.

En materia de derecho de familia, también se reforman algunos preceptos. Al artículo 93 del Código Civil se le añade un segundo párrafo referente a los alimentos debidos a los hijos mayores de edad o emancipados. Del estudio de este precepto, se ocupa Antonio Cobacho Gómez, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.

También dentro del derecho de familia, se modifica el artículo 159 del Código Civil, en relación con la custodia de hijos menores de edad cuando los padres viven separados. El análisis de este precepto corre a cargo de Pilar Benavente Moreda, Profesora Titular Interina de Derecho Civil de la UAM.

José Ordóñez Cuadros, notario, colaborador de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), dedica su aportación a los artículos 1065 y 1066 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 11/90.

La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/90 de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, es tratada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Catedrático de Derecho Civil de la UAM, y supone una consideración global de cómo queda configurado el derecho interregional en materia de vecindad civil tras las modificaciones legales. Esta aportación, se recoge en la segunda parte de la obra.

La tercera parte de la obra se dedica a la nacionalidad y cómo queda configurado su tratamiento jurídico tras la reforma operada por la Ley 18/1990.

El primer comentario, relativo a los artículos 17, 18 del Código Civil, es realizado por M.^a Angeles Parra Lucán, Profesora titular de Derecho Civil de la UAM, quien bajo el sugerente título de «atribución provisional de la nacionalidad y nacionalidad aparente», nos ofrece un análisis crítico de dos de los artículos más polémicos de la ley.

En el siguiente trabajo María Díaz de Entre-Sotos, Profesora titular de Derecho Civil de la UAM, comenta el artículo 19 del Código Civil. Bajo el título «nacionalidad y adopción», la autora aborda el alcance del nuevo precepto, relativo a la filiación por adopción y su tratamiento en materia de nacionalidad.

De la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española por opción, que aparece en varios artículos del Código Civil (arts. 17.2.b); 19.2; 20) se encarga Nazareth Pérez de Castro, Profesora Titular de Derecho Civil de la UAM.

Otra de las posibles alternativas que brinda el Código Civil para adquirir la nacionalidad española, es a través de la residencia. Fernando Reglero Campos, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, dedica a ello su aportación, de una manera extensa. El autor desgana en las páginas de su comentario el difuso concepto de residencia y establece los parámetros necesarios para reputar cuando estamos o no antes una residencia en los términos exigidos actualmente por el Código Civil.

Por su parte, en materia de pérdida voluntaria de la nacionalidad española, José Javier Hualde Sánchez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, dedica su comentario a un breve examen del artículo 24 del Código Civil.

Ana Seisdedos Muiño, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, contribuye con un estudio sobre la pérdida de la nacionalidad que se produce por sanción.

Las aportaciones doctrinales en materia de nacionalidad concluyen con la de Federico Rodríguez Morata, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, quien hace un tratamiento pormenorizado de la nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/90 de Reforma del Código Civil.

Siguiendo con la Ley 18/90, pero fuera ya de la nacionalidad, su disposición adicional incluye la modificación del artículo 35 de la Ley del Notariado. Del análisis de la misma y de cómo se configuran en nuestro ordenamiento las comisiones rogatorias extrajudiciales se encarga M. Angel Vicente Martínez, notario, cuya aportación constituye el cuarto apartado de la obra.

Por último, otra ley ha venido a modificar los Códigos Civil y Penal, en materia de responsabilidad civil del profesorado, Ley 1/1991 de 7 de enero, que constituye la última reforma de que se ocupa la obra objeto de esta recensión. Del estudio del cambio que afecta en esta materia a los artículos 1903 y 1904 del Código Civil se ocupa Silvia Díaz Alabart, Catedrática de Derecho Civil de la UCM.

SANCHEZ GONZALEZ, M. P.: «Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8.^a», Ed. Trivium (Madrid, 1991), 131 págs.

Esta reciente publicación es el trabajo más destacado de la Prof. María Paz Sánchez González, docente en la Facultad de Derecho de Jerez (Universidad de Cádiz) y conocida ya en esta Revista por sus frecuentes colaboraciones [cfr. su artículo «Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho Civil: Estudio del artículo 149.1.8.^a de la Constitución», en *ADC*, IV (1986), pp. 1121 y ss., y sus reseñas en la sección «Jurisprudencia del Tribunal Supremo»].

El libro que llega a estas páginas trae causa de la tesis de la autora, defendida en 1989, por la que obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado. Se trata de una monografía que versa sobre un tema extraordinariamente complejo pues constituye un intento de determinación en nuestro ordenamiento jurídico de lo que sean las «bases de las obligaciones contractuales» al objeto de clarificar sobre qué aspectos de la materia contractual tiene competencia exclusiva el Estado en el sentido del artículo 149.1.8 del texto fundamental. El precepto, de redacción más que confusa, dice: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. En todo caso [...] *bases de las obligaciones contractuales* ...» Naturalmente la consecución de la finalidad perseguida implica la clarificación simultánea de las materias contractuales sobre las que *no* tienen competencia legislativa las Comunidades Autónomas.

Se advierte enseguida la trascendencia práctica del estudio y, como he señalado, la particular dificultad que su elaboración entraña. Así, cuando la autora señala en la «Introducción» que el problema relativo a la determinación de las «bases de las obligaciones contractuales» se encuentra «en constante elaboración», cuando destaca su condicionamiento por «los factores de índole económica vigentes en el país», cuando se refiere al «enorme peso de prejuicios y objetivos extrajurídicos» en esta materia, no hace más que rendir honor a la verdad. Añadamos a ello la dificultad suplementaria que supone para quien se dedica al estudio del Derecho Civil la utilización de categorías *iuspublicitas* —imprescindibles en un trabajo que tiene su punto de partida en el texto constitucional— y nos situaremos en la perspectiva adecuada para valorar esta investigación.

La monografía se divide en dos capítulos de diferente extensión. El primero, más breve, lleva por título «“Bases de las Obligaciones Contractuales” y la noción formal de Bases, como instrumento de atribución de competencia entre Poder Central y Comunidades Autónomas». Tomando como referencia la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional trata en él la Prof. Sánchez González de precisar la noción de «base». Para ello se acerca al sistema de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, sienta el concepto de «competencia exclusiva» en uno y otro caso y concreta para el segundo los límites generales que encuadran la potestad normativa de los Parlamentos autónomos. Finalmente se detiene en los problemas que entraña la determinación de la competencia sobre la legislación civil y, particularmente, sobre las «bases de las obligaciones contractuales». Al término de este recorrido está en condiciones de deducir algunas consideraciones fundamentales en torno al concepto de «base» tal y como éste ha venido delimitándose, sobre todo, por la jurisprudencia constitucional. Permítaseme transcribirlas: «1. Se considera que una norma es básica cuando afecta al interés general, y es esta incidencia sobre el interés general el factor que determina la necesidad de una regulación uniforme. 2. A través de la reserva estatal en materia de bases, se pretende conseguir la igualdad a que se refiere el artículo 149.1 de la Constitución. 3. No puede establecerse una equiparación entre bases y leyes marco. 4. El térmi-

no “bases” hace referencia a las directrices de la respectiva materia. 5. El concepto de bases ha de ser entendido en sentido material: no sólo podrán inducirse bases de las leyes, sino, también, de los reglamentos ejecutivos de las mismas. 6. Estas bases habrán de tener una cierta estabilidad, dado su carácter general y fundamental respecto de la ordenación de la materia. 7. Las bases, por regla general, atienden a aspectos estructurales más que coyunturales. 8. Todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica, debe ser entendido asimismo como básico, por vía de consecuencia o conexión. 9. Una vez determinadas las bases de las obligaciones contractuales, las Comunidades Autónomas no podrán dictar las normas que impliquen un *novum* en el contenido contractual. 10. El Estado no puede regular tan minuciosamente las bases que no quede campo alguno a las Comunidades Autónomas en la regulación de las respectivas materias. 11. Las condiciones generales de la contratación son bases a los efectos del artículo 149.1.8.^a. 12. En última instancia será el Tribunal Constitucional quien determine si algo es o no básico» (pp. 36-37).

Sobre estas conclusiones define la autora un «concepto constitucional de bases» o, dicho de otro modo, una noción genérica en al que se recogen los caracteres esenciales que, a juicio del Tribunal Constitucional, ha de reunir un precepto para que se le pueda calificar de básico. Así será «base» «aquella norma que, por afectar al interés general, implanta, con una cierta estabilidad, las directrices de la respectiva materia, a través de la regulación de los aspectos estructurales de la misma, con objeto de conseguir la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, debiendo considerarse también base todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de tal institución» (p. 37). El problema es que esta noción resulta exageradamente abstracta y, por lo mismo, escasamente operativa en la práctica, inidónea para conducir a los concretos principios obligacionales que —valga la redundancia— sobre la base de ese concepto de «base» puedan ser calificados de «básicos». Sin embargo, no es baldío el trabajo realizado pues la noción acuñada juega un papel principal en la metodología de trabajo a que la Prof. Sánchez González se somete: opera como elemento de contraste de los particulares principios obligacionales que por otra vía —es el tema del capítulo segundo— se puedan obtener: éstos serán «básicos» si encajan en el concepto constitucional de «base» definido.

El capítulo segundo —«Determinación del contenido material de la noción “bases de las obligaciones contractuales”»— recoge lo que propiamente puede considerarse la contribución personal de la autora a tan difícil tarea. A lo largo de 79 páginas se intenta dotar de contenido material la noción de «base» ya fijada. Para ello se hace necesario precisar unos concretos principios contractuales según un método inductivo que se aplica a la legislación civil y económica actualmente en vigor. La autora se cura en salud advirtiendo que no pretende obtener una relación completa y exhaustiva de los principios rectores de la contratación, por lo que su estudio tendrá sólo un «valor indicativo o aproximativo» (p. 41). Además, una inteligente «larga cambiada» le permite obviar dificultades que quizá hubieran llevado la investigación a un punto muerto: aquellos aspectos de la materia contractual reconducibles a la competencia del Estado en razón de expedientes distintos al del artículo 149.1.8 quedan al margen a la hora de determinar la sustancia de las «bases de las obligaciones contractuales». Por ese procedimiento se despejan del campo de estudio el pago de las deudas pecuniarias (art. 149.1.6 y 149.1.11); los preceptos relativos a la prueba de las obligaciones (art. 149.1.6); las normas reguladoras de la capacidad (art. 10.1, 139.1 y 149.1.1) y los principios de la contratación que integran el concepto de orden público económico, relacionado con las «bases» para la planificación económica del artículo 149.1.13 de la norma suprema.

El rastreo de principios básicos en materia de obligaciones contractuales comienza por la Constitución donde cabe detectar preceptos de carácter económico —no se olvi-

de la influencia del Derecho económico en la dogmática de la obligación— tanto de corte liberal como socializante. Su generalidad obliga al exámen de la legislación ordinaria que es la que concreta y aplica el sistema económico —si es que de tal puede hablarse— de la ley fundamental: «[...] el sistema de Derecho patrimonial privado que viene funcionando en la práctica, no sólo actúa como un *prius* del modelo que consagró la Constitución (en el sentido de que el legislador constituyente hubo de tener en cuenta la realidad preexistente), sino que, además, redefine ese modelo constitucional al aplicarlo. De ahí la necesidad de descender a la legislación ordinaria para dotar de contenido material a los mandatos y expresiones constitucionales» (p. 52). En ese nivel normativo brilla con luz propia el Código Civil. ¿Cuáles son las «bases de las obligaciones contractuales» que se detectan en ese cuerpo legal? A juicio de la Prof. Sánchez González éstas serían:

- El principio de autonomía de la voluntad (art. 1255).
- El principio espiritualista (art. 1278 y ss.).
- La eficacia obligacional del contrato (art. 609).
- El principio de obligatoriedad de los contratos (art. 1258 y 1278).
- El principio de la buena fe (art. 1258).
- El principio de seguridad jurídica, entendido como eficacia del contrato celebrado.
- Las normas reguladoras de la responsabilidad por incumplimiento (art. 1101 y siguientes).
- Los requisitos esenciales del contrato (art. 1261) en cuanto elementos estructurales del mismo.
- Los regímenes de ineficacia.

Pero es evidente que la legislación ordinaria no se agota en el Código Civil. Por eso prosigue la búsqueda de «bases de las obligaciones contractuales» en leyes civiles extramuros del Código. Por más que sean especiales, la tendencia —presente en todas ellas— a convertirse en disciplina general sugiere su consideración a los efectos perseguidos. Razones de orden y un propósito sistematizador aconsejan una clasificación de estas normas en dos grandes grupos: leyes especiales por razón de la materia y leyes de ámbito territorial restringido. Las pertenecientes al primer grupo son aquellas que, generalmente aplicadas desde el punto de vista de su eficacia territorial, se limitan a regular un determinado aspecto de las relaciones patrimoniales. Sólo interesan, naturalmente, las leyes contenedoras de preceptos que «por su importancia, carácter fundamentador, por su fuerza de irradiación, etc.» (p. 88) merezcan la consideración de «bases de las obligaciones contractuales». Por su carácter paradigmático, y en la línea indicativa que preside todo el trabajo, únicamente se analizan la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 y la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980. El artículo 10 de la primera norma, relativo a las condiciones generales de los contratos y los artículos 2, 3, 6, 8, 20 y 24 de la segunda, tendentes todos ellos a proteger al contratante más débil con el fin de salvaguardar su libertad real en la prestación del consentimiento se califican como «bases de las obligaciones contractuales». Por otra parte, todas estas normas pueden reconducirse al Código Civil, bien como desarrollo de los principios en él contenidos (vid. las normas sobre interpretación de los contratos), bien como adaptación de los mismos a circunstancias impensables en 1889 (vid. El principio de protección del consumidor frente a las condiciones generales de los contratos).

Mucho más problemática es la detección de «bases de las obligaciones contractuales» en las leyes de ámbito territorial restringido pues parece que el concepto de «base» es incompatible con regulaciones normativas de vigencia territorial limitada. La Prof. Sánchez González apunta la posibilidad de que en las Compilaciones existan «bases de

las obligaciones contractuales» e incluso propone un significado multívoco para el término «bases» según que se trate de las «bases de las obligaciones contractuales» o de las otras «bases» del artículo 149: la generalidad sería nota predicable sólo de las segundas «bases» y no de las primeras. Creo que esta última apreciación carece de sólido fundamento entrando en conflicto además con la noción formal de «base» acuñada (p. 37) e incluso con la metodología de trabajo a que la autora declara querer ceñirse (p. 38). En contra de la opinión de la Dra. Sánchez González considero que con la atribución al Estado de competencia exclusiva en esta materia se persigue, sobre todo, la uniformidad de la legislación por razones eminentemente prácticas pues un mercado unitario —como el que la Constitución consagra— requiere que los aspectos «básicos» del tráfico jurídico-privado sean también unitarios, es decir, generalmente vigentes. Sin embargo, no puede negarse que, al apuntar la posibilidad antedicha, pone la autora el dedo en la llaga: llega al núcleo del problema de las «bases de las obligaciones contractuales», un problema cuya solución —si la hay— tendría que rebasar los límites de lo estrictamente jurídico. Si, como se mantiene en el libro, la rescisión por lesión en Cataluña o en Navarra forma parte de las «bases de las obligaciones contractuales» en cuanto constituye un elemento fundamental del sistema contractual vigente en esos territorios (pp. 106-107): ¿queda por ello sustraída a la competencia autonómica pues «en todo caso» compete al Estado la regulación de esa temática? Es eso exactamente lo que pensaba el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana en el Congreso al presentar la enmienda n.º 183 al artículo 138.7 del Anteproyecto de Constitución. La enmienda —que fue rechazada— respondía al propósito de neutralizar esa drástico consecuencia. Sin entrar en el fondo del asunto, Sánchez González plantea sólo el problema eludiendo un pronunciamiento rotundo al respecto (p. 102).

Resulta de gran interés el estudio de la legislación autonómica en su relación con las «bases de las obligaciones contractuales». La normativa autonómica no puede regular una materia básica. Sin embargo, cabe que llegue a hacerlo por razón del vínculo que pudiera unirla con otra materia objeto —ésta sí— de la competencia legislativa del Parlamento autónomo. Estaríamos entonces ante las llamadas «materias conexas» que la autora conceptúa e ilustra acudiendo a ejemplos relevantes: las Leyes Autonómicas de Protección de Consumidores y Usuarios, la Ley Catalana de Ventas Especiales de 18 de febrero de 1983 y la Ley de Reforma Agraria andaluza de 3 de julio de 1983. La virtualidad de la teoría de las «materias conexas» se concreta en una relativización de las normas distributivas de competencias que puede afectar a las «bases de las obligaciones contractuales». «Por esta vía —concluye— los Parlamentos autonómicos a través de sus leyes pueden incidir sobre el contenido material de las “bases de las obligaciones contractuales”» (p. 114).

Cierra el trabajo una reflexión final que realza el valor del Código Civil: en él se encuentran las principales bases de la contratación. El Derecho extracodificado no socava su papel fundamental limitándose a completarlo, enriquecerlo y adaptarlo a las nuevas necesidades. Puede que las concretas «bases de las obligaciones contractuales» señaladas hayan perdido vigencia en nuestros días. Si eso es así, se debe a la innegable transformación de la circunstancia socioeconómica que fuerza a su vez una adecuada transformación de los postulados básicos del Derecho contractual. Hay evolución pero no ruptura. La conclusión es, pues, abierta. Otra cosa no se compadecería ni con los imprecisos contornos de la noción estudiada ni con los condicionantes políticos y económicos de los que depende.

La apoyatura bibliográfica de la investigación es sólida y la relación ordenada de las sentencias citadas en el texto, que aparece al final del volumen, muestra el concienzudo esfuerzo de la autora. Las, quizá demasiado frecuentes, erratas de impresión (vid., pp. 77, 80, 162...) y el abuso de ciertas muletillas [«que duda cabe» (pp. 57, 80,...), «se

va a ...» seguida de un verbo en infinitivo (pp. 43, 50, 67, 68...) no restan valor a la obra si bien aconsejan, para futuros trabajos, una revisión tipográfica y literaria más cuidada.

Añadiría, finalmente, que es necesario felicitar a la Prof. Sánchez González por su arrojo y por su temple: estrenarse con una monografía sobre las «bases de las obligaciones contractuales» es comparable a una alternativa en la Maestranza de Sevilla con toros de Miura. Jurista y andaluza, la Prof. Sánchez González lo entiende.

REGINA GAYA SICILIA

SOLDEVILLA VILLAR, Antonio D.: «Derecho Agrario. Lecciones para un curso», Vol. I, Parte General, Valladolid, 1991.

El presente libro, según refiere el mismo autor, es el volumen primero de una anunciada trilogía sobre el Derecho Agrario, la cual, una vez esté finalizada, ofrecerá al estudioso en materia agraria, un *Curso completo de primer orden, que aportará, sin duda alguna, «una visión general y amplia de todo el contexto agrario»,* y contribuirá a la revitalización de una rama de nuestro derecho que tiene un interés social, jurídico y económico trascendental, y en la que se están poniendo en práctica, los compromisos adquiridos por España al entrar en la Comunidad Económica Europea.

Este primer volumen, como «primera entrega», de lo que será el *Curso completo*, presente el tema y lo centra recurriendo a planteamientos de carácter general, que lejos de resultar inútiles, son el instrumento más eficaz para ofrecer un encaje específico al Derecho Agrario. Así, el autor, con un profundo conocimiento, tanto del Derecho Agrario, como de las instituciones del Derecho Civil relacionadas con el mundo agrario, con un estilo claro, breve y sencillo —no en vano es un *Curso*— nos hace disfrutar de la lectura de las IX lecciones en las que se divide el libro, a las que brevemente, y para no privar al lector de sus impresiones personales en el estudio del mismo, nos vamos a referir.

Parte el autor, en la primera de las lecciones, de una introducción general sobre el Derecho Civil y su formación histórica, tanto como Derecho común general, como Derecho supletorio, en aquellas materias y para aquellas regiones, en las que por la previa existencia de unos Derechos forales, en la actualidad, las Comunidades Autónomas, «conservan, modifican y desarrollan» la legislación civil. Derechos forales, que tras la promulgación de la Constitución Española, han encontrado una protección jurídica y un respeto social.

Tras este necesario planteamiento inicial, en el que no falta una referencia a las fuentes del derecho y a la eficacia de la ley, el autor centra de lleno al lector en el Derecho Agrario, y mediante un análisis riguroso, enfoca el problema de la autonomía o especialización de esta disciplina, respecto de otras ramas del derecho, como el Derecho Civil o el mercantil. Y a pesar de que no cuestiona la conveniencia de su independencia, reconoce que «no ha llegado todavía la hora de la plena autonomía o especialización de nuestra ciencia y aún estamos en una especialización, aunque muy acusada, del derecho civil español».

Por ello, con este afán de encontrar un lugar propio a esta disciplina, es por lo que justifica que en la siguiente lección, se aborde por el autor la relación existente entre el Derecho Agrario y la Reforma Agraria, que lejos de confundirse, «hay entre ellos diferencias fundamentales. «La Reforma Agraria desde Roma hasta nuestros días, ha tenido como fin principal, la redistribución de la tierra, sirviéndose de medidas políticas, sociales, económicas, administrativas y sociológicas, que si bien son el desarrollo de un

instrumental jurídico, contenido en el Derecho Agrario, van mucho más lejos que éste. Aunque, actualmente, en España, la Reforma Agraria haya asumido el papel canalizador de posibles soluciones, no únicamente de la propiedad de las tierras, sino del desarrollo del sector agrario, y una muestra de ese papel decisivo de la Reforma Agraria, son la Ley de 3 de julio de 1984 sobre Reforma Agraria andaluza; la Ley de Reforma Agraria extremeña; la Ley sobre Banco de tierras en Aragón y la Ley de Concentración Parcelaria de Castilla y León de 28 de noviembre de 1990.

Junto con los problemas de la Reforma Agraria, no podía faltar en el libro, un estudio del Derecho de propiedad a la luz del artículo 33 de la Constitución española, que da pie al autor, para relacionarlo con la tenencia de la tierra en las distintas formas en que ésta puede ser ostentada por el responsable de su utilización; lo que da lugar a una completa clasificación abordada desde tres puntos de vista: por el ámbito de poder del tenedor; por el modo del ejercicio de la tenencia; por la extensión del ejercicio y por la naturaleza empresarial del tenedor. Tras la cual, se deja sentir la opinión del autor, que extrae la lógica conclusión de «que la forma más apetecible sea el ejercicio directo de la actividad y la titularidad de la tierra como propietario de la misma», situación, hacia la que sería bueno que convergieran las demás modalidades de ejercicio y tenencia de la tierra.

Tras el planteamiento general de las relaciones entre el Derecho de propiedad y la del ejercicio de la agricultura, volvemos a encontrarnos con el estudio de un profundo conocedor del Derecho civil, que aborda dos instituciones esenciales de esta disciplina: el dominio y los derechos reales y las servidumbres; estudio que se engarza de nuevo, con el Derecho Agrario: la titularidad agraria; los arrendamientos rústicos y las aparcerías, como distintas formas de tenencia de la tierra a las que hace referencia en la lección cuarta.

En conclusión, estamos ante la primera parte de un trabajo de fácil lectura, que inicia, con una gran claridad, en el mundo particular del Derecho Agrario. Resulta sugerente en los temas que plantea y como primer volumen, de otros dos que nos anuncia el propio autor, centra el estudio del Derecho Agrario con una sencillez, que el lector agradecerá, sin duda alguna, por lo cual, no podemos dejar de sentirnos impacientes ante la publicación de los siguientes volúmenes, en los cuales, como anuncia el propio autor en la introducción, se va a poner en evidencia la vigencia del Derecho Agrario, pues conecta directamente con materias actuales como la protección del medioambiente; el crédito agrario; el Catastro Rústico, etc..., sin olvidar las orientaciones que la política agraria comunitaria ha llevado a cabo y su incidencia en España.

ELENA VICENTE DOMINGO
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Burgos

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de:

Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO.—I. Derecho Civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario y registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho concursal.—III. Derecho urbanístico.—IV. Derecho comunitario.—V. Derecho procesal.—Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. DE LOS MOZOS, José Luis: «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *RDP*, julio-agosto, 1991, pp. 587 y ss.

2. DIAZ-AMBRONA, María Dolores: «El silencio en la teoría del negocio jurídico» (notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990), *Actualidad Civil*, n.º 48 de 1991, pp. 667 y ss.

3. LOPEZ MEDEL, Jesús: «Alonso Martínez en el proceso codificador civil e hipotecario», *RCDI*, n.º 608, enero-febrero, 1991, pp. 145 y ss.

4. LUCAS FERNANDEZ, Francisco: «Filiales y sucursales y control de cambios», *RDP*, octubre, 1991, pp. 795 y ss.

5. MARTINEZ DORAL, José M.ª: «Sociólogos, juristas, filósofos. Una metodología de la ciencia del Derecho», *RDP*, julio-agosto, 1991, pp. 610 y ss.

6. NUÑEZ VIDE, J. L.: «Panorámica sobre el Derecho foral gallego», *Actualidad Civil*, n.º 15 de 1992, pp. 205 y ss.

7. PANIAGUA REDONDO, Ramón: «La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», *RDJ*, n.º 4 de 1991, pp. 921 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA

8. BICERIEGO GONZALEZ-CAMINO, Ignacio: «Consideraciones sobre los parlamentarios como posibles autores de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982», de 5 de mayo, *La Ley*, 1991-4, pp. 1195 y ss.

9. CASAS VALLES, Ramón: «Defensa del honor. Honor y procesos judiciales. Ambito de aplicación de la LO 1/1982: Hechos anteriores (¿retroactividad?). Caducidad de la acción. Comentario a la STS de 20-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 481 y ss.

10. GUTIERREZ-SOLAR Y BRAGADO, Eduardo: «Consideraciones jurídicas sobre el derecho moral de los autores de películas y la publicidad emitida durante su teledifusión», *La Ley*, 1991-3, pp. 1089 y ss.

11. MIRALLES GONZALEZ, Isabel: «La prohibición de trato desigual. Interdicción de la discriminación por razón de edad. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1991, 69/91)», *RJC*, n.º 4 de 1991, pp. 983 y ss.

12. PADIAL ALBAS, Dora: «La presunción de vida en la declaración de fallecimiento», *RDP*, diciembre de 1991, pp. 1003.

13. ROGEL VIDE, Carlos: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, n.º 22, junio de 1991, pp. 81 y ss.

Análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales en torno al concepto, titularidad y naturaleza de los derechos y libertades enunciados en el título de este trabajo, así como de la colisión entre unos y otras y el amparo constitucional a las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por particulares.

14. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Derecho al honor y prestigio profesional. Libertad de información. Comentario a la STS de 25-2-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 403 y ss.

15. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Libertad de información y derecho al honor. Informaciones erróneas y comprobación de la verdad o falsedad de su contenido. Comentario a la STS de 25-3-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 441 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

16. VILLASECA I MARCET, Josep M.: «Fundaciones privadas i públiques», *RJC*, n.º 1 de 1992, pp. 9 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

17. ALONSO SANCHEZ, Beatriz: «Afianzamiento de deudas futuras. Extensión de la fianza solidaria a obligaciones contraídas por el deudor fiado solidariamente con otras personas no afianzadas. Comentario a la STS de 17-12-1990», *CCJC*, enero-marzo, 1991, pp. 145 y ss.

18. AMAT LLARI, Eulalia: «Donación modal. Diferencia entre condición y modo. Consecuencias de la calificación. Comentario a la STS de 12-11-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 71 y ss.

19. ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Masovería catalana. Aparcería. Acceso a la propiedad. Aplicación de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, en Cataluña. Comentario a la STS de 12-6-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 671 y ss.

20. AURIOLES MARTIN, Adolfo: «La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones», *La Ley*, 1991-3, pp. 892 y ss.

21. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: «Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad por vicios en la construcción. Incongruencia: *reformatio in peius*. Valoración de la prueba de peritos. Comentario a la STS de 10-12-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 135 y ss.

22. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: «Protección del consumidor: garantía del fabricante; plazo de ejercicio de la acción (caducidad); indemnización (incongruencia). Comentario a la STS de 23-5-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 603 y ss.

23. BLANCO GIRALDO, Fernando: «El seguro de lucro cesante en el Derecho español», *RDM*, n.º 198, octubre-diciembre, 1991, pp. 827 y ss.

24. COLLADO GARCIA-LAJARA, Enrique: «Responsabilidad extracontractual y Derecho comunitario europeo», *Actualidad Civil*, n.º 6 de 1991, pp. 65 y ss.

25. CRISTOBAL MONTES, Angel: «Las obligaciones indivisibles en la codificación española», *RCDI*, n.º 605, julio-agosto, 1991, pp. 1883 y ss.

26. DE LEON ARCE, Alicia: «El agua como objeto de la protección medioambiental y del Derecho del consumo», *La Ley*, 1991-3, pp. 924 y ss.

27. DEL MOLINO Y NUÑEZ, M.ª del Carmen: «La responsabilidad civil del empresario por el hecho de otro: en la vía civil y penal. Consideración especial del titular o director de un taller de reparaciones de automóvil y del de un garaje», *RDP*, septiembre, 1991, pp. 709 y ss.

