

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLV  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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  
SEBASTIAN MORO LEDESMA  
Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)  
Notario de Madrid

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

Pág.

### Estudios monográficos

JORNADO BAREA, Juan B.: <i>Las obligaciones solidarias</i> .....	847
GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: <i>La naturaleza de la actual sociedad de ganancias</i> .....	875
GARCIA RUBIO, María Paz: <i>Consolidación de la nacionalidad española</i> .....	929
DURANY PICH, Salvador: <i>Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto</i> .....	1 011

### Vida Jurídica

BARCO i BALLBE, María Josep: <i>Jornadas sobre la reforma del Derecho privado y la protección del consumidor. Avila 1992</i> .....	1 097
--	-------

### Información legislativa

A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ .....	1 119
---	-------

## Bibliografía

## LIBROS

- BALAGUER CALLEJON, M.<sup>a</sup> Luisa: *El derecho fundamental al honor*.—BARBER CARCAMO, Roncesvalles: *El retracto gentilicio*. Prólogo del Prof. Dr. Luis Arechederra Aranzadi.—DURAN RIVACOBIA, Ramón: *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*.—FERNANDEZ ARROYO, Margarita: *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*.—GARRETA SUCH, José M.<sup>a</sup>: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los Administradores de las Sociedades*.—LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja: *Los patrimonios municipales del suelo: sus caracteres y operatividad*.—PARRA LUCAN, María Angeles: *La protección al medio ambiente. Regards sur le Droit de la Famille dans le monde*. Annual Survey of Family Law. Sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi ..... 1139

## REVISTAS EXTRANJERAS

- A cargo de Remedios ARANDA RODRIGUEZ, M.<sup>a</sup> Paz GARCIA, Esther GOMEZ CALLE, Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ, Pedro PORTELLANO DIEZ e Isabel SIERRA PEREZ ..... 1163

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

- A cargo de Encarna ROCA TRIAS. Dirección: Ramón CASAS VALLES. Colaboradores: Isabel MIRALLES GONZALEZ, Josep FERRER RIBA y Mónica VILASAU SOLANA ..... 1257

## II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Esther ALGARRA PRATS, Javier BARCELO DOMENECH, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Gabriel GARCIA CANTERO y Virginia MURTULA LAFUENTE ..... 1303

- Fe de erratas correspondiente al artículo «Sistemas germánicos de cesión de créditos» (publicado en Anuario de Derecho Civil de 1992-I y II) ..... 1345

# 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 III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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

# Las obligaciones solidarias

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático emérito de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** Introducción.—1. Pluralidad de sujetos en la obligación y sus formas principales: obligaciones mancomunadas simples o parciarias y obligaciones solidarias. Concepto de las obligaciones solidarias. Sus clases: solidaridad activa, pasiva y mixta.—2. Estructura jurídica de las obligaciones solidarias: teoría de la obligación única y teoría de la pluralidad de obligaciones. Las llamadas obligaciones correales: su inexistencia como categoría *a se*.—3. Naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias: a) Doctrina de la representación, derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*; b) Doctrina de la mutua fideiusión o afianzamiento; c) Doctrina de la alternatividad subjetiva; d) Doctrina de la unidad de «débito» con pluralidad de «responsabilidades»; e) Doctrina de la titularidad fiduciaria; f) Doctrina de la unidad o identidad de la prestación.—4. Construcción adoptada: las relaciones externa e interna a la luz de la legitimación y de la doctrina del injustificado enriquecimiento.—5. ¿Es esencial a la solidaridad el derecho de regreso?—6. La pretendida categoría autónoma de la obligación *in solidum*.—7. Sucinta idea del régimen de las obligaciones solidarias: clasificación de las excepciones oponibles por el deudor en la solidaridad pasiva y enumeración de las causas de extinción de las obligaciones solidarias.—8. La no presunción de solidaridad, sus excepciones y revisión moderna del principio en la doctrina y en la jurisprudencia: hacia un nuevo principio de presunción de la solidaridad en el Derecho de hoy.

## INTRODUCCION

Las obligaciones solidarias son aquellas obligaciones pluripersonales en las que cada acreedor o cada deudor puede y debe, respectivamente, exigir o cumplir la totalidad de la prestación, sin perjuicio de un posible ajuste de cuentas ulterior entre los acreedores o deudores mediante el ejercicio de la llamada acción de regreso.



Este tipo de obligaciones, propio de los más antiguos ordenamientos jurídicos, vuelve en el Derecho de este tiempo a tener actualidad y vigencia cada vez más extendida en las leyes especiales de nuestro país, hasta el punto de hablarse de la crisis, o al menos de la limitación, del principio de no presunción de solidaridad y caminarse hacia un nuevo principio opuesto de presunción de la misma, consagrado ya en algunos Códigos extranjeros. De ahí la conveniencia de dedicar nuestra atención a este tema del Derecho vivo.

Desde hace muchos años (1953), en mis lecciones de cátedra, me viene preocupando el problema de la construcción jurídica de las obligaciones solidarias. A lo largo de estas notas tendremos ocasión de pasar revista a las principales doctrinas propugnadas al respecto.

Partiendo, estructuralmente, de la teoría de la pluralidad de obligaciones con unidad de prestación, ya que la teoría de la obligación única es trasunto de un viejo residuo histórico (la pretendida «obligación correal» responde efectivamente al régimen clásico de la solidaridad en el Derecho romano), desecharemos —entre otras— la doctrina de la mutua representación derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege* y la doctrina de la mutua fideiusión o afianzamiento, para intentar un nuevo ensayo de construcción, distinguiendo las relaciones externa e interna entre los acreedores o deudores a la luz del concepto de legitimación y de la doctrina del injustificado enriquecimiento, a partir de la teoría de la unidad o identidad de la prestación.

Trataremos de responder a la pregunta de si es esencial a la solidaridad el derecho de regreso, cuestión que, una vez resuelta negativamente, despejará el camino para rechazar la pretendida categoría de la obligación *in solidum*, que carece de propia autonomía.

Seguirá una sucinta exposición del régimen jurídico de las obligaciones solidarias, ceñido a la clasificación de las excepciones oponibles por el deudor en la solidaridad pasiva y a la enumeración de las causas de extinción de las obligaciones solidarias.

Por último, estudiaremos el significado y alcance del principio de no presunción de solidaridad recogido en los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, sus cada vez más numerosas excepciones —sobre todo en materia de solidaridad pasiva por su reconocida función de garantía— que, lejos de confirmar la regla de la mancomunidad, la van minando hasta ponerla en serio trance de revisión tanto por la moderna doctrina como por la más progresista jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esperamos que al final de nuestro recorrido podamos contemplar el mecanismo de las obligaciones solidarias con más claridad y menos complejidades que con las que habitualmente suele verse por las doctrinas tradicionales de la representación o del afianzamiento, sin caer en construcciones todavía más alambicadas, como las de alternatividad subjetiva, unidad de *débito* con pluralidad de *responsabilidades* o titularidad fiduciaria, que no explican bien ni totalmente el fenómeno.

## 1. CONCEPTO Y CLASES DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

La pluralidad de sujetos en la obligación tiene dos formas principales: obligaciones mancomunadas simples o parciarias y obligaciones mancomunadas solidarias, prescindiendo de las llamadas obligaciones conjuntas o «en mano común» (*zur gesammten Hand*), que nuestro Derecho desconoce, pues si bien el art. 1.139 C.c. prevé la hipótesis de que varios deudores mancomunados tengan que ser demandados *colectivamente*, ello es consecuencia de la indivisibilidad de la prestación y no de la naturaleza del vínculo, como lo prueba el art. 1.150 C.c., según el cual cuando la prestación inicial es incumplida, se transforma («se resuelve», dice nuestro Código civil) en el deber de indemnizar dinerariamente daños y perjuicios, que ya es divisible *pro partes* y resulta por tanto prorrateable entre cada uno de los deudores.

En las obligaciones mancomunadas simples o parciarias la pluralidad subjetiva conduce a la fragmentación (*concurso partes fiunt*). Tanto el crédito como la deuda se descomponen o dividen en créditos o deudas totalmente independientes que recaen sobre una parte de la prestación (siempre —claro es— que ésta sea divisible por su naturaleza) o, como dice nuestro Código civil en el art. 1.138, «el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». Realmente, existen entonces varios objetos correspondientes a los varios sujetos y varios vínculos obligatorios.

En las obligaciones solidarias, en cambio, la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores implica que cada uno de aquéllos tiene derecho a pedir o que cada uno de éstos debe prestar íntegramente lo que es objeto de la obligación (art. 1.137 *a sensu contrario*).

Nuestro análisis se va a concretar en las obligaciones solidarias, forma la más sugestiva de concurrencia de una pluralidad de sujetos, cuya caracterización general, como titularidad solidaria, es que un derecho subjetivo de crédito, o el deber de prestación correspondiente al mismo, pertenece por entero a cada uno de los sujetos activos o pasivos, sin que su contenido se multiplique o acumule, ya que tan sólo puede ser realizado una vez (Hernández-Gil *senior*).

Según el autor que acabo de citar, a la vista de los arts. 1.137 *a contrario*, 1.141, 1.142, 1.144 y 1.145 C.c., la esencia de la obligaciones solidarias estriba en que, partiendo del supuesto de la concurrencia de una pluralidad de sujetos, cada uno de los varios acreedores puede exigir del deudor común o de cada uno de los varios deudores la totalidad de la prestación; y, a su vez, cada uno de los diversos deudores están obligados a la totalidad de la prestación con respecto al acreedor común o a cada uno de los varios acreedores; pero de suerte que la prestación únicamente tiene que realizarse una vez. En la relación externa, que es

la que media entre los acreedores o deudores solidarios y el deudor o acreedor común, en principio, es como si no hubiera división de créditos o deudas, porque se debe el todo o se es acreedor del todo. Mas en la relación interna, que es la que une a los distintos acreedores o deudores entre sí, cada uno —salvo pacto contrario (vid. *infra*, 5)— figura sólo como acreedor o deudor de una parte, según se deduce de los arts. 1.143, párrafo 2º, y 1.145, párrafo 2º, C.c.

Tres clases de solidaridad en las obligaciones son posibles: 1. cuando la pluralidad se da del lado de los acreedores, tenemos la solidaridad activa o los créditos solidarios; 2. cuando la solidaridad se manifiesta del lado de los deudores, tenemos la solidaridad pasiva o deudas solidarias; y 3. puede que concurren ambas pluralidades, hablándose entonces de solidaridad mixta, que es una combinación de las dos primeras.

## 2. ESTRUCTURA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

En punto a la estructura de la obligación solidaria, la teoría llamada de una unidad de obligación sostiene que aquélla es *única*. Según esta doctrina (defendida, entre otros, por Zacharie, Crome, Ascoli y Gangi) la pluralidad de sujetos no implica necesariamente pluralidad de obligaciones, sino, a lo sumo, pluralidad de relaciones subjetivas dentro de la unidad, pues nada se opone a que un sólo vínculo ligue entre sí a varias personas. La unidad del objeto (prestación) determinaría la unidad de obligación.