28. DEL VALLE PASCUAL, J. M.: «La protección inconstitucional de los arrendatarios de locales de negocio en el Derecho español», *La Ley*, 1991-4, pp. 1223 y siguientes.

29. DIEZ SOTO, Carlos Manuel: «Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. *Exceptio non adimpleti contractus*. Cláusula penal. Comentario a la STS de 9-7-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 681 y ss.

30. EGEA FERNANDEZ, J., i MIRALLES GONZALES, I.: «La protecció del consumidor i de l'usuari en la contractació civil catalana», *RJC*, n.º 1 de 1992, pp. 23 y siguientes.

31. FARRES GIBERT, Juan: «La instalación en locales arrendados de máquinas recreativas y la resolución del contrato de arrendamiento», *La Ley*, 1991-3, pp. 882 y ss.

32. FORASTER SERRA, Miguel: «Análisis de los quebrantamientos e las normas de control de cambios», *La Ley*, 1991-2, pp. 1124 y ss.

33. GARBERI LLOBREGAT, José: «Litisconsorcio voluntario. Litisconsorcio necesario: inexistencia de los supuestos de obligaciones solidarias. Comentario a la STS de 11-6-1991», *CCJC*, abril-agosto, 1991, pp. 653 y ss.

34. GARCIA RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Responsabilidad civil de los padres por el delito de su hijo mayor de edad penal pero menor de edad civil. Responsabilidad de la Compañía aseguradora no condenada en vía penal. Cosa juzgada. Comentario a la STS de 22-1-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 219 y ss.

35. GARCIA RUBIO, María Paz: «Cuenta corriente indistinta. Titularidad dominical de los fondos depositados. Nulidad de la compraventa simulada. Validez de la donación remuneratoria disimulada bajo la forma de compraventa. Comentario a la STS de 8-2-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 273 y ss.

36. GIL RODRIGUEZ, Jacinto: «Banco contra Banco: póliza *versus* sentencia», *La Ley*, 1991-2, pp. 1134 y ss.

Estudio doctrinal y jurisprudencial en torno a la preferencia, *ex* artículo 1924.3 del Código Civil, de los créditos quirografarios o que consten por sentencia judicial firme.

37. GOMEZ CORRALIZA, Bernardo: «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», *Actualidad Civil*, n.º 37 de 1991, pp. 497 y ss.

38. GOMEZ CORRALIZA, Bernardo: «Adminisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, incluidos los onerosos», *RDP*, octubre, 1991, pp. 827 y ss.

39. GOMEZ MENJOZ, María: «La protección del titular de una tarjeta de crédito en el Reino Unido», *RDBB*, n.º 42, abril-junio, 1991, pp. 321 y ss.

40. GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: «La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual», *RDP*, diciembre, 1991, pp. 1021 y ss.

41. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Responsabilidad civil médica. Comentario a la STS de 22-2-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 387 y ss.

42. LOPEZ CASTRO, A., y FERNANDEZ GONZALEZ, J. C.: «Actualización y revalorización de rentas en los contratos anteriores a la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1991-4, pp. 1098 y ss.

43. LLACER MATACAS, M.ª Rosa: «Donación remuneratoria. Venta y donación simulada: forma. Interpretación de los contratos. Derecho de retracto. Comentario a la STS de 22-1-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 209 y ss.

44. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles», *RCDI*, n.º 608, enero-febrero, 1991, pp. 63 y ss.

45. MARTINEZ SANCHEZ, Diego: «Revisión bienal de rentas urbanas», artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (I y II), *Actualidad Civil*, n.º 43 de 1991, pp. 591 y ss., y n.º 44 de 1991, pp. 615 y ss.

46. NUÑEZ IGLESIAS, Alvaro: «La donación de inmuebles encubierta como compraventa», *RCDI*, n.º 606, septiembre-octubre, 1991, pp. 1811 y ss.

47. PASCUAL ESTEVILL, Luis: «La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual», *La Ley*, 1991-4, pp. 1158 y ss.

48. RAGEL SANCHEZ, Luis F.: «Resolución de compraventa de inmuebles. Acumulación de la indemnización fijada en la cláusula penal a la indemnización de los perjuicios sufridos por la ocupación indebida de la finca con posterioridad a la resolución. Enriquecimiento injusto. Comentario a la STS de 7-12-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 107 y ss.

49. REAL PEREZ, Alicia: «Accidente laboral: responsabilidad contractual y extracontractual. Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Interrupción de la prescripción *Mutatio libelli*. Comentario a la STS de 22-2-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 285 y ss.

50. REAL PEREZ, Alicia: «*Leasing*: relación proveedor-concedente-usuario. Resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Daños y perjuicios indemnizables. Comentario a la STS de 22-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 499 y ss.

51. RODRIGUEZ MORATA, Federico: «Subcontrato de obra. Acción directa: eficacia y condiciones de ejercicio. Excepciones oponibles: pagos adelantados. Solidaridad. Comentario a la STS de 29-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 553 y ss.

52. SERRA CALLEJO, Javier: «Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero», *La Ley*, 1991-2, pp. 1082 y ss.

53. SOTO NIETO, Francisco: «Reclamación en vía civil de indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor», *La Ley*, 1991-3, pp. 1066 y ss.

54. VALLADARES ROSCON, Etelvina: «La prórroga forzosa y el Real Decreto-Ley 2/1985», *Poder Judicial*, n.º 22, junio, 1991, pp. 205 y ss.

La autora examina la cuestión de si en los arrendamientos sometidos al Real Decreto-Ley 2/1985 (por el que se suprime la prórroga forzosa en los que se concierten después de su entrada en vigor), el contrato estará sometido a la prórroga forzosa aun cuando nada digan las partes al respecto, o si tal prórroga sólo cabe en los supuestos en que expresamente se pacte. Se estudia, en especial, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 28-9-1990, y, en general, la abundante y contradictoria «jurisprudencia menor» en esta materia.

55. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Subarriendo de local de negocio y litisconsorcio pasivo necesario; resolución de arrendamiento y consentimiento tácito del subarriendo. Comentario a la STS de 11-6-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 665 y ss.

5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO Y REGISTRAL

56. BLASCO GASCO, Francisco de P.: «Modificación de elemento estructural común en propiedad horizontal. Valor del silencio. Consentimiento tácito. Comentario a la STS de 19-12-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 153 y ss.

57. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: «Propiedad horizontal: nulidad de los acuerdos de la Junta General Extraordinaria sobre obras en elementos comunes. Falta de personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios. Legitimación activa del copropietario. Buena fe. Comentario a la STS de 8-3-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 413 y ss.

58. CABALLERO ESCRIBANO, Cristóbal: «La anotación preventiva de demanda», *Actualidad Civil*, n.º 46 de 1991, pp. 641 y ss.

59. COELLO DE PORTUGAL, Iñigo: «Informatización, telefax y Registro de la Propiedad», *Actualidad Civil*, n.º 45 de 1991, pp. 631 y ss.

Estudio del Real Decreto 430/1990, de 20 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia.

60. CORRAL GIJON, José M.º: «La publicidad registral y el urbanismo», *RCDI*, n.º 606, septiembre-octubre, 1991, pp. 1857 y ss.

61. CUADRADA GONZALEZ, Carlos: «Los efectos de la hipoteca sobre los arrendamientos posteriores a su constitución», *La Ley*, 1991-3, pp. 836 y ss.

62. DE LOS MOZOS TOUYA, Juan Ignacio: «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral», *RDP*, septiembre, 1991, pp. 699 y ss.

63. DIAZ-FRAILE, Juan M.º: «La protección registral del dominio público marítimo-terrestre: falsa antinomia entre la Ley de Costas y la Ley Hipotecaria», *La Ley*, 1991-3, pp. 1004 y ss.

64. DIAZ GARCIA, Helena: «Contrato de arrendamiento sujeto a la LAU. Ejecución hipotecaria. Acción reivindicativa. Subsistencia o extinción del arriendo sobre la finca anteriormente hipotecada tras la ejecución de la garantía. Comentario a la STS de 23-2-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 297 y ss.

65. GARCIA GARCIA, J. M.º: «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella. (Crítica de la sentencia del 23-F de 1991)», *RCDI*, n.º 607, noviembre-diciembre, 1991, pp. 2225 y ss.

66. GARCIA GARCIA, Luis: «Los agentes de la propiedad inmobiliaria y el Registro de la Propiedad», *Actualidad Civil*, n.º 8 de 1992, pp. 91 y ss.

67. GARCIA TORTAJADA, J. A.: «El silencio positivo como forma de licencia y la autorización e inscripción de obra nueva», *RDU*, n.º 124, julio-agosto, 1991, pp. 21 y ss.

68. HERNANDO COLLAZOS, Isabel: «Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 95 a 100 LPI)», *RCDI*, n.º 605, julio-agosto, 1991, pp. 1793 y ss.

69. JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco: «Concesión de dominio público para construcción de un astillero, con ganancias de terrenos al mar, y propiedad privada. Inscripción registral. Comentario a la STS de 17-5-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 579 y ss.

70. LOBATO GOMEZ, J. M.: «Limitaciones del dominio privado en el litoral español», *RCDI*, n.º 608, enero-febrero, 1991, pp. 11 y ss.

71. MANZANARES SECADES, Alberto: «Tercería de mejor derecho. Anotación preventiva de embargo y crédito preferente de la Hacienda Pública. Comentario a la STS de 26-3-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 453 y ss.

72. MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Comunidad de Regantes. Naturaleza jurídica. Comunidad de bienes. Cláusula *rebus sic stantibus*. Congruencia. Comentario a la STS de 10-12-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 119 y ss.

73. PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Usucapión. Posesión pacífica y posesión de buena fe. Actos posesorios del dueño de la finca coetáneos a la posesión del usucapiente. Doble inmatriculación. Comentario a la STS de 27-5-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 631 y ss.

74. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: «Usufructo vitalicio conjunto; constitución por vía de reserva y relativo a bienes gananciales, con donación de la nuda propiedad; inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Comentario a la Resolución DGRN de 21-1-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 375 y ss.

75. ROJO AJURIA, Luis: «Préstamo con garantía hipotecaria. Depósito irregular, prenda, tercería de mejor derecho. Acumulación de acciones. Comentario a la STS de 10-1-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 197 y ss.

76. RUIZ RICO, José Manuel: «Hipoteca. Cobertura de intereses. Intereses remuneratorios y moratorios. Tercería de mejor derecho. Comentario a la STS de 12-3-1991» *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 321 y ss.

77. TAPIA HERMIDA, A. J., y GUTIERREZ GARCIA, A.: «Las obligaciones hipotecarias emitidas por particulares. Su inscripción en el Registro Mercantil y de la Propiedad y su ubicación en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores. (Comentario a la Resolución DGRN de 5 de noviembre de 1990)», *RDBB*, n.º 42, abril-junio, 1991, pp. 461 y ss.

78. TORRENT, Armando: «Protección registral del dominio marítimo-terrestre», *RCDI*, n.º 608, enero-febrero, 1991, pp. 49 y ss.

6. DERECHO DE FAMILIA

79. ALVAREZ RODRIGUEZ, Aurelia: «Inscripción en el Registro Civil español de las sentencias alemanas de divorcio sin necesidad de *exequatur*. (Comentario a la Resolución DGRN de 29 de noviembre de 1990)», *Poder Judicial*, n.º 22, junio, 1991, pp. 193 y ss.

80. AVILES GARCIA, Javier: «El artículo 1384 del Código Civil y la Sociedad de Gananciales», *La Ley*, 1991-4, pp. 1204 y ss.

81. BLASCO GASCO, Francisco de P.: «Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica», *RJC*, n.º 4 de 1991, pp. 953 y ss.

82. CORDON MORENO, Faustino: «Algunas consideraciones sobre la acción de separación matrimonial (I)», *Actualidad Civil*, n.º 7 de 1992, pp. 83 y ss.

83. CORRAL TALCIANI, Hernán: «La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines», *RDP*, marzo, 1992, pp. 195 y ss.

84. CUTILLAS TORNS, José M.ª: «La disolución de la sociedad legal de gananciales. Efectos jurídicos y posición de los acreedores frente a la misma», *La Ley*, 1991-2, pp. 1233 y ss.

85. CUTILLAS TORNS, José M.ª: «Reflexiones sobre el número 3.º del artículo 1393 del Código Civil», *La Ley*, 1991-4, pp. 1215 y ss.

86. DELGADO LOPEZ, L. M.: «Los bienes del matrimonio después de la sentencia de separación», *Actualidad Civil*, n.º 14 de 1992, pp. 197 y ss.

87. FELIP I ARROYO, Xavier: «Acogimiento familiar y Registro Civil (Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10-XI-1990)», *RJC*, n.º 1 de 1992, pp. 191 y ss.

88. GITRAMA GONZALEZ, Manuel: «Algunos aspectos civiles y canónicos de la nulidad matrimonial en el actual Derecho español», *Actualidad Civil*, n.º 12 de 1992, pp. 155 y ss.

89. GOMEZ DE LA TORRE, Marycruz: «Fecundación *posmortem*», *Actualidad Civil*, n.º 5 de 1992, pp. 45 y ss.

90. GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo: «¿Cabe la aplicación retroactiva del nuevo párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil?», *Poder Judicial*, n.º 22, junio, 1991, pp. 33 y ss.

Estudio de los problemas planteados por el artículo 93-2.º del Código Civil, redactado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, sobre el régimen de alimentos debidos a los hijos mayores de edad por sus progenitores en caso de separación, divorcio o nulidad matrimonial de éstos. Especialmente se abordan en este trabajo las cuestiones de derecho transitorio que dicha norma suscita.

91. HUALDE MANSO, Teresa: «Afianzamiento con bienes muebles comunes otorgado por cónyuge navarro casado bajo régimen de conquistas. Posibilidad de que el

cónyuge fiador pueda autorizar al acreedor para hacer efectivo el préstamo vendiendo muebles comunes. Comentario a la STS de 6-10-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 33 y ss.

92. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Aragón: alimentos; artículo 141 de la Compilación; Derecho Transitorio. Error en la apreciación de la prueba; no es admisible la alegación indiscriminada de los documentos aportados en autos. Presunciones. Aceptación de la herencia, acto personalísimo. Comentario a la STS de 21-12-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 167 y ss.

93. MASOT MIQUEL, Miguel: «División de la comunidad existente entre cónyuges separados judicialmente, respecto de un solar y chalet en el mismo edificio, comprado el primero y edificado el segundo con dinero perteneciente a ambos. Inecesariadad de aplicar la presunción de copropiedad del antiguo 3.3. de la Compilación de Derecho Civil de Baleares. Comentario a la STS de 23-11-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 79 y ss.

94. QUESADA GONZALEZ, Corona: «Acción de reclamación de paternidad: posesión de estado de hijo no matrimonial (función y elementos); prueba testifical. Comentario a la STS de 20-5-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 589 y ss.

95. RAMS ALBESA, Joaquín: «Sociedad de gananciales. Masas patrimoniales. Confesión de privaticidad de bienes. Comentario a la Resolución DGRN de 25-9-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 19 y ss.

96. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: «Filiación extramatrimonial. Intervención del Ministerio Fiscal. Audiencia del hijo en el proceso de filiación. La negativa a la práctica de la prueba biológica. Comentario a la STS de 6-2-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 249 y ss.

97. RUANO ESPINA, Lourdes: «El error de cualidad, como causa de nulidad matrimonial, en los ordenamientos canónico y civil», *RDP*, enero, 1992, pp. 3 y ss.

98. SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M. C.: «Consortorio Foral Aragonés. Ineficacia de acto de disposición *mortis causa* realizado por un consorte contra lo preceptuado en el artículo 142 de la Compilación. Acrecimiento consorcial. Comentario a la STS de 12-11-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 55 y ss.

99. SANZ VIOLA, Ana M.ª: «La sociedad de gananciales y el derecho de autor tras la Ley de 11 de noviembre de 1987», *Actualidad Civil*, n.º 9 de 1992, pp. 99 y ss.

100. SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Patria potestad. Privación. Conservación por el padre privado de la patria potestad del derecho de visita. Comentario a la STS de 30-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 567 y ss.

101. SOLSONA I CAMPS, Joan A.: «Los derechos arrendaticios del cónyuge no titular y su protección en los casos de conflicto conyugal. (Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de julio y 6 de octubre de 1989)», *La Ley*, 1991-3, pp. 979 y ss.

102. VAQUER ALOY, Antonio: «Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en el Derecho Civil de Cataluña: necesidad de interpretación conjunta.

Conflicto intertemporal de normas: aplicación de la ley más benigna. Comentario a la STS de 24-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 513 y ss.

103. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «La reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. (Especial atención a la modificación del artículo 93 del Código Civil)», *La Ley*, 1991-4, pp. 1180 y ss.

7. DERECHO DE SUCESIONES

104. CARRASCO PERERA, Angel: «Testamento; nulidad por defecto de forma. Conocimiento del testador por los testigos. Interpretación de las normas. Comentario a la STS de 25-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 525 y ss.

105. CASANOVAS MUSSONS, A., y MIRAMBELL ABASCO, A.: «Usufructo viudal abintestato. Vida manifiestamente licenciosa. Infracción de principios constitucionales. Comentario a la STS de 30-11-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 89 y ss.

106. DOMINGUEZ LUELMO, Andrés: «Legado de cosa perteneciente al testador, al gravado y al beneficiario del legado. Legado de cosa ajena. Disposición testamentaria de bienes gananciales. Comunidad posmatrimonial indivisa y partición en la que se incluyen bienes de naturaleza ganancial. Comentario a la STS de 18-3-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 337 y ss.

107. FELIU REY, M. I.: «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», *RCDI*, n.º 607, noviembre-diciembre, 1991, pp. 2261 y ss.

108. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: «La inconstitucionalidad de la preferencia masculina en la sucesión de títulos nobiliarios (I y II)», *Actualidad Civil*, n.º 41 de 1991, pp. 545 y ss., y n.º 42 de 1991, pp. 565 y ss.

109. PEREZ ALVAREZ, Miguel A.: «Derechos sucesorios. Adopción. Parentesco. Comentario a la STS de 23-5-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 613 y ss.

110. ROMAN GARCIA, Antonio: «Sobre la preferencia masculina en la sucesión en los títulos de nobleza», *RDP*, enero, 1992, pp. 52 y ss.

111. SANCHEZ CALERO, Francisco Javier: «Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *Actualidad Civil*, n.º 13 de 1992, pp. 183 y ss.

112. SIGNES PASCUAL, Mario: «La nueva regulación de la legítima en Cataluña», *La Ley*, 1991-2, pp. 1064 y ss.

Análisis de las novedades introducidas por la Ley 8/1990 en la regulación de la legítima contenida en el Capítulo IV, Título II, Libro II de la Compilación catalana.

113. SOLSONA I CAMPS, Joan A.: «Sobre la subrogació real des béns subjectes a fideicomís autoritzada per l'article 189 de la Compilació», *RJC*, n.º 4 de 1991, pp. 1127 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

114. CASADO CERVIÑO, Alberto: «Incidencia en el Derecho español de los tratados y normas internacionales sobre propiedad industrial», *La Ley*, 1991-2, pp. 1030 y ss.

115. FERNANDEZ-NOVOA, Carlos: «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *La Ley*, 1991-2, pp. 1179 y ss.

116. GARRIDO CERDA, Emilio: «La calificación registral mercantil», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 303 y ss.

117. MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen: «El derecho de información al consumidor y la Ley 33/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad», *La Ley*, 1991-4, pp. 1177 y ss.

118. OTERO LASTRES, José Manuel: «La nueva Ley sobre Competencia Desleal», *La Ley*, 1991-4, pp. 1053 y ss.

119. PINO ABAD, Manuel: «El proceso publicitario en la Ley General de Publicidad de 1988» *La Ley*, 1991-3, pp. 939 y ss.

120. REQUEIJO PACUAL, Alvaro: «El Registro Mercantil y las anotaciones preventivas», *Actualidad Civil*, n.º 47 de 1991, pp. 655 y ss.

121. RIPOLL, Rafael: «Publicidad engañosa. Tratamiento jurídico español y comunitario», *La Ley*, 1991-3, pp. 996 y ss.

122. SANTAMARIA TRILLO, Juan: «España: competencia desleal. Adaptación de la legislación interna a los principios del nuevo Derecho europeo», *La Ley*, 1991-2, pp. 1213 y ss.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

123. AGUSTIN TORRES, A. C.: «Grupos de sociedades en el Derecho español», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 233 y ss.

124. ALONSO UREBA, Alberto: «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, n.º 198, octubre-diciembre, 1990, pp. 639 y ss.

125. ANDRINO HERNANDEZ, Manuel: «Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, pp. 129 y ss.

126. ARANGUREN URRIZA, F. J., y FERNANDEZ-TRESGUERRES, A.: «El poder de representación en la sociedad anónima; poder orgánico y apoderamiento», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 265 y ss.

127. BALLARIN MARCIAL, Alberto: «Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 365 y ss.

128. BLANCO FERNANDEZ, J.: «Venta forzosa de acciones de los minoritarios en el Derecho holandés», *RDM*, n.º 198, octubre-diciembre, 1990, pp. 821 y ss.

129. CABANAS TREJO, Ricardo: «La suscripción incompleta del aumento de capital», *RDM*, n.º 198, octubre-diciembre, 1990, pp. 729 y ss.

130. CAMPO SENTIS, Luis: «Las minorías y la responsabilidad civil de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDP*, marzo, 1992, pp. 208 y ss.

131. CASERO MEJIAS, Manuel: «Introducción al Derecho de sociedades griego», *RCDI*, n.º 607, noviembre-diciembre, 1991, pp. 2109 y ss.

132. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: «Sobre la ilegalidad del artículo 123.4 del Reglamento del Registro Mercantil», *La Ley*, 1991-4, pp. 1045 y ss.

Análisis del precepto que permite inscribir en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias prohibiendo la transmisión voluntaria de las acciones durante un período de tiempo no superior a dos años, contados desde la fecha de constitución de la sociedad.

133. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: «La atipicidad de los valores mobiliarios. Valores mobiliarios híbridos», *RCDI*, n.º 605, julio-agosto, 1991, pp. 1843 y ss.

134. FERNANDEZ-MARTOS BERMUDEZ-CAÑETE, Emilio: «Contratación anterior a la inscripción registral de las sociedades anónimas y limitadas», *Actualidad Civil*, n.º 40 de 1991, pp. 539 y ss.

135. GARCIA COLLANTES, J. M.: «Sociedades unipersonales: nuevas orientaciones», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 271 y ss.

136. GARCIA CRUZ, Concepción: «Las fusiones de sociedades anónimas», *Actualidad Civil*, n.º 2 de 1992, pp. 13 y ss.

137. GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, Javier: «El derecho de suscripción preferente de los titulares de obligaciones convertibles en los aumentos de capital. Consideraciones de Derecho Transitorio», *La Ley*, 1991-4, pp. 1086 y ss.

138. GARDEAZABAL DEL RIO, R. J., y MARTINEZ FERNANDEZ, T. A.: «Fusión y aumento de capital en la sociedad anónima», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 191 y ss.

139. GARRIDO, José María: «Tácticas defensivas frente a ofertas de adquisición hostiles: la experiencia anglo-sajona», *RDBB*, n.º 42, abril-junio, 1991, pp. 355 y ss.

140. GARRIDO DE PALMA, V. M.: «El órgano de administración de la sociedad anónima», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 409 y ss.

141. GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Las adquisiciones onerosas por la sociedad anónima dentro de los dos primeros años a partir de su constitución. En torno al artículo 41 de la Ley», *La Ley*, 1991-2, pp. 1157 y ss.

142. GARRIDO DE PALMA, V. M.: «El aumento del capital de la sociedad anónima por transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en su patrimonio», *La Ley*, 1991-4, pp. 1093 y ss.

143. GOMEZA VILLAR, J. I.: «Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 103 y ss.

144. GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Representación aparente. Levantamiento del velo de la personalidad jurídica: reunión de todas las acciones de una sociedad en manos de un único socio y abuso de la personalidad. Litisconsorcio pasivo necesario. Comentario a la STS de 3-6-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 643 y ss.

145. IBAÑEZ JIMENEZ, Javier: «Estudio sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas deportivas», *Actualidad Civil*, n.º 11 de 1992, pp. 129 y ss.

146. JIMENEZ SANCHEZ, G. J.: «La adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 183 y ss.

147. JUSTE MENCIA, Javier: «El sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración, según el Real Decreto 821/1991», de 17 de mayo, *RDBB*, n.º 42, abril-junio, 1991, pp. 421 y ss.

148. LLAGARIA VIDAL, Eduardo: «Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 7 y ss.

149. MARTINEZ SANCHIZ, J. A.: «Los Estatutos sociales y su modificación», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 3 y ss.

150. MEJIAS GOMEZ, Javier: «Las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Transmisión y pignoración», *Actualidad Civil*, n.º 10, pp. 109 y ss.

151. NEILA NEILA, José M.º: «El éxito de las sociedades de responsabilidad limitada», *RDP*, enero, 1992, pp. 22 y ss.

152. NEILA NEILA, José, M.º: «La prohibición de emitir obligaciones en el anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RDP*, marzo, 1992, pp. 223 y ss.

153. PAU PEDRON, Antonio: «La publicidad registral de la Sociedad Anónima», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 49 y ss.

154. RIBERA PONT, M.º Consuelo: «Las Sociedades Anónimas Deportivas», *RCDI*, n.º 605, julio-agosto, 1991, pp. 1761 y ss.

155. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La limitación del número máximo de votos correspondientes a un mismo accionista (con especial referencia a los Bancos privados y al mercado de valores)», *RDBB*, n.º 42, abril-junio, 1991, pp. 271 y ss.

156. SOTO VAZQUEZ, Rodolfo: «Las facultades representativas de los administradores en las sociedades de capital», *Actualidad Civil*, n.º 38 de 1991, pp. 509 y ss.

El autor lleva a cabo este trabajo otorgando un tratamiento unitario al órgano social representativo de la Administración en aquellos tipos de compañías mercantiles que la regulan de un modo uniforme: Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada.

157. TARRAGONA COROMINA, Miguel: «Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de las acciones», *AAMN*, T. XXXI, 1992, pp. 63 y ss.

158. VENTURA-TRAVERSEZ HERNANDEZ, Antonio: «Sociedad comanditaria por acciones», *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, pp. 93 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

159. AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier: «Constitución y expansión de las Cajas de Ahorros», *RDBB*, julio-septiembre, 1991, pp. 745 y ss.

160. ARAGON REYES, Manuel: «Las Cajas de Ahorros ante la Constitución española», *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre, 1991, pp. 611 y ss.

161. GARCIA VALVERDE, Rafael: «Los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros: del patronato al sistema actual de representaciones», *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre, 1991, pp. 773 y ss.

162. GONZALEZ MORENO, J. M.: «La personalidad jurídica de las Cajas de Ahorros», *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre, 1991, pp. 585 y ss.

163. POMARON BAGÜES, José Manuel: «El nuevo régimen de las instituciones de inversión colectiva en España», *La Ley*, 1991-2, pp. 1253 y ss.

164. SANCHEZ CALERO, Fernando: «La identidad de las Cajas de Ahorro: pasado, presente y futuro», *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre, 1991, pp. 557 y ss.

165. SANTAMARIA PASTOR, J. A.: «Las Cajas de Ahorros ante la intervención de las Administraciones públicas: una evaluación general», *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre, 1991, pp. 629 y ss.

166. SERNA MEROÑO, Encarna: «Retracto arrendaticio urbano: no aplicación en el caso de adjudicación resultante de liquidación de sociedad. Comentario a la STS de 6-2-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 265 y ss.

167. TAPIA HERMIDA, A. J.: «La financiación externa de las Cajas de Ahorros: en particular las obligaciones subordinadas y las cuotas participativas», *RDBB*, n.º 43, julio-septiembre, 1991, pp. 687 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

168. COCA PAYERAS, Miguel: «Seguro de responsabilidad civil: condición particular lesiva; nulidad de la misma. Plazo para comunicar al asegurador el acaeci-

miento del siniestro. Contrato de adhesión. Imperatividad de la LCS. Incongruencia. Comentario a la STS de 20-3-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 427 y ss.

169. GARCIA MARTIN, Isabel: «Seguro valor a nuevo: no exige prueba de reposición; no supone enriquecimiento para el asegurado. Comentario a la STS de 25-10-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 45 y ss.

170. QUESADA GONZALEZ, Corona: «Contrato de seguro: trascendencia jurídica de la póliza y de la formalización de sus apéndices; impago del incremento de la prima: juego de la buena fe. Comentario a la STS de 22-12-1990», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 183 y ss.

171. REGLERO CAMPOS, Fernando: «Seguro voluntario de responsabilidad civil de automóviles. Condiciones generales y particulares. Exclusión de cobertura. Conducción en estado de embriaguez. Adaptación de los contratos de seguro a la LCS de 1980 y entrada en vigor de ésta. Comentario a la STS de 29-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 541 y ss.

172. RIOS MORENO, José: «La figura del tercero en el seguro voluntario de responsabilidad civil sobre vehículos de motor», *La Ley*, 1991-4, pp. 1117 y ss.

5. DERECHO CONCURSAL

173. SACRISTAN REPRESA, Marcos: «Suspensión de pagos y privilegio de los créditos salariales: ejecución al margen del procedimiento concursal; prelación frente a las deudas de la masa; plazo de prescripción de la acción para exigirlo. Comentario a la STS de 25-1-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 237 y ss.

174. SANCHEZ SOCIAS, Luis: «Las deudas de la masa (honorarios de Abogados) y los derechos del Fondo de Garantía salarial. (Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1991)», *Poder Judicial*, n.º 22, junio, 1991, pp. 173 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

175. ALLENDE, José: «Escala local y escala internacional en el conflicto ambiental», *RDU*, n.º 124, julio-agosto, 1991, pp. 63 y ss.

176. ARNAIZ EĞUREN, Rafael: «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», *RCDI*, n.º 607, noviembre-diciembre, 1991, pp. 2157.

177. BLASCO, Avelino: «Las dispensas y reservas de dispensación contenida en los planes de urbanismo», *RDU*, n.º 126, enero-febrero, 1992, pp. 81 y ss.

178. DE ASIS ROIG, Agustín E.: «Policía demanial externa y medio ambiente. Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio», *RDU*, n.º 125, octubre-diciembre, 1991, pp. 35 y ss.

179. FUERTES SUAREZ, A., y CABALLERO CORTINA, R.: «Los concursos para programación y ejecución de actuaciones urbanísticas en suelo urbanizable no programado previstos en el Avance para la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid», *RDU*, n.º 124, julio-agosto, 1991, pp. 95 y ss.

180. GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: «La sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 relativa a la Ley de Costas», *RDU*, n.º 125, octubre-diciembre, 1991, pp. 13 y ss.

181. LOPEZ PELLICER, J. A.: «El sistema de valoraciones urbanísticas en la reforma de la Ley del Suelo», *RDU*, n.º 126, enero-febrero, 1992, pp. 13 y ss.

182. LLISSET BORRELL, Francisco: «La urbanización y edificación simultánea después de la Ley 8/1990 sobre el Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», *RDU*, n.º 124, julio-agosto, 1991, pp. 13 y ss.

183. LLISSET BORRELL, Francisco: «Aplicación e la Ley 8/1990, gestión del tiempo urbanístico y naturaleza de la licencia de edificación en dicha Ley», *RDU*, n.º 126, enero-febrero, 1992, pp. 61 y ss.

184. PERALES MADUEÑO, Francisco: «La Ley de Costas y las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres», *RDU*, n.º 125, octubre-diciembre, 1991, pp. 73 y ss.

185. PORTO REY, Enrique: «Las normas de protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre establecidas en la Ley de Costas e incidencia sobre ellas de las sentencias del Tribunal Constitucional», *RDU*, n.º 125, octubre-diciembre, 1991, pp. 119 y ss.

186. POZO GOMEZ, José Pascual: «El derecho a la edificación en la Ley de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (Ley 8/1990, de 25 de julio): Comentarios al artículo 25», *RDU*, n.º 124, julio-agosto, 1991, pp. 49 y ss.

187. PRETEL SERRANO, J. J.: «La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», *RCDI*, n.º 607, noviembre-diciembre, 1991, pp. 2207 y ss.

188. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime: «El incumplimiento de los deberes urbanísticos por parte de la Administración actuante y sus consecuencias jurídicas», *RDU*, n.º 126, enero-febrero, 1992, pp. 27 y ss.

IV. DERECHO COMUNITARIO

189. GARCIA AMIGO, Manuel: «El contrato en la perspectiva comunitaria», *Actualidad Civil*, n.º 4 de 1992, pp. 35 y ss.

190. MAPELLI, Enrique: «Regulación de la sobreventa (*overbooking*) en la Comunidad Económica Europea», *Actualidad Civil*, n.º 35 de 1991, pp. 475 y ss.

Análisis de las normas jurídicas comunitarias sobre transporte aéreo relativas al denominando *overbooking comercial*, es decir, aquél que se practica de una manera deliberada por parte de las compañías aéreas.

191. MOLINA DEL POZO, C. F.: «La Comisión y el Consejo de las Comunidades Europeas», *Actualidad Civil*, n.º 36 de 1991, pp. 485 y ss.

192. O'CALLAGHAN, Javier: «Visión básica de la Comunidad Europea y del Derecho Comunitario», *Actualidad Civil*, n.º 1 de 1991, pp. 1 y ss.

V. DERECHO PROCESAL

193. ACOSTA ESTEVEZ, José B.: «Criterios básicos sobre las normas procesales de la Ley de Propiedad Intelectual», *La Ley*, 1991-2, pp. 1021 y ss.

194. ALVAREZ-SACRISTAN, Isidoro: «Juicio verbal *versus* escrito», *La Ley*, 1991-4, pp. 1067 y ss.

195. BENITO ALONSO, Francisco: «Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa», *La Ley*, 1991-4, pp. 1113 y ss.

196. CABANAS GANCEDO, José M.º: «Las Audiencias Provinciales en la encrucijada», *La Ley*, 1991-4, pp. 1025 y ss.

197. CAMACHO ORTEGA, Juan de Dios: «La competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles en el orden civil: breves notas en torno a la sumisión tácita», *La Ley*, 1991-3, pp. 906 y ss.

198. CORDON MORENO, Faustino: «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, n.º 34 de 1991, pp. 465 y ss.

199. DE LA CUESTA, José M.º: «Competencia jurisdiccional para entender de los recursos contra laudos arbitrales en materia de contratación agraria», *RDP*, enero, 1992, pp. 89 y ss.

200. GARBERI LLOBEGRAT, José: «Cosa juzgada en el juicio de desahucio. Cosa juzgada en procesos sumarios. Efectos positivo y negativo. La excepción de cosa juzgada: ámbito. Comentario a la STS de 28-2-1991», *CCJC*, n.º 25, enero-marzo, 1991, pp. 313 y ss.

201. LORCA NAVARRETE, Antonio M.º: «La realización de los bienes embargados a través del apremio. ¿Hacia la supresión de las subastas?», *La Ley*, 1991-3, pp. 966 y ss.

202. MUÑOZ SABATE, LL.: «Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y política del «lápiz rojo», *RJC*, n.º 4 de 1991, pp. 1107 y ss.

203. PEREZ MUÑOZ, Máximo: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *La Ley*, 1991-4, pp. 1073 y ss.

204. ROBLES ACERA, Antonio: «Problemática que presenta la sumisión expresa en el orden jurisdiccional civil», *La Ley*, 1991-3, pp. 986 y ss.

205. SANCHEZ LORENZO, Sixto: «Excepción de falta de jurisdicción. Incompetencia judicial internacional de los Tribunales españoles. Validez de escritura pública de cesión de derechos hereditarios. Validez de escritura de poder otorgada en el extranjero. Excepción de arraigo en juicio. Comentario a la STS de 4-4-1991», *CCJC*, n.º 26, abril-agosto, 1991, pp. 465 y ss.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM: Revista de Derecho Mercantil
RDP: Revista de Derecho Privado
RDU: Revista de Derecho Urbanístico
RJC: Revista Jurídica de Catalunya

Revistas que se citan sin abreviar:

Actualidad Civil
La Ley
Poder Judicial

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

I.A RESPONSABILIDAD DE LOS EDUCADORES

**Comentario a la STS (Sala Primera), de 10 de noviembre de 1990,
y puntualizaciones a la reforma por ley de 7 de enero de 1991**

ANTONIO NAVARRO BELMONTE

Doctor en Derecho. Profesor Asociado en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción.—II. Antecedentes de hecho y sentencias de instancia y apelación.—III. Los motivos de casación alegados: A) Enumeración de los mismos. B) La infracción del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. C) La infracción del art. 40 L.R.J.A.E. y del art. 1903 C. Civil. La responsabilidad de la administración.—IV. La infracción de los arts 1902 y 1903 C. Civil. La responsabilidad de los maestros o profesores de los centros docentes y la responsabilidad de los centros. Supuestos particulares que interesan al análisis de la sentencia: A) Posición adoptada por la sentencia. B) El precepto que regula esta responsabilidad: El artículo 1903 C. Civil y los supuestos que contempla. C) El fundamento de la responsabilidad del art. 1903. D) Características de esta responsabilidad: a) Es una responsabilidad por hecho ajeno. b) Es una responsabilidad directa. E) El cese de la responsabilidad que contempla. F) Los sujetos de la responsabilidad regulada en el precepto: a) La responsabilidad de los educadores y de los centros. b) La responsabilidad de los empresarios. c) La jurisprudencia de tránsito de la anterior a la nueva regulación de la responsabilidad de los educadores. d) La positivación de la responsabilidad de los centros: su fundamento, carácter de dicha responsabilidad y personas contra quienes puede ejercitarse. e) Recapitulación.

I. INTRODUCCION

De nuevo aborda el TS la cuestión de la responsabilidad que contraen ciertas personas por la lesión que un escolar se causa a sí mismo. Es un caso particular, como vere-

mos, en que una persona puede responder por actos de otra, es decir de lo que se llama responsabilidad por hecho ajeno.

La responsabilidad de los maestros se contemplaba en el pfo. sexto del art. 1903 C.C. que disponía: «Son por último responsables los maestros y directores de artes y oficios respecto de los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras que permanezcan bajo su custodia». No obstante la sentencia que en este trabajo se comenta no se apoya en el precepto precitado, en vigor al pronunciarse aquélla, sino en el pfo. cuarto del mismo artículo, que disponía y dispone: «Lo son igualmente (responsables) los dueños y directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados o con ocasión de sus funciones».

El pfo. sexto precitado, ha sido sustituido por Ley 1/1191 de 7 de enero, por el siguiente: «Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior, responderán de los daños o perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

Este comentario se encamina al estudio de la Sentencia precitada y a hacer algunas puntualizaciones, sobre la nueva regulación en relación con extremos examinados en dicha resolución.

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y SENTENCIAS DE INSTANCIA Y APELACION

La sentencia recayó en Recurso de Casación interpuesto contra otra de la A.T. de Granada, que condenó solidariamente a los demandados (el Colegio Nacional 28 de Febrero, a la Junta de Andalucía y a una entidad de seguros) a pagar cinco millones de pesetas a un menor, de seis años, que se había lesionado en un ojo mientras jugaba en el Colegio, en horario escolar, una vez acabadas las clases y en el tiempo que mediaba hasta la entrada en el comedor, con una vara con punta en sus extremos y en presencia de varios profesores del Centro.

La Sentencia estimaba que se trataba de un juego peligroso que debió ser prohibido por los profesores presentes a la hora del recreo (1).

III. LOS MOTIVOS DE CASACION ALEGADOS

A) Enumeración de los mismos

El recurso denunciaba, entre otros de carácter procesal o sustantivo que no entro a analizar, como la aplicación indebida del art. 1 de la Ley de Contratos de Seguro, el momento de las alegaciones de varias excepciones, o la desestimación de la prescrip-

(1) El Recurso de Apelación se había interpuesto contra otra absolutoria del Juez del Juzgado núm. cuatro de Granada, que no había entrado en el fondo del procedimiento, al apreciar la excepción de falta de «litisconsorcio pasivo necesario».

ción alegada, la incompetencia de la Jurisdicción civil, la infracción de los arts. 40 LRJAE y 1903 C.C. y la aplicación indebida de los arts. 1902 y 1903 C.C., al entender la Sala sentenciadora, que existía responsabilidad para el Colegio, en virtud del deber «in vigilando» de los profesores, que debían haber extremado las precauciones para evitar las lesiones ocasionadas al menor.

B) La infracción del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Se alegaba incompetencia de Jurisdicción por estimar la recurrente que lo era la contencioso administrativa y no la civil, con base en los arts. 128 LEF, 40 LRJAE y 3.B de la Ley de Jurisdicción; lo que es rechazado por el Alto Tribunal al decir que la cuestión acerca de la jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por culpa extracontractual dirigidos contra las administraciones públicas, aunque ha sido resuelta con disparidad en la doctrina legal, la mayor parte de las resoluciones atribuyen, la competencia discutida, a la civil «no sólo cuando 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 tanto por la “vis atractiva” de esta Jurisdicción, como por el carácter residual de la misma». Al ser solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios, como señala abundante jurisprudencia de la propia Sala; consideración que conduce, al ser conjunta la demanda de la Administración con la de una persona jurídica privada, a determinar la competencia exclusiva de la Jurisdicción civil afirmando que, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios apuntando, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico. Los argumentos antecedentes los apoya y refuerza con la alusión al principio de unidad jurisdiccional civil, competente para conocer de la responsabilidad extracontractual o aquiliana de un particular, aunque se combine solidariamente con la de una Administración pública —S. 2. febrero. 1987—.

C) La infracción del art. 40 LRJAE y del art. 1903 C.C. La responsabilidad de la administración

Por lo que respecta a la alegada infracción de estos preceptos, se argumenta por el recurrente que, la responsabilidad de la Administración por los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tiene su sede en el art. 40 LRJAE y no en art. 1903 del C.C. que sería inaplicable ya que, al decir del recurrente, no actuó por medio de un agente especial. La Sala desestima el motivo considerando que en la actuación de los profesores presentes «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 de un juego peligroso que debería haber sido prohibido por dichos profesores. Y, en esencia, pues sobre esto volveremos después, conducta culposa de los profesores y existencia de responsabilidad civil por culpa «in vigilando». Sigue diciendo la Sala que, no resulta infringido el núm. cinco del art. 1903 C.C., al ser precepto que, según la generalidad de la doctrina, es una norma anacrónica ante la vigente legislación, que permite exigir responsabilidad al

Estado, Corporaciones y 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, principio que aparece desarrollado en la LEF de 16 de diciembre de 1954, de Bases de la Administración Local de 2 de abril de 1985 y en los artículos 9.3 y 106.2 CE., así como en Sentencias de 1 de febrero de 1987, 21 de septiembre de 1988, 17 de junio de 1989 y 30 de enero de 1990.

Como la Sentencia indica, el núm. cinco del art. 1903 C.C., en su anterior redacción, era una norma anacrónica ante la vigente legislación que, con base en normas posteriores al Código, permite exigir responsabilidad a los entes públicos.

El apartado había quedado ya sin aplicación por esas normas administrativas y de ahí la reforma, aunque no diga nada la exposición de motivos al respecto (2).

La responsabilidad del Estado y de las demás administraciones públicas, se rige por la LEF de 16 de diciembre de 1954, por la LRJAE y por la L.B.R. Local de 2 de abril de 1985.

La de Régimen Jurídico dispone en su art. 40: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...» (3). El art. 42 faculta a la Administración para exigir de sus autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieren incurrido por culpa o negligencia grave, sin perjuicio de que el Estado autorice a los terceros lesionados. El art. 43 faculta a los particulares para exigir también a las Autoridades y funcionarios, el resarcimiento en caso de concurrencia del grado de culpa a que se refiere el artículo anterior (4).

Se trata en el art. 40 de una responsabilidad (objetiva) de persona jurídica por actos de sus órganos. Cuando se estime o se entienda que el causante del daño no era órgano sino dependiente del Estado, parece que el tratamiento debe ser el mismo (5).

Así pues, la Ley de reforma precitada ha venido a suprimir el pfo. 5.º del art. 1903 C.C. y, consecuentemente, como ya se venía haciendo en la práctica judicial, cuando se trate de centros públicos docentes habrá de acudir a la legislatura administrativa precitada (6).

(2) En el Derecho moderno, no cabía la distinción entre agente especial y demás personal al servicio de la administración del Estado, debiendo éste responder de los perjuicios causados por sus empleados en todo caso y sin distinciones. (SIGNES PASCUAL, *La responsabilidad de los educadores según el art. 1903 del C.C. tras su reforma por Ley de 7 de enero de 1991*. Revista «La Ley», 11 de febrero de 1992, pág. 3.)

(3) De ahí que los Tribunales (v. gr. STS de 27 de enero de 1989) dijeran que había que entender modificado, entre otros, por dicho artículo, el apdo. quinto del 1903 C.C. (Ibid. página 3).

(4) Pero aquí ya no juega la responsabilidad objetiva, sino la subjetiva o por culpa (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*, V.II, 6.ª, Madrid, 1989, pág. 628).

(5) MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, V *Derecho de Obligaciones*, 2.º, Madrid, 1989, pág. 547.

(6) El término como indica GÓMEZ CALLE, es también, el utilizado en la LO 8/1985, reguladora del derecho a la educación que define el centro como la persona física o jurídica que conste como tal en el Registro a que se refiere el art. 13 de la Ley. La titularidad pública o privada dependerá de si el titular es un poder público o una persona física o jurídica privada. (*Responsabilidad civil extraconceptual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero*. A.D.C. T.XLIV, 1991, página. 270).

IV. LA INFRACCION DE LOS ARTS. 1902 Y 1903 C.C. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MAESTROS O PROFESORES DE LOS CENTROS DOCENTES Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS. SUPUESTOS PARTICULARES QUE INTERESAN AL ANALISIS DE LA SENTENCIA

A) Posición adoptada por la sentencia

El verdadero fondo de la Sentencia y al que se centra sustancialmente este comentario, es el que se contiene en los fundamentos jurídicos quinto y séptimo de la misma.

Los profesores del Centro presentes en el patio donde se encontraban los alumnos, no observaron la diligencia precisa y exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia de los alumnos a ellos confiados, al no advertir que el menor practicaba un juego peligroso que deberían haber prohibido. Que dicho deber de vigilancia, no cesaba por haber terminado las clases, al estar los escolares en una dependencia del Colegio. Que tal deber de vigilancia, desde que los alumnos entran al Colegio hasta que salen de él, existe. Que, consecuentemente, hubo una conducta culposa en los profesores del Centro, una culpa «in vigilando» suficiente para imponer, al amparo del art. 1903 núm. 4.º C.C. y de la constante Jurisprudencia de la misma Sala, la responsabilidad por culpa «in vigilando» o «in eligendo» a la entidad, ya sea pública o privada, de quienes los causantes del daño dependían, sin que a ello obste el no haberse determinado personalmente quiénes eran los profesores presentes en el lugar de los hechos, probado como está que pertenecían al colegio Nacional condenado (Fundamento 5.º). La responsabilidad nace de actos del profesorado del Centro y no de responsabilidad civil dimanante de hechos imputables al alumno lesionado.

Se confirman, pues, las condenas del Centro, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía y de la Compañía aseguradora (al estimarse respecto de esta última que, la responsabilidad que pudiera corresponder a la Dirección del Centro o a los profesores, estaba cubierta por la Póliza de Seguro concertada con la compañía condenada).

B) Precepto que regula esta responsabilidad: el art. 1903 del C.C. y los supuestos que contempla

Dice este precepto: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos y omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Es decir, se contempla el 1902 en el sentido de que no sólo se responde en virtud del mismo por acto propio (acción u omisión que, con culpa o negligencia, cause daño a otro), sino también por actos ajenos, a saber, por los de aquellas personas de las que se debe responder. El precepto enumera, a continuación, los diversos supuestos de dependencia que generan dicha responsabilidad. La regulación legal comprendía, aparte de la de los padres y tutores, la de los dueños y directores de un establecimiento o empresa respecto de los daños causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados, la del Estado cuando obraba por mediación de un agente especial y la de los maestros o directores de artes y oficios respecto de los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras que permanezcan bajo su custodia.

Independientemente de que se tratara de una lista cerrada o ejemplificativa, es decir, de una lista abierta capaz de acoger otros supuestos, cuestión que ha sido discuti-

da por la doctrina (7), la reforma de 1991, precitada, ha modificado el precepto, añadiendo un nuevo supuesto, el de la responsabilidad de las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior, que responderán, como sabemos, de los daños que causen sus alumnos menores de edad durante el período de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, que ha quitado la necesidad, en caso de responsabilidad de los Centros, de tener que acudir al pfo. 4.º, como ha hecho la Sentencia que aquí se comenta.

C) El fundamento de la responsabilidad del art. 1903

El fundamento de la responsabilidad declarada en este artículo, es la culpa «in vigilando» o «in eligendo» en que incurrn las personas que el mismo declara responsables (8) (9).

Como señala Albaladejo, la responsabilidad procede de que la ley presume existir un acto dañoso de la persona responsable y este acto, precisamente, consiste en la falta de vigilancia sobre el causante del daño (in vigilando) o en una elección desacertada (in eligendo). Así lo han afirmado también las Ss. de 5 de julio de 1979, 17 de junio de 1980, 26 de marzo, 26 de octubre y 30 de diciembre de 1981, 4 de enero de 1982, 10 de marzo, 22 de abril y 4 de mayo de 1983 y 9 de julio, 22 de octubre y 4 de diciembre de 1984. Y considera que se responde por actos culpables ajenos, pues la regla en nuestro Derecho es la responsabilidad por culpa, que no quita para que, como en el caso de responsabilidad por actos propios, se presuma que el acto dañoso fue culpable y para liberarse se exija la prueba de que no lo fue.

Apoya, además, la consideración de que el acto ajeno por el que se responde, ha de ser culpable porque si se responde por culpa «in vigilando» o «in eligendo», no habría tal culpa si no fuese culpable el acto de aquel por quien se responde (10).

(7) A favor de esta última posición, Díez PICAZO Y GULLÓN, que entienden comprendido en el mismo todo supuesto en el que se dé un nexo de jerarquía (op. cit. pág. 629). Lo mismo la STS de 23 de febrero de 1976, para que en el precepto se pueden entender incluidos otros supuestos. En general, la Jurisprudencia ha contemplado de forma muy amplia la condición de empleado. Posición contraria sostiene Puig Brutau (PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, V. II, 1.º, Barcelona 1987, pág. 629) para quien las personas del 1903 han de considerarse, por su carácter excepcional como constitutivas de lista cerrada o «numerus clausus» cuestión que, en su entender, no impide que personas no mencionadas en el mismo sean consideradas responsables del daño causado por otras. Lo que ocurre, afirma, es que en este último caso la culpa ha de ser probada, como dice la S. de 23 de febrero de 1976 y en los casos del 1903 hay una presunción de culpa, aunque cabe la prueba en contrario.

(8) SANTOS BRIZ, *Comentarios al CC. y Compilaciones Forales*, T.XXIV, pág. 563.

(9) En esencia, el art. 22 CP. tiene la misma fundamentación, pero ambas disposiciones, difieren en cuanto que la civil permite al presente responsable, probar que utilizó la diligencia de un buen paterfamilias para evitar el daño, mientras que el art. 22 CP no contiene norma análoga.

(10) En principio ha de ser atribuido al dependiente un acto u omisión culposo o negligente, aunque la responsabilidad del empresario sea directa y no subsidiaria (Op. cit. página 543).

En el mismo sentido Lacruz, al decir que se exige para que la responsabilidad recaiga sobre el patrono o maestro, que la responsabilidad exista en el discente o dependiente y que la acción de éste sea, no sólo dañosa sino cualificada por la negligencia o la intencionalidad. Así, dice la S de 9 de julio de 1984 «tal responsabilidad, exige como presupuesto, la culpa “in operando” del dependiente o empleado, pues si falta ésta, ningún reproche puede hacerse al empresario por defecto de elección o vigilancia» (11).

Y lo mismo, en fin, Santos Briz, para quien es requisito indispensable que no haya duda de la responsabilidad del causante material del daño, o mejor, que ésta esté ya declarada, pues de lo contrario no podría condenarse al tercero no autor material del hecho originador de los daños. Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia del TS reiteradamente que declara que la acción puede ser ejercitada directamente contra el causante material del daño y con carácter subsidiario contra el empresario, pero para que la declaración de responsabilidad de este último es necesario que conste la culpa del dependiente que causó los daños (12).

Existe, pues, una presunción de culpa en el precepto que admite prueba en contrario, presunción que parte de la doctrina estima artificiosa, y considera que esta responsabilidad de padres y empresarios, basada en estas presunciones, es más bien una responsabilidad objetiva o viene revestida de un cierto matiz objetivista, que menciona la STS de 10 de marzo de 1983.

D) Características de esta responsabilidad

a) Es una responsabilidad por hecho ajeno

El precepto contempla una responsabilidad por hecho ajeno. Para Albaladejo (13) es una excepción a la regla de que sólo se responde por hechos propios y culpables. Más certeramente, en mi opinión, dice Santos Briz (14) que se trata no de una excepción, sino de una prolongación del art. 1902 C.C., ya que las personas que menciona el 1903 responden, en definitiva, por la negligencia que en ellas se presupone como causa del acto ilícito del menor, dependientes, etc., y en ese sentido no es responsabilidad por hechos ajenos sino por acción u omisión negligente propia. Por mi parte creo que es una responsabilidad por hecho ajeno de lo que se responde, pues el agente no es el que responde. Tiene razón el primer autor citado al ser, claro está, una excepción al artículo anterior a él, que sienta el principio general de la responsabilidad por culpa extraconceptual referida a hechos propios y culpables. En realidad, más que una prolongación del 1902, es un complemento del mismo. Hay, parece, dos responsabilidades, la del autor del acto y la de la persona que, por imperio de 1903, responde. Lo que pasa es que esta última, no solamente puede invalidarse probando la diligencia exigida por el precepto, sino que además tiene el efecto en algunos supuestos de anular la del autor, cuestión ésta sobre la que volveremos después.

Es por ello una responsabilidad «sui generis», que se incardina en el principio de la responsabilidad por hecho ajeno, aunque a veces es de segundo grado, es decir, el acto

(11) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, V.I, Madrid 1985, pág. 573.

(12) Op. cit. pág. 568.

(13) Op. cit. pág. 550.

(14) Op. cit. pág. 562.

ajeno trae a veces causa, como la sentencia que comento, del hecho dañoso hecho por un tercero, el menor, que se causa el daño a sí mismo.

Así pues, en el precepto se responde siempre por acto de otro; los padres y los tutores v. gr. por los actos dañosos para otros, causados por sus hijos o pupilos, los dueños de una empresa por los de sus empleados y los maestros por los de sus alumnos. Así y a tenor de los arts. 1902 y 1903 o se responde, presupuesto un acto dañoso, por los actos propios, o se responde por los actos ajenos en las relaciones de dependencia señaladas. Así y concluyendo, en el caso de la sentencia, la autolesión del menor conduce a una responsabilidad por hecho de otro y ese otro es el Profesor y Profesores presentes que, por hecho propio omisivo derivan la responsabilidad al Centro y en vía de regreso a los Profesores presentes. Lo que pasa es que para ello haya que residenciar el supuesto, en el caso de la Sentencia, en el pfo. cuarto del 1903, al ser imposible en el sexto, por no haber causado el acto del menor lesión a un tercero. Hay, tras la reforma, el supuesto de responsabilidad se habría residenciado en el apartado «ad hoc» nuevamente introducido, el que contempla la responsabilidad del centro docente. La sentencia, pues, claramente se acoge a la única norma que podía con el Derecho positivo vigente cuando se dictó, es decir el de la responsabilidad del empresario. Y lo hace en el sentido antedicho al decir: «Se trata efectivamente 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». La falta de cobertura legal para el caso obligó al Tribunal a apoyarse en distinto párrafo del art. 1903.

b) *Es una responsabilidad directa*

La responsabilidad declarada en el precepto del Código tan repetido, es una responsabilidad directa porque procede de la culpa «in vigilando» o «in eligendo» del maestro o profesor, del patrono, del padre, etc. Es decir lo que se castiga es un acto de éstos consistente en la falta de vigilancia o en una elección defectuosa de aquel por cuyo acto se responde, un incumplimiento de esos deberes. Así, Lacruz (15) señala que la responsabilidad es directa porque procede de actos suyos por razón del incumplimiento de deberes que imponen las relaciones de convivencia social, deberes de vigilar a las personas que están bajo la propia dependencia y emplear la debida cautela en la elección. Puede, además, exigírsele sin intermediación. No es, como indica Santos Briz, subsidiaria, en defecto del principalmente obligado (16). No utiliza el precepto las expresiones «en defecto» o «subsidiariamente» que utilizan los preceptos penales; carácter directo que ha señalado también la Jurisprudencia (así, STS de 16 de abril de 1963). Como dice este autor, no obsta a ello que el art. 1904 (17) disponga que puede repetir contra sus dependientes el que haya pagado el daño causado por ellos, porque esto alude a la relación interna entre ellos y no a la relación

(15) Op. cit. pág. 563.

(16) Op. cit. pág. 566.

(17) Precepto al que la reforma de 1991, precitada, ha añadido un párrafo, sobre lo que después volveremos, referido a los centros docentes de enseñanza no superior.

externa frente al tercero perjudicado y cuyo tercero puede reclamar directamente sin necesidad de hacerlo primero contra el causante real del daño, como señalan buen número de sentencias (así, entre otras, las de 30 de abril de 1960, 26 de diciembre de 1978 y 21 de enero de 1983). La distinción es interesante en los casos de actuación de personas jurídicas, que si actúan por medio de sus órganos, pueden responder por actuación propia por el 1902 y si lo hacen por medio de sus dependientes o auxiliares, la responsabilidad deriva del 1903.