Estas razones técnicas explicarían la propagación de los efectos al grupo en la solidaridad (cfr. arts. 1.141, párrafo 2º, 1.252, párrafo 3º, y 1.974 C.c.): el pago hecho por un deudor, *ad exemplum*, extiende sus efectos a los demás deudores solidarios, es decir, los libera al extinguirse la deuda. El pago hecho a un acreedor propaga igualmente sus efectos al grupo de los acreedores solidarios, extinguiendo el crédito. Lo mismo cabe decir con respecto a los restantes hechos distintos del pago, a los que la ley reconoce virtualidad extintiva (cfr. arts. 1.156, 1.143, párrafo 1º y 1.145, párrafo 1º, C.c.). La interrupción de la prescripción de acciones aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores solidarios.

En apoyo de esta tesis se invocan los textos de las fuentes romanas donde se habla de *una obligatio, eadem obligatio* o expresiones similares (Inst., 3, 17; D. 45, 2, 6, 3; D. 45, 2, 13; D. 45, 2, 19; D. 46, 4, 16).

De cara a nuestro Derecho se podría aducir el art. 1.137 C.c. que igualmente habla de «una sólo obligación» y de obligación solidaria en singular. Expresiones parecidas, «la deuda» o «la obligación», se encuentran en los arts. 1.142 a 1.148 C.c. Por el contrario, el art. 1.138,

con referencia a las obligaciones mancomunadas simples, habla de «obligaciones», «créditos» y «deudas», en plural.

Claro es que estos argumentos de texto o literales no prueban gran cosa, dada la conocida falta de rigor técnico de nuestro Código civil.

Desde el punto de vista histórico, la teoría de la unidad de la obligación está ligada a la existencia de la pretendida categoría de las llamadas «obligaciones correales», que vendrían a ser una subespecie o subtipo de las obligaciones solidarias, caracterizadas por la unidad del vínculo obligatorio, no obstante la concurrencia de varios sujetos.

El origen y los fundamentos de la pretendida categoría son que en el Digesto aparecen dos series de textos entre sí contradictorios: en D. 11, 1, 8; D. 11, 1, 20; D. 14, 1, 1, 24; D. 21, 2, 51, 4; D. 44, 2, 21, 4; D. 45, 1, 116; D. 45, 2, 2; D. 45, 2, 16; D. 46, 2, 31, 1, se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias, atribuyéndose a la *litis contestatio* efectos extintivos objetivos, con eficacia por tanto respecto de todos los acreedores o deudores, de manera que ésta tendría eficacia consuntiva también con relación a los que no fueron parte en el pleito. Por el contrario, en D. 9, 3, 4; D. 13, 6, 5, 15; D. 16, 3, 1, 43; D. 26, 7, 18, 1; D. 26, 7, 18, 42; D. 27, 3, 15, etc., donde asimismo se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias, se advierte que sólo el pago efectivo produce efectos extintivos objetivos y no la *litis contestatio*.

Si un mismo acto (la *litis contestatio*) produce diversos efectos con respecto a relaciones jurídicas parecidas, es que hay algo desigual en el seno de las mismas. Y en busca de tal desigualdad o diferencia se llega a la conclusión de que las obligaciones solidarias admiten dos configuraciones o subtipos: 1. La obligación puede concebirse como una y única: la unidad sustancial no se rompe por la concurrencia de varios acreedores o deudores; uno es el vínculo que liga a todos, una y la misma prestación debida, el objeto. Y si es una la obligación, de ahí, por consiguiente, la eficacia extintiva reconocida a *litis contestatio*, ya que siendo la obligación única, no podría deducirse en juicio sin consumirla también para los demás. Tales serían las «obligaciones correales», contempladas en el primer grupo de textos antes citados. 2. Pero cabe asimismo concebir que la pluralidad de sujetos no se integre dentro de la unidad sustancial de la obligación, sino que haya una pluralidad de obligaciones; tantos créditos y débitos distintos cuantos sean los acreedores o los deudores, si bien enlazados o conexiónados entre sí. Tal sucede cuando falta la unidad y la identidad del objeto o prestación. Pues bien: de ahí —de esa pluralidad de obligaciones— que, en general, carezcan de eficacia objetiva los actos que se verifiquen en la persona de un acreedor o de un deudor, y que sólo la tenga el cumplimiento o pago y los actos equiparados al mismo por su efecto extintivo; y de ahí, en concreto, que la deducción en juicio de la obligación de uno de los sujetos

no consuma las obligaciones de los demás, según resulta de la segunda serie de textos.

Tal es, a grandes rasgos —insuperablemente resumidos por Hernández Gil *senior*, a quien hemos seguido muy de cerca— la teoría de la distinción entre correalidad y simple solidaridad (formulada por Keller, Ribbentrop, Savigny y Winscheid, entre otros).

Pero ¿debe aceptarse hoy esa distinción? Desde el punto de vista del Derecho positivo español, no: baste invocar el segundo párrafo del art. 1.144 C.c., a cuyo tenor las reclamaciones entabladas contra uno de los deudores solidarios no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. No hay, por tanto, el efecto consuntivo denotador de la unidad del vínculo obligacional, ya se sitúe dicho efecto en la contestación a la demanda (*litis contestatio*) o ya en la demanda y emplazamiento para contestarla (momento de la constitución de la relación jurídica procesal, según la doctrina hoy comúnmente seguida).

En el plano histórico tampoco parece aceptable la distinción entre obligaciones correales y simplemente solidarias tras las investigaciones de Ascoli y Eisele, a las que —entre otros— se adhiere Binder, demostrativas de que lo que hay es una contraposición entre el régimen de Derecho clásico y el del Derecho justineano. En el Derecho romano clásico, la *litis contestatio* producía siempre efectos extintivos plenos en las relaciones solidarias. Justiniano (en C. 8, 40, 28) hacer abolir los efectos extintivos de la *litis contestatio*. Por consiguiente, los textos en que se exige el pago o equivalente del mismo para que se den los efectos extintivos están interpolados, como expresivos de la concepción justiniana. El que no todos los textos aparezcan interpolados probablemente obedece a omisiones de los compiladores. Mas lo verdaderamente importante es que correalidad y simple solidaridad no son categorías distintas, sino el régimen clásico y el justiniano de una sola institución: la solidaridad.

Aparte de su quiebra en el orden histórico (las interpolaciones descubiertas por Eisele y Ascoli echaron por tierra la artificiosa tesis que distingue obligaciones correales y obligaciones meramente solidarias), tampoco en el orden dogmático o técnico-constructivo es aceptable dicha doctrina. Como agudamente observa Hernández-Gil *senior*, «por mucho que se fuerce la dialéctica es imposible hacer perceptible la diferencia que puede haber entre unidad o identidad del objeto e igualdad, para derivar, respectivamente, de tales conceptos la correalidad y la simple solidaridad. Resulta absolutamente insuperable concebir un *quid medium* entre unidad y multiplicidad. Lo que no es singular, uno, es plural, vario, múltiple. El Derecho tiene que ceñirse aquí a estos axiomas gramaticales y matemáticos». Y una consideración finalista y práctica —continúa argumentando el mismo autor— también nos aparta de la pretendida distinción, puesto que en este caso nada se opone a que la

igualdad económica de las dos supuestas figuras (correalidad y simple solidaridad) sea subrayada por una igualdad en cuanto a la estructura jurídica.

Desechada la teoría de la unidad de obligación, hemos pues de acoger la teoría de la pluralidad de obligaciones, defendida, entre nosotros por Hernández-Gil *senior*. Es hoy ésta la *communis opinio doctorum*.

En apoyo de la misma se pueden aducir los textos de las fuentes romanas en que se habla de *plures obligationes, utraque obligatio*, etc. (Inst. 3, 17, 1; D. 45, 2, 3; D. 45, 2, 7; D. 45, 2, 9, 2; D. 45, 2, 13; D. 46, 1, 5; D. 46, 2, 3, 1; D. 46, 3, 93).

Sus argumentos básicos son estos: la concurrencia de varios acreedores o deudores provoca la existencia de otras tantas obligaciones, si bien conexas por la unidad o comunidad de fin o interés económico, por la unidad del objeto (prestación) y de la causa, en el sentido técnico-jurídico propio de causa de la obligación.

En efecto, hay en las obligaciones solidarias un fin común que adquiere su expresión jurídica en la identidad de la causa obligatoria. Cuando falta esta unidad de fin, expresada por una misma causa, habrá otra clase de obligaciones, distinta de las obligaciones solidarias (las llamadas «obligaciones cumulativas»).

En cuanto al objeto (prestación), es desde luego único. Si todos deben o pueden pretender el todo —cualidad esencial a la solidaridad— todos deben o pretenden lo mismo. El art. 1.137 C.c., entendido *a sensu contrario*, cual si fuera el cliché en negativo de la obligación solidaria, configura a ésta como el derecho a exigir o el deber de prestar «íntegramente las cosas objeto de la misma». La prestación es sólo una, aunque venga atribuida a varios sujetos. Realizada la prestación, la relación obligatoria solidaria, en su aspecto externo, se extingue (art. 1.145 C.c.). No hay, por tanto, mera unidad o comunidad de fin o intereses, aunque también exista. Hay, además, una unidad del objeto o prestación, concebida como conducta debida, que se dirige a dar, hacer o no hacer algo (cfr. art. 1.088 C.c.).

Contra la unidad del objeto no atenta el que en las relaciones internas los acreedores o deudores lo sean de cuotas determinadas y, en la duda, de cuotas en principio iguales (arg. *ex art.* 1.138 C.c.).

No es rigurosamente preciso que la relación obligatoria solidaria tenga la misma causa de nacimiento o reconozca como fuente el mismo acto (contrato o acto jurídico en sentido estricto), con tal que los diversos actos tengan la misma naturaleza o, al menos, sean compatibles entre sí.

En la relación obligatoria de carácter solidario existe una pluralidad de vínculos que integran varias obligaciones, tantas cuantos sean los sujetos que en concepto de acreedores o deudores solidarios figuren obligados. Esa pluralidad de vínculos obligacionales tiene por

base la división interna de la deuda o el crédito en deudas o créditos parciales, división que si por lo general se mantiene en el seno de la relación interna, a veces aflora a la superficie y se muestra en la relación externa, como ocurre en el supuesto contemplado por el segundo párrafo del art. 1.148: de las excepciones que personalmente correspondan a los demás deudores sólo podrá servirse el deudor solidario en la parte de la deuda de que aquéllos fueren responsables. De este precepto resulta que la división interna de la deuda, normalmente mantenida siempre dentro de ese plano, es proyectada hacia el exterior, con la inevitable consecuencia de tener que considerar las obligaciones de cada uno de los deudores solidarios como distintas unas de otras.

Dentro de este orden de ideas, también ha de considerarse la posibilidad de que, en virtud de una remisión parcial, un deudor se libere de su parte en tanto los demás permanezcan obligados. A tenor del art. 1.146, «la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libera a éste de su responsabilidad para con los codeudores en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos», de manera que cuando en el momento de ser hecha la remisión parcial la deuda no haya sido satisfecha por otro, aquella tiene en parte efectos liberatorios para uno de los obligados. Nueva confirmación de que en la solidaridad existe una pluralidad de obligaciones.

Por último, hay otra razón determinante de la necesidad de concebir como diferenciadas las obligaciones de los diversos sujetos obligados solidariamente: el art. 1.140, según el cual «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones». Luego cada obligación podrá tener sus propias determinaciones accidentales (condiciones, plazos, modos, distintos lugares de prestación, etc.) o límites (cfr. art. 1.084, párrafo 1°).

En consecuencia, con Hernández-Gil *senior*, nos inclinamos resueltamente por la teoría de la pluralidad de obligaciones. El baluarte histórico más firme que sirvió de sustento a la teoría unitaria o de la unidad de obligación, especialmente vinculada a la pretendida categoría romana de la correalidad, consistente en los efectos consuntivos de la *litis contestatio*, quiebra en el Código civil, desde el momento que el acreedor puede dirigirse, indistintamente, contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, conforme a lo establecido en el art. 1.144; pero, a tenor del propio precepto, «las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo».

### 3. NATURALEZA JURIDICA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Como pretendidas explicaciones de la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias se han formulado muy diversas doctrinas: la que aplica a la solidaridad el concepto de representación derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*, la de la mutua fideiusión o afianzamiento, la de la alternatividad subjetiva, la de la unidad de «débito» con pluralidad de «responsabilidades», la de la titularidad fiduciaria y la de la unidad o identidad de la prestación, principalmente.

#### a) Doctrina de la representación, derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*

Según esta teoría (formulada primero por Renusson y desarrollada después por Toullier, Durantou, Aubry y Rau, Lomonaco, Piola, Venzi, Sánchez Román, Valverde, De Diego, etc.), sólo se consigue explicar bien el conjunto de los efectos de la solidaridad admitiendo la existencia de un mandato tácito recíproco entre acreedores o deudores solidarios, gracias al cual se representarían los unos a los otros entre sí.

En nuestra jurisprudencia hay claros ecos de esta doctrina. Así, según la sentencia de 2 de octubre 1907, «dadas las consecuencias legales que produce toda solidaridad, es manifiesto que el apelante (que era el deudor) pudo asumir la representación de los demás coherederos sin necesidad de poder (expreso) de los mismos». Y todavía, con mayor amplitud, la sentencia de 13 marzo 1943 declara que «constituye principio generalmente admitido en la doctrina científica el que, por virtud de la existencia de la solidaridad activa, se produce un mandato recíproco de exacción del crédito íntegro entre los acreedores, y, de análoga manera, en la solidaridad pasiva se da, también con carácter recíproco, un mandato de pago de la totalidad de la deuda entre los deudores; doctrina la indicada que refleja nuestro Código civil, el cual —aparte las normas relativas a la solidaridad activa, no atinentes al caso del presente litigio— ordena, en su art. 1.137, que cada deudor solidario viene obligado a cumplir íntegramente la prestación; establece en el artículo 1.141, párrafo 2º, que la acción ejercida contra uno de los deudores solidarios perjudica a los demás, y consigna en el 1.148 que, frente a las pretensiones del acreedor, puede el deudor solidario utilizar todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales; de las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables». En igual sentido se pronunció la resolución de la Dirección General de Registros de 18 enero 1945.



La doctrina de la representación derivada de un mandato tácito recíproco sólo explicaría la solidaridad voluntaria pero no la legal (cfr. arts. 145, párrafo 2º, 229, 237, párrafo 1º, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 C.c., art. 135, párrafo 3º, del Reglamento de expropiación forzosa, arts. 126, párrafo 3º, 127, 148, párrafo 1º y 151 reformado C. de com., arts. 15, 18, 30-32, 46, 74-3º, 133-2º, 211, 232, 259 y 262-5º del texto refundido de la ley de sociedades anónimas y art. 11 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, art. 107 C. penal, art. 65, párrafo 2º, de la Ley de Prensa e imprenta, art. 49, párrafo 2º, de la Ley de propiedad intelectual, art. 48, párrafo 3º de la ley de hipoteca mobiliaria, art. 20 del D. L. de 22 de noviembre 1917, arts. 42-44 del Estatuto de los trabajadores, art. 97 de la Ley general de la seguridad social, art. 27, párrafo 2º, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, etc.), donde no tiene sentido hablar de un mandato basado en la voluntad tácita o *per facta concludentia*. Pero es que, además, constituye un recurso poco recomendable el intentar explicar una institución jurídica (obligación solidaria) por vía de remisión a otra (mandato representativo) o por el mecanismo de una ficción (representación legal), si se pretende salvar así el escollo de la solidaridad *ex lege*. El mandato representativo o el apoderamiento legal resultan aquí figuras extrañas que cuadran poco con el régimen de la solidaridad, pese a que todo sucede *como si* en verdad existiese tal representación, voluntaria o legal. Obsérvese que en nuestro Derecho el deudor solidario puede servirse de las excepciones que personalmente correspondan a los demás deudores en la parte de deuda que éstos fueren responsables (art. 1.148, *in fine*), cual si ostentara la representación personal de los mismos.

Nos parece, sin embargo, que existe un argumento decisivo para rechazar la doctrina de la representación: el hecho de que en la solidaridad falte en absoluto la actuación *nomine alieno* (*contemplatio domini*) por parte del acreedor que cobra o del deudor que paga el *totum* objeto de la obligación. Su actuación es siempre *nomine proprio*, ejercitando una facultad o posibilidad que les corresponde legalmente (arts. 1.141, 1.142 y 1.143, párrafo 2º, C.c.).

Creemos que la propagación o extensión de los efectos de la solidaridad se puede explicar por otros derroteros menos artificiosos que los propuestos por la doctrina en examen.

## **b) Doctrina de la mutua fideiusión o afianzamiento**

Pablo de Castro avanzó ya la idea de que la esencia de la solidaridad se cifra en la existencia de una mutua fideiusión. En nuestro tiempo, Sraffa y Bonfante llegaron a idéntica conclusión, afirmando

que en las obligaciones solidarias todo sujeto es deudor directo de la propia parte y fiador de la parte de los demás: el todo lo debe cada uno en dos conceptos distintos, como *debitor* y como *fideiussor*. Entre nosotros, Puig Ferriol trata de identificar la solidaridad pasiva con la fianza.

Sin desconocer la función de garantía que desempeñan tanto la solidaridad pasiva como la fianza (por todos, vid. Caffarena), entre una y otra existen, no obstante, importantes diferencias: 1. la fianza tiene un carácter accesorio, ya que la obligación del fiador se subordina, en cuanto a sus orígenes y existencia, a la deuda principal, según resulta del art. 1.824 C.c., mientras que en la solidaridad la nota de la accesoriidad no se da; 2. la fianza tiene, además, carácter en principio subsidiario (arts. 1.822, párrafo 2º, y 1.830) y la solidaridad no, y si bien cabe una fianza solidaria, en la que el beneficio de excusión no tiene lugar (arts. 1822, párrafo 2º, y 1.831, nº. 2), aun entonces no existe una equiparación absoluta entre deudor solidario y fiador que se obliga solidariamente con el deudor, porque: a'. entre uno y otro siempre habrá la diferencia de que, al paso que el primero sólo podrá exigir de sus codeudores la parte de la deuda que corresponda a cada uno de ellos (art. 1.145, párrafo 2º), el fiador solidario o el avalista cambiario que hayan pagado podrán reclamar la cantidad total de la deuda (arts. 1.838, nº. 1 C.c. y 37, párrafo 2º, y 133, párrafo 2º, de la Ley cambiaria y del cheque); b'. además, «los fiadores, *aunque sean solidarios*, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo» (art. 1.852 C.c.); c'. por último, mientras que el fiador solidario o el avalista cambiario no pueden oponer al acreedor las excepciones que sean puramente personales del deudor (arts. 1.853, *in fine*, C.c. y 37, párrafo 1º, y 133, párrafo 1º, de la Ley cambiaria y del cheque), el deudor solidario sí puede servirse de las que personalmente correspondan a los demás deudores en la parte de deuda de que éstos fueren responsables (art. 1.148, *in fine*, C.c.).

A la vista de todo lo anterior, hay que concluir, con Hernández-Gil *senior*, que subsisten importantes diferencias entre la solidaridad y la fianza, incluso cuando se trata de fianza solidaria, por lo que no es dable explicar la una en función de la otra. La remisión que el párrafo segundo del art. 1.822 hace a los arts. 1.137 a 1.148, cuya observancia invoca si el fiador se obligase solidariamente con el deudor principal, no debe entenderse en el sentido de que dejen entonces de tener aplicación las reglas relativas a la fianza contenidas en los arts. 1.838, 1.852 y 1.853 (cfr. sentencia del T.S. de 21 abril 1931).

Finalmente, la doctrina en examen intenta explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad pasiva recurriendo a otra figura muy distinta (la cofianza), lo cual es ya harto criticable; mas en modo alguno da explicación de la solidaridad activa, ciertamente menos importante pero ad-

mitida y regulada en el Código civil. ¿Acaso se pretenderá decir que cada acreedor sea con respecto a los demás acreedores un simple *adiectus solutionis causa*? Evidentemente que no: el régimen legal rotundamente lo desmiente.

### c) Doctrina de la alternatividad subjetiva

Esta teoría trata de equiparar las obligaciones solidarias a las alternativas. Fitting, Arnds, Serafini, Demolombe, etc. parten de la existencia de un derecho de elección subjetivo en las obligaciones solidarias, que permite efectuar el pago a cualquiera de los acreedores, o bien permite al acreedor reclamarlo de cualquiera de los deudores, en una situación paralela sustancialmente idéntica a la que se produce en las obligaciones alternativas: así también en las obligaciones solidarias una prestación es debida al uno o al otro de los acreedores, o bien por el uno o por el otro de los deudores. La relación obligatoria solidaria se caracteriza por presentar una primera fase en que los sujetos activos o pasivos están *prima facie* indeterminados; sólo por la elección cesaría ese estado de relativa indeterminación y se determinaría concretamente la persona del acreedor o del deudor, la cual devendría el único sujeto de la relación obligacional solidaria, activa o pasiva. De ahí el concepto y la denominación de «obligaciones subjetivamente alternativas» que por esta doctrina se da a las obligaciones solidarias.