E) El cese de la responsabilidad contemplada

El último párrafo del art. 1903 dispone que la responsabilidad por actos ajenos cesará cuando el responsable pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. La Jurisprudencia dice que ha de ser una prueba rigurosa o convincente, lo que implica, como dicen Díez Picazo y Gullón (18), refiriéndose a la responsabilidad del empresario al exigir esa prueba vigorosa de la diligencia empleada, una objetivación de la responsabilidad.

Se responde por culpa y en este sentido se pronuncia también la regla primera del art. 20 CP. al decir que de los hechos que ejecuten las personas señaladas en el art. 8 núms 1.º, 2.º y 3.º responderán civilmente quienes los tengan bajo su guarda cuando haya culpa o negligencia. El art. 22, por el contrario, tanto en la regulación anterior a la reforma de 1991 como en la actual es subsidiaria, pero no por culpa, sino objetiva. Más adelante volveremos sobre la naturaleza de la responsabilidad en ambos cuerpos legales.

La diligencia de un buen padre de familia a que el precepto se refiere para exonerarse de la responsabilidad no ha de ser mayor, como ha señalado Lacruz (19), de la normal empleada por un padre de familia cuidadoso o por un maestro diligente. Un exceso de diligencia, como algún autor ha precisado, podría limitar desmesuradamente la autonomía de la persona que custodia y educa.

Para los empresarios hay una tendencia en la doctrina y cierta Jurisprudencia que mantiene no ser de aplicación aquí el último párrafo del art. 1903, a falta de una propia custodia de los dependientes por el empresario y, consecuentemente, que éste no puede exonerarse alegando que no hubo culpa por su parte y que más que culpa hay responsabilidad por riesgo, interés que viene justificado por el interés de la víctima.

Esta posición de excluir de la disposición del párrafo final del precepto cualquiera de sus supuestos debe ser excluida. Es preferible, como opina parte de la doctrina y es una de las guías seguidas por la Jurisprudencia para hacer más severas las exigencias de descuido y precaución del empresario, de tal forma que no pueda éste eximirse de resarcir al perjudicado nada más que demostrando una diligencia especial y concreta (20).

(18) Op. cit. pág. 626.

(19) Op. cit. pág. 580.

(20) Ibid. pág. 581.

F) Los supuestos de la responsabilidad regulada en el precepto

a) *La responsabilidad de los educadores y de los centros*

El art. 1903, pfo. sexto, en su anterior redacción, decía que lo eran por último (responsables) los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia. Hoy, tras la reforma operada por la Ley de 7 de Enero de 1991, solo se hace referencia a las personas o entidades que sean titulares de los centros docentes y al profesorado de los mismos; los primeros menores en las circunstancias que se señalan y los segundos como sujetos pasivos de la facultad de repetición por los primeros de las cantidades satisfechas, si hubiera mediado dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

En la anterior regulación y, desde luego, en la nueva, se comprende el personal docente que realice funciones directivas, además de los que las realicen puramente docentes o de profesorado, pues el que dirige o pone en ejecución la política del Centro debe evitar en la ejecución de lo planificado las ocasiones de riesgo.

Desaparece, pues, con la reforma, la referencia a los directores de artes y oficios. La mención a ellos traía causa, como se ha apuntado (21), en que en el Código de Napoleón la responsabilidad de los aprendices se asumía por el artesano o comerciante en la época en que tales aprendices formaban parte de la familia. Nuestro Código puso al director de artes y oficios en lugar del artesano que no tiene connotaciones laborales, sino simplemente docentes, pero con referencia a profesiones artesanas o industriales (22).

La responsabilidad señalada en el precepto, como antes ha quedado señalado, responde a la culpa «in vigilando» o a la culpa «in eligendo», pero con las siguientes puntualizaciones:

1. Ha de ser mientras que el alumno permanezca bajo la custodia del maestro, como exigía el pfo. 6.º del art. 1903, requisito que sigue siendo válido con la nueva regulación por disposición expresa de la norma (durante el período de tiempo en que los mismos —los alumnos— se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro).

2. El alumno ha de encontrarse desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias (23) por así disponerlo la nueva redacción del párrafo, que no ha venido a variar, en lo esencial, la antigua regulación, ya que la exigencia entonces de ser mientras el alumno estuviese bajo la custodia del profesor venía a ser igual «mutatis

(21) *Ibid.* pág. 521.

(22) Lo mismo GÓMEZ CALLE, al indicar que cuando fueron promulgados los Códigos Civil y Penal, las relaciones laboral y docente se hallaban ligadas a aquellos casos en que el que enseñaba un oficio proporcionaba al aprendiz una instrucción general y cuyo aprendiz, frecuentemente, convivía con él. Por ello el Código citaba a dichos directores de artes y oficios por sus aprendices junto a los maestros por sus alumnos, lo mismo que hacía el art. 22 CP. en su anterior redacción (responsabilidad civil de los maestros por los delitos y faltas de sus discípulos, aprendices y oficiales). (Op. cit. pág. 271).

(23) Es decir, tanto aquellas en que materializa la instrucción en sentido amplio (clases, visitas culturales, etc.), como otras normales en los Centros (excursiones, servicios de comedor o transporte escolar, aunque, en este último caso, entren también en juego otras posibles responsabilidades, como las empresas encargadas de ello por los Centros). (Op. cit. pág. 278).

mutandi», ya que las actividades escolares o extraescolares y complementarias debían desarrollarse bajo la vigilancia de los profesores y maestros.

3. No ha de tratarse, como indica Lacruz (24) de sucesos que entren en el normal desarrollo de la vida escolar y que sólo podrían evitarse coartando de modo inadmisiblemente la libre actividad de los discípulos. Con ello quiere decir, en mi entender, que tiene que haber un límite lógico en la previsión de riesgo en las actividades escolares, sin que sea razonable, por un afán de evitar todo riesgo que, a la postre, es imposible, al no existir la plena seguridad de no producirse aquél, limitar o prohibir actividades (v. gr. las deportivas) necesarias en la formación del alumno.

4. Se dará, desde luego, cuando se permita al alumno dedicarse a ejecutar juegos peligrosos.

La Sentencia que aquí se comenta, está en la línea de las anteriores afirmaciones, aparte de quién sea el que responde, cuestión aludida y sobre la que después volveré. Así, deduce la responsabilidad porque los profesores presentes en el patio de juegos no observaron la diligencia precisa y exigibles respecto a los alumnos a ellos confiados; que el deber de vigilancia no cesaba por haber terminado las clases, al estar los alumnos en una dependencia del colegio y que tal deber de vigilancia existe desde que los alumnos entran en el colegio hasta que salen, así como que deberían haber prohibido el juego peligroso.

El precepto legal, en su anterior redacción no hacía referencia alguna a la edad del alumno, aunque la doctrina mayoritaria entendía que los maestros sólo respondían por los hechos de sus alumnos menores de edad. En este sentido De Angel, para quien sería incongruente extender la responsabilidad a los supuestos de daño causado por un mayor de edad, a no ser que el mayor desempeñe una función productiva para el docente, que residenciaría la responsabilidad en el empresario, a tenor del pfo. cuarto del precepto (25). En el mismo sentido S. Briz (26) con referencia, igual, a la anterior regulación señala que, por excepción, se podía incluir en el supuesto los actos de mayores cuando estuviesen directamente relacionados con el ámbito de la docencia y se dieran los mismos requisitos que si se tratara de dependientes o empleados, a saber, relación de docencia, que implica ascendencia del profesor sobre el alumno y que el acto dañoso se realice con ocasión de la enseñanza bajo la custodia del maestro o director. Cesará la responsabilidad del profesor por actos del mayor cuanto tal acto no tenga relación con la docencia, aunque se cometa dentro del ámbito escolar.

Lo antedicho creo que puede predicarse de la actual regulación en igual forma que en la antigua señalado. Excepto en el caso puntualizado por el autor últimamente citado; además, en lo que nos ocupa, la nueva Ley ha establecido expresamente, en cuanto a la responsabilidad de los Centros, la limitación de minoría de edad. El espíritu, pues, permanece inalterado, ya que antes, fuera de los supuestos de responsabilidad del Estado y de la derivada de la relación empresarial, el 1903 residenciaba la responsabilidad en padres y tutores, de donde se derivaba y suponía la limitación de capacidad del autor del daño.

La sentencia no hace referencia alguna al tema, aparte del dato fáctico de tratarse de lesión (propia) de un menor. La nueva regulación acaecida con la reforma tan repetida, en el pfo. sexto dice que los Centros responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad. La puntualización de que se trate de centros de

(24) Op. cit. pág. 274.

(25) DE ANGEL YÁGÜEZ, *La Responsabilidad Civil*, Bilbao, 1988. pág. 190.

(26) Op. cit. pág. 575.

enseñanza no superior, excluye los universitarios y expresamente delimita el ámbito de la responsabilidad, aunque el añadido no me parece necesario por el régimen claramente distinto de unos y otros centros docentes (27).

Albaladejo alude al tema del discernimiento o de la falta de él en el menor y señala que como los que responde lo hacen por falta de vigilancia que da origen a que el acto dañoso se produzca, es lo mismo que el vigilado tenga discernimiento o carezca de él, pues aun en el caso de que lo tenga, una vigilancia adecuada habría evitado el daño. Pero probado que se observó tal vigilancia, no responde el vigilante, responde el vigilante que tenga suficiente discernimiento, pues el acto dañoso es imputable a él, a tenor de lo dispuesto en el art. 1902 C.C., sin que responda del daño el que carezca de discernimiento. Y estando carente de discernimiento el autor del hecho, y no respondiendo el vigilante por haber observado la diligencia exigible, no existe base para mantener que, por equidad, pueda obtenerse el resarcimiento a expensas del patrimonio de incapaz del daño que éste ocasionó a otra persona. Y ello por tratarse de una responsabilidad por culpa que, al ser excepcional en el Derecho civil español, sólo puede establecerse la ley (28).

No existe hoy, desde luego, con la responsabilidad de los centros docentes positiva por la reforma, base alguna para entrar a argüir sobre el supuesto, pues la minoría de edad establecida delimita el supuesto de responsabilidad, independientemente de que el autor del hecho dañoso tenga discernimiento o carezca de él.

Igual el CP, reformado en su art. 22, tanto en su referencia a los centros de enseñanza no superior como a los alumnos menores de edad, aunque en el mismo se diga «menores de dieciocho años», que no tiene otra explicación, en mi entender, al dar la mayoría de edad numérica, que el diferenciarla del supuesto de, impropriamente denominada, mayoría de edad penal, que se alcanza, en dicho Código a los 16 años, a salvo del atenuante 3.º del art. 9 que se extiende hasta el cumplimiento, por el menor, de la de 18 años.

b) *La responsabilidad de los empresarios*

Viene ésta contemplada en el pfo. cuarto del art. 1903, que no ha sido variado por la reforma, al disponer que lo son igualmente (responsables) los dueños o directores de un establecimiento o empresa, de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados o con ocasión de sus funciones. Su responsabilidad se funda, como sabemos, en la culpa «in vigilando» o «in eligendo», bien por no haber sido elegido o seleccionado debidamente a sus empleados, bien por no haberlos vigilado debidamente.

Para que se genere esta responsabilidad deben reunirse los requisitos siguientes:

(27) A la vista de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo habrá que incluir en el precepto a todos aquellos centros donde se imparta educación infantil, primaria y secundaria (que comprende la educación secundaria obligatoria, el bachillerato y la formación profesional de grado medio) dejando aparte los dedicados a la enseñanza universitaria y la formación profesional de grado superior (SIGNES PASCUAL, Op. cit. pág. 1).

(28) Op. cit. pág. 544.

1. Relación de dependencia entre el empresario, dueño o director de la empresa y el dependiente o causante del daño. Esta dependencia, como indica la S. de 9 de diciembre de 1983 puede ser más o menos intensa, pero ha de existir.

Afirma Lacruz (29) que esta relación ha venido minimizándose, al concebirse de una manera tan amplia que acaba por disolverse tanto la noción de empresario como la de empleado. Se precisa la existencia de una relación jerárquica entre ambos (así v. gr. las Ss. de 5 de julio de 1979 y 4 de enero de 1982). Es dependiente cualquier persona que realiza un trabajo por encargo de otra. Ha de constar que los causantes tienen tal condición de dependientes pues, en caso contrario, la empresa deber ser absuelta (S. 5 de julio de 1979).

2. Que el acto ilícito se cometa con ocasión de las funciones que el dependiente desempeña o en el servicio de los ramos en que estuviese empleado. La responsabilidad del empresario nace, partiendo incluso del ejercicio anormal de las tareas realizadas por el sujeto activo, con tal de que no se extraviase el ámbito de su actuación (S. crim. de 18 de octubre de 1984) (30).

3. Que la acción del dependiente sea culposa (así Ss. de 25 de octubre de 1980 y 27 de enero de 1983) pues de lo contrario no podrá ser declarado responsable el tercero no autor material del hecho causante del daño (31).

Si no fuera culposa estaría fundada en el mero hecho de la relación de dependencia (32). Las sentencias sobre los tres requisitos son numerosísimas.

Afirma Lacruz que al no eliminar el art. 1903 la vigencia del 1902, los dependientes se obligan también personalmente por los hechos ilícitos interviniendo culpa suya, aunque sea cumpliendo órdenes del empresario ya su servicio. Lo que se desprende del art. 1904, al carecer de sentido que el causante del daño fuera responsable ante el patrono en vía de repetición y no lo fuera ante el perjudicado por el hecho dañoso en vía principal. Existe, pues, un reforzamiento de la solvencia, un aumento de la garantía. El que sufre el daño puede dirigirse contra el empresario, al ser directa la responsabilidad de éste, contra el empleado sólo o contra ambos solidariamente, como ha sostenido particularmente la jurisprudencia.

c) *La jurisprudencia de tránsito de la anterior a la nueva regulación de la responsabilidad de los educadores*

La sentencia confirma, como sabemos, la sentencia recurrida, que lo había hecho, tanto del Centro, como de la Junta de Andalucía, como de la compañía aseguradora. En resumidas cuentas, personas jurídicas (una «perse» y otras como organismos o entidades del Estado, como en la Sentencia se las califica): «Hubo, por tanto, una conducta culposa en los profesores del Colegio, culpa “in vigilando” suficiente para imponer al amparo del 1903, núm. 4 del C.C. 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; sin que ello obste no haberse determina-

(29) Op. cit. pág. 575.

(30) Ibid. pág. 570.

(31) PUIG BRUTAU, Op. cit. pág. 629.

(32) SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*, 6.ª, Madrid, 1991, pág. 464.

do personalmente quiénes eran los profesores presentes en el lugar en que ocurrieron los hechos, probado, como está, que pertenecían al Colegio (...) dependiente de la Junta de Andalucía; no siendo necesario, por otra parte, y dado el carácter solidario de la responsabilidad por culpa extraconceptual la llamada a juicio del Director del colegio...» (fundamento quinto).

Esta sentencia no es la primera resolutoria de un recurso interpuesto contra Sentencia que enjuiciara la actuación no de un maestro, sino de un centro de enseñanza. Así lo había hecho ya la de 15 de junio de 1977, absolutoria, que confirmaba sendas Sentencias de Instancia y de Audiencia absolutorias de un colegio de padres escolapios, demandada por los padres de un niño, los cuales, por motivo de tener que emigrar al extranjero por causa de trabajo, encomendaron los estudios y la guarda y custodia de su hijo de diez años y cuyo menor un día se ausentó, con otros compañeros del Colegio, y se dirigieron a un paraje donde existían unas charcas, en una de las cuales pereció ahogado. Se arguyó falta de cumplimiento de la obligación de custodia por el Colegio o, al menos, cumplimiento defectuoso, al no extremar la diligencia para que no se produjera la ausencia del menor después accidentado. Pero, por el contrario, en la sentencia recurrida se dice que había expresa prohibición de permiso de salida y de hacer excursiones y que el menor se ausentó de la pista de tráfico, situada frente al Colegio, donde sí había recibido autorización de ésta, contraviendo los términos de la autorización recibida y las prohibiciones citadas, ausentándose fuera de la población, cuyo casco urbano no podía rebasar y lo rebasó para trasladarse al paraje donde ocurrieron los hechos por su propia y exclusiva voluntad y sin permiso alguno del personal de vigilancia del Centro (33).

Junto a ésta existe otra sentencia de la A.T. de Albacete (civil), pero en esta ocasión condenatoria de un colegio privado, como en la anterior, en la que se condenó a la dirección del mismo por haber resultado lesionado un menor por otro, cuando ambos se hallaban en el patio del Colegio.

La sentencia de 29 de abril de 1988 (34), establece que cuando se trata de responsabilidad civil de persona jurídica, son valederas las mismas connotaciones que para los supuestos de autoría penal de sociedades —al reputar sujeto activo del delito al que actuare como directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, aunque no concurran en él y sí en cuyo nombre obrare las condiciones o relaciones que la correspondiente figura de delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo— desplazando la misma sobre el gerente o representante legal de la entidad y sin perjuicio de asumir la propia persona jurídica la responsabilidad patrimonial; habiendo de admitirse tal solución para las llamadas uniones sin personalidad jurídica, decantando la responsabilidad personal hacia los gestores o representantes de hecho.

La cuestión radica en que al tener que responder civilmente de unos daños, el sujeto pasivo de la obligación o ha de ser una persona jurídica o una unión sin responsabilidad v. gr. una sociedad irregular (y caso de que éstas no la tengan, pues el tema no es del todo diáfano) que derivará la misma a sus componentes, o una persona física titular de una empresa de enseñanza, pero en todo caso respondiendo éstas y no los profesores o maestros que para estos entes presten sus servicios. Ello conllevaba la

(33) La sentencia contiene una correcta valoración del alcance del deber de guarda que sirve de inspiración al pfo. 6.º del art. 1903, en su antigua redacción, en opinión de DE ANGEL (Op. cit. pág. 192).

(34) SANTOS BRIZ, *La responsabilidad*. pág. 469.

necesidad de residenciar el supuesto en el pfo. 4.º del 1903 y no en el 6.º por muy ampliamente que quisiera interpretarse éste, ya que aun estimando profesores o maestros a los que lo fueran del centro y en el caso de ser ello dueños del mismo, en éste se responde por culpa «in vigilando», pero por hechos de los alumnos y en el 4.º por culpa «in eligendo» o «in eligendo» pero por hechos culposos de los dependientes. El ser los profesores los dependientes en el caso del Centro excluye la aplicación del 6.º.

Antes de la reforma tan repetida, la doctrina científica ya había señalado la responsabilidad de los Centros. Así, entre otros, Gómez Calle (35) al decir: «Antes de la reforma, los Códigos Civil y Penal atribuían al maestro la responsabilidad por actos dañosos de sus alumnos». No obstante había otras responsabilidades en juego (además de la del propio alumno conforme al art. 1902 C.C. y, en su caso, al 19 C.P.) la de la persona o entidad titular del Centro, ya fuese en su calidad de empresario y por los actos dañosos de los profesores que tuviese empleados (artículos 1903 4.º C.C. y 22 C.P.), ya fuese por el funcionamiento del servicio público de enseñanza (responsabilidad de la Administración conforme al art. 40 LRJAE) (36).

Así pues, la reforma al incluir a sujetos como los titulares de los Centros, que no pueden olvidarse en la moderna organización de la enseñanza, diferente a la originaria de los tiempos de promulgación del Código, sólo referida a maestros o directores de artes y oficios, había sido ya en la práctica adelantada por la Jurisprudencia, considerando estos casos incluidos en el pfo. 4.º del art. 1903, derivado de considerar el Centro como una empresa de enseñanza.

d) *La positivación de la responsabilidad de los centros: su fundamento, carácter de dicha responsabilidad y personas contra las que puede ejercitarse*

Como acabo de decir, se venía postulando por la doctrina, la necesidad de que los Centros repondieron pues allí es donde los profesores desempeñan su actividad y el Centro es el que les había encomendado su función. Como indica De Angel al respecto (37), se considera lógico que el Centro responda por los hechos de sus colaboradores y que además la responsabilidad del maestro o profesor concreto, cuando éste no es titular del Centro, tiene un difícil acomodo en la enseñanza actual, en que la vigilancia no se suele encomendar a una persona determinada sino a una organización y con unas directrices que la propia institución se encarga de imponer.

Alguna doctrina se había manifestado en atención a los nuevos parámetros vigentes entre el alumno y el docente, a favor del establecimiento de una responsabilidad objetiva a cargo de la institución de enseñanza, aunque dejando abierto el derecho de regreso de la institución contra el profesor responsable; y que fueron los medios profesionales afectados quienes, cada vez con más insistencia, venían exigiendo la reforma

(35) Op. cit. pág. 272.

(36) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN lo mismo, al decir, que aunque el Código mencione a los maestros y directores de artes y oficios, no hay que descartar la responsabilidad de los Centros en que se imparte la enseñanza, debiéndose considerar que esas personas son las encargadas de ejecutar la prestación de educación. El Centro o Instituto responderá por los hechos de sus subordinados igual que el empresario responde de los daños causados por sus empleados (Op. cit. pág. 628).

(37) Op. cit. pág. 191.

de la legislación positiva llegando, incluso, a recomendar la cesación de ciertas actividades complementarias (que si bien están reconocidas como importantes por los nuevos y actuales modelos educativos, es donde se producen el mayor número de accidentes). Desde luego, si no la paralización, sí podían implicar que los profesores afectados las evitarán en la medida de lo posible, si bien no fuera por haber un gran número de sentencias condenatorias, exigiendo responsabilidad a los docentes, sino por algunas, como la de 12 de mayo de 1987, del Juez de Distrito de Bergua, que condenó al Director de la Escuela por una lesión que se hizo un escolar fuera del horario del Colegio e incluso fuera de él aunque en un lugar al que se tenía acceso a través del patio del Colegio, que permanecía abierto al público fuera del horario escolar (38).

El pfo. 6.º del art. 1903 en combinación con la necesidad para exculparse de probar la diligencia exigible, preceptuada en el último párrafo del precepto, establecían una presunción de culpa y hacían, pues, que se reclamara un cambio en la regulación de la materia (39). La exposición de motivos de la ley del 91 se ocupa de justificar la reforma, que se inspira en acomodar a la realidad social de nuestros días, al redactarse el Código en momentos que existía una sujeción del alumno al profesor en términos que hoy no se producen, y la necesidad de residenciar la responsabilidad en los titulares de los centros, al ser éstos los encargados de establecer las necesidades de organización de los mismos y ello sin perjuicio, y por esa razón se reforma también el art. 1904, de que, en ciertos supuestos, el titular del Centro pueda reclamar al docente las cantidades satisfechas.

La reforma también modifica el art. 22 CP. y suprime, del hasta entonces vigente, la referencia a los amos y maestros, así como la referencia a criados, discípulos, oficiales y aprendices y se ocupa, en un segundo párrafo, añadido, de establecer la responsabilidad subsidiaria de los titulares de los Centros (40).

De la reforma del C.C. se puede predicar:

- a) Que establece una responsabilidad de los titulares de los Centros de enseñanza no superior de los daños causados por sus alumnos menores de edad.
- b) Los daños han de causarse cuando el menor esté bajo el control o vigilancia del profesorado o desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.
- c) La responsabilidad que establece es directa. Habrá que determinar hasta dónde llega el control o vigilancia y si la misma alcanza a los menores emancipados por matrimonio o por habilitación de edad. El 1904 exige que los profesores hayan incurrido en dolo o culpa grave para que la Dirección del Centro pueda ejercitar la «*actio in re verso*». El pfo. 6.º, en cambio, no alude a la concurrencia de culpas, que permite mantener que se trata, al menos, de una responsabilidad casi objetiva (41).

(38) GÓMEZ CALLE. Op. cit. pág. 272.

(39) En Francia, la Ley de 5 de abril de 1937 eliminó la presunción de culpa que originariamente sentaba el C.C., estableciendo además la responsabilidad exclusiva del Estado por accidentes escolares ocurridos en la enseñanza pública. Más tarde se extendió a los centros de enseñanza privada asociada.

(40) «La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior, será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industrias por los delitos y faltas que hubiesen cometido sus empleados y dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Igualmente será extensiva dicha responsabilidad subsidiaria, a las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior, por los delitos y faltas en que hubieren incurrido los alumnos, del mismo, menores de dieciocho años...» (Art. 22 CP).

(41) SANTOS BRIZ. *La responsabilidad*. pág. 468.

Tanto en la regulación penal como en la civil reformada, al contraerse la responsabilidad de los Centros a que el daño se haya ocasionado por el menor (o se lo haya ocasionado él mismo) cuando se halle bajo el control o vigilancia de los profesores del Centro, desarrollando las actividades aludidas, se han delimitado con mayor precisión los supuestos de responsabilidad en relación con la formulación más vaga de la anterior regulación, al concretarse a qué actividades exactamente se refieren.

La responsabilidad antes de la reforma era subsidiaria (son responsables subsidiarios en defecto de los que lo sean penalmente —art. 21 CP—) y objetiva en ese Código. La reforma no ha cambiado en él las características de esa responsabilidad. No ha hecho más, en cuanto al ámbito docente que sustituir a los maestros por los titulares de los centros y concretar, como he señalado antes, las circunstancias y ocasiones en que tal responsabilidad civil «ex delicto» se produce.

d) La responsabilidad que se establece en el 1903 reformado es, además de directa para el Centro, subsidiaria para los profesores del mismo pero condicionada en cuanto a estos últimos a que hubiesen incurrido en dolo o culpa grave (art. 1904). La responsabilidad del Centro es por culpa «in eligendo» o «in vigilando» respecto al personal docente, lo mismo que lo es la del empresario que se regulaba y se regula en el pfo. 4.º La responsabilidad del Centro o de su titular ha de medirse pues, por la elección y el control de dicho profesorado y también, como dice Gómez Calle (42), por la infraestructura material del Centro en cuanto a su posibilidad de causar daño.

e) Los profesores responden al repetir contra ellos el Centro en los casos del art. 1904 si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, pero sólo por culpa «in vigilando» (43) y no por culpa «in eligendo» que, evidentemente, no les alcanza. También y complementariamente a la de los Centros aludida en cuanto a las instalaciones para el caso de ser éstas susceptibles de causar daños, por no comunicarlo al titular del Centro si en la práctica constatan la peligrosidad de éstas que antes no ha podido apreciarse por el Centro (44).

f) El profesor contra el que, en su caso, se ejercita la repetición, puede exonerarse probando que empleó toda la diligencia de un buen «pater familia». El Centro, desde luego, también puede exonerarse probando ausencia de culpa, que el suceso ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor.

Como es sabido, la responsabilidad del titular del Centro y la responsabilidad del profesorado es solidaria. Así se viene afirmando por la doctrina y la Jurisprudencia en supuestos de responsabilidad del patrono y del empleado (Ss. de 14 de febrero de 1964 y 3 de mayo de 1967) supuesto reconducible, a salvo de lo que después se dirá, al del

(42) Op. cit. pág. 279.

(43) No es justo el ejercicio del derecho de regreso cuando sea también grave o incluso constitutiva de delito, la negligencia del titular del Centro, ya que entonces el derecho de repetición debería reducirse a la parte de indemnización que, en razón de su comportamiento, deba ser asumida por el Profesor (Ibid. pág. 282).

(44) Tiene razón esta autora al indicar que es muy probable, a la vista de la tendencia objetivadora, que los Tribunales en la aplicación de las normas sobre responsabilidad del empresario, que se desvirtúe el carácter subjetivo de esta responsabilidad de los Centros y se objetive en aras del principio «pro dannato» e invocando los criterios del riesgo y del beneficio; y por ello cree que quizás hubiese sido preferible haber establecido, con la reforma, el carácter objetivo de la responsabilidad del Centro, asumible por criterios empresariales y cuyo montante económico, en todo caso, podía ser calculado previamente y ser transferido a una compañía de seguros, lo que habría concordado con el CP. (Ibid. pág. 279).

titular del Centro y al profesorado, que se recoge en la reforma —sin más diferencia que exigirse, respecto de estos últimos, el dolo o la culpa grave en el ejercicio de sus funciones—. La afirmación, aplicable a los Centros y profesorado es correcta, aunque la ley sólo establezca el derecho de repetición a favor del titular del Centro, y no a la inversa, que vedaría esta última. Y es, desde luego, mejor por ir en beneficio del que soporta el daño que otra vía, seguida a veces por la Jurisprudencia en caso de responsabilidad en el marco de la empresa, consistente en accionar contra el autor del daño y subsidiariamente contra el empresario. Es, desde luego, la vía de la solidaridad mencionada, no excepcional, al no regirse en materia de responsabilidad extracontractual (por la que responden el titular del centro o el empresario «ex. art. 1903» y el profesor o dependiente «ex. art. 1902») por el principio de no presunción de solidaridad establecido, para la contractual, en el art. 1137. Claro está que el actor tendría que probar en el profesorado el grado de culpa exigible, pero no en el titular del Centro, por presumirse ésta «iuris tantum» y a salvo, la posibilidad de ambos de exonerarse probando, observaron en la producción del evento, toda la diligencia exigible (art. 1903 pfo. último, en el caso de los titulares, y art. 1904 «a contrario», en el caso de los profesores). Las ventajas de la demanda solidaria, para el perjudicado, serían las propias de la solidaridad, ya que en el caso de ser insolvente, el Centro si se demanda sólo a éste, y éste, condenado, no ejercita su derecho de repetición contra el profesor responsable, el perjudicado, para poder ejecutar los bienes del profesor, precisa antes interponer demanda contra el mismo y obtener sentencia de condena.

La diferencia con la anterior regulación es evidente, al agravarse la responsabilidad del titular del centro, que responde directamente por acto de otro, el profesor, siempre en caso de culpa leve de éste y, si no repite contra el mismo, en caso de dolo, culpa grave o leve y, si dicho profesor es insolvente, en los mismos casos; todo ello a salvo de la posibilidad de exoneración mencionada cuando sea procedente. Todo lo anterior para el caso de daño causado por el menor escolar a otro.

En el caso del daño causado por el menor escolar a sí mismo, creo que la reforma es inoperante, al tenerse que residenciar el supuesto, como antes, y así lo hace la sentencia comentada, en el de responsabilidad del empresario—dependiente del pfo. 4.º, sin que al profesor le alcance la limitación de culpa (reducida a la grave y al dolo) establecida por la reforma. Creo que con la formulación de ésta en cuanto a las responsabilidades al respecto en centros de enseñanza, no cabe otra interpretación, aun comprendiendo que no deja de ser contradictorio que se haya dado tratamiento diferente a dos cuestiones semejantes, como lo son, en cuanto a la responsabilidad «in vigilando», que el menor en cuestión cause daño a otro o se lo cause a sí mismo. De todas formas, la reforma tan repetida ha supuesto una ventaja para el profesorado en el primer caso, consecuente con el descontento de estos aludido anteriormente.

e) *Recapitulación*

Centrándose en el motivo de casación alegado de infracción de los arts. 40 LRJAE y 1903 C.C. y aplicación indebida de los arts. 1902 y 1903 del mismo Código, verdadero objeto de este trabajo, hay que señalar:

1.º Que la sentencia vuelve a reafirmarse en su anterior doctrina y, en consecuencia, en la generalidad de la doctrina científica en cuanto a canalizar la responsabilidad

del Estado, de sus instituciones y, en general, de los entes públicos, en la nueva normativa aparecida a partir de la LEF (la reforma en verdad se había iniciado ya con la LR. Local de 16 de diciembre de 1950) dejando a un lado, por anacrónica, la norma contenida en el pfo. 5.º del art. 1903 C.C.

2.º Se señala en dicha resolución la responsabilidad por culpa «in vigilando» o «in eligendo» de la entidad de quienes los Profesores dependían y cuya actuación había sido culposa (como en anterior Jurisprudencia ya se venía exigiendo en supuestos empresa-dependiente), alcance al que se extiende la labor de vigilancia y cuidado (tanto en cuanto a la actividad como al lugar y al tiempo) de estos últimos, no demandados, estimando suficiente la pertenencia de ellos al Centro, aunque no se hubieran individualizado los mismos presentes en el lugar de la ocurrencia.

3.º Que la sentencia culmina el tránsito, ya iniciado por otras anteriores, hacia la nueva regulación de la responsabilidad de los educadores, si bien lo hace con apoyo en la legislación en vigor en su fecha y, sin duda, teniendo en cuenta el clamor profesional de los profesores de los centros de enseñanza no superior (aunque la repetida reforma, en mi entender, no ha positivado correctamente dicha responsabilidad, como he señalado en el epígrafe IV.F.d.) anterior, por lo que se precisará seguir en casos de daños causados por los alumnos así mismos, autolesiones residenciando la responsabilidad en el pfo. 4.º del art. 1903.

4.º Sobre la naturaleza, caracteres, alcance de la responsabilidad y acciones a ejecutar por los representantes legales de los menores perjudicados, así como en lo que la nueva legislación ha variado, debo remitirme, en aras de no alargar innecesariamente este estudio, a los diferentes lugares del mismo. E igual en cuanto a algunas puntualizaciones hechas a la nueva normativa.

SOBRE LOS EFECTOS DEL «PREJUICIO DE LA LETRA» EX.
ARTICULO 1170 CC EN EL CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO

(Comentario a la STS de 27 de enero de 1992)

BEATRIZ ALONSO SANCHEZ

Titular interina de la Facultad de Derecho de Albacete. Derecho Civil

La *res litigiosa* en que se centra básicamente la sentencia objeto de nuestro comentario gira en torno a la delimitación de cuáles sean en un contrato de descuento bancario las obligaciones específicas que el Banco descontante ha de cumplir como presupuesto previo para el ejercicio por su parte del derecho de reintegro del que, en caso de impago por el aceptante de las letras de pago descontadas, es titular frente al librador. Su determinación, no siempre coincidente en la doctrina científica, abre paso al problema concreto de señalar cuál sea la sanción jurídica que acarrea para el Banco descontante la inobservancia de sus deberes como tal y, por lo que se refiere particularmente a la *sentencia de que se trata, a la cuestión relativa a la incidencia que dicho hipotético incumplimiento puede tener en pervivencia de las obligaciones de garantía asumidas por terceros, fiadores solidarios, respecto del contrato de descuento en cuestión.*

Para una mayor comprensión de la extensión y naturaleza de las cuestiones debatidas en la sentencia, extraemos aquí los hechos más significativos del caso planteado en la misma, según aparecen referidos en el primero de los fundamentos de Derecho del fallo en casación.

Así, se pone de manifiesto como Caja Insular de Ahorros de C. planteó juicio ejecutivo contra la entidad mercantil Las Palmas T., S.A. y contra N.D.S., F.G.C. y C.A.A., avalistas estos tres últimos en el contrato de descuento suscrito entre los primeros y calificado como tal en la propia sentencia recurrida. Los codemandados N.D.S. y C.A.A., tras serle desestimada su oposición a la ejecución, formulan demanda de juicio declarativo ordinario instando sentencia por la que se declare nulo el juicio ejecutivo y solicitando la devolución por parte de la entidad bancaria de las cantidades que le hubieren sido abonadas por todos los conceptos o, alternativamente, de las cantidades que resulten de las letras no devueltas por la misma entidad al librador descontatario. La demanda es desestimada en ambas instancias, planteándose recurso de casación por parte de los mismos demandantes en aquélla.

Un dato de enorme interés en la resolución del caso planteado es el tener en cuenta, como así lo pone de relieve el Tribunal Supremo, que en un contrato de descuento bancario «... las cambiales las recibe el Banco descontante como mera cesión *pro solvendo* (no *pro soluto*) y condicionada, por tanto, al buen fin de las mismas...» Ahora bien, si derecho indiscutible del Banco descontante es, por lo que se acaba de indicar, el de poder reintegrarse del importe de las letras de aquél que obtuvo el descuento y para el supuesto de impago de las mismas por parte del librado aceptante, no es menos cierto que tal derecho de reintegro resulta condicionado en su ejercicio efectivo al cumplimiento previo por parte del Banco descontante de una serie de deberes o cargas, como son la presentación de las letras al pago a su vencimiento, levantamiento de protesto o declaración equivalente, ofrecimiento de restitución material de los títulos cambiarios, interrupción de las prescripción. Actos todos ellos encaminados, como así lo indica la sentencia analizada, a «... devolver las letras al librador descontatario con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregadas a virtud del contrato de descuento, lo que presupone el haber cumplido las obligaciones previas de su oportuna presentación al cobro y de levantamiento, en forma, del correspondiente protesto...»

Esta obligación de restitución del título cambiario a la que nos referimos comprende no sólo la devolución material de la letra de cambio, sino también que el documento cartular que se devuelva lleve aparejado los derechos cambiarios que le son propios y aquellos otros que le hubieren sido incorporados. Es decir, la restitución de la letra de cambio al descontatario debe permitirle a éste ejercitar por su parte las acciones cambiarias que le son propias contra aquellos sujetos que en el círculo cambiario resulten obligados frente al mismo por virtud del mismo título, así como hacer valer los privilegios y garantías extracambiarías a él anejos.

El incumplimiento de estos deberes de diligencia por parte del Banco descontante es considerado en la sentencia que se comenta, siguiendo doctrina y jurisprudencia constante, como un supuesto de hecho al que resulta aplicable por analogía la dicción del art. 1170-2.º del Código Civil. Tras la entrada en vigor de la nueva Ley Cambiaria y del Cheque tales conductas omisivas y perjudiciales del tenedor de la cambial aparecen explícitamente consideradas y sancionadas en su art. 63, determinando este precepto para tales casos la pérdida para aquél de sus acciones cambiarias frente a los obligados de regreso. Perjudicada, por tanto, la letra por culpa del tenedor (entidad bancaria descontante) quedará el mismo privado de la acción cambiaria de regreso que le competía frente al librador (entidad descontataria) por virtud de lo preceptuado en el citado art. 63 de la Ley Cambiaria. Pero perderá asimismo la entidad bancaria la acción causal de que era titular derivada del contrato de descuento suscrito con el mismo librador, por razón ello de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 1170 del Código Civil. Por consiguiente, restará tan sólo al Banco descontante ejercitar la acción cambiaria directa frente al aceptante, la cual no decae como consecuencia de su negligencia (cfr. art. 63 L.C.).

Lo indicado es perfectamente aplicable al supuesto de hecho contemplado en la sentencia presente, al conllevar la prescripción del título cambiario la decadencia de su efectividad jurídica como tal. Matizar tan sólo que la decadencia, por efecto de la prescripción de todas las acciones cambiarias, directa y de regreso, determina para la entidad descontante ver ceñidas sus posibilidades de reembolso acudiendo a la acción de enriquecimiento injusto prevista en el art. 65 de la Ley Cambiaria.

Coincido hasta el momento con las consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta. Otros pronunciamientos vertidos en al sentencia son merecedores, sin embargo, de algunas observaciones y objeciones de cierta tras-

endencia práctica. En efecto, ha de tenerse presente que el Tribunal Supremo se pronuncia directa y exclusivamente en su fallo acerca de las consecuencias que el incumplimiento por el Banco de sus deberes como entidad descontante va a tener respecto de los fiadores solidarios del contrato de descuento en cuestión, apareciendo dos de los tres garantes como parte recurrente en casación.

Pues bien, haciéndose referencia explícita en el Fundamento cuarto de la sentencia al hecho, imputable a la entidad bancaria, de haber dejado transcurrir el tiempo que para la prescripción de las acciones cambiarias venía establecido en el art. 950 del Código de Comercio, entonces vigente, sin haber procedido a restituir las letras impagadas a la entidad descontataria, concluye el Tribunal Supremo calificando dicha actuación de «... conducta negligente productora de daños y perjuicios para los actuales demandantes, avalistas en el contrato de descuento de Las Palmas T., S.A., ya, aplicando como se ha dicho en este supuesto el art. 1170-2 CC, la deuda garantiza por ellos se encontraba extinguida, no obstante lo cual se han visto demandados en el juicio ejecutivo interpuesto por la hoy recurrida. Son aplicables, por tanto, los arts. 1101 y 1104 CC determinantes de la obligación de la Caja Insular de Ahorros de C. de indemnizar los daños y perjuicios causados. Al no entenderlo así la sentencia recurrida —concluye el Tribunal Supremo— ha infringido la doctrina jurisprudencial acerca del contrato de descuento, así como el repetido art. 1170-2 CC y el 1853 del mismo texto legal...»

Del anterior texto, entresacado de la sentencia comentada, cabe resaltar dos afirmaciones muy discutibles en mi opinión. De un lado, no entendemos cómo después de afirmar certeramente y sin paliativos que la deuda garantizada por los fiadores se encontraba extinguida, concluye señalando erróneamente que al no entenderlo así la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 1853 del Código Civil. A mi entender, perjudicadas las letras de cambio objeto del contrato de descuento por la actitud negligente del tenedor entra en juego la norma del artículo 1170-2.º del Código, decayendo la acción causal frente al librador, en este caso, y arrastrando la propia extinción de las obligaciones accesorias de garantía personal asumidas por los fiadores. Esto es, el precepto que debe entenderse realmente infringido en la sentencia recurrida es el artículo 1847 del Código Civil, y no el 1853 del mismo pues ninguna excepción al pago hace nacer el juego del art. 1170-2.º del Código.

De otra parte, no creemos que la conducta omisiva y negligente de la entidad descontataria determine para los fiadores posibilidad alguna de reclamar indemnización de daños y perjuicios, sino tan sólo la restitución de lo indebidamente percibido por aquél en base a una relación de garantía que se hallaba extinguida. Y ello porque las normas de los artículos 1101 y 1104, invocadas por el Tribunal Supremo como de aplicación al caso, presuponen el incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático, característica esta última que no concurre como esencial en un contrato de fianza que sólo hace surgir obligaciones a cargo del fiador. Pero es que, además, ni siquiera cabría configurar el deber de restitución eficaz de las cambiales de que tratamos como verdadera obligación de la entidad descontante frente al descontatario, sino tan sólo de auténtica carga legal, dado que su cumplimiento actúa para el primero, no como hecho correlativo al que le es debido, sino como presupuesto para el ejercicio eficaz por su parte de un derecho que le compete, como es el de reintegro del importe de las letras descontadas que no fueran atendidas a su vencimiento.

Al margen de las anteriores consideraciones, la lectura del fallo que no ocupa suscita otra cuestión polémica. En el Fundamento tercero del mismo, tras enunciarse las que cabe considerarse obligaciones fundamentales de toda entidad descontante, no duda

el Tribunal Supremo en matizar al respecto que «... sin que pueda considerarse incluida en el círculo de tales obligaciones la de previsibilidad de la posible situación de insolvencia en que pueda caer o situarse el librado aceptante de las mencionadas cambiales...»

Aun cuando no discrepo totalmente de tal afirmación, considero conveniente destacar que el Tribunal Supremo parte de tener en cuenta que, si bien la entidad bancaria era consciente de la situación de insolvencia en la que se encontraba la sociedad deudora (librador-descontante), dicho estado era aún mejor conocido por parte de los fiadores recurrentes que, junto con el fiador no personado en autos, representaban los tres únicos socios de la entidad descontante garantizada, como así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en el Fundamento quinto de la sentencia a propósito, sin embargo, de su negativa a reconocer la imposición de costas reclamada por los garantes. En realidad, implícitamente, el Alto Tribunal permite fundamentar la exclusión de la norma específica del art. 1852, relativa al perjuicio de la subrogación de los fiadores, en todos aquellos casos de *fianza en interés propio*, cuando el hecho negligente y perjudicial que se alegare por los garantes viniera dado por la inacción del acreedor principal ante la previsible situación de insolvencia o iliquidez en la que fuera cayendo el deudor fiado.

Por mi parte, quisiera no obstante señalar que en cualesquiera otros supuestos en los cuales en la relación jurídica de fianza contraída no sea posible establecer vínculos societarios o familiares entre deudor principal y garante, la solución al interrogante relativo a si el acreedor garantizado debe o no actuar para prevenir la previsible insolvencia del deudor y para, si así fuere, no perder su garantía fideiusoria por virtud de lo establecido en el citado art. 1852 del Código, pasa por entender que esta norma sancionadora no impone al titular de la fianza deber alguno de ponerse a cubierto frente a aquellas posibles alteraciones en la consistencia del patrimonio del deudor, aunque pudieran hacer peligrar éstas la efectividad del eventual derecho de reembolso del garante, pero sí conlleva aquella norma para el mismo acreedor afianzado la carga de no provocar o agravar con su conducta positiva o de omisión una situación de insolvencia en el deudor principal que condujera directamente a un previsible perjuicio en el regreso de los fiadores.

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Javier BARCELO DOMENECH
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Ignacio DIAZ DE LEZCANO
M.^a del Rosario DIAZ ROMERO
Nieves FENOY PICON
Regina GAYA SICILIA
Carmen JEREZ DELGADO
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.—Una certificación emitida por el presidente de una junta vecinal no puede alcanzar el carácter de acto propio en el sentido que la jurisprudencia de esta Sala da a los actos propios (Sentencias de 21 de diciembre de 1984, 15 de julio de 1985, 19 de noviembre de 1985, 11 de marzo de 1991), conforme a la cual para que puedan ser tenidos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor de los mismos, y para que tengan carácter vinculante han de ser actos concluyentes e indubitados de forma que definan de modo indubitable e inequívoco la situación del que los realiza.

Rango de prueba. Certificaciones.—Tampoco pueden obtener las certificaciones el rango de prueba cuando, como las aportadas en este proceso, contienen afirmaciones que no constan en registro oficial alguno y, a lo sumo, se trata de opinión subjetiva del firmante emitida fuera de los cauces contradictorios del proceso, por lo que no es calificable de testimonio procesal.

Bienes comunales. Imprescriptibilidad.—Calificados los bienes como comunales, son imprescriptibles (artículo 5 del Real Decreto 1372/86, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), salvo desafectación formal, no producida, o desafectación tácita, imposible de producirse puesto que la Administración ha realizado actos de interrupción, como el deslinde de 1974, de la posesión de los actores. (STS de 14 de mayo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes suplicaron al Juzgado que dictase sentencia por la que se declarase que las fincas les pertenecían, y que debían

excluirse del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, cancelándose o rectificándose la inscripción registral causada a favor del pueblo de Pando-Penilla. Con dicha declaración había de condenarse a las Administraciones a la entrega de las fincas, a reintegrar a los demandantes una determinada suma y a renunciar a la posesión de las fincas. Subsidiariamente, para el caso de que no se acogiera la petición, se declarase el derecho a los bosques creados en las fincas y a la adquisición del terreno sobre el que se han plantado, previo pago de su valor a la entidad demandada. Alternativamente se declarara la obligación del pueblo Pando-Penilla a abonar a los actores el valor de los bosques con resarcimiento de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación interpuesto por los actores. (A. C. S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Alcance del error de hecho en la apreciación de la prueba.—«El *error de hecho* [...], exige que el documento haya sido ignorado o trastocado o cambiado en lo que dice su contenido por el Juzgador de instancia, lo que obliga a una elemental confrontación entre lo que dice el documento y lo que se expresa que dice el documento o su omisión. De aquí que la jurisprudencia de esta sala, así entre otras, sentencia de 5 de junio de 1990, rechaza que bajo este número se proyecte un alcance revisorio de la prueba hecha “que desborde ampliamente su contenido literal y la interpretación constante de este Tribunal opuesta a que al amparo de la mentada norma de cobertura (artículo 1692.4 LEC), se examine y pondere el mismo material probatorio que el juzgador ya tuvo en cuenta para sentar sus conclusiones, extrayendo otras de sentido distinto”; de cuyo modo se impide “a la vista de los mismos documentos y datos que prevalezca el criterio del recurrente frente al del Tribunal sentenciador, transformándose la casación en una tercera instancia”.»

Protección constitucional del derecho a la información en tanto ésta es veraz. Canon de veracidad.—«Como sostiene la sentencia de esta sala de 25 de junio de 1990, “el derecho a la libertad de información tiene la protección constitucional en cuanto versa sobre informaciones veraces, bien que como mezclados con éstas suelen aparecer elementos informativos y valorativos en cada caso habrá que acreditarlos”. A esta inevitable mezcolanza de elementos que hacen imposible la limitación del derecho a la información al relato puro, objetivo y aséptico de hechos que no resultaría constitucionalmente aceptable, ni compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, se refiere, también, la sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre, que aunque no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, impone un específico deber de diligencia en la comprobación de su veracidad.»

Cuantificación de los daños: función reservada al juzgador en la instancia.—«[...] como recuerda esta Sala, en Sentencia de 11 de octubre de 1990, “la cuantificación de los daños es función reservada a la Sala de Instancia, que no puede ser revisada en casación sino cuando se revisen los parámetros tenidos en cuenta para proceder a la fijación de la indemnización” [...].» (STS de 25 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso trae causa de un artículo aparecido en la portada de «El Diario Montañés» de Santander con el título «Una joven madre falle-

ce en la Residencia por una posible negligencia médica». En el texto, identificando al médico que atendió a la fallecida, se imputaba a éste una dejación de sus obligaciones afirmando, a la vez, que se encontraba practicando una operación en una clínica privada cuando se produjo la muerte de la paciente. Quedó probada la absoluta falta de veracidad de la acusación. El Juzgado estima parcialmente la demanda del médico. La Audiencia estima la apelación del actor elevando el monto de la indemnización. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa editorial. (R. G. S.)

3. Limitación de los derechos individuales por razón de interés público. Ponderación casuística de los límites de los derechos fundamentales en caso de colisión. Posición preferencial del derecho a comunicar libremente información veraz. Protección de la información contrastada con datos objetivos aun cuando su total exactitud sea controvertible.—«Es doctrina reiterada por esta Sala (sirvan de ejemplo las SS. de 30 de diciembre de 1989 y 4 de junio de 1990) que los derechos protegidos por la Ley de 5 de mayo de 1982 no pueden considerarse absolutamente ilimitados, pues imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no pueden ser reputadas ilegítimas, y si el artículo 7 define las intromisiones que tiene este último carácter, no obstante existen casos en los que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la propia Ley; y es por cuanto antecede que tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo (SS. de 19 de julio y 16 de diciembre de 1988) vienen señalando que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de expresión-honor, intimidad e imagen, encuadrados en la categoría de los derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de formalismos enervantes, siquiera haya de afirmarse, en línea con la más avanzada jurisprudencia constitucional, que “el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución y que es base de nuestra ordenación jurídico-política” (STC de 20 de julio de 1986), puntualizándose que la Constitución otorga a las libertades del artículo 20 una “valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales” (STC de 17 de julio de 1986) y que puede afirmarse “la posición preferencial del derecho fundamental recogido en el artículo 20.1.d” (STC de 12 de diciembre de 1986); por último, la libertad de información, indisoluble del pluralismo político, es garantía de la opinión pública y ha de prevalecer siempre que verse sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, primando entonces sobre el interés a la dignidad e intimidad personal (SS. de 11 de diciembre de 1989 y 3 de marzo del propio año, respecto a pautas del Tribunal Constitucional sobre la colisión de ambos derechos), de tal manera que la veracidad que se exige a la información no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si han sido contrastadas con datos objetivos, aun cuando su total exactitud sea controvertible (STC de 8 de junio de 1988).» (STS de 9 de enero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—«El Diario Montañés» de Santander publicó un artículo con el ilustrativo título «El PSOE invirtió 15.000.000 de pesetas para colocar a

la hermana de Jaime Blanco». La hermana del dirigente socialista considerando lesionado su derecho al honor demandó a la empresa editorial del periódico y a su director. El Juzgado condena a los demandados a indemnizar a la actora en una determinada cantidad. La Audiencia los absuelve. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

4. Alcance de la expresión «información veraz» (a.20.1.d CE).—«Ahora bien, como con acierto se argumenta en la sentencia de instancia, el derecho al honor no es tan absoluto que no admita limitación alguna y concretamente la derivada del derecho, también fundamental, “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20.1.d de la Constitución). El conflicto entre ambos derechos ha de resolverse partiendo de que el derecho a la libertad de información goza de protección en cuanto se refiera a hechos verdaderos, si bien ha de tenerse presente, como ya declaró esta Sala en Sentencia de 25 de junio de 1990, que, mezclados con aquéllos suelen aparecer elementos informativos inexactos que habrán de analizarse en cada caso concreto atendiendo al criterio jurisprudencial según el cual la libertad de información contribuye a la configuración de una opinión pública libre, siempre que no se provoque el deshonra de las personas con ataques innecesarios; en definitiva, información veraz significa “información comprobada según los cánones de la profesionalidad, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias” (S. del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1990). [...] ya esta Sala (S. de 27 de enero de 1990) declaró que no se produce infracción del derecho al honor cuando se está en presencia de una mera actividad informativa que, aunque inexacta en algún punto, tienda simplemente a comunicar algún suceso y sus incidencias reales, que es lo ocurrido en este caso.»

Inexigibilidad de comprobación por el periodista de las informaciones procedentes de fuentes policiales.—«Siendo así, sucede que, en el fondo de lo acontecido, la narración periodística tiene por objeto unas actividades de la policía andorrana y no parece exigible que el periodista debiera haber realizado una constatación posterior de la rigurosa exactitud de los hechos y de las personas que aparecían en ellos implicadas, dada la fiabilidad de la fuente de su conocimiento.» (STS de 25 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El diario «La Vanguardia» publicó un artículo en el que, con ocasión de informar sobre la detención en Andorra de un joyero barcelonés acusado de suministrar información a cuatro atracadores para perpetrar sus golpes, se decía también que la policía había identificado al resto del grupo, dentro del que se encontraba el recurrente en casación. Este grupo, continuaba el artículo, había sido visto en Barcelona en determinada fecha y «se comprobó que vigilaban una empresa de joyería». El recurrente interpuso demanda para obtener protección de su derecho al honor. Recae sentencia desestimatoria en la primera instancia que la Audiencia confirma. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

5. Legitimación activa para promover la declaración de incapacidad.—Las normas sobre esta materia están contenidas en el Código Civil, que claramente distingue entre las personas que están facultadas para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad (art. 204) de aquellas otras que están, primariamente, legitimadas para promover la declaración de incapacidad, esto es, el cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, los ascendientes o hermanos del presunto incapaz. Mas, en atención al ya indicado interés público presen-

te en estos procesos, el legislador atribuye al Ministerio Fiscal el deber de promover la declaración si las personas antes mencionadas no lo hacen o no existen; esta legitimación por sustitución de las primeramente llamadas a promoverla tiene carácter exclusivo y no puede ser compartida con otras instituciones o personas físicas o jurídicas; la única matización que incluye el artículo 203, aplicable en este caso a las autoridades o funcionarios públicos del Ayuntamiento de Palma, que por razón de sus cargos conocieran la existencia de la posible causa de incapacitación, es la transformación de la facultad que tiene cualquier persona de hacerlo, en deber de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que fue el proceder seguido por las autoridades del Ayuntamiento al comunicar la situación al Ministerio Fiscal; es decir, el Ayuntamiento de Palma carece de legitimación activa, según el Código Civil, para promover la incapacitación, aptitud jurídica que no puede escamotearse con una personación posterior mostrándose parte en el proceso, como ocurrió en este asunto, con una interpretación muy laxa de las normas procesales, puesto que su cooperación podría y debía haberse hecho patente de otra manera. Ni siquiera la autoridad judicial en esta clase de asuntos, pese al robustecimiento de los poderes judiciales *ex officio* que la ley confiere, puede promover el asunto y debe limitarse, tras la adopción de las medidas que estime necesarias, a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Imprudencia de una interpretación extensiva de los supuestos legitimatorios.—Con referencia al caso que se estudia, una interpretación extensiva de los supuestos legitimatorios no se compadece, por razones extrínsecas, ni por razones intrínsecas, con la actual regulación del Código Civil.

Pruebas prácticas.—Conforme al artículo 208 del Código Civil, no tienen que circunscribirse a las instadas por las partes, sino que pueden extenderse a todas cuantas los órganos jurisdiccionales de instancia decreten de oficio por estimarlas pertinentes, en consideración al carácter inquisitivo de estos procesos, cuyo fin es establecer del mejor modo posible la verdad sobre la situación de capacidad de la persona para determinar las consecuencias jurídicas inherentes a su estado en beneficio del propio sujeto y en interés y protección de la sociedad.

Falta de examen del presunto incapaz por el propio Juez. Nulidad de lo actuado.—La trascendencia social de estos procesos y el interés público subyacente en los resultados del mismo explica y justifica, no obstante, que ingresado un asunto de esta naturaleza en sede casacional, se pueda, más allá de los meros motivos impugnatorios, examinar si las formas observadas hasta la consecución de la sentencia se ajustan a lo prescrito, dado el sustancial aspecto de garantías de Derecho público que revisten y la necesidad de su respeto por razones de orden público procesal, cuando las irregularidades habidas se manifiestan, según lo prevenido por el artículo 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así, también, se solicita por el Ministerio Fiscal, en el acto de la vista, para imponer el regular desarrollo del tracto procesal, y como en el caso presente no ha examinado el Juez por sí mismo al presunto incapaz, conforme manda, efectivamente, el artículo 208 del Código Civil, debe ordenarse la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en que puede entenderse cometida la referida infracción por omisión, y, en consecuencia, declarar la casación de la sentencia impugnada y la retroacción de las actuaciones al tiempo procesal previsto en el último párrafo del artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 24 de mayo de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—A instancia del Ministerio Fiscal y del Ayuntamiento de Palma de Mallorca se pronunció demanda de juicio declarativo de menor

cuantía sobre declaración de incapacitación. Admitida a trámite la demanda, el defensor judicial designado la contestó, suplicando se dictase sentencia desestimatoria.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la capacidad del demandado para regir su persona y bienes, pero le incapacita y prohíbe el desempeño de cualquier actividad o profesión que normalmente o de por sí determina el eventual recurso a la violencia. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia. Prospera el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, en el que alega indefensión por habersele negado legitimación para recurrir en alzada y la infracción de los artículos 200 y 210 del Código Civil.