Esa simetría o paralelismo entre la hipótesis de pluralidad de objetos y de sujetos carece de consistencia, porque en las obligaciones solidarias no sólo es deudor aquel contra el cual se dirige el acreedor, ni acreedor aquél al que, de entre varios, el deudor satisface la deuda; con el ejercicio de la acción o con el pago no se determina quién debe o quién tiene el derecho de exigir, sino simplemente quién *paga* o quién *cobra*. Diversamente a lo que ocurre en las obligaciones alternativas, en las obligaciones solidarias lo único decisivo no es la facultad de elegir (expresamente o por el acto concluyente del pago), sino la efectiva realización de la prestación debida, como lo prueba que el acreedor puede dirigirse contra todos los deudores solidarios *simultáneamente* (art. 1.144), cosa que se contradice también con la necesidad inherente a las obligaciones alternativas de que la elección (y, en su caso, la ejecución) verse por entero sobre una de las prestaciones debidas (indivisibilidad del derecho de elección *ex art.* 1.131) (Hernández-Gil *senior*).

Así, pues, se debe negar que las obligaciones solidarias sean, en sí mismas, obligaciones subjetivamente alternativas.

#### d) Doctrina de la unidad de «débito» con pluralidad de «responsabilidades»

Se trata de una aplicación más de las que se han tratado de dar a la conocida teoría de la distinción entre «débito» (*debitum*, *Schuld*) y «responsabilidad» (*obligatio*, *Haftung*).

Kulenech afirma que en las obligaciones solidarias hay unidad de débito y pluralidad de responsabilidades. Y Pacchioni utiliza aquella teoría cuando dice que constituye el fundamento y el fin de la solidaridad pasiva asegurar la responsabilidad de una determinada deuda poniendo a disposición del acreedor todos los bienes de varias personas, independientemente de ser o no deudores. A su juicio, la solidaridad pasiva se resuelve en un reforzamiento de la responsabilidad por una deuda determinada. Los llamados deudores solidarios pueden ser también no deudores, pero son siempre responsables de una deuda de otro; mas aún en tal caso, si bien no son deudores, figuran ante el acreedor común *como si lo fueran*, en el sentido de que los acreedores pueden considerarlos como tales, exigiendo de ellos la totalidad de la prestación debida.

En contra de esta doctrina (asumida en su esquema operativo fundamental por Lacruz) cabe decir, en primer lugar, que su punto de partida es inaceptable: débito y responsabilidad no son hoy dos elementos distintos y autónomos que puedan jugar por separado uno de otro, sino dos momentos diferentes (deber de prestación, art. 1.088; realización del mismo, art. 1.911) de un único concepto: el de la obligación, que tiene naturaleza unitaria y no dual o compleja.

En segundo lugar, la doctrina de Pacchioni en concreto, referida fundamentalmente a la solidaridad pasiva, es inadmisibles: como observa Hernández-Gil *senior*, la distinción entre no ser deudor, pero venir considerado *como tal*, es una sutileza poco firme, pues cada uno de los obligados solidariamente no sólo *responde*, sino que también *debe*.

#### e) Doctrina de la titularidad fiduciaria

Es una de las doctrinas más sofisticadas que últimamente se han expuesto acerca de la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias.

Según Ballarín, la titularidad solidaria sería de naturaleza fiduciaria: cada acreedor (o deudor) puede comportarse como si fuera único, lo que no tiene nada que ver con la representación. «La solidaridad activa —escribe Ballarín— no es negocio idéntico al mandato, ni a la sociedad, por más que esté relacionado con ellos, en cuanto la confianza común es el denominador del que deriva, en todas la hipótesis, la posibilidad de que un sujeto gestione el interés ajeno». La confianza —continúa afirmando— juega un papel muy distinto tratándose de

la solidaridad activa: actúa del mismo modo que la doctrina ha señalado como el característico del negocio fiduciario, o sea provocando un desplazamiento patrimonial, perfecto frente a terceros, limitado *inter partes*.

Para Ballarín la solidaridad, tal como la regula el Código civil español, es un caso de negocio fiduciario, el único legalmente sancionado. A su juicio, todos los requisitos que se vienen exigiendo al llamado negocio jurídico fiduciario los encontraríamos en la solidaridad activa. Habría, en efecto, una doble consideración en ésta: la de los terceros, frente a los cuales se crea una legitimación plena (cada acreedor puede actuar como si fuera acreedor único); y la *inter partes*, donde el acreedor actuante debe rendir cuentas (art. 1.143, párrafo 2º) y responderá *inter creditores* por su dolo o culpa (arg. ex arts. 1.141, párrafo 1º y 1.143).

Es posible que la confianza quiebre y cualquiera de los acreedores realice actos perjudiciales con abuso de confianza. De ahí el riesgo y la peligrosidad que la solidaridad activa lleva consigo, como ocurre en el negocio fiduciario, dada la desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido con el mismo.

En suma, según Ballarín, en la solidaridad el fin común perseguido (cobrar el crédito con más facilidad o satisfacer la deuda con más comodidad) determina una posibilidad de actuación fiduciaria frente a terceros, una legitimación para obrar en nombre propio, pero en interés de todos los acreedores o de todos los deudores; esto en la relación externa, mientras que en la interna se debe responder frente a los demás cotitulares (activos o pasivos) de la relación jurídica obligacional.

La doctrina ahora en análisis, aunque es ciertamente brillante, no resiste la más leve crítica.

Si se siguiera la «doctrina del doble efecto» para el negocio fiduciario —integrado por un negocio real positivo de transmisión de un derecho o cosa y por otro negocio obligatorio negativo de comportarse con arreglo al fin limitado de gestión o garantía propuesto (*pactum fiduciae*); o por un solo negocio informado por la *causa fiduciae* (atípica), determinante tanto de los efectos reales o transmisivos, como de los meramente obligacionales— resulta que en la relación jurídica solidaria faltaría el desplazamiento patrimonial típico de la fiducia: ni los acreedores solidarios se transfieren entre sí los créditos ni los deudores solidarios las deudas; cada uno de ellos está simplemente legitimado *ad extra* para actuar *nomine proprio* y en interés ajeno, pero sin previa transferencia de la titularidad plural (activa o pasiva) de la obligación.

Si se siguiera la doctrina, hoy prevalente desde la crítica del Prof. Castro, de que la titularidad fiduciaria es en definitiva una especie de titularidad aparente, puramente externa y formal, que envuelve un mandato o una garantía real, llegaríamos a la conclusión de que la relación

jurídica solidaria nada tiene que ver ni con la *fiducia cum amico contracta* (mandato encubierto) ni con la *fiducia cum credito contracta* (una especie de prenda o hipoteca oculta, a la romana), aunque la solidaridad pasiva desempeñe una cierta función de garantía y la solidaridad activa suponga una peculiar forma de gestión de intereses ajenos en nombre propio, pero sin constituir en el primer caso una de las formas de garantía real ni el segundo un mandato.

Decir, en fin, que la solidaridad es el único ejemplo de negocio fiduciario legalmente sancionado en el Derecho español nos parece sumamente atrevido, habiendo como hay claros casos de fiducia legal (p. ej., arts. 2-3º y 45 L.H. y 172, párrafo 1º, y 353-2 R.H.); mas no precisamente éste.

#### f) Doctrina de la unidad o identidad de la prestación

Un importante grupo de autores (por todos, Hernández-Gil *senior*, Gómes da Silva, Soto Nieto) entienden que no es preciso definir un concepto por otro para explicar la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias.

A juicio de Hernández-Gil *senior*, antes de acudir a otra institución jurídica para aclarar la *ratio iuris* de la solidaridad, es necesario hacerlo a base de elementos que entran en juego en ésta. Si característica típica de la solidaridad es que cada uno de los obligados venga considerando como obligado al todo, para justificar esto no hay necesidad de pensar en nada más. Esa obligación respecto del todo, cifrada en la *unidad de prestación*, tiene por sí suficiente virtualidad jurídica y fuerza cohesiva para explicar los efectos de la solidaridad.

Según Gómes da Silva, la unidad de la prestación tiene dos aspectos: *objetivamente*, en las obligaciones solidarias hay una sola prestación que es objeto de los créditos y de las deudas solidarias; *subjectivamente*, cada acreedor tiene derecho personal a toda aquella prestación, y cada deudor la debe por entero.

En síntesis, derechos de crédito y deudas solidarias son los que tienen el mismo objeto, una sola prestación.

Por eso —a juicio de Gómes da Silva— es preferible adoptar la expresión *identidad de la prestación*. Las obligaciones solidarias serían las obligaciones que, aunque distintas, tienen el mismo objeto, de donde resulta que se tornan interdependientes, manteniéndose sus sujetos en idénticas posiciones jurídicas, salvo posibles excepciones (cfr. art. 1.140 C.c. español).

Concluye Gómes da Silva afirmando que la solidaridad no es un vínculo jurídico al que le falte autonomía, un vínculo jurídico que se reduzca a otra institución, como la representación, fianza, etc. Por el con-

trario, la solidaridad difiere esencialmente de cualquier otra figura, siendo por consiguiente una institución conceptualmente autónoma.

También para Soto Nieto la unidad o identidad de prestación tiene suficiente fuerza aglutinante y explicativa de la situación personal de los obligados solidariamente.

Nos parece, en principio, aceptable esta doctrina. Pero cabe hacer una serie de puntualizaciones o matizaciones a la misma, que nos ayudarán a comprender mejor y más cabalmente la figura jurídica en cuestión.

#### 4. CONSTRUCCION ADOPTADA

En las obligaciones solidarias hay que distinguir las relaciones externa e interna.

En la primera (relación externa) el mecanismo de la solidaridad se puede explicar perfectamente a la luz de la *legitimación*.

Como es sabido, la *legitimación* consiste en la posición del sujeto respecto al objeto, que se requiere para practicar con perfección o plena eficacia determinado acto a éste atinente. Según Ladaria, consiste en el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto determinado, bien sea en la esfera jurídica propia (legitimación directa) o bien en la esfera jurídica ajena (legitimación indirecta y legitimación excepcional o extraordinaria).

Pues bien, en la solidaridad activa, cada acreedor está excepcionalmente legitimado o facultado para cobrar en su propio nombre la deuda por entero y para realizar los demás actos al pago equiparados por lo que mira a su efecto extintivo (arts. 1.141 y 1.143, párrafo 1º), en aras de la mayor facilidad y agilidad del derecho de crédito, simplificación que redundará en beneficio de la seguridad, una de las exigencias fundamentales del Derecho, junto a la justicia; por su parte, en la solidaridad pasiva, cada deudor, además de obligado, está excepcionalmente legitimado o facultado para pagar en su propio nombre la deuda por entero (art. 1.145, párrafo 1º), también en aras de la sencillez y comodidad de las relaciones inter-subjetivas y en beneficio de la *securitas*, pese a que créditos y deudas, respectivamente, están en principio internamente divididos.

En la relación interna comoquiera que de ordinario hay en realidad una pluralidad de obligaciones, se torna necesario un ajuste de cuentas: el acreedor que cobre totalmente o ejecute cualquiera de los actos equiparados al cobro del crédito por su efecto extintivo (novación propia, compensación, confusión o remisión) responderá a los demás acreedores solidarios de la parte que realmente les corresponde en la obligación (art. 1.143, párrafo 2º); el deudor que pague la deuda por completo pue-

de reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo (art. 1.145, párrafo 2º), sin perjuicio de una posible subrogación parcial al amparo del art. 1.210-3º, por algunos autores discutida (como es el caso de Hernández-Gil *senior*), pero admitida expresamente por el B.G.B. (párrafo 426-2º) y por el C.c. peruano de 1984 (art. 1.260-1º) entre otros cuerpos legales extranjeros.

El llamado derecho de regreso o «pretensión de nivelación patrimonial» entre acreedores o deudores se funda en el injustificado enriquecimiento que se podría producir de no realizarse el referido ajuste de cuentas. Es un resultado que viene impuesto por la justicia conmutativa: *suum quique tribuere*, hay que dar a cada uno lo suyo.

He aquí como *seguridad* y *justicia*, los dos polos fundamentales a que el Derecho tiende, se combinan en la dinámica de las obligaciones solidarias, superponiéndose como mecanismo de cobertura una legitimación meramente externa sobre la pluralidad obligacional de ordinario subyacente, y tratándose de corregir después internamente los resultados injustos a que ello en definitiva conduciría a través de una pretensión de enriquecimiento injusto (acción o derecho de regreso entre coacreedores o codeudores), mediante la cual el que pagó debe ser reembolsado por los demás hasta donde alcance su parte, y aquel a quien se hizo el pago debe reembolsar en la misma medida a los demás que concurren con él en la relación obligacional solidaria.

Mas a veces la relación interna sale a la superficie proyectándose al exterior, como ocurre cuando un deudor solidario hace uso de las excepciones personales de los demás codeudores en la parte de que éstos fueren responsables (art. 1.148 *in fine*), y tal puede ser la quita o remisión (parcial) hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, naturalmente antes de ser pagada *in toto* la deuda por cualquiera de ellos; después, no liberaría al deudor remitido de su responsabilidad para con el codeudor o los codeudores que hubieren pagado íntegramente la deuda (cfr. art. 1.146).

## 5. LA SOLIDARIDAD Y EL DERECHO DE REGRESO

Hemos de preguntarnos ahora si es esencial a la solidaridad el derecho de regreso.

La doctrina corriente es que ese derecho es connatural a las obligaciones solidarias, sobre todo partiendo de la teoría —ya rechazada— de la mutua representación, derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*.

Sin embargo, el carácter dispositivo o supletorio de la normativa del Código civil en este punto es sostenido por algunos autores, como Gó-



mes da Silva y Soto Nieto, partiendo de la teoría de la identidad o unidad de la prestación.

Según el primero, el derecho de regreso no es esencial a la solidaridad, sino que está establecido *supletoriamente*, por ser más equitativo que, teniendo de ordinario todos igual derecho o debiendo todos igualmente, el beneficio o la carga se reparta entre todos también.

Para el segundo, se trata de una *presunción legal*, y, frente a ella y desplazándola, prevalecerá la razón jurídica determinante del compromiso asumido por cada uno de los codeudores o, en su caso, coacreedores. Habrá que atender, por tanto, a las plurales relaciones jurídicas que les vincularon en el seno del compromiso solidario. Puede así, incluso, eliminarse el derecho de nivelación al haber efectuado el pago aquél que, en definitiva, estaba llamado a atenderlo (por ejemplo, la entidad aseguradora del responsable civil, quien asume el deber de prestación en su totalidad, según los arts. 73 y 76 de la Ley de Contrato de seguro). Puede, por el contrario, ofrecerse una acción de regreso por la totalidad del pago efectuado, sin minoración alguna, cuando la deuda es atendida por alguien que, a la postre, estaba absolutamente liberado de ello (por ejemplo, el responsable civil oportunamente asegurado, como resulta de los preceptos acabados de citar).

A nuestro juicio, el Código civil parte del *id quod plerunque accidit*: que existe un interés común, y por tanto establece en principio la división del beneficio o de la carga de la obligación entre los diversos acreedores o deudores solidarios (arts. 1.143, párrafo 2º, y 1.145, párrafo 2º). Pero esta regla general no tiene un valor absoluto e inderogable, sino que es subsidiaria y supletoria de lo que se hubiere dispuesto en el título de la obligación, el cual puede excluir, en todo o en parte, el principio de la división, debiendo incluso entenderse que ésta no tiene lugar desde que se pruebe que la obligación fue contraída sólo en el interés de uno o de algunos de los codeudores o, en su caso, coacreedores (cfr. art. 1.203 C.c. peruano de 1984).

En todo caso, el derecho de regreso o nivelación sería válidamente renunciable, siempre que la renuncia no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros (art. 6-2º, C.c.). Pero, yendo más lejos, nosotros entendemos que aquí, en esta materia, cabe la «exclusión voluntaria de la ley aplicable» (art. citado), por tratarse de normas de Derecho dispositivo o supletorio, siempre —claro está— que se prevea una normativa de sustitución o de supresión pura y simple del derecho de regreso. Por cierto que, según los párrafos 426 y 430 del B.G.B., la pretensión de nivelación no siempre juega necesariamente en la solidaridad de las obligaciones.

## 6. LA LLAMADA OBLIGACION «IN SOLIDUM»

Excluido que el derecho de regreso sea consustancial a la solidaridad, queda despejado el camino para rechazar la pretendida categoría autónoma de la obligación *in solidum*, si se la configura como una obligación pluripersonal sin división interna, muy similar a la solidaria.

Entre nosotros, Alfonso de Cossío y José R. León Alonso han intentado forjar esta categoría, como distinta de las obligaciones solidarias.

Según el primero, la obligación *in solidum* aparece como una forma de corresponsabilidad, que *a priori* no supone vínculo personal entre las distintas personas que concurren en una obligación por títulos diferentes.

A juicio del segundo, «cada vez que varias personas vengan obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas, sin que, por tal razón, la deuda pueda ser considerada unitaria o única, nos hallamos ante una obligación de las llamadas *in solidum*, que proporcionará al perjudicado acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total de su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterable la norma de que dicho interés sólo será una vez exigible».

En la *praxis* de la obligación *in solidum* cabrían —según León Alonso— dos soluciones: 1) una solución estricta, sin ninguna posibilidad de repetición o división interna, por impedirlo —a juicio de algunos— el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (cfr. arts. 1-305 y 1.306 C.c.), al tenerse que invocar como fundamento de la repetición un acto ilícito (civil o penal), siendo así que en realidad se parte de algo perfectamente lícito: el pago total efectuado; y 2) una «solución aconsejable», en la que se vializa la posterior distribución de lo íntegramente resarcido, muy próxima a la mecánica de la solidaridad.

León Alonso se inclina hacia la segunda postura; y también Cossío y Corral cuando afirma que «si entre varios corresponsables, uno sólo indemniza, es evidente que ello produce un beneficio en el patrimonio de los demás corresponsables, lo que les obligará, para que no se produzca un enriquecimiento torticero, a participar, mediante una acción de *in rem verso*, en esa indemnización».

De seguirse la primera postura de las dos anteriormente indicadas, la obligación *in solidum* sería simplemente una obligación solidaria sin derecho de regreso, cosa que —como hemos visto (*supra*, n.º. 5)— es perfectamente admisible en nuestro Derecho.

De seguirse la segunda postura, se estaría reconociendo implícitamente que entre la obligación *in solidum* y las obligaciones solidarias no hay en realidad ninguna diferencia específica, ni por su estructura, ni por su mecánica; sólo existe un mero cambio de *nomen*, acaso para escapar habilidosamente a la limitación que supone la vigencia del principio de no presunción de la solidaridad. Pero si la jurisprudencia española, complementando nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 1-6º, C.c.),

ha admitido ya abiertamente la *solidaridad* de los obligados a responder por acto ilícito común (sentencias del T.S. de 23 diciembre 1903, 2 marzo 1915, 25 marzo 1957, 20 marzo 1959, 14 febrero 1964, 8 mayo 1965, 8 febrero 1967, 20 mayo 1968, 14 octubre 1969, 20 febrero y 16 noviembre 1970, 4 y 14 mayo 1973, 20 marzo 1975, 10 noviembre 1981, 14 noviembre 1984, etc.), parece que huelga inventarse una nueva categoría obligacional para huir de la regla de la mancomunidad (arts. 1.137 y 1.138 C.c.), como se hiciera en Francia para eludir así el art. 1.202 del *Code Napoléon*, según el que «la solidaridad no se presume; es necesario que sea expresamente estipulada».

## 7. REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las obligaciones solidarias, ya nos hemos ocupado del derecho de regreso entre coacreedores o codeudores (arts. 1.143, párrafo 2º, y 1.145, párrafo 2º), que no es más que una pretensión de injustificado enriquecimiento, concretamente una *actio de in rem verso*, porque aquí el enriquecimiento se produce indirectamente, a través de un patrimonio intermedio: el del acreedor que cobra el todo o el del deudor que paga íntegramente, habiéndose de realizar después la oportuna nivelación patrimonial.

Ahora sólo aludiremos brevemente a la clasificación de las excepciones oponibles por el deudor en la solidaridad pasiva y a la enumeración de las causas de extinción de las obligaciones solidarias, tema éste investigado en profundidad por Caffarena y a cuyo excelente libro nos remitimos para mayor desenvolvimiento.

A juicio de este autor, junto a los dos tipos de excepciones que contempla expresamente el art. 1.148: excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación (por ejemplo, nulidad del contrato-fuente de la obligación solidaria) y excepciones personales (por ejemplo, vicios del consentimiento de uno de los deudores solidarios en la constitución de la relación obligatoria), hay que tener en cuenta un tercer tipo: las excepciones personalísimas (por ejemplo, minoría de edad o incapacitación por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, de uno de los deudores solidarios). Cada uno de estos tipos tiene un régimen jurídico diverso. Las primeras (excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación) son oponibles por todos los deudores solidarios en igual medida; las excepciones personales son oponibles por aquel deudor en cuya cabeza se dan sin límite alguno, y por sus codeudores en la parte de deuda de que aquel fuera responsable; las personalísimas únicamente son oponibles por el deudor en cuya persona se dan, sin que los demás puedan servirse de ellas en ninguna medida.