NOTA.—Esta sentencia es una de las más importantes que se han publicado sobre la incapacitación judicial, y en concreto, sobre el procedimiento dirigido a establecerla. No ofrece ninguna duda el acierto del Tribunal Supremo al negar la legitimación activa del Ayuntamiento para ejercitar la acción de incapacitación, ya que el mismo debía limitarse a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, al que el Código Civil legitima para ejercitar dicha acción (art. 203). El interés fundamental de la sentencia radica en la afirmación de que el Tribunal Supremo puede, *más allá de los motivos invocados en el recurso de casación* (los hemos reflejado al describir los hechos), examinar si las formas observadas hasta la consecución de la sentencia se ajustan a lo prescrito en la normativa que disciplina el procedimiento de incapacitación. Esto explica que se admita la casación de la sentencia de la Audiencia, por infracción del artículo 208 del Código Civil, pues el Juez no ha examinado por sí mismo al presunto incapaz. El fundamento de esta solución se encuentra, según el Tribunal Supremo, en la trascendencia social del proceso de incapacitación y el interés público subyacente en los resultados del mismo, y en última instancia, en razones de orden público procesal. (A. C. S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

6. Interpretación del contrato. Función privativa del Tribunal de instancia.—La interpretación conforme a la voluntad declarada, es función privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio en el particular debe prevalecer, salvo exégesis desorbitadas o arbitrarias que pugnen con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas sometidas al racionio del juzgador.

Condiciones imposibles.—Como esta Sala ha declarado, sólo pueden estimarse imposibles las condiciones que en absoluto lo sean, pero no las que penden de la situación accidental del deudor, que pueden variar de un momento a otro, por azar de las circunstancias o por un esfuerzo de la voluntad del mismo para cumplir sus compromisos. (Sentencia de 8 de junio de 1906.)

Interpretación objetiva del contrato. Aplicación del artículo 1284 del Código Civil.—Según el artículo 1284 del Código Civil, si alguna cláusula de los contratos admitiera diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Este artículo es una norma de interpretación objetiva, que pretende una interpre-

tación del contrato en vías de alcanzar su eficacia, y lo que intenta evitar, dentro de una interpretación sistemática, son las interpretaciones baldías o ilusorias, sin imponer un determinado sentido (sentencias, entre otras, de 2 de febrero de 1952, 13 de junio de 1964 y 18 de febrero de 1974, una de ellas citada también en el recurso). (**Sentencia de 30 de mayo de 1991**; no ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se solicitó que se declarase la obligación de la demandada de dotar del servicio de abastecimiento de agua a las parcelas vendidas, mediante una potabilizadora de agua de mar.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial admitió en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada. (**A. C. S.**)

7. Enriquecimiento injusto. La falta de causa del desplazamiento patrimonial.—El requisito de que la acción de resarcimiento, para que prospere, ha de apoyarse en la inexistencia de causa que justifique el enriquecimiento, no concurre en el caso contemplado. Ya la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 10 de junio de 1955 y 20 de diciembre de 1977) ha apreciado la existencia de justa causa y desestimando la acción de enriquecimiento cuando lo resuelto se ampara en una sentencia u otra resolución judicial definidora de derechos entre las partes y siempre motivada, la que, si incurrió en error, puede ser corregida mediante el ejercicio, por la parte que se estime agraviada, de los remedios de fondo y procesales que las leyes tienen establecidos. Todo ello derivado del ejercicio legítimo de un derecho por su titular en concepto de acreedor hipotecario, lo que nunca puede reputarse abusivo o injusto ya que no puede considerarse abusivo o injusto aquello que corresponde por pacto y por la ley; y cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que puedan lesionar la equidad, lo que en el supuesto debatido no se ha alegado siquiera, los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen injustamente (doctrina deducida de las Sentencias de 27 de marzo de 1958 y 23 de marzo de 1966). (**STS. 2 de enero de 1991**, no ha lugar).

HECHOS.—La actora necesitaba obtener dinero para hacer frente a los pagos derivados de la construcción de un edificio. A tal fin, otorgó una escritura de préstamo hipotecario, en la que figuraba como acreedor el demandado. En el momento de otorgarla, el edificio tenía terminada su estructura, forjados incluidos. Se encontraba en situación semejante a la actual, con excepción de unas obras de cierre exteriores, puertas y ventanas del garaje y detalles accesorios interiores; fue probado que el valor de la obra realizada en el momento de otorgar la escritura podía estimarse en un 90 por 100 del total existente en la fecha en que se interrumpieron las obras. Una cláusula en la escritura preveía la extensión de la hipoteca a «las obras nuevas hechas y hacenderas». Al no ser satisfecha la deuda, la ejecución hipotecaria condujo a la adjudicación de la finca en pública subasta, a favor del ahora recurrido. La demandante suplicó que no se considerase comprendida en la edificación existente sobre el solar. La demanda fue desestimada por el Juez de Primera Instancia y por al Audiencia Territorial, no dando lugar al recurso de casación el Tribunal Supremo. (**J. B. D.**)

8. Compete al juzgador en la instancia apreciar si existe o no simulación contractual.—«... ya que es doctrina de esta sala (Sentencias de 14 de febrero de 1985, 12 de febrero y 1 de julio de 1988, 7 de marzo y 22 de junio de 1989, entre otras) la de que

la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto cuestión fáctica es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación sólo puede ser rebatida por la vía del error de hecho probatorio (ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)...».

Importancia de la prueba indiciaria en la simulación contractual.—«... siendo, por otra parte, también doctrina jurisprudencial (Sentencias de esta Sala de 24 de abril de 1984, 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre de 1988, 31 de enero de 1991, entre otras) la de que la simulación contractual se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador de instancia a la apreciación de su realidad...».

Vulneración del límite imperativamente fijado para el precio en la compraventa de viviendas de protección oficial: consecuencias.—«... para supuestos similares al aquí planteado tiene declarado esta Sala (Sentencias de 3 y 26 de diciembre de 1984, 5 de noviembre de 1985) que la limitación imperativa del precio que es correlativa a los importantes beneficios que la legislación sobre viviendas de protección oficial concede a los que se acogen a la misma y que constriñe el libre juego de la voluntad de las partes en extremo tan importante en el contrato de compraventa cual es la determinación del precio, se traduce no en la nulidad total del contrato, que redundaría en beneficio del vendedor culpable de la contravención, sino en el de la nulidad parcial de la obligación relativa al precio pactado con excesividad enriquecedora de aquél y con desconocimiento de las disposiciones administrativas que tasan el precio, operando en el sentido de ajustarlo al señalado por el organismo competente y sin que ni se produzca la nulidad total del contrato, que se pretendía en el caso contemplado por la ya citada Sentencia de 3 de diciembre de 1984, ni, como aquí se quiere, mantener incólume el precio excesivo pactado con la secuela única de la sanción de multa imponible por la Administración del ramo.» (STS de 24 de junio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sentencia del Juzgado declara probado que bajo una aparente cesión de derechos de socio cooperativista de protección oficial se esconde un contrato de compraventa de vivienda, plaza de garaje y trastero, disimulado con el fin de eludir las consecuencias de la Ley de Viviendas de Protección Oficial que prohíbe su venta por un precio superior al que legalmente les corresponde. Sobre la base de esta apreciación perecen todos los motivos de casación que el vendedor aduce ante el Supremo. (R. G. S.)

9. Venta en garantía: fiducia cum creditore que no entraña simulación. Estructura. Causa fiduciae. Limitada eficacia real de la venta en garantía.—«De cuanto antecede se deduce que nos hallamos ante una venta en garantía. La Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1988, recogiendo el sentir jurisprudencial anterior, señala que el *pactum* de fiducia *cum creditore* se definió ya en la Sentencia de 19 de mayo de 1982 como negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*pactum fiduciae*), sin que, por tanto pueda notarse de contrato ficticio, aparente, simulado o disimulado, sino, existente y querido por las partes contratantes que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes, como enseña la Sentencia de 8 de marzo de 1963, pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura se haya saldado, constituyéndose en su conjunto como un contrato

causal, conforme al artículo 1274 del Código Civil, en el que la causa *fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, siendo justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión de dominio *inter partes* se revela de cara o frente a terceros, de todo lo cual concluye que la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía sin voluntad de comprar o vender.»

Admisión en nuestro ordenamiento del *pactum fiduciae* independientemente de la teoría a que se acuda para fundamentarlo. Venta en garantía: aspectos registrales. Facultades del fiduciario.—«Y sigue exponiendo la propia Sentencia de 8 de marzo de 1988 que, abundando en lo dicho, la de 2 de junio del propio año 1982 recoge que la teoría científica más reciente se aparta del “doble efecto” y prescinde de la sustantividad de la causa *fiduciae* como comprendida en el artículo 1274, no obstante lo cual la titularidad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada (arts. 1255 y 1286 del Código Civil) y la validez de lo acordado entre las partes, asistiéndole al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un *ius o titulus retinendi* que no permite se le imponga la restitución, al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con efectos vinculantes para fiduciante y fiduciario, sin que procedan la nulidad de la escritura de compraventa y la cancelación del asiento registral, una vez descartada la simulación absoluta (en el mismo sentido la Sentencia de 6 de abril de 1987 y, en relación con el mandato, la de 9 de octubre del propio año).»

«Por lo mismo, no regulado especialmente en nuestro ordenamiento jurídico el pacto que nos ocupa y aunque como dice la Sentencia de 19 de mayo antes citada, puede enmarcarse dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1255 del Código Civil, con reflejo en el n.º 3 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, tampoco pugna la doctrina expuesta con el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a efectos de la no inscripción de una escritura en la que se otorga un contrato con la denominación de venta en garantía (confrontar Resolución de 30 de junio de 1987).»

«... ya se ha expuesto la validez del *pactum fiduciae cum creditore*, sea cual fuere la doctrina que se aplique para ello (arts. 1274 o 1255 del Código Civil) y, en consecuencia, reúne los requisitos que expresa el artículo 1261...».

«... el titular formal puede inscribir para poder después vender las fincas y cobrar su crédito si, como ocurre en el caso, no le es abonado...».

«...la mera titularidad formal de la Caja de Ahorros no la autorizaba a hacer suyos los frutos de las fincas que, a lo más, habría de aplicar a la reducción del débito...».

No procede introducir hechos nuevos en el recurso de casación.—«... ha repetido esta Sala con absoluta reiteración que en recurso extraordinario como el que nos ocupa no cabe introducir hechos nuevos, pues que ello conllevaría la quiebra de los principios de contradicción y defensa, aparte de que la misión casacional tiene como finalidad la nomofilaquia o defensa del ordenamiento jurídico, para, partiendo de unos hechos dados, controlar si las consecuencias jurídicas obtenidas son las adecuadas...».

Compensación judicial. Principio de congruencia.—«... aunque esta Sala tiene establecida la posibilidad de aplicar una compensación judicial cuando así se deduzca

de los hechos, sin que sea pedida expresamente por las partes, aunque aquí se contiene en el apartado séptimo del síplico de la demanda y aunque en la propia Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1988, ya citada, se invoca el principio *iura novit curia* y que, cual señala la Sentencia de 1 de abril de 1987, el principio de congruencia, subordinado a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), a lo que obliga es a que exista concordia entre lo pedido por los litigantes y lo resuelto por la sentencia, pero no exige que el juzgador tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de acatar sólo la esencia de lo solicitado...». (STS de 30 de enero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—La Caja de Ahorros de Pontevedra concedió un crédito en cuenta corriente a D. J. J. L. G. que garantizaron solidariamente los demandantes ante el Juzgado. Estos vendieron a la Caja cuatro fincas que ésta inscribió a su nombre, de las cuales tres fueron posteriormente vendidas y la cuarta parcialmente expropiada. Por fin la entidad canceló la cuenta. El Juzgado estimó la demanda declarando la nulidad de la compraventa en cuanto acto transmisivo de propiedad y decretando la nulidad de las inscripciones de dominio a favor de la Caja de Ahorros. Apela la Caja y la Audiencia Territorial revoca en parte la sentencia de instancia resolviendo fundamentalmente en el sentido de considerar que la compraventa celebrada no era tal sino un negocio fiduciario dirigido al limitado objeto de reforzar la obligación asumida por los fiadores solidarios. Acuden al Supremo dichos fiadores, la Caja de Ahorros y un supuesto tercero hipotecario. Ha lugar al recurso de casación que los primeros interponen. (R. G. S.)

10. Personas jurídicas: capacidad.—«La sociedad demandada [...], es, como todas las sociedades legalmente constituidas en nuestro ordenamiento, una persona jurídica, independiente de la de cada uno de sus asociados (artículos 35.2 y 36 del Código Civil) y como consecuencia puede adquirir y poseer bienes de toda clase, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución (art. 38 del mismo Código, párrafo 1). Normativa que confirma también como legislación básica, el Código de Comercio al decir que constituida la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos (art. 116, párrafo 2), añadiendo el artículo 118 que “serán válidos y eficaces los contratos entre compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueran lícitos y honestos y aparecieran cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente”; requisitos relativos a su constitución...»

Autocontrato: supuestos de invalidez.—«... no cabe entender existente una autocontratación invalidante, en cuanto que hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en que tal forma de contratación sería jurídicamente ineficaz cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante por existir un conflicto de intereses más o menos encubierto que haga incompatible la actuación de una persona operando por sí misma y a la vez en representación de otras que tienen intereses contrapuestos, y entonces, si hay evidente peligro de parcialidad en perjuicio de los representados, ello acarrearía ineludiblemente la invalidez del contrato».

Carácter objetivo de la causa.—«... la causa, según reiterada jurisprudencia, tiene un carácter objetivo, estando constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual, no por los motivos que impulsan a cada parte a contratar, cual se desprende de

la descripción —pues no puede calificarse de definición— que contiene el artículo 1274, norma que se refiere a “la prestación o promesa” de una cosa o servicio por la otra parte en los contratos onerosos...».

Esencialidad y significación de la causa del contrato.—«... es precisamente la causa, como elemento constitutivo esencial del contrato en cuanto contiene una atribución patrimonial, lo que confiere significado jurídico al negocio, señalando la finalidad que con éste se persigue y del que depende la validez o cuando menos la subsistencia de la ventaja patrimonial concedida (Sentencia de 25 de mayo de 1944)». (STS de 31 de enero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante reclamó ante el Juzgado el pago de pensiones vitalicias atrasadas, con estimación parcial de su pretensión. Apeló la empresa mercantil demandada y la Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado por considerar que la entidad no estaba obligada a pagar la renta vitalicia que se discutía. El recurso de casación prosperó. (R. G. S.)

11. Rescisión de los contratos. Fraude de acreedores. Acción pauliana. Presupuestos de ejercicio.—Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, así, últimamente la Sentencia de 5 de junio de 1990, la determinación de la concurrencia de los requisitos que conforman la acción pauliana corresponde a las Salas de instancia por tratarse de cuestiones de hecho.

Acto en perjuicio de acreedores.—Los resultados de la prueba ponen de manifiesto que los demandados-donantes al efectuar el negocio revocado agravaron su difícil situación económica, colocándose en situación de insolvencia, aunque relativa, suficiente, según jurisprudencia de esta Sala, por cuanto la poquedad del patrimonio restante, impedía la satisfacción del crédito bancario, con el perjuicio consiguiente para la entidad, que, de este modo, se veía compelida a hacer efectivo el ejercicio de esta vía subsidiaria para conseguir la reintegración del bien fraudulentamente desplazado del mismo. (STS de 7 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Los deudores de la entidad crediticia demandante se colocaron en situación de insolvencia como consecuencia de haber donado a sus hijos un inmueble. El Banco solicitó la declaración de la ineficacia jurídica del negocio gratuito y el reconocimiento de su derecho a hacer efectivo sobre ese bien el crédito que le adeudaban los donantes. Prosperó la demanda en el Juzgado y en la Audiencia, no dando lugar el TS al recurso de casación. (J. B. D.)

12. Acción de incumplimiento y acción de cumplimiento defectuoso del contrato.—Los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una, de contrato no cumplido, llamada *exceptio non adimpleti contractus*, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionadas por la jurisprudencia; así, en cuanto a la primera, los artículos 1466, 1500, párrafo 2.º, 1100 y 1124 del Código Civil y las Sentencias de 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925 y 29 de diciembre de 1965, y respecto a la segunda, los artículos 1157, 1100, apartado último y 1154, también del Código Civil (Sentencia de 17 de abril de 1976).

Cumplimiento defectuoso: Presupuesto y consecuencias.—El éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio (Sentencias de 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975, de 15 de marzo y 3 de octubre de 1979 y 13 de mayo de 1985).

Valoración de la prueba pericial.—La apreciación de la prueba de peritos es cometido del Tribunal de Instancia quien en tal tarea no tiene otro límite que las reglas de la sana crítica, no recogidas en ningún precepto legal que pueda citarse como vulnerado en casación (Sentencias de 1 de febrero y 19 de octubre de 1982, 12 de mayo de 1983, 10 de marzo de 1984, 11 de junio y 6 de diciembre de 1985, 25 de octubre de 1986) y es que la prueba de peritos es, por principio general, de apreciación libre y no tasada y ni el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el 1243 del Código Civil contienen una norma sustantiva, sino la mera referencia a un elemento ilustrativo para el Juzgador, valorable por éste según su prudente arbitrio (Sentencias de 3 de marzo de 1976 y 18 de febrero de 1977.) (**Sentencia de 27 de marzo de 1991**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. G. M., de una parte, y los demandados (7), de otra; entablaron relación contractual el 26 de febrero de 1985. Los pactos más relevantes del contrato son los siguientes: 1) Cada uno de los comuneros — demandados— se obliga a pagar por toda clase de conceptos a la promotora Doña R. G. M., 5.565.000 pesetas; 2) Con dicha cantidad la promotora se obliga a la construcción de las citadas viviendas hasta la perfecta habitabilidad de las mismas.

Doña R. G. M. reclama a los demandados el precio de las obras de urbanización por ella realizadas, al no considerarlas incluidas en el precio alzado de 5.565.000 pesetas. Pues, el contrato, hace expresa referencia a «la construcción de las obras contenidas en el proyecto que queda unido al presente documento», sin que en el referido proyecto conste especificación alguna relativa a esas obras de urbanización.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda presentada por R. G. M. La Audiencia Territorial estimó en parte la apelación de la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados. (**I. D.-L.**)

13. Cumplimiento parcial del contrato. Cláusula penal: Deber del Juez de modificar equitativamente la pena que no es revisable en casación.—Al existir un incumplimiento parcial (o si se quiere, de un cumplimiento parcial) del contrato por parte de la demandada, obvio es que se da el sustrato fáctico suficiente para que, en cumplimiento de precepto del artículo 1154 del Código Civil, puedan los Tribunales proceder a la moderación de la pena estipulada en la cláusula penal, facultad ésta, cuyo ejercicio no puede ser revisado en casación. La moderación de la pena se acomodará al grado de cumplimiento y a los perjuicios ocasionados. (**Sentencia de 10 de junio de 1991**; no ha lugar.)

HECHOS.—Agrar, S. A., inició en 1984 la restructuración de la empresa, una de cuyas manifestaciones fue desprenderse de la sucursal que tenía en Sevilla, dedicada al procesamiento y comercialización de semillas de cereales, a tal fin ofreció al demandante (que a la sazón era el Delegado de la entidad en dicha Ciudad) continuar el negocio por cuenta propia. El Delegado adquirió la referida sucursal y, a la vez, firmó con Agrar, S. A., el 1 de agosto de 1984, dos contratos de colaboración industrial, uno de producción de semillas y otro de comercialización. Por el primero de ellos —que dio origen al pleito— Agrar, S. A., se comprometía a dar a procesar anualmente como mínimo 2.500 Tm de cereales y el Sr. Macua o la Sociedad a constituir (Agrar Andalucía, S. A.) a no tratar ninguna clase de semilla para persona o Entidad jurídica distinta, estipulándose que el contrato finalizaría el 31 de diciembre de 1998, sin perjuicio de que se prorrogase después tácitamente de año en año, pudiendo rescindir por cualquiera de las partes, pero quien lo hiciera debería pagar a la otra 2.500.000 de pesetas por cada año que faltase para el cumplimiento del plazo estipulado.

El 27 de abril de 1985 se firmó un convenio entre la compañía de nacionalidad francesa «S. A., Claeys-Luck», la CAMPZAR (propietaria del cien por cien de las acciones de Agrar, S. A.) y Agrar, S. A., por el que se pactaba que la producción y distribución de semillas pasaría a una nueva Sociedad (Agrar Semillas, S. A.), con participación en un 50 por 100 de la referida Entidad extranjera, comprometiéndose Agrar, S. A., a dejar la actividad de producción de semillas a fin de no hacer competencia a la nueva Compañía. En este sentido, se pactó que «Agrar Semillas, S. A.» desarrollará la totalidad de las actividades relacionadas con la producción de las semillas que venía desarrollando Agrar, S. A., a cuyo efecto aquélla se ha hecho cargo del personal de Agrar, S. A., destinado a esa actividad, los contratos de transferencia, todo el material vegetal de que dispone en la actualidad, así como terrenos, centros de selección y demás medios de dicha actividad.

El demandante reclamó 41.000.000 de pesetas por incumplimiento del contrato celebrado el 1 de agosto de 1984, por parte de Agrar, S. A., pues cesó al año en la actividad de producción de semillas, siendo restituida por Agrar Semillas, S. A.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a pagar 32.500.000 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la demandada la Audiencia Provincial lo estimó en parte condenando a la demandada a que abone a la actora las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia en función del mayor o menor grado de incumplimiento del contrato y del perjuicio ocasionado. No prosperaron los recursos de casación interpuestos por ambos litigantes. (I. D.-L.)

14. Nulidad radical o inexistencia del contrato de compraventa.—La acción es imprescriptible (Sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 1987, 13 de abril de 1988, 24 de noviembre de 1989, entre otras), por lo que mal puede haber infringido unos preceptos (arts. 1111, 1291.3.º y 1299 del Código Civil) que, en cuanto referentes a una acción (la rescisoria o revocatoria o Pauliana) distinta de la estimada, ni ha aplicado ni ha tenido necesidad especial de aplicar.

Prueba de presunciones. Artículo 1253 del Código Civil.—Es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala (Sentencias de 5 de marzo de 1984, 29 de marzo y 13 de mayo de 1985, 25 de octubre y 28 de noviembre de 1986, 12 de febrero, 1 de abril y 2 de

noviembre de 1987, 25 de enero y 11 de marzo de 1988, 16 de febrero y 13 de diciembre de 1989, entre otras muchas) la de que el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico, lo que, en el caso que nos ocupa, no es predicable de la deducción obtenida por la sentencia recurrida. (STS de 17 de junio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Se declara la nulidad (inexistencia), por simulación absoluta, del contrato de compraventa suscrito por los demandados. Son hechos que hacen presumir al simulación: relación de parentesco entre vendedor y compradora; la diferencia entre el precio confesado de los bienes y el valor que el vendedor les atribuyó al solicitar un crédito de la entidad actora, y el valor real en que posteriormente fueron tasados dichos bienes; no acreditación del pago del precio; continuación en la misma situación posesoria de los pisos; finalidad de sustraer los bienes teóricamente vendidos al posible ejercicio de acciones por parte de los acreedores. (J. B. D.)

15. No aplicabilidad del artículo 327 CCO.—Por el empleo inmediato del cemento suministrado.

El supuesto de aplicación de los artículos 336 y 342 del Código de Comercio y 1101 y 1124 del Código Civil.—Son inaplicables los artículos 336 y 342 CCO porque la inhabilidad del cemento para la construcción, no puede calificarse de vicio, o defecto de calidad o de cantidad. En cambio, a los casos de «inutilidad del objeto a los fines contratados», el supuesto de autos, le son aplicables los artículos 1101 y 1124 del Código Civil (STS 15 de abril de 1987).

Coordinación con la jurisprudencia de la compraventa civil: distinción entre *aliud pro alio* y vicios ocultos.—La anterior doctrina concuerda con la jurisprudencia recaída sobre la compraventa civil, que entiende que se está ante un *aliud pro alio* «cuando hay pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador», lo que desencadena la protección de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil (Sentencias de 30 de noviembre de 1972, 25 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y 23 de marzo de 1983); y que, son inaplicables los artículos 1484 y ss. del Código Civil, cuando la reparación solicitada, es por causa de un defectuoso cumplimiento (Sentencias de 23 de junio de 1965 y 28 de noviembre de 1970), o por causa de un vicio que haga impropio el objeto al fin a que se destinaba (Sentencia de 14 de marzo de 1973).

Inexigibilidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria del artículo 2127 LEC.—No se requiere en aquellos casos, en los que el empleo de la cosa es inmediato a la entrega; «iría en contra de las necesidades del tráfico y de la buena fe». (STS 1 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa X demandó a la empresa Y, suplicando el pago de las remesas de cemento suministradas y aun no satisfechas. La empresa Y se opuso y además formuló una convención, en la que solicitó indemnización, pues el carácter inhábil de cemento para fabricar hormigón le había ocasionado una serie de daños, indemnización que se compensaría con el precio en lo que fuere preciso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero no la reconvencción. En cambio, la entonces Audiencia Territorial acogió en parte la reconvencción, compensando en aquéllo que fue necesario. La empresa X interpuso recurso de casación, que no estimó el Tribunal Supremo. (N. F. P.)

16. Contrato de mediación o corretaje.—Se encuentra sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, y además a que el contrato tenga lugar como consecuencia de la actuación del corredor; pero no, como en el caso debatido, cuando el contrato tuvo lugar previas gestiones que la propia demandada y recurrida hizo por su cuenta y sirviéndose de sus empleados o terceros distintos de los recurrentes.

Retribución de los corredores.—Sólo se devenga en el caso de que el negocio final se realice por la intervención de aquéllos, o si de sus gestiones de mediación se aprovechó quien lo concluye; circunstancia no concurrente, en tanto que las gestiones autónomas de la recurrida condujeron a distinto comprador y con distinto precio y condiciones y, sobre todo, fuera del plazo marcado a los recurrentes, que transcurrió sin cumplir éstos el encargo recibido.

Obligación de resultado.—El contrato de mediación en el caso discutido no implica una obligación de medios sino de resultado o de fin determinado a alcanzar (la consumación del contrato) que se cumplió por las partes intervinientes. Así lo exige la jurisprudencia reiteradamente (Sentencias de 3 de junio de 1950, 18 de octubre de 1956, 16 de abril de 1952 y 26 de noviembre de 1956). La Sentencia de 2 de mayo de 1963, además de reconocer que el corretaje es un contrato con sustantividad propia, pero preliminar o preparatorio de otro, afirma que tiene una duración limitada al plazo máximo señalado por los contratantes, y en que la retribución no se adeuda si el ulterior convenio, como ahora ocurrió, se realiza sin la intervención del corredor.

Enriquecimiento injusto.—No puede encajarse la pretensión ejercitada en la teoría del enriquecimiento injusto, en cuanto que de los diversos requisitos que la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para el éxito de aquélla figura una ventaja patrimonial para el supuesto enriquecido, de la que en la litis nada se ha alegado y menos probado, y un daño positivo o un lucro frustrado para el empobrecido, de cuyo hecho tampoco nada se alegó ni probó.

Abuso del derecho.—Es evidente que ningún abuso de derecho tuvo lugar por parte de la entidad recurrida, en tanto que por sí misma procedió a gestionar la venta de su inmueble, una vez transcurrido con exceso el plazo máximo de actuación pactado con los recurrentes. (Sentencia de 26 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclamaron la suma de 15.000.000 millones de pesetas por las gestiones de venta de un cortijo, propiedad de la entidad demandada, estimando que si bien el cortijo se vendió después de concluido el plazo de seis meses que duraba, según convenio, el encargo de venta, ésta se concertó gracias a las gestiones que previamente habían llevado a cabo los mismos. La demanda fue desestimada en ambas instancias, sin que prospere el recurso de casación.

NOTA.—En la mediación o corretaje el resultado en atención al cual nace el derecho a cobrar el premio, surge en el momento mismo en que las

partes aproximadas por el mediador estipulan el contrato proyectado, sin necesidad de esperar a su ejecución.

Este dato explica que se considere que la prestación del mediador es de resultado: el deber de pago sólo surge cuando se ha firmado el contrato por virtud de las gestiones del mediador.

Tiene razón URÍA (*Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, n.º 656) al destacar que no se han de confundir el contrato de mediación y el contrato de obra. Ciertamente, son dos tipos contractuales diversos, pues, a diferencia de la mediación, el contrato de obra no es de gestión. Pero esto no es óbice para afirmar que ambos contratos son de resultado, sin que tal cosa implique que deban tener la misma naturaleza jurídica. Hay contratos de resultado que no son, en rigor, contratos de obra. Una cosa es que el contrato de obra sea el prototipo de los contratos de resultado, y otra, que todos los contratos de resultado tengan que ser de obra, lo cual no es exacto. (A. C. S.)

17. Responsabilidad del promotor por vicios de construcción.—En el presente caso no hay dudas que la entidad recurrente tiene la cualidad de promotora de la obra, puesto que aparte de ser la propietaria del solar sobre el que se construyó el edificio, fue la que encargó la obra del mismo e incluso la que vendió las viviendas; lo que le hace elemento personal del contrato de obra en cuestión y por ende afecto a las responsabilidades ya especificadas.