La remisión parcial de la deuda que se hace sólo en favor de un deudor solidario, produce la total liberación del deudor beneficiado y da lugar a una excepción personal, de la que podrán servirse los demás deudores en la parte de deuda de que aquél fuera internamente responsable. En el art. 1.146 para nada se contemplan las relaciones externas de la obligación solidaria, que deben seguir en este punto las reglas generales. El precepto sólo se refiere a las *relaciones internas* en un supuesto específico, y no es posible extraer de él consecuencias para alterar el régimen de las relaciones externas entre acreedor y los deudores solidarios, contenido en el art. 1.148. Así es —según Díez-Picazo— como se conexionan y compatibilizan ambos artículos, el 1.146 y el 1.148 C.c.

En cuanto a los modos de extinción de las obligaciones solidarias únicamente hemos de apuntar aquí que funcionan como tales, además del pago, la novación extintiva o propia, la compensación, la confusión, la remisión total, la imposibilidad sobrevenida o la dificultad extraordinaria de la prestación en la solidaridad pasiva y la prescripción extintiva cuando coincida el momento inicial del plazo prescriptivo para todos los deudores solidarios, amén de otras causas generales de extinción de las obligaciones, como el término final o el cumplimiento de una condición resolutoria.

## 8. DE LA PRESUNCION DE MANCOMUNIDAD A LA PRESUNCION DE SOLIDARIDAD

Nuestro Código civil recoge en términos demasiado absolutos el principio de no presunción de solidaridad en sus arts. 1.137 y 1.138, pese a no gozar de muy sólido apoyo ni en el plano histórico, ni en el económico ni en el del Derecho comparado, sin que, por lo demás, se trate de una exigencia que imponga la *natura rerum*. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha introducido ya importantes atenuaciones y la mejor doctrina (por todos, Hernández-Gil *senior*) habla de una tendencia hacia su crisis y su limitación.

Así, el requisito de que la solidaridad ha de determinarse «expresamente» (art. 1.137), lo ha interpretado la jurisprudencia en el sentido de que no es preciso que se utilice necesariamente el término «solidaridad» ni ninguno otro determinado. Lo decisivo no son las palabras utilizadas, pues «expresamente» no es igual a «literalmente», sino la idea que estas palabras expresen y la voluntad que, en consecuencia, se incorpore a la misma y se exteriorice. Como la idea esencial a la solidaridad es la de realizar o exigir totalmente la prestación por cualquiera de los deudores o acreedores, si tal idea se pone de manifiesto a través de ciertas expresiones o en el conjunto de las utilizadas, la relación obligatoria ha de reputarse constituida con el carácter de solidaria (siguen este

criterio, entre otras, las sentencias de 1 diciembre 1891, 8 julio 1915, 11 febrero 1927 y 11 marzo 1931). Incluso nuestra jurisprudencia reconoce eficacia constitutiva de la solidaridad a la declaración de voluntad tácita o *per facta concludentia*, por vía de interpretación de la voluntad de las partes (cfr. sentencias de 10 y 11 octubre 1927, 11 marzo 1931, 14 noviembre 1934 y, más recientemente, 7 enero 1984 y 26 abril 1985), si bien no faltan pronunciamientos a primera vista contrarios (por ejemplo, sentencias de 19 octubre 1929, 27 noviembre 1931, 26 abril 1940 y 20 marzo 1943, las dos últimas comentadas críticamente por Hernández-Gil *senior*).

Según este último autor, con arreglo a la jurisprudencia, apreciada en su conjunto, para constituir la obligación como solidaria no es preceptiva una declaración de voluntad expresa, quedando la determinación de la solidaridad sometida a las reglas de la interpretación (arts. 675 y 1.281-1.289 C.c.). Habrá de estarse, ante todo, a la fijación de la intención de las partes, que puede resultar de la ponderación de otros datos (actos anteriores, coetáneos y posteriores —art. 1.282—, el conjunto de cláusulas —art. 1.285—, etc.) y de la utilización de criterios de interpretación superiores al literal, como el lógico, el sistemático o el teleológico, que a veces captan una intención en claro desacuerdo con el sentido literal de las palabras utilizadas.

Basta, por tanto, una manifestación de voluntad tácita, siempre que se pruebe la existencia de la solidaridad y se compruebe su alcance a través de la interpretación, pues el que la alegue ha de destruir una presunción *iuris tantum* de mancomunidad (arts. 1.137 y 1.138) probando directamente el hecho mismo de la solidaridad (arg. *ex* arts. 1.137 *in fine* y 1.214), aunque sólo sea mediante actos concluyentes; acaso no bastaría para ello la simple prueba indiciaria o de presunciones *hominum* (arts 1.249 y 1.253).

Las más recientes decisiones jurisprudenciales, sin embargo, dan un paso adelante manifestando que «el art. 1.137 ha merecido una interpretación semicorrectora... cuando hay interna conexión —o comunidad jurídica de objetivos— entre las prestaciones de los diversos deudores» (sentencias del T. S. de 2 marzo 1981, 7 abril 1983 y 13 febrero 1984).

Hoy, pues, puede hablarse de una verdadera crisis del principio de la no presunción de solidaridad. Existe un clima general cada vez más propenso a la solidaridad, con el declive del individualismo y el auge del solidarismo económico, social y político. Como con gran visión de futuro escribía hace ya muchos años Hernández-Gil *senior*, «cuando entre varias personas existe una interdependencia y comunidad de intereses y en función de las mismas actúan en la vida del tráfico, cabe afirmar que el Derecho debe dar entrada en sus fórmulas normativas a esa situación; y reforzarla, antes que desarticularla» (cfr., en el mismo sen-

tido y casi con idénticas palabras, la sentencia del T.S. de 10 noviembre 1981).

Por eso, algunos ordenamientos jurídicos más avanzados como el alemán (parágrafo 427) o el italiano (art. 1.294) han implantado el principio de la presunción de solidaridad en materia de deudas nacidas de contrato o con carácter general (tanto para las obligaciones contractuales como para las extracontractuales). Y se explica que en nuestro Derecho la jurisprudencia limite cada vez más el ámbito de vigencia del principio de la no presunción de solidaridad, circunscribiéndolo —aunque no siempre— a las obligaciones contractuales y evitando su extensión a otra zonas en las que aquélla puede aparecer, como cuando se trata de responsabilidades derivadas del cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto (sentencia de 8 abril 1976, que se remite a las de 23 diciembre 1903 y 20 mayo 1959); de pluralidad de autores en caso de culpa extracontractual (sentencias antes recordadas a propósito de la pretendida categoría de la obligación *in solidum*, supra n.º 6); en la esfera del arrendamiento de obra para las obligaciones de promotores, contratistas, subcontratistas y profesionales (arquitectos, ingenieros y aparejadores o arquitectos técnicos) que intervienen en la construcción cuando no puede precisarse la participación de cada uno de ellos en la ruina o defectos de la construcción (sentencias de 5 mayo 1961, 17 mayo 1967, 1 febrero y 18 noviembre 1975, 14 noviembre 1978, 31 octubre 1979, 29 marzo 1980, 2 marzo, 12 febrero, 21 abril, 9 octubre y 5 diciembre 1981, 15 marzo y 6 octubre 1982, 9 marzo 1983, 17 febrero, 5 marzo, 8, 13, 16 y 23 junio, 26 octubre, 26 noviembre y 1 diciembre 1984, 31 enero, 12 marzo, 17 junio y 30 diciembre 1985, 17 febrero, 10 octubre, 10 y 15 noviembre 1988, 28 octubre 1989, 21 diciembre 1990, 22 marzo y 28 mayo 1991, etc.); en caso de contrato de seguro de responsabilidad civil, hipótesis en que se declara la solidaridad entre asegurador y asegurado, de modo que ambos son indistintamente responsables del daño ante la víctima (sentencias de 18 febrero 1967, 14 octubre 1968, 26 marzo 1977, 28 marzo 1983, etc.); en los supuestos de coactuación dolosa aun en el ámbito contractual (sentencias de 25 marzo 1957 y 20 mayo 1959); en el caso de compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad, cuyos integrantes quedan solidariamente obligados frente al proveedor (sentencias de 30 marzo 1973 y 1 febrero 1975); o cuando se contrata con quienes giran bajo un mismo nombre comercial (sentencia 16 noviembre 1989); «solución en pro de la solidaridad, que ha sido propugnada asimismo para las situaciones en que, si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos ellos responden a una misma causa y se ha producido, entre los varios interesados, interdependencia y comunidad de intereses» (vid. sentencia de 10 noviembre 1981, que resumió muy bien las diversas excepciones jurisprudenciales a la regla de la mancomunidad).

Por su parte, la doctrina más autorizada (Hernández-Gil *senior*) — aunque no falten prestigiosas voces discordantes (Lacruz, Albaladejo, Sancho Rebullida)— ha propugnado hacer notables concesiones a la solidaridad, bien sea prescindiendo de toda presunción en pro o en contra de la misma y aplicando las reglas generales de la interpretación y de la prueba, bien respetando la presunción vigente de mancomunidad, pero dando más amplia acogida a los términos de la manifestación de la voluntad en contrario, incrementando los casos de solidaridad *ex lege* y estableciendo una presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles.

Es bastante sintomático de toda una tendencia insoslayable que en algunas leyes especiales, como la de navegación aérea (art. 123), energía nuclear (arts. 52, párrafo 2.º, de la Ley y 20, párrafo 2.º, de su Reglamento), caza (art. 33, párrafo 5.º, de la Ley y 35, párrafo 1.º, a) y b), párrafo 6.º b), del Reglamento), residuos tóxicos y peligrosos (art. 15, párrafo 1.º, de la Ley), conservación de espacios naturales protegidos (art. 37, párrafo 3.º, de la Ley), etc., se haya establecido ya en ciertos casos la solidaridad entre los obligados a responder de los daños causados de una manera objetiva en el ejercicio de determinadas actividades de riesgo.

Por eso no es de extrañar la posición progresista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, muy atenta a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3, párrafo 1.º, C. c.), prescinde de los arts. 1.137 y 1.138 de nuestro Código civil, ciñéndolos a las obligaciones contractuales en principio, para así dar entrada a una responsabilidad solidaria en el supuesto de concurrencia de varios en la comisión de un acto ilícito civil, llegando incluso a presumir *iuris tantum* la existencia de culpa extracontractual, en un régimen que se puede calificar de responsabilidad «cuasi-objetiva».

No ha de transcurrir mucho tiempo sin que al final acabe imponiéndose la solidaridad en todas las obligaciones mercantiles —y no sólo en las derivadas de la letra de cambio (cfr. arts. 3 y 44, párrafo 1.º, de la Ley cambiaria y del cheque)— sobre la base de los usos de los negocios (arts. 2 y 50 C. de com.), en función de integración de los contratos (art. 1.258 C.c.) o de interpretación integradora de los mismos (art. 1.287 C.c.) pues en la vida real del tráfico mercantil ya funciona la solidaridad sin necesidad de pacto expreso, que de ordinario suele establecerse pero que no pocas veces se sobreentiende. Únicamente resta el reconocimiento, primero jurisprudencial y después legislativo, del principio de la solidaridad, como en tantas ocasiones ha venido ocurriendo al transformarse el *ius vivens* en *ius scriptum*, pese a la inercia o resistencia del último para asimilar los cambios que imponen las nuevas circunstancias sociales.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO: «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 345 ss.
- ALBALADEJO: *La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición*, ibidem, 1967, pp. 479 ss.
- ALBERTARIO: *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milán 1948.
- AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario*, trad. esp., con notas de ESPUNY, Barcelona, 1963.
- ARCHI: *La funzione del rapporto obbligatorio solidario*, Milán, 1948.
- ARNDS: *Trattato delle Pandette*, vol. III, trad. it. con notas de SERAFINI, Roma, 1880, pp. 42 ss.
- ASCOLI: *Le obbligazioni solidali*, Milán, 1890.
- BALLARIN MARCIAL: «Titularidad solidaria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIII, 1962, pp. 170 ss.
- BELLAVITE: *Obbligazioni in solido*, Padua, 1875.
- BIANCHI: *Delle obbligazioni solidali*, Parma, 1878.
- BINDER: *Die Korrealobligationen in römischen und heutigen Recht*, 1899.
- BONFANTE: «Il concetto unitario della solidarietà», en *Rivista del diritto commerciale*, t. XIV, parte I, pp. 685 ss.
- BRANCA: «Obbligazioni solidali, correali e collettive», en *Rivista del diritto commerciale*, 1957, parte I, pp. 151 ss.
- BRUNET: «Observations critiques sur l'obligation *in solidum* en responsabilité delictuelle», en *Gazette du Palais*, 1965, II, pp. 75 ss.
- CAFFARENA: *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, con prólogo de Diez-Picazo.
- CHABAS: «Remarques sur l'obligation *in solidum*», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. LXV, 1967, pp. 313 ss.
- COSSIO Y CORRAL: «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», en *Anuario de Derecho civil*, 1966, pp. 527 ss.
- COSSIO Y CORRAL: Prólogo al libro de León Alonso, *La categoría de la obligación «in solidum»*, Sevilla, 1978.
- CRISTOBAL MONTES: *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Barcelona, 1985.
- CRISTOBAL MONTES: «El derecho de regreso en la solidaridad de deudores», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1.434 y ss.
- ID: *Las obligaciones indivisibles*, Madrid, 1991.
- DE ACUTIS: «La solidarietà nella responsabilità civile», en *Revista di diritto civile*, t. XXI, 1975, parte II, pp. 531 ss.
- DEMANGEAT: *Des obligations solidaires en Droit romain*, París, 1858.
- DE SEMO: *Le obbligazioni solidali in materia di commercio*, Turín, 1916.
- DINBER: *Die Korrealobligationen in römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1898.



- EISELE: «Korrealität und Solidarität», en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. LXXVII, pp. 374 ss.
- FLORES MICHEO: «Notas para una teoría general de la solidaridad», en *Revista de Derecho español y americano*, julio-agosto de 1956, pp. 5 ss.
- FRANÇAIS: *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation «in solidum»*, París, 1936.
- GOMES DA SILVA: «Da solidariedade nas obrigações», en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1947, ed. separada, Lisboa, 1947.
- GONZALEZ, Amparo: *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en el Derecho romano clásico*, Madrid, 1983, con prólogo de Fuenteseca.
- GUILARTE ZAPATERO: En *Comentarios al Código Civil* (dirigidos por Albaladejo), t. XV, vol. 2, Madrid, 1983, arts. 1.137 a 1.148.
- HERNANDEZ-GIL senior: «La solidaridad en las obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, t. XXX, n.º 351, junio de 1946, pp. 397 ss.
- HERNANDEZ-GIL senior: *El principio de la no presunción de solidaridad (Tendencia hacia su crisis y su limitación)*, *ibidem*, n.º 359, febrero de 1947, pp. 81 ss.
- HERNANDEZ-GIL senior: Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 abril 1940 y 20 marzo 1943, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pp. 98 ss. y 337 ss.
- HERNANDEZ-GIL senior: «Naturaleza de la obligación alternativa», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pp. 549 ss.
- KELLER: *Über Litis Contestation und Urteil nach classischen römischen Recht*, 1927.
- LACRUZ: «Apuntes sobre las obligaciones solidarias», *Anuario de Derecho Foral (navarro)*, t. I, 1975, pp. 381 ss.
- LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, t. , vol. 1, 2.ª ed., Barcelona, 1985, esp. p. 54.
- LANDUCCI: «*Le obbligazioni in solido*», Padua, 1880.
- LEON ALONSO: *La categoría de la obligación «insolidum»*, Sevilla, 1978, con prólogo de Cossío y Corral.
- MICHELARD: «Observations sur la corrélatité», en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, t. V, pp. 249 ss. y 357 ss.
- MAZEAUD: «Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuelles», en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, t. L, 1930, pp. 167 ss.
- MELUCCI: *La teoria delle obbligazioni solidali nel nostro diritto civile italiano*, Turín, 1884.
- PACCHIONI: *Corsodi diritto civile*, vol. II, Roma, 1922, pp. 12 ss.
- PEREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, con prólogo de Sancho Rebullida.
- PUERTA: *La solidaridad del responsable civil y de su Compañía aseguradora frente al perjudicado*, Madrid, 1977.
- PUIG FERRIOL: «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Homenaje a Roca Sastre*, t. II, Madrid, 1976.
- RIBBENTROP: *Zur Lehre von den Korrealobligationen*, Gotinga, 1831.

- SANCHO REBULLIDA: «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobenas*, t. III, Pamplona, 1969, pp. 569 ss.
- SAVIGNI: *Le Droit des obligations*, trad. francesa, t. I, París, 1863, pp. 220 ss.
- SOTO NIETO: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo (Vinculaciones solidarias)*, Madrid, 1982, especialmente pp. 11 ss.
- SOTO NIETO: «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1980, pp. 782 ss.
- SRAFFA Y BONFANTE: «Solidarità o mutua fideiussione?», en *Rivista del diritto commerciale*, 1914, parte I, pp. 905 ss.
- VINCENT: «L'extension en jurisprudence de la notion de solidarit  passive», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. XXXVIII, 1939, pp. 601 ss.
- WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de Fadda y Bensa, t. II, 1925, pp. 144 ss.



# La naturaleza de la actual sociedad de gananciales

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Catedrático de Derecho Civil

**SUMARIO:** I. Introducción.—II. Recapitulación de la teorías acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales. A. La configuración de la sociedad de gananciales antes de la reforma de 1981. 1. La propiedad del marido. 2. La tesis societaria. 3. La tesis de la comunidad germánica. 4. La idea del patrimonio dinámico. B. La cuestión tras la reforma de 1981. 1. La postura del Tribunal Supremo tras la reforma de la sociedad de gananciales. 2. Posturas doctrinales tras la reforma de 1981. a) La tesis de la comunidad germánica. b) La configuración del patrimonio consorcial como comunidad proindiviso. c) La idea de la comunidad diferida. d) La tesis societaria. e) Otras modernas formulaciones acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales.—III. Revisión crítica del tema. A. Crítica de la tesis germanista. 1. Raíces históricas de la comunidad de tipo germánico: su adaptación a la vigente sociedad de gananciales. 2. El contraste evolutivo de la copropiedad con la actual sociedad de gananciales. 3. Las concretas divergencias entre la actual sociedad de gananciales y la comunidad de tipo germánico. a) El relajamiento de la idea de permanencia en la sociedad de gananciales. b) La existencia de la idea de cuota en la sociedad de gananciales. c) La desaparición del principio jerárquico en la gestión de la comunidad conyugal. 4. Problemas prácticos derivados de la configuración germanista de la sociedad de gananciales. B. Revisión crítica de la idea societaria a la luz del nuevo modelo ganancial. C. Revisión de la tesis de la comunidad diferida. D. La opción por la tesis de la comunidad proindivisa: breve recapitulación final.

## I. INTRODUCCION

Desde hace aproximadamente quinientos años los estudiosos hispanos del derecho familiar, que ya entonces los había, se han visto atormentados por una insidiosa pregunta formulada cada vez que acometían el análisis de las reglas con las que articular la economía del matrimonio: ¿qué es la comunidad de gananciales?, ¿en qué consiste esa sociedad conyugal?, ¿cuál es la esencia del fenómeno? Noches y noches en

vela de mentes lúcidas —mentes que llegaron a entender en qué consistía la causa de los contratos e incluso el fenómeno posesorio— a pesar de valerse de astrolabios, sextantes y otros útiles de la época, no consiguieron plasmar un sedimento dogmático del que pudieran participar la mayoría de los autores. Y así ni Matienzo, ni Gregorio López, ni el catedrático salmantino Antonio Gómez o Diego de Covarrubias, ni Velázquez de Avendaño, abogado en la corte vallisoletana, ni Acevedo o más tarde, ya en los albores del siglo XIX, Sancho Llamas y Molina, Francisco Cárdenas, Asso y de Manuel, Sala, Febrero, Benito Gutiérrez o el propio García Goyena, alcanzaron a proporcionar a Alonso Martínez una descripción clara de esa errática figura que irradiaba su propio enigma sobre cuestiones decisivas como lo era, por ejemplo, la manera en que los cónyuges detentaban los bienes matrimoniales (1).

Redactado el Código, sus iniciales comentaristas, con muchos problemas a los que atender, y seguramente cansados de tanta aflicción intelectual, buscaron un consenso doctrinal que les llegó, tras aferrarse a la literalidad del Código, a través de la idea societaria. Sánchez Román, Falcón, Manresa, Scaevola o Valverde entre otros, encontraron un remanso de paz acudiendo, con más o menos variantes, a este tipo contractual que, aún con escasos argumentos, parece que tranquilizó durante algunos años las conciencias de una doctrina que no osó desprezarse al león dormido.