Responsabilidad solidaria.—Con un criterio progresista y con marcado tinte social, totalmente encomiable, la jurisprudencia de esta Sala establece que en caso de ser imposible o de difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en un contrato de obra, es decir, en un proceso constructivo (constructor, contratista, arquitecto, aparejador), se ha de imponer y exigir su responsabilidad solidaria, con la finalidad pragmática de no dejar inermes los intereses en pugna, que generalmente corresponden a la parte más débil de la cadena contractual como es el adquirente del piso o del local (como expone la Sentencia de 12 de diciembre de 1985). (Sentencia de 21 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La representación de la Comunidad de Propietarios de un edificio que presentaba defectos de construcción demandó al promotor y los técnicos para que los subsanasen. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron íntegramente la demanda, condenando con carácter solidario a los demandados a verificar las reparaciones que fuesen pertinentes. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—La doctrina de esta Sentencia es fiel reflejo de la afirmada reiteradamente por el TS en numerosas sentencias (cfr., Cabanillas, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 351 y ss., y «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *ADC*, 1990, pp. 227 y ss.).

Es importante subrayar que el TS encuentra el fundamento de la responsabilidad solidaria del promotor y los técnicos en la protección del interés de la parte más débil, que es, sin duda, el adquirente del piso o local. En el fondo, ésta ha sido la razón que ha determinado realmente que tanto la doctrina (la mayoritaria) como la jurisprudencia afirmen la responsabilidad solidaria en tal caso, aunque se haya tratado de justificar la misma con diversos argumentos, más o menos convincentes. Naturalmente, la responsabilidad solidaria sólo tiene lugar cuando no puede individualizarse la res-

ponsabilidad de cada uno de los que han intervenido en la construcción del inmueble, lo cual acontece normalmente si se produce la ruina del mismo y es aplicable el artículo 1591 del Código Civil. (A. C. S.)

18. Responsabilidad del promotor-constructor-vendedor por vicios en la construcción.—La responsabilidad del demandado surge de su triple concepto de promotor, constructor y vendedor.

Concepto de vicios en la construcción.—Son aquellos que hacen inútil o por lo menos gravemente irritante o molesto el uso de las viviendas conforme a su natural y buscado propósito de destino, al convenir la adquisición de las mismas (Sentencias de 12 de abril y 12 de diciembre de 1988 y 19 de diciembre de 1989).

Aplicación del artículo 1591 en lugar del artículo 1490.—La ruina funcional ha de incluirse en el artículo 1591 del Código Civil, rechazando la estrecha aplicación del artículo 1490 del mismo Cuerpo legal, absolutamente insuficiente para satisfacer la necesidad de la tutela judicial (Sentencias de 22 de febrero y 27 de mayo de 1988).

La responsabilidad del promotor-constructor no prejuzga a los demás protagonistas en la ejecución de la obra.—La eventual responsabilidad de los demás concurrentes en la realización de la obra pertenece a las relaciones *ad intra* entre los supuestos corresponsables, que caso de haberla, no trasciende necesariamente *ad extra* frente al titular del derecho (Sentencia de 3 de enero de 1990).

Legitimación activa de la Comunidad de propietarios facultada para el ejercicio de acciones penales y administrativas.—Si bien la Junta de propietarios sólo concedió al Presidente la facultad para ejercitar acciones administrativas y penales, es obvio, que si la facultad era para el ejercicio de acciones penales contra el demandado, siendo éstas de carácter más incisivo y grave que las civiles, han de considerarse incluidas éstas en aquéllas, dado, además, lo dispuesto al respecto en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Validez del Acta de la Junta de Propietarios firmada sólo por Presidente y Secretario.—No se considera nula el acta por la falta de firma de los asistentes salvo el Presidente y Secretario, puesto que, la firma de los copropietarios asistentes a la Junta no está expresamente exigida por la Ley Especial de 21 de julio de 1960, siendo en la *praxis* cotidiana de las Juntas, sobre todo en las Comunidades numerosas, la costumbre de que sean firmadas las actas por los Presidentes y Secretarios. (Sentencia de 23 de enero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de un edificio acciona contra el Sr. Blázquez en su calidad de promotor-constructor y vendedor de las viviendas y locales integrantes del referido inmueble, a fin de que indemnice a la actora por los defectos de construcción en la cubierta del edificio.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al conceder 2.060.000 pesetas al actor sobre un total de 5.797.000 que éste reclamaba. La apelación interpuesta por el demandado no prosperó. No ha lugar al recurso de casación presentado por el demandado. (I. D.-L.)

19. Responsabilidad solidaria del promotor-constructor, arquitecto-director y aparejador por vicios en la construcción.—Los defectos existentes en los elemen-

tos comunes de la Comunidad actora son imputables tanto a culpa del arquitecto-director, por falta de previsiones adecuadas en el proyecto, como al contratista y aparejador, por mala ejecución de la obra y mala supervisión por parte del técnico. Al no poder individualizarse la responsabilidad de cada uno de los demandados, toda vez que en el arrendamiento de obra no cabe determinar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo, surge entre los mismos una responsabilidad solidaria (Sentencias de 27 de octubre de 1987, 17 de mayo de 1988 y 4 de diciembre de 1989, entre otras).

Responsabilidad del promotor.—La condición de promotora es suficiente, en principio, para responsabilizarla por los vicios de la construcción (Sentencias de 9 de marzo y 17 de mayo de 1988 y 4 de diciembre de 1989, entre otras).

Valoración de la prueba pericial.—La prueba pericial no tiene carácter de medio probatorio de alcance documental exigido en la apreciación, dado que, como se deduce con toda claridad del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, no constantes, ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba y, por tanto, sin eficacia para fundamentar recurso de casación. (Sentencia de 22 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios de varios edificios acciona contra el promotor-constructor, arquitecto y aparejador de la urbanización, a fin de que se les condene a hacer las obras de reparación necesarias para subsanar los defectos y vicios existentes en los elementos comunes que aparecieron aproximadamente a los dos años de acabada la construcción, levantándose acta notarial de los mismos. Los defectos y vicios consisten en humedades en la planta de garages, grietas en las fachadas y grietas en los muros perimetrales de la urbanización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el promotor-constructor.

NOTA.—En el ámbito de responsabilidad por la construcción no siempre opera el sistema de la responsabilidad solidaria, puesto que nuestro Tribunal Supremo se inclina prioritariamente por la responsabilidad mancomunada, sólo cuando no es posible determinar la porción en que cada uno de los que han intervenido en la construcción es causante de los vicios o defectos que provocan el daño, acoge el criterio de la solidaridad. [Cfr. Cabanillas, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, I (Madrid, 1990), p. 364.] (I. D.-L.)

20. Arrendamiento de local de negocio. Resolución del contrato por obras in consentidas.—La realización de obras por parte de la arrendataria contraviniendo lo pactado con la arrendadora y propietaria del local implica que la ejecución de las obras en cuestión se llevó cabo con infracción del derecho de propiedad de la arrendadora, invadiendo sus facultades dominicales e incumpliendo el contrato.

Autorización para realizar obras otorgada por el arrendador al celebrarse el contrato.—Esta autorización no tiene vigencia indefinida y para cualquier obra, porque ello supondría una renuncia no interesada suficientemente de los cercenados derechos

dominicales de la finca arrendada (Sentencia de 20 de abril de 1963). Las obras de adaptación, aunque sean expresamente permitidas, han de realizarse próximas a la fecha de celebración del contrato, lo cual no se da cuando se realizan tres o cuatro años después de dicha celebración (Sentencia de 22 de noviembre de 1962), y menos, como en el presente caso, cuando transcurrieron más de cinco años desde la celebración del contrato hasta el comienzo de las obras. En el mismo sentido, no puede aceptarse una desmesurada interpretación de la autorización pactada, en cuanto que ello sería contrario, además de lo dicho, a la normativa que se deduce de una interpretación lógica de los artículos 1285, 1286, 1258 del Código Civil. (**Sentencia de 4 de julio de 1991**; no ha lugar.)

HECHOS.—«Topeca, S. A.» adquirió en arrendamiento por traspaso el 16 de mayo de 1978 un local de negocio en Alcalá de Henares, local propiedad de la demandante y de sus tres hermanas. El 27 de junio de 1980 se celebró un nuevo contrato de arrendamiento entre las mismas partes sobre el mencionado local. La cláusula cuarta de este último establecía: «La arrendataria podrá realizar obras en el local, las cuales le serán autorizadas previa presentación a la propiedad del proyecto que será aprobado siempre que las mismas no afecten a la estructura ni a los muros de carga del edificio. Estas obras serán de cuenta del arrendatario, quedarán en beneficio de la finca sin derecho a indemnización y para su realización se obtendrán las licencias administrativas pertinentes por el inquilino.» En la cláusula undécima se estableció que «las obras a realizar que se autoricen no afectarán ni a la seguridad ni a los muros de carga de la finca, sin referirse a la estructura». En el mes de febrero de 1986 la arrendataria realizó obras en el local arrendado consistentes en reforzamiento de una crujía con una viga metálica, sustitución de la anterior escalera que comunica las plantas baja y primera, se suprimió una cubierta de uralita que cubría el patio, y también en la planta primera se modificó la distribución, se cambiaron puertas y solados y se instalaron dos cuartos de baño.

Las propietarias del local requirieron a la demandada por acta notarial en junio de 1986 para que paralizara las obras. La Sala de Instancia consideró como cuestión de hecho que las obras realizadas en el local arrendado suponen una verdadera modificación de la configuración, por haberse producido una nueva distribución con construcción de cuartos de baño y de una nueva escalera. Por último, no queda probado que la entidad arrendataria antes de realizar las obras haya presentado el proyecto de las mismas a las arrendadoras para su aprobación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El recurso de casación no fue estimado. (**I. D.-L.**)

21. Resolución de arrendamiento de local de negocio.—La Audiencia aplica correctamente la doctrina general, reiterada y constante de esta Sala, de que la Ley, fuera de los casos en que expresamente lo establece, no consiente que el inmueble arrendado por una persona individual o jurídica sea ocupado por otra, llámese cesión, traspaso o subarriendo a la relación jurídica que diese lugar a tal ocupación, pues toda modificación subjetiva, introduciendo a terceros en la relación arrendaticia sin el consentimiento de la parte arrendadora o sin el cumplimiento de los requisitos legales, da causa a la resolución contractual, ocurriendo tal supuesto cuando una sociedad capitalista se transforma en otra personalista o viceversa, cuando hay simple cambio, cual-

quiera que fuere, cuando los arrendatarios crean o introducen una sociedad o cuando ésta es sustituida por sus socios, cuando una utilización compartida se transforma individual o la pactada como individual se comparte posteriormente, de forma tal que dichos terceros ostentarán una posesión ilegal, en cuanto no autorizada por la ley ni por el propietario, que puede hacerla valer en su contra para recuperarla, pues lo prohibido es el aprovechamiento, la ventaja o el beneficio obtenido por un tercero, aun con la anuencia del arrendatario, que puede resultar también beneficiado, sin respetar la voluntad del arrendador, a quien pertenecen las facultades dispositivas, dado que el uso y goce corresponde en exclusiva al arrendatario y no a un tercero (ver, por todas, la STS de 25 de enero de 1988 y las que en ella se citan).

Interpretación de las normas jurídicas. Artículo 3.1. del Código Civil.—Como tiene advertido este Tribunal, los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la Ley y sí solo para suavizarla, debiendo ser aplicados con mucho tino y prudencia, para no dar transcendencia a estados o tendencias no fijados (STS de 28 de febrero de 1989 y 8 de marzo de 1982). (STS de 7 de enero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sentencia de la Audiencia Territorial, revocando la del Juzgado de Primera Instancia, declara resuelto el contrato arrendaticio de local comercial otorgado entre el actor-propietario y Don Paulino, por haber introducido en dicho local, sin el consentimiento del propietario, a Don Amancio y a la entidad T. E., S. L. Interpuso el recuso de casación, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo. (J. B. D.)

22. Obras inconsentidas que modifican la configuración del local de negocio: concepto de «configuración».—«[...] sosteniéndose únicamente que tal obra comporta una modificación de la configuración, es evidente la infracción en que incurre la Sala de Apelación, al admitirlo así, pues si, por una parte, es doctrina jurisprudencial que el concepto de configuración es circunstancial y contingente, por lo que para su determinación ha de estarse a las circunstancias que en cada caso concurren, también lo es que únicamente podrá entenderse modificada la configuración cuando se altere el espacio comprendido en el lugar arrendado, bien sea procediendo a su incremento o disminución o provocando una variación sustancial en su distribución (Sentencias de 11 de enero de 1954, 29 de mayo y 30 de septiembre de 1964), sin que, como dice la de 10 de febrero de 1960, quepa entender que modifiquen las configuración del local las obras de mero enfoscamiento o de sustitución del pavimento, que sólo afectan a la superficie de elementos ya existentes en el local, cuya configuración no se altera, razones todas ellas por las que en este punto, cabe apreciar que la resolución recurrida, al no entenderlo así, infringió el precepto del artículo 144-7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos...»

El artículo 144.7 de la Ley de Arrendamiento Urbano no atribuye virtualidad resolutoria a las obras de carácter mueble por su naturaleza.—«La infracción, en este punto, se centra en la circunstancia de no haberse tenido en cuenta por la Sala Sentenciadora la doctrina jurisprudencial, sentada entre otras, en las Sentencias de 5 de mayo de 1960, 27 de octubre de 1961 y 14 de marzo de 1963 y 8 de junio de 1974, en las que se proclama que las obras de carácter mueble por su naturaleza, es decir, incorporadas al edificio o adheridas de tal forma que puedan separarse sin deterioro o menoscabo del mismo, no pueden considerarse comprendidas en aquellas a que se refiere el artículo 144-7 de la Ley, doctrina ésta cabalmente aplicable a las obras de construcción de cobertizo de autos...» (STS de 14 de diciembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—Acude el arrendador al Juzgado de Primera Instancia en demanda de la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por la realización de obras no consentidas. Desestima el Juzgado la petición del actor. Estima la Audiencia la apelación declarando la resolución del contrato y decretando el consecuente deshaucio de la demandada. Recurre ésta al Tribunal Supremo que declara haber lugar a la casación.

NOTA.—Acompaña a la Sentencia un extenso voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Martínez-Calcerrada, según el cual procede la resolución del contrato y, por consiguiente, la confirmación de la Sentencia de la Audiencia. Las razones que justifican su discrepancia respecto del parecer de la mayoría se concretan en: 1) la *ratio* de la causa resolutoria del artículo 144.7 de la LAU radica en el derecho que tiene el arrendador o dueño de la cosa arrendada de recibir la cosa al término del contrato en las mismas condiciones en que se entregó al iniciarse el arriendo e, igualmente, por parte del arrendatario solamente utilizarla de tal forma que no afecte ni su forma ni su sustancia; 2) en cuanto las obras realizadas aprovechan al arrendatario sin contraprestación para el arrendador se produce una alteración de la base del negocio que comporta la consiguiente resolución del arrendamiento; 3) existen precedentes judiciales que resuelven supuestos análogos al del caso de autos en sentido distinto al de la Sentencia de la que se disiente (R. G. S.).

23. Accidente de automóvil. Consorcio de Compensación de Seguros. Reclamación previa en vía gubernativa.—Es preciso tener en cuenta la doctrina que con carácter general se establece en las Sentencias de esta Sala, entre otras, la de 2-10-85 y 15-10-85, en cuanto a la naturaleza de privilegio que presenta la reclamación previa al afirmarse: «la evidente naturaleza de privilegio que ostenta la reclamación previa y que obliga a interpretar restrictivamente su alcance, según propugna la más autorizada doctrina, en modo alguno consiente que, rechazadas tácita y expresamente por la Administración las pretensiones del particular, se imponga por un desajuste de fechas la grave dilación de anular actuaciones para buscar una nueva negativa del Estado, con evidente menoscabo, sin duda, del principio que consagra el derecho a la obtención de la tutela efectiva, tal y como proclama el artículo 24 de la CE».

Responsabilidad subsidiaria.—La responsabilidad del Consorcio de compensación de Seguros habrá de entenderse operativa cuando no se produzca la asistencia o las indemnizaciones por los medios previstos (en los artículos anteriores) a cargo, naturalmente, de las otras entidades. (STS de 20 de mayo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El esposo de la actora falleció, a consecuencia de un accidente automovilístico, al colisionar el vehículo (propiedad de la actora) que conducía con otro que invadió la calzada contraria, al desprenderse una rueda trasera. La pretensión es ejercitada en base al artículo 1902 del Código Civil. El Fondo de Compensación de Seguros resulta condenado, al no producirse la indemnización por los que, en primer término, están obligados (J. B. D.).

24. Responsabilidad extracontractual. Prescripción de la acción. Comienzo del cómputo del plazo.—En el caso de daño, o de lesión susceptible de indemnización, que se mantiene durante largo tiempo, el momento en que debe iniciarse la computa-

ción del plazo prescriptivo, ha de determinarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto que el artículo 1969 no es a estos efectos un precepto imperativo, y sí de *ius dispositivum*. Hay que atenerse, en principio, al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora (Sentencia 21 de abril de 1986; 16 de diciembre de 1987; 8 de octubre de 1988 y 25 de junio de 1990, entre otras).

Cómputo del plazo de prescripción en caso de actuaciones penales previas.—

En términos generales tiene también declarado esta Sala, que mientras el auto de sobreseimiento dictado en las diligencias penales no sea notificado a las partes, no puede iniciarse el plazo para el ejercicio de la acción civil, por lo mismo que el acto de comunicación entraña el factor cognoscitivo determinante de tal posibilidad, por desaparición de los obstáculos legales que lo vedaban (Sentencias de 8 de junio de 1970; 14 de julio de 1982; 31 de enero de 1986; 9 de mayo de 1986, entre otras). (STS de 15 de julio de 1991.)

HECHOS.—El Ayuntamiento fue declarado culpable y condenado a indemnizar, por la incorrecta instalación de su línea eléctrica, carente de las debidas condiciones de seguridad, motivo por el cual derivó la corriente hacia el tendedero de ropa existente en casa de la demandante, en donde ésta sufrió la descarga eléctrica productora de las lesiones. (J. B. D.)

25. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad del Ayuntamiento.—Los festejos se realizaban en su término municipal, siendo tradicional que en los mismos se quemasen fuegos de artificio con chupinazo final, que también los había iniciado, lo que entraña el riesgo de alcanzar a los vecinos; y por ello, no debió permitir que se manipulasen por persona no práctica en la materia y debió, por el contrario, dar órdenes concretas al respecto a los Agentes municipales, ante el peligro latente, máxime al haber subvencionado las fiestas, controlando la aplicación de fondos y gastos, y haber establecido vigilancia policial con servicio de ambulancia, indicativo todo de que pudo prever el resultado lesivo y no adoptó todas las medidas necesarias para evitarlo, haciendo dejación de competencias que le pertenecían, al tolerar la manipulación de los cohetes por persona inexperta, lo que constituye culpa *in vigilando* sobre la persona desencadenante del daño e incumplimiento de los deberes que, como ente municipal, le imponían las relaciones de convivencia social, sobre aquél que, a virtud de tal dejación, el venía subordinado, resultando, en definitiva, entre el Ayuntamiento y el manipulador de los cohetes un vínculo derivado de acuerdo, conformidad o aquiescencia tácita.

Pluralidad de responsables.—La responsabilidad del fabricante del cohete no es excluyente de la del lanzador, ni de la del Ayuntamiento, pues sobre la inexperiencia de aquél, la no contratación de un especialista en la materia y la creación del riesgo, que al producirse el hecho dañoso revela insuficiencia de las medidas adoptadas, ha de añadirse que tuvo lugar en circunstancias confusas..., de modo que por todo ello se produce la conjunción de responsabilidades, por no poderse achacar la culpa o negligencia a uno sólo de los demandados, que en modo alguno excluyeron la del actor.

Hechos inciertos. Regla de juicio.—El principio que contiene el artículo 1214 significa que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismo o, lo que es lo mismo, sólo si los hechos carecen

de certeza entra en juego el *onus probandi*, como carga consecuencia de la facultad de proponer cuantos medios de prueba resulten adecuados.

Prueba de presunciones.—La prueba de presunciones constituye un medio tan válido como cualquiera (art. 1215), máxime en aquellos casos en que no se puede obtener una prueba directa y sin olvidar aquellos otros en que, cual ocurre en el caso que nos ocupa —culpa extracontractual—, procede la inversión de la carga de la prueba por razones o sentido social.

Inaplicabilidad de la presunción de inocencia a la responsabilidad civil extracontractual.—Cual expresa la Sentencia de 20 de febrero de 1989, la presunción de inocencia no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas o sancionadoras, cuyo carácter no tiene el artículo 1902 del Código Civil, pues la indemnización que contiene es de significación reparadora o de compensación. (STS de 25 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante era el encargado de disparar el «chupinazo», cohete anunciador del término de las fiestas del barrio de Ollargan, en el municipio de Arrigorriaga. Al encender la mecha, reventó dicho cohete en el interior del tubo lanzador, produciéndole lesiones en su mano derecha, con amputación de tres dedos, estirpación de trapecio y trapecoide, desvascularización de la mano, con gran rigidez en los dedos que le restan, incapacitándole para su trabajo habitual de tapicero y para cualquier otro que requiere operaciones manuales. Fueron demandados el Ayuntamiento, la Comisión de Fiestas, el fabricante del cohete y el asegurador de este último. El Juez de Primera Instancia condena al Ayuntamiento y a la Comisión de Fiestas. La Audiencia, revocando parcialmente la resolución del Juzgado, condenó a los cuatro demandados, previa compensación de las consecuencias reparadoras, al apreciar concurrencia de culpa de la víctima. El TS no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Pasamos a analizar algunos aspectos interesantes de esta sentencia.

1. **Aplicación del artículo 1903.4.º del Código Civil.**—Esta norma regula en nuestro Derecho la responsabilidad del empresario por los actos ilícitos de sus dependientes. Son presupuestos necesarios para su nacimiento la relación de dependencia, la culpa del dependiente y la producción del daño en el ejercicio de las funciones asignadas al empleado. Para el Código Civil, el empresario está obligado a indemnizar los daños acusados por presumirse, en su contra, una culpa en la elección o en la vigilancia, no siendo, por tanto, ajeno a la actuación de su dependiente. Nuestro Derecho permite al empresario exonerarse de responsabilidad si prueba haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. En Alemania, el dueño del negocio puede hacer uso de la prueba de descargo (*Entlastungsbeweis*) para destruir la presunción de culpa que pesa sobre él, a través de la demostración de haber observado el cuidado exigible en la elección, vigilancia, equipamiento y dirección o bien probando que el daño se hubiese producido aún observando aquel cuidado. (Sobre ello, véase Mertens, «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», III-2, München, 1986, pp. 1828 y 1829, al párrafo 831).

Partiendo de los hechos probados, no acertamos a comprender entre qué sujetos puede establecerse una relación de dependencia que permita la aplicación del artículo 1903.4.º del Código Civil, al que alude el Tribunal Supremo. El Ayuntamiento puede ser responsable por la vía del artículo 1902 del Código Civil. Además, no es admisible la relación de subordinación que el Tribunal Supremo pretende construir entre el Ayuntamiento y la víctima. Resulta extraño que el TS hable de la existencia de «un vínculo derivado de acuerdo, conformidad o aquiescencia tácita» entre ambos. Esta fórmula, de aplicación frecuente por la Sala 2.ª al interpretar el artículo 22 del Código Penal, carece de sentido aquí.

2. **Presunción de inocencia.**—¿Puede aplicarse la regla de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al Derecho de la responsabilidad civil, esto es, más allá del Derecho sancionador, en donde se encuentra su ámbito natural de aplicación? La respuesta a tal interrogante viene determinada, a juicio del Tribunal Supremo, por el papel asignado al instituto de la responsabilidad civil. Siendo su función esencialmente reparadora, la presunción de inocencia no es aplicable en este campo. En otras palabras, la presunción de culpa no viola el derecho a la presunción de inocencia. Esta sentencia sigue la misma dirección que las SSTs de 26 de julio de 1985, 20 de marzo de 1987, 28 de febrero de 1989 y 28 de abril de 1989, entre otras. (J.B.C.).

26. Responsabilidad extracontractual. Prescripción. Cómputo del plazo.—Si bien es cierto que la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1983 proclamó que el cómputo del plazo para la prescripción de la acción de responsabilidad civil por los daños causados en accidente de vehículo de motor comienza a partir del auto ejecutivo preceptuado por el artículo 10 del Reglamento del Seguro Obligatorio, puesto que, una vez concluida la causa penal, el indicado auto facilita al interesado la opción entre la vía ejecutiva y la ordinaria o la compatibilidad entre ambas, no habrá de suceder así cuando, como sucede en el presente caso, ejercitado por el perjudicado la vía ejecutiva, se hizo en la misma reserva expresa del derecho a reclamar en juicio declarativo cualquier otra suma diferente de la consignada en el aludido Auto, supuesto éste en el que el cómputo del plazo de prescripción no habrá de comenzar a contar sino desde que concluyese la vía ejecutiva.

Artículo 24.2 de la CE. Derecho a la prueba.—Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone unas nuevas perspectivas y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación, precisándose, asimismo, que el derecho del litigante a la utilización de las pruebas debe enmarcarse dentro de la legalidad —sistema probatorio, de libre aportación y apreciación— y de las facultades del Juez, para estimar en principio su pertinencia, es decir, su relación efectiva con el verdadero tema que en el pleito se discute, sin que esté el órgano judicial, por tanto, sometido al mecanismo ciego de su aceptación. (STS de 18 de julio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El tractor, propiedad del demandado, era conducido por una persona a la que no se logró identificar, la cual prestaba servicios retribuidos para el propietario. Producido un accidente, al volcar el tractor, falleció

el esposo de la actora, que iba en el remolque. Fue estimada la demanda en todas las instancias. (J. B. D.)

4. DERECHOS REALES

27. Adesión invertida: base jurisprudencial y supuestos de aplicación.—«Atendiendo a las declaraciones contenidas, entre otras, en las Sentencias de 1 de octubre de 1984 y 11 de marzo de 1985, para el supuesto concreto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro sistema, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada adesión invertida y constituyendo un cuerpo de doctrina que arranca de la sentencia de 31 de mayo de 1949 y continúa con las de 16 de marzo de 1959, 2 de julio de 1960, 16 de junio de 1961, 26 de febrero y 17 de junio de 1971, 23 de octubre de 1973, 10 de diciembre de 1980, 15 de junio y 30 de noviembre de 1981, y 1 y 29 de junio de 1984, siendo el invariable supuesto de aplicación de esta doctrina el identificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño, que esa inmisión se efectúe de buena fe, siendo indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido.» (STS de 23 de julio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso que se plantea ante el Tribunal Supremo trae causa de un juicio declarativo de menor cuantía en el que, partiendo de un complejo supuesto de hecho, el actor pretendió el reconocimiento de un derecho de adesión invertida respecto a determinados inmuebles además de reclamar otros pronunciamientos del órgano judicial. El Juzgado desestimó la demanda confirmando la Audiencia la resolución del Juzgado. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

28. Eficacia de los contratos.—Como es notorio en el ámbito jurídico, en nuestro Derecho, la formalización del negocio por medio de escritura pública, no constituye un requisito *ad solemnitatem* para su validez, según recta y pacífica interpretación del artículo 1280 del Código Civil, de manera que tan efectivo y vinculante resulta entre las partes de un negocio consignado en documento privado como en escritura pública.

Modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.—Es atribución exclusiva de la Junta de Propietarios de la Comunidad, tanto para modificar como para alterar el uso y disfrute de los elementos comunes y, se rige por el régimen de unanimidad (arts. 16.1.º, 5, 8 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960). (STS de 25 de julio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—En escritura pública, una constructora atribuyó el uso y disfrute, en exclusiva, del terreno sobrante de una edificación. Se declaró la nulidad de tal disposición, pues el uso y disfrute de dicho terreno pertenece a todos los copropietarios del conjunto urbanístico, dado su carácter de elemento común. (J. B. D.)

29. Declaración de nulidad de acuerdos de Junta de Propietarios.—Si bien los Estatutos pueden autorizar la realización de obras de unión interior en sección vertical

de pertenencias de un mismo dueño, resulta imprescindible cumplir la obligación de obtener la unanimidad de todos los copropietarios del edificio si dichas obras afectan a elementos estructurales comunes, por lo que en su defecto, cabe la impugnación, en virtud del artículo 16.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, de los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios en este sentido, máxime cuando ésta ha incurrido en la inobservancia del deber, establecido en el artículo 13.5 de la citada Ley, de acordar las medidas convenientes para el mejor servicio común, y ello, tanto si la Junta autorizó tales ejecuciones como si no las prohibió, y con mayor razón si se aceptan cotraprestaciones por la omisión de prohibición.

Nulidad de Junta General Extraordinaria de Comunidad de Propietarios.—La falta de citación de algún copropietario en la convocatoria de «Junta de tan graves consecuencias como la de autos... adquiere tintes trascendentes en orden a la nulidad de la Junta» con carácter *erga omnes*, como ha mantenido unánimemente la jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias de 13 de octubre de 1988, 11 de noviembre de 1988 y 25 de octubre de 1989).

Personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios. Posibilidad de reclamaciones entre sus miembros.—Aún sin la concesión específica por la Ley de condición de Persona Jurídica a estas Comunidades, es admitida por numerosa jurisprudencia (Sentencias 10 de junio de 1981, 26 de mayo de 1982, 5 de marzo de 1983, 9 de enero de 1984, 16 de febrero de 1985, 12 de febrero de 1986 y 24 de diciembre de 1986) la posibilidad de que la voluntad de sus miembros, exteriorizada en la vida jurídica mediante acuerdos o «actos de conjunto» y verificada a través de la Junta y Presidente de la Comunidad, pueda contraer derechos y obligaciones. Todo ello sin perjuicio de las correspondientes acciones que, entre los miembros y contra la Comunidad, puedan ejercitarse por los copropietarios, por la responsabilidad en que incurran, pudiendo hacer uso del derecho establecido en el artículo 1145.2 del Código Civil en caso de solidaridad.

Ejercicio de derechos conforme a la buena fe.—No se considera infringido el principio de la buena fe (art. 7.1. del Código Civil), ni producido abuso de derecho, cuando el ejercicio de las acciones se realiza conforme a los valores éticos de lealtad y honradez y no está en contradicción con actos anteriores que susciten confianza en la contraparte (Sentencias 12 de marzo de 1983, 15 de febrero de 1984, 31 de enero de 1985, 23 de marzo de 1988 y 21 de octubre de 1988). (STS de 8 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado Junta General Extraordinaria de Comunidad de Propietarios en la que se acuerda la realización de obras, para unión interior en verticalidad de locales de la misma pertenencia, que incidían en elementos estructurales comunes y se modifican determinadas normas del Reglamento de Régimen Interior, copropietarios no asistentes a la misma, formularon demanda contra la Comunidad de Propietarios del Edificio y las Entidades constructoras «C. S., S. A.» y «M., S. A.», esta última declarada en rebeldía por su incomparecencia, solicitando se declarase la nulidad de la Junta por falta de unanimidad en los acuerdos adoptados, relativos a autorizaciones concedidas en dicha Junta para la realización de obras en elementos estructurales comunes del edificio, y a la modificación de determinadas normas del Reglamento de Régimen Interior, por estimarlas contrarias a la Ley y Estatutos, además de la alegación específica por un

copropietario de omisión de citación en forma para asistir a la Junta y de notificación de los citados acuerdos, y se condenase a los demandados a reponer el edificio a su estado anterior.

El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la Comunidad de Propietarios y absolviendo a las Entidades constructoras. La Audiencia Territorial estima, en parte, el recurso de apelación y amplía la condena a la Entidad copropietaria «C. S., S. A.». No prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

30. Innecesariedad de unanimidad de copropietarios para la ejecución de obras que no alteran la estructura de elementos comunes.—La realización de una obra menor en un elemento común del edificio que beneficia y mejora la habitabilidad del inmueble, acordada sin unanimidad de los copropietarios, no vulnera el artículo 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, ni se integra en el supuesto del artículo 11 de la misma Ley, puesto que no altera la estructura del inmueble, constituyendo, más bien, innovaciones u obras útiles que sólo requieren el consentimiento de la mayoría (art. 16.2 y 10.2 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Exigencia de consentimiento expreso de la parte afectada por las obras.—Se considera requisito inexcusable para otorgar validez a la adopción de acuerdos que decidan la realización de obras que afecten o perjudiquen la parte del edificio de un propietario, que éste preste su consentimiento a tales innovaciones, tal y como preceptúa el último párrafo del artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, máxime cuando dichas obras pudieron haberse ejecutado en lugar diferente evitando el perjuicio.

Recurso de casación. Se estima en contra del fallo y no contra los fundamentos jurídicos de la sentencia.—Según ha venido manteniendo reiteradamente la jurisprudencia, la casación se produce para anular el fallo de la sentencia recurrida y no contra los fundamentos jurídicos alegados por ella, pudiendo desestimarse el recurso aún sin compartir los razonamientos jurídicos expuestos, cuando existe conformidad de la decisión (Sentencias 4 de julio de 1984, 28 de mayo de 1985, 11 de octubre de 1986, 14 de noviembre de 1986, 5 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1988, 20 de diciembre de 1988, 30 de octubre y 15 de noviembre de 1989, entre otras). (STS de 23 de marzo de 1991, no ha lugar.)

HECHOS.—Acordada por la Comunidad de Propietarios la realización de obras que afectan a un elemento común del edificio, suponiendo perjuicios a los propietarios de una parte de éste, que no otorgaron su consentimiento a la ejecución de tales innovaciones al poder haber sido realizadas en otro lugar más idóneo, se formuló demanda suplicando se declarase la nulidad del acuerdo adoptado por la Comunidad de Propietarios referente a las obras en cuestión y la ilegalidad de la construcción, condenando a los demandados a su demolición y a reponer el elemento común al estado originario anterior a su ejecución.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, no por falta de unanimidad de los copropietarios sino por la exigencia ineludible del consentimiento expreso de la parte afectada. Confirma pues, el fallo de la sentencia recurrida, aunque por motivos diferentes a los alegados por la Audiencia. (R. D. R.)

31. Usucapión. Posesión en concepto de dueño.—Es doctrina reiterada por la jurisprudencia que los presupuestos necesarios para que se produzca la prescripción adquisitiva, tanto ordinaria como extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, incluyen, como señalan expresamente los artículos 447 y 1941 de Código Civil, la posesión disfrutada en concepto de dueño, además del transcurso ininterrumpido del tiempo necesario (Sentencias 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953 y 4 de julio de 1963). Posesión en concepto de dueño que, como requisito esencial básico de la usucapión, tanto ordinaria como extraordinaria, no debe entenderse en un sentido meramente subjetivo, «ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini* (Sentencia de 19 de junio de 1984)». Para usucapir, no basta, por tanto, la simple tenencia material o posesión natural sino que es necesaria la posesión civil, tenencia de la cosa como en propiedad (Sentencia de 6 de junio de 1986). (STS de 14 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, que trae causa de su padre en condición de heredero y acredita la posesión de una finca de forma ininterrumpida y por tiempo superior a treinta años, sin probar la posesión a título de dueño, formuló demanda suplicando al Juzgado dictase sentencia declarando la adquisición por prescripción de la propiedad del inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prosperó el recurso de casación. (R. D. R.)

5. DERECHO DE FAMILIA

32. Reclamación de la paternidad. Pruebas biológicas.—La argumentación de la recurrente gira en torno a la tesis de que la negativa del demandado a la práctica de las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad lleva, sin duda, por la vía de los artículos 1249 y siguientes del Código Civil, a considerar aplicable el artículo 135 del Código Civil. El motivo no puede estimarse, no solamente por la razón formal de no citarse como infringidas por su no aplicación las normas legales sobre las presunciones, sino porque del hecho base consistente en la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas no se puede obtener la consecuencia favorable a la paternidad (Sentencia de 12 de abril de 1988). Tal negativa no pasa de ser un indicio a valorar junto con los demás medios probatorios para determinar la filiación, pero sin el rigor que exige el establecimiento de una presunción, y en el caso de autos faltan esos medios, según destacan las sentencias recurridas, sin que ello haya sido combatido por el recurrente. (Sentencia de 20 de mayo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora interpuso acción de reclamación de paternidad de su hijo menor de edad. Entre otras pruebas propuso las de carácter biológico, enumerando las personas a quienes se debían practicar, entre ellas fundamentalmente al demandado, el cual se negó.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por no dar a la negativa del demandado el valor de *facta confessio* de paternidad por sí misma, al no haberse aportado por la demandante ninguna prueba que, conjugada con aquella negativa, hubiera llevado a determinar la filiación reclamada. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia anterior. No prospera el recurso de casación en el que se alega la infracción del artículo 135 *in fine* del Código Civil. (A. C. S.)

33. Acción de reclamación de la filiación. Investigación de la paternidad. Prueba de la filiación. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Una reiterada jurisprudencia (Sentencias de 30 de noviembre de 1989 y 28 de mayo de 1990) otorga un alto valor indiciario a esta negativa. (STS de 26 de junio de 1991.)

HECHOS.—Se trata de un caso de reclamación de la filiación. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia y declarando la paternidad del demandado. El TS no da lugar al recurso. La Sala de instancia tuvo también en cuenta la convivencia con la madre en el momento de la concepción. (J. B. D.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

34. Artículo 1056 del Código Civil.—Presupone necesariamente, como requisito condicionante de su validez y eficacia, que se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador, sin que pueda comprender bienes que no sean de su pertenencia.

Supremacía de la voluntad real del testado.—Acreditada por la cláusula 5.ª del testamento la verdadera y real voluntad del testado, ha de estarse a su contenido, sin más limitaciones que las de no perjudicar legítimas estrictas y disponer dentro del ámbito de su propio patrimonio.

Legado de cosa ajena.—El testador era pleno conocedor de la naturaleza ganancial, explícitamente manifestada en su testamento, de los bienes adjudicados en especie. Si lega dichos bienes por entero a su hijo D. Germán (art. 864 del Código Civil), sólo podrá hacerse operativo y viable ese legado con el consentimiento de los demás herederos que, como cotitulares de los bienes en virtud de la disposición testamentaria de su madre, pueden optar por la cesión de esos derechos dominicales sobre la mitad proindiviso de los mismos o su justa estimación por sustitución dineraria (art. 863 del Código Civil), siempre y en todo caso con la rigurosa intangibilidad de sus legítimas estrictas recayentes sobre la herencia del causante, en la que queda inmersa la mitad de los bienes objeto de la adjudicación hecha infructuosamente al amparo del artículo 1056.2.º del Código Civil.

Inexistencia de incongruencia.—La ausencia de infracción alguna del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce de lo dicho, pues si se llegara a la adjudicación por entero de los bienes incluidos en la debatida cláusula 5.ª a D. Germán, no sería por disposición del testador sino por la voluntad de los herederos todos y por la eficacia del legado de cosa ajena en la forma que se ha dicho. (STS de 7 de marzo de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Del matrimonio contraído por D. José León y D.ª Purificación Pérez de León nacieron tres hijos: Juan, Germán y José Miguel León y Pérez de León. D.ª Purificación falleció instituyendo herederos universales por partes iguales a los tres y legando a su marido el usufructo universal de toda su herencia indivisa. Aceptada tal disposición por los herederos, D. José León Arias otorgó años después testamento abierto en cuya cláusula quinta, aún no resultando fácil la determinación de su contenido a través de

la lectura de los antecedentes fácticos de la sentencia, parecía adjudicarse íntegramente a Germán León y Pérez de León, en pago de los derechos que le correspondieran tanto en la herencia del causante como de la premuerta esposa de éste, una serie de bienes entre los cuales se contaban casas y negocios considerados parte importantísima del acervo sucesorio, ordenándose, a renglón seguido y en la misma cláusula testamentaria, un legado de cosa ajena como medio adecuado para hacer efectiva dicha adjudicación de bienes, dado que el propio testador reconoce su carácter ganancial. Al fallecer D. José León Arias, dicha cláusula, así como la sexta (esta última por las amplias facultades conferidas al albacea-contador-partidor en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales), fue impugnada por los herederos de D. Juan León y Pérez de León, declarándose en Primera Instancia nula la cláusula quinta y no así la sexta. La entonces Audiencia Territorial de Sevilla acogió en parte la apelación del demandado, D. Germán León y Pérez de León, declarando nula la primera parte de la cláusula quinta, en la cual el testador dispone tanto en su propia herencia como en la de su premuerta esposa, pero no la del legado de cosa ajena establecido en la misma cláusula en favor del demandado. (L. M. L. F.)

II. DERECHO MERCANTIL

35. Relación entre el contrato de seguro suscrito entre el asegurador privado y la compañía aseguradora y el seguro complementario asumido por el Consorcio.—El contenido de la póliza concertada con el asegurador privado sirve para integrar el contrato de seguro existente entre el Consorcio y el asegurado, en cuanto a la determinación de aquellos elementos configuradores de este último contrato a que no se hace referencia expresa en la Ley de 1954.

Eficacia del pacto de exclusión de la regla proporcional.—El pacto de exclusión de la regla proporcional, establecido entre el asegurador privado y la sociedad aseguradora indudablemente queda circunscrito en su aplicación a la relación interpartes, no siendo oponible al Consorcio de Compensación de Seguros.

Interpretación del contenido de la póliza suscrita entre asegurador privado y asegurado.—Contrato de seguro «a primer riesgo», caracterizado por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados por un sólo seguro en el cual se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor del interés más elevado.

Inexistencia de infraseguro.—No viniendo determinado el interés más elevado en el seguro «a primer riesgo» por el valor de las mercancías depositadas en todas y cada una de las agencias de la aseguradora, sino por el valor de las depositadas en cada agencia, y siendo el correspondiente a aquélla en la cual ocurrió el siniestro inferior a la suma asegurada, no puede hablarse de una situación de infraseguro que posibilite el juego del artículo 30 de la Ley 50/80, de 8 de octubre.

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.—No es preciso demandar conjuntamente al Consorcio y al asegurador privado, ya que, reclamada de aquél la obligación que por ley le viene impuesta de indemnizar los daños producidos por un siniestro, la sentencia que ponga fin a este litigio en modo alguno puede afectar a la entidad aseguradora privada. (STS de 10 de julio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—«Comercial Terrestre, S. L.» suscribió con «La Unión y el Fénix Español» una póliza del ramo de incendios, asegurando las mercancías de diversa naturaleza que pudieran encontrarse en los distintos locales, almacenes y corresponsalías de la asegurada, estando vigentes dos pólizas más, suscritas con la misma compañía, que cubren el riesgo susceptible de producirse tanto en el transporte terrestre como en la estancia de dichas mercancías en los almacenes, muelles y depósitos de todas las sucursales, agencias y corresponsalías de la misma asegurada.

Inundado uno de los indicados almacenes por desbordamiento del río Nervión, se formuló, a través de la aseguradora y de acuerdo con la Ley de 16 de diciembre de 1954, reguladora del Consorcio de Compensación de Seguros, la oportuna reclamación ante el indicado organismo, el cual, haciendo aplicación de la regla proporcional, estableció la indemnización a percibir por la asegurada en la cantidad de 595. 428 pesetas.

Formulado recurso de reposición, sin que en relación con el mismo recayese resolución alguna, la aseguradora promovió contra el Consorcio demanda de menor cuantía en reclamación de 9.478.333 pesetas. El juez de Primera Instancia, estimando la excepción de falta de reclamación previa a la vía civil, alegada por la representación del Consorcio, dictó sentencia absolutoria. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó íntegramente, condenando al Consorcio a pagar la suma reclamada por la recurrente. (L. M. L. F.).

36. Responsabilidad civil extracontractual de los administradores por quiebra.—No es exigible a los administradores dicha responsabilidad cuando el daño deriva de la situación de insolvencia de la sociedad y no existe relación causal directa entre ninguna de sus actuaciones y la lesión producida.

Responsabilidad civil extracontractual de los administradores por actos ajenos (apoderado).—No es exigible a los administradores la responsabilidad prevista en el artículo 1903.1.º del Código Civil cuando la relación de dependencia —que es presupuesto de este precepto— se da entre el apoderado y la sociedad, no entre éste y los administradores. Tampoco puede atribuirse a los administradores culpa *in vigilando* cuando se derive un daño de operaciones que no tienen obligación de supervisar.

Responsabilidad de los administradores prevista por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.—La acción individual de los acreedores frente a los administradores que brinda el artículo 81 de esta ley requiere un acto concreto de éstos que produzca directamente una lesión de los derechos del acreedor. La responsabilidad de los administradores que nace de este precepto se valora según los criterios que especifica el artículo 79 de la ley: el daño ha de haberse causado por «malicia, abuso de facultades o negligencia grave». Nada de esto puede deducirse de la situación de quiebra de una sociedad. Corre a cargo del acreedor, no de los administradores, el riesgo de insolvencia de la entidad con la que realiza operaciones crediticias. (STS de 27 de septiembre de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—«Diario Tele-Expres, S. A.» entra en quiebra, declarada como culposa a consecuencia de la actuación de un apoderado. La entidad «Española de Finanzas» reclama el pago de unas letras de cambio que se le debían y que no ha podido cobrar debido a la insolvencia de la citada sociedad. Son demandados los administradores de «Diario Tele-Expres, S. A.»

alegándose responsabilidad civil extracontractual, así como la responsabilidad prevista por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (entonces aplicable) y afirmando que descuidaron el control de la sociedad y permitieron que su apoderado la involucrara en operaciones que no podía cumplir. La demanda es desestimada en primera y segunda instancia.

NOTA.—Es cuestionable si el antiguo supuesto de hecho previsto en la Ley de Sociedades Anónimas para la exigencia de responsabilidad a los administradores podía considerarse incluido bajo el genérico del 1902 del Código Civil (responderían por culpa o negligencia) o si debía atenderse a los criterios específicos del artículo 79 de la misma ley (responderían tan sólo en caso de «malicia, abuso de facultades o negligencia grave»).

El texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 reproduce exactamente el antiguo artículo 81 en el nuevo artículo 135. Sin embargo, se ha despejado la citada cuestión: hoy puede afirmarse que es igual el grado de culpa que se precisa en ambos regímenes legales ya que el texto de la actual LSA ha elevado el listón de diligencia exigible a los administradores rigiéndose por criterios idénticos a los del artículo 1902 del Código Civil (art. 133 TRLSA). (Sobre estas cuestiones puede verse la monografía de J. M. Garreta Such, «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de la sociedad», Ed. M. P., 2.ª ed., 1991, capítulos II al V). (C. J. D.)

37. Pago de deuda instrumentada en letra de cambio. Prescripción.—El instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre los principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo, de tal modo que, en lo referente a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el *animus conservandi* por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse queda correlativamente interrumpido por el *tempus praescriptio-nis*. (STS de 12 de julio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora tenía relaciones comerciales con otra sociedad, de la que el demandado era accionista. En virtud de tales relaciones comerciales, la primera vendió a la segunda numerosa maquinaria relacionada con el deporte de la nieve. Para el pago del precio de dicha maquinaria, se crearon siete letras de cambio, en las cuales el demandado aparece como librado-aceptante de dos de ellas y como avalista solidario del librado-aceptante de las cinco restantes. Ninguna de las letras de cambio fueron satisfechas a su respectivo vencimiento. (J. B. D.)

III. DERECHO PROCESAL

38. Congruencia de las sentencias.—Si bien es cierto que el principio jurídico procesal de la congruencia, puede verse afectado por la falta de concordancia entre los elementos fácticos aducidos por los litigantes en apoyo de sus pretensiones y los exigidos por los Tribunales cuando les sirvan de fundamento esencial para emitir el fallo, no lo es menos que cabe apreciarse su realidad y existencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, cosa que no puede provocar una incongruencia, ni bajo la rúbrica de este vicio *in iudicando*, debe atacarse dicha apreciación, remplazándola por la propia y particular del recurrente.

No impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que los fundamentan, pero no una literal concordancia, y por ello, guar-

dando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada.

El deber de congruencia obliga a dar a las pretensiones de las partes una respuesta directa y coherente y a resolver todos los puntos litigiosos.

La armonía entre los pedimentos y la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que también ha de hacerse extensiva a aquellos otros extremos que de algún modo lo complementan y precisan o que contribuyen a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el órgano jurisdiccional se atenga a la substancia de lo pedido y no a su literalidad.

No se produce incongruencia por el cambio del punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe por aquél el absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegatos de modo definitivo según el resultado de las pruebas. (STS de 28 de enero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Joaquina y Don Francisco promovieron juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, como consecuencia de un accidente de circulación, en el que resultó gravemente lesionado el conductor Don Francisco. (J. B. D.)

39. El recurso de casación no es una tercera instancia. Compete a la sala de instancia la interpretación y calificación de los contratos.—«... lo pretendido es, en realidad, convertir el recurso en una tercera instancia reproduciendo todo el problema relativo a la interpretación y calificación de la relación jurídica que existió entre las sociedades litigantes, con olvido, indudablemente, de la constante y reiterada doctrina mantenida por la Sala acerca de ser facultad privativa de los Tribunales de instancia, la interpretación de los contratos, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre haber sido ilógica o absurda, doctrina ésta que por ser bien conocida, excusa la cita de las sentencias en que figura recogida...».

Naturaleza de las actividades de transportistas que utilizan la colaboración de otros para hacer frente al exceso de demanda o realizar transporte combinado.—«... es bien significativa la disposición del artículo 119.2.a) de la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres, para la que no tienen consideración de actividades de mediación, las realizadas por transportistas que utilicen la colaboración de otros para hacer frente a excesos de demanda o para realizar transporte combinado.» (STS de 7 de junio de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—«Tradisa, S. A.» celebra con «Citröen Hispania» un contrato de transporte comprometiéndose a trasladar determinadas mercancías de Barcelona a Vigo y viceversa. Por carecer de las cajas móviles idóneas para el transporte concertado, «Tradisa, S. A.» encomienda su realización a «Strafer, S. A.». El recurso tiene su origen en la reclamación del pago de varias facturas que «Strafer, S. A.» hace a «Tradisa, S. A.» por varios transportes realizados. Strafer mantuvo en la instancia que la relación jurídica que vinculaba a ambas sociedades era asimilable al mandato, por lo que el plazo de prescripción de su derecho era el general de quince años. Tradisa sostuvo —y así lo entendió también el Juzgado— que su relación con Stra-

fer surgía de un contrato de transporte por lo que jugaba el plazo de prescripción de seis meses (art. 951 del Código de Civil). La apelación fue desestimada y el recurso de casación no prosperó. (R. G. S.)

40. Cuestión de competencia.—Es reiterada doctrina de esta Sala, que las cuestiones de competencia deben deducirse según los documentos y principios de prueba por escrito suministrados por las partes en el momento de enjuiciar la cuestión, sin que sea dable, en ese momento, aducir otras cuestiones relativas a la validez o nulidad de los documentos y pruebas utilizados.

Cláusula de sumisión. Impugnación al amparo del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.—A la luz de esta doctrina, no puede mantenerse el criterio del Juzgado de Primera Instancia, n.º 8 de los de Málaga. En primer lugar, porque dado el tipo de procedimiento seguido, juicio de cognición, el Juez requerido tuvo que examinar la cláusula de prorrogación de fuero, para juzgar de su propia competencia dentro de los parámetros del domicilio del demandante o del demandado. En segundo lugar, tras este primer filtro restrictivo de las cláusulas de sumisión, la Ley de los consumidores y usuarios (19-7-84) en su artículo 10 suministra criterios para sancionar con nulidad las cláusulas contractuales que supongan gravísima alteración de los principios de igualdad y equivalencia. Tal examen y sanción suponen pronunciamiento de fondo después de haber ponderado las obligaciones que asumieron los contratantes en función de su situación, cuantía de los intereses en juego, posibilidad de actuación, diseño perfecto o menos perfecto de la bilateralidad, desplazamiento de la onerosidad a una sola de las partes, buena fe, etcétera. Todo ello, tras el debate y previa prueba. Dicho de otro modo, la contratación por adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades y su apreciación es en el fondo, no en el juicio de competencia que, forzosamente, debe ser previo y relativamente superficial. (**Sentencia de 31 de mayo de 1991.**)

HECHOS.—Se instó demanda contra una Comunidad de Propietarios por impago de las cuotas de mantenimiento de ascensores. En el contrato origen de las actuaciones figuraba una cláusula de sumisión expresa en favor de los Tribunales de Madrid. La demandada presentó escrito, que fue turnado al Juzgado n.º 8 de Primera Instancia de Málaga, en el que proponía cuestión de competencia por inhibitoria, en la que, al amparo del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, impugnada la cláusula de sumisión.

El Juez de Primera Instancia de esa ciudad cogió la tesis de la demandada, y acordó requerir de inhibición al de igual clase n.º 45 de Madrid. Recibido el oficio inhibitorio, tras oír al Ministerio Fiscal, no se aceptó la cuestión, manteniendo la propia competencia, por no encontrar óbice a la cláusula de sumisión. El Tribunal Supremo afirma la eficacia y legitimidad de la cláusula, debiendo deducirse la cuestión en favor del Juzgado de Primera Instancia, n.º 45 de los de Madrid.

NOTA.—El interés mayor que reviste esta sentencia radica en la alusión a la posible aplicación del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para determinar la validez de la cláusula de sumisión. Nuestro Tribunal Supremo empieza a tener en cuenta esta Ley, como evidencia la sentencia que se anota y, sobre todo, la reciente Sentencia de 23 de mayo de 1991, que aplica el artículo 11 de dicha Ley en relación con una cláusula de garantía de buen funcionamiento del vehículo vendido.

Hay que observar, no obstante, que el Tribunal Supremo, en la sentencia que anoto, no entra en el fondo del asunto (la validez de la cláusula de sumisión), ya que el juicio de competencia debe ser forzosamente previo. (A. C. S.)

41. Cuestión de competencia: inhibitoria. Venta a «porte debido».—Cuando la mercancía viaja a «porte debido», esto es, por cuenta y riesgo del adquirente, ha de reputarse lugar de entrega de la mercancía el del establecimiento del vendedor y en él habrá de efectuarse el pago del precio, conforme a los artículos 1171 y 1500 del Código Civil, aplicables a las compraventas mercantiles por disposición del artículo 50 del Código de Comercio, lo que comporta que sea el Juzgado al que corresponde el domicilio de los demandantes vendedores el territorialmente competente para conocer de la acción ejercitada, conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la LEC (Sentencias de 26 de octubre y 5 de noviembre de 1984, 2 y 15 de abril de 1985, 20 de diciembre de 1986, 28 de noviembre de 1987, 2 de marzo de 1989, entre otras), sin que a ello se oponga el hecho de haberse librado varias letras de cambio, no aceptadas, para el pago del precio (cuando la acción ejercitada no es la cambiaria derivada de las letras), ya que esto no es sino el señalamiento de un medio o forma de pago intrascendente a efectos de competencia (Sentencias de 9 de abril de 1984, 2 de abril de 1985, 13 de enero y 9 de octubre de 1986 y 28 de noviembre de 1987, entre otras) (**Sentencia de 13 de julio de 1991**).

HECHOS.—Los actores ejercitaron en juicio declarativo de menor cuantía, una acción derivada de un contrato de compraventa mercantil en reclamación del pago del precio de la misma, sin constar sumisión expresa o tácita de las partes, ni que éstas pactaran expresamente un lugar para el pago del precio, ni para la entrega de la mercancía, pero sí quedó acreditado que ésta viajó desde el establecimiento de los vendedores en Valencia al de la compradora en Cartagena a «portes debidos».

Al ser emplazada, la demandada propuso inhibitoria por entender que la competencia territorial correspondía a los Juzgados de Cartagena por ser el de su domicilio. De dicha inhibitoria, por turno de reparto, correspondió conocer al Juzgado de Primera Instancia, n.º 2 de Cartagena; el cual, después de oír al Ministerio Fiscal, resolvió por Auto de fecha de 22 de junio de 1990 que procedía requerir de inhibición al Juzgado de Primera Instancia, n.º 5 de Valencia, requerimiento de inhibición que llevó a efecto. El Juez de Primera Instancia, n.º 5 de Valencia, después de oír a la parte demandante y al Ministerio Fiscal, resolvió por auto de 17 de septiembre de 1990 que no procedía acceder al procedimiento de inhibición, ante el cual ambos juzgados, previo emplazamiento de las partes, remitieron las actuaciones respectivas a la Sala Primera del Tribunal Supremo para la resolución de dicha cuestión de competencia. El Tribunal Supremo resuelve en favor del Juzgado de Primera Instancia, n.º 5 de Valencia. (**I. D.-L.**)

42. Cuestión de competencia: Inhibitoria. Venta a «porte debido».—Cuando las mercancías viajan «a porte debido» y consecuentemente por cuenta y riesgo del comprador por ir a su cargo el gasto del transporte, las susodichas mercancías han de considerarse entregadas en el domicilio del vendedor (Sentencia de 9 de abril de 1984).

Venta a «porte pagado».—Cuando los géneros viajan a porte pagado se entiende que la vendedora los entrega en el domicilio del comprador y éste es el que determina la competencia (Sentencias de 4 de junio de 1984 y 4 de julio del mismo año).

Cuando no consta de cuenta y riesgo de quien viaja la mercancía.—Será Juez competente, a falta de sumisión expresa, el del domicilio de vendedor, que es el del cumplimiento de la obligación, a los efectos prevenidos en los artículos 1171 y 1500 del Código Civil, aplicables conforme a la remisión ordenada en el artículo 50 del Código de Comercio, a los fines de la regla 1.ª del artículo 62 de la LEC, sin que el giro de letras de cambio o recibos para facilitar el pago tenga relevancia en el conflicto (Sentencias de 10 de abril de 1987, 2 de noviembre y 7 de diciembre de 1989). **(Sentencia de 25 de marzo de 1991.)**

HECHOS.—OPLA, S. A., reclamaba el importe de ciertas mercaderías remitidas desde Pamplona, donde se encuentra el domicilio de la actora, a Alcoy, donde tiene su establecimiento la demandada, quien presenta cuestión de competencia por inhibitoria, manteniendo ambos Juzgados de Distrito (Pamplona, n.º 3 y Alcoy) su propia competencia territorial.

El Tribunal Supremo resuelve en favor del Juzgado de Distrito, n.º 3 de Pamplona. **(I. D.-L.)**