Sin embargo, allá por los años veinte, empezaron a llegar vientos germanistas a nuestros exégetas que solo valoraban positivamente todo aquello que tuviera el perfume del Rhin. Y no solo conocimos a Wagner o asumimos el panteísmo de Krause sino que la Dirección General de los Registros nos enseñó que para contar con una institución económico-familiar de tronío nada mejor que acudir al modelo alemán o mejor al suizo, de implantación normativa reciente por aquel entonces. Tendencia que, en este punto, se concretaba en reconducir la sociedad de

---

(1) Sin embargo, y aún siendo parco consuelo, los problemas no eran sólo nuestros. En Alemania, por ejemplo, antes de la publicación del B.G.B. nos encontramos con que ya se manejaban las mismas teorías a las que hoy seguimos dando vueltas. Así lo refleja LEHR, E. (*Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, trad. esp. de Alcalde Prieto, Madrid, Libería de Leocadio López, 1878, pp. 534 ss.) quien, al cuestionarse la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial, expone que «no se hallan de acuerdo los jurisconsultos alemanes». Y en su ulterior descripción leemos lo que hoy estamos debatiendo: «unos jurisconsultos califican a los cónyuges de condueños por partes ideales en los bienes que forman la comunidad», es la idea de la comunidad romana. «A su vez DINCKER dice que el marido es el dueño de los bienes comunes», postura que hoy es quizás la única que podemos considerar superada. «Otros jurisconsultos como HASSE y DEITERS sostienen que los bienes comunes en vez de pertenecer a los esposos *pro indiviso* forman el patrimonio de la casa considerada como una persona jurídica distinta», es la idea del ente societario que por aquel entonces LEHR calificaba de peregrina. Por último destaca como más apropiada la idea comunitaria. «con propiedad colectiva de los bienes por parte de los esposos».

gananciales a la comunidad de tipo germánico o en mano común y que fue inicialmente asumida por figura tan señera como lo era por aquel entonces el profesor Castán a propósito de su exquisita riña con Luzón acerca de la renuncia a los bienes gananciales. Con el respaldo de aquél va a ser Roca Sastre quien —y todavía estamos en 1930— sentará con gran precisión dogmática los perfiles germanistas de una institución con clara raigambre castellana.

Con tan seguros valedores el león quedó de nuevo dormido, esta vez profundamente. Y su sueño ha sido celosamente guardado por una importante pléyade doctrinal que antes de 1981 (Pérez González y Alguer, De Castro, Hernández Ros, García Granero, Espín, etc.) se abonó a una tesis oficial que asimismo hizo suya el Tribunal Supremo si bien con una aportación crítica cada vez menor, considerando tal idea como algo que fatalmente se imponía por la propia naturaleza de las cosas. No faltando quienes tras la reforma (García Cantero, O'Callaghan, Peña Bernaldo de Quirós, etc.), si bien desde un punto de vista nuevamente crítico, han reafirmado la naturaleza germánica de la comunidad conyugal.

Sin embargo frente al rodillo de la abrumadora opinión mayoritaria se alzaron pronto las voces de aguerridos exégetas que pretendían suscitar una inquietud que parecía definitivamente apagada. Es Lacruz, e inmediatamente antes Royo Martínez, quien allá por 1950 muestra su disconformidad con la tesis oficial y reabre una discusión que, sin embargo, a pesar de la ulterior aportación de otros insignes tratadistas como Cossio, no logra remover los cimientos de una concepción interesadamente protegida.

Ahora bien, tras la reforma de 1981, una vez más, el gran león se despereza. La vieja dama recibe el toque de la rejuvenecedora piedra filosofal y presenta una nueva apariencia que no encaja plenamente en su arcaica configuración. Son múltiples las voces que desde distintos sectores claman por un nuevo debate. Y, entre ellos, componiendo un homogéneo grupo, aparecen los fedatarios públicos que encabezados por Yago Ortega, quien inicialmente arrostra el riesgo de la contestación, para verse pronto apoyado por otros compañeros (Blanquer Uberos, Garrido Cerda, Echevarría Echevarría, Castillo Tamarit, Martínez Sanchis, etc.), consideran muerta —mejor «non nata»— la comunidad de gananciales: ésta, vigente el régimen, no es esa vieja dama sino, rejuvenecida hasta límites insospechados por su contacto con la fuente de la vida, un «nasciturus» con una gestación más o menos larga, cuyo parto identifican con el momento de disolución del propio régimen legal. Durante la vigencia del régimen ni hay nada en común ni hay comunidad alguna que solo va a aflorar en el momento disolutorio.

Otras voces acucian el letargo del viejo problema y se presentan particularmente críticas con la visión oficial. Entre ellas citemos, sin ánimo exhaustivo, a Gimenez Duart y más recientemente Vallet de Goytisolo. Frente a todo ello el Tribunal Supremo permanece anclado

en los viejos esquemas, que acriticamente mantiene de forma interesada para evitar el gran caudal litigioso que del art. 1373 comenzó a derivar.

Pues bien, reabierto el debate, todos hemos vuelto a las noches en blanco imaginándonos como será ese arcano y hetéreo ente que seguimos llamando sociedad de gananciales de cuya condición femenina nadie duda pero que, con distintos perfiles que difuminan su esencia, pasea imperturbable a lo largo del nuevo Código.

Es momento de concluir esta introducción trayendo a la memoria la obra y la inquietud del citado profesor Lacruz. Fue básicamente él quien inicialmente, hace ya cuarenta años, mostró su disconformidad con una tesis que pecaba de excesiva complacencia germanófila. A él debemos —y es de agradecer— muchas ulteriores noches en blanco donde contemplando de nuevo el curso de los astros hemos podido apreciar que el derecho civil permanece vivo, como vivas estaban las inquietudes de tan ejemplar jurista, y que el dormir de nuestras instituciones es una quimera únicamente propiciada por quienes creen haber culminado sus saberes respecto de una ciencia permanentemente inconclusa.

## II. RECAPITULACION DE LAS TEORIAS ACERCA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

No tiene excesivo sentido ofrecer en este trámite una minuciosa exégesis de las muy diversas configuraciones con que se nos ha aparecido nuestra vieja sociedad de gananciales. Por ello me voy a limitar a una explicación descriptiva de aquellas orientaciones doctrinales que han alcanzado un cierto eco y que sirven para aceptar o rechazar en la actualidad la que estimo adecuada configuración de la comunidad ganancial. Para atender a tal finalidad creo oportuno deslindar este esbozo en dos fases temporalmente diferenciadas pues el espejo en que la institución debe reflejarse es evidentemente diferente antes y después de la ley de 13 de mayo de 1981.

### A. La configuración de la sociedad de gananciales antes de la reforma de 1981

#### 1. *La propiedad del marido*

Arrancando esta exposición con los autores de nuestro Siglo de oro vemos que prepondera la idea de la propiedad inicial del marido, único posible adquirente de bienes conyugales, que en virtud del régimen consorcial y de la comunicación dominical en que consiste su esencia,

cede a la mujer una cuota —mitad— en cada objeto ganado para la sociedad ganancial. Es la idea de la transmisión «in actu» del dominio a la mujer, germen de la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo romano, pues en definitiva se explica la detentación dominical de los bienes comunes a través de la idea comunitaria de tipo romano (1).

Ahora bien, el hecho de que las titularidades así adquiridas por la mujer fueran esencialmente revocables, y ello mediante el ejercicio por el marido de su poder de disposición sobre tales bienes comunes, determinó una variante doctrinal —origen quizás de la actual idea notarial de la comunidad diferida— en cuya virtud se negaba que vigente la sociedad de gananciales la mujer adquiriera el dominio de la mitad de los bienes conyugales. De esta forma los bienes no se hacían inicialmente comunes sino que, permaneciendo en manos del marido, surgía en el momento disolutorio un derecho de crédito a favor de la mujer que alcanzaba la mitad de los gananciales. Tal es, por otro lado, la idea seguida por los antiguos comentaristas del derecho consuetudinario francés producto —en términos destacados por Planiol (2)— de la adaptación del sistema dotal romano a las comunidades conyugales de origen germánico (3).

## 2. La tesis societaria

Avanzando en la historia doctrinal de la institución la siguiente imagen que los autores ofrecen a nuestra consideración es la de la comunidad de gananciales dotada de tintes societarios. Imagen un tanto difusa, de nuevo con variados perfiles, pero que en definitiva predica la esquizofrénica esencia de una institución que desdobra su personalidad en la del propio ente social, por un lado, y en la de los titulares del mismo, por otro.

El origen de esta idea parece que se encuentra, y así lo expone Lacruz (4), en el hecho de que antes de la codificación los autores usaban el calificativo de sociedad para describir la comunidad ganancial y no tanto como expediente técnico preciso sino por las connotaciones que la

---

(1) Sobre el tema, recogiendo exhaustivamente la mención de los autores que con más o menos variantes acogen esta idea (ANTONIO GÓMEZ, MATIENZO, COVARRUBIAS, GREGORIO LÓPEZ, etc.) *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L. *En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil*, publicada en RGLJ, enero 1950, y en *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona 1958, pp. 502 ss.

(2) PLANIOL *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 57.

(3) Los autores que se mostraban partidarios de esta variante pueden verse en VALLET DE GOYTISOLO, J. *En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales*, ADC 1990, IV, páginas 511 ss.

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L. *En torno... cit.* pp. 511 ss.



figura guardaba con este tipo contractual. Preocupándose todos ellos de advertir las diferencias entre la comunidad conyugal y el típico régimen societario (5).

Sin embargo, con tal impulso semántico previo, que más tarde continúan Asso y de Manuel, Sala, Febrero, García Goyena y Benito Gutiérrez, los redactores del Código civil asumen la terminología empleada y continúan esta vía recogiendo ciertos datos normativos que apuntan hacia la configuración societaria de la comunidad conyugal. Y así, aún sin dotarla expresamente de personalidad civil, el art. 1395 remitía con carácter supletorio al contrato de sociedad.

No les hizo falta mayor apoyo a los comentaristas ulteriores del Código para intentar encuadrar sólidamente la sociedad de gananciales en un molde cómodo —por estar positivamente regulado— como lo era el societario, aunque para ello fuera necesario cubrir la laguna del propio Código y dotar a la sociedad de gananciales de una cierta personalidad que el texto sustantivo no reconocía. A la par, para curarse en salud, se acude frecuentemente a la mención de estarse a presencia de una sociedad que se califica de excepcional y especialísima tanto en su origen como en su objeto y régimen (6).

Tal idea es defendida por la práctica totalidad de los autores del momento (Manresa, Scaevola, De Diego, Valverde, Alas, De Buen) y recibe un refrendo doctrinal importante cuando es desarrollada con más precisión en el derecho francés, inicialmente por Bonecasse (7) y más tarde, con gran eco ulterior, por Carbonnier (8) y Deschenaux (9). La misma tarea realizada por los citados autores galos la asume en nuestro país Royo Martínez (10) quien, aún reconociendo la falta de personalidad jurídica de la comunidad conyugal, considera y justifica el encaje de la misma en el genérico concepto de sociedad del art. 1665 del Código civil. Más tarde será Cossio (11) el que, antes de la reforma de 1981, establecerá de nuevo con claridad los postulados de esta tesis a la par que destacará la absoluta inutilidad de asumir la idea de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico —implantada como

---

(5) Así, por ejemplo, hablaba SANZ MORQUECHO en su *Tractatus de bonorum divisione*, XV 2, Madrid 1691, p. 143 de que «maxima differentia est inter societatem inter socios conventionales contractam et inter societates coniugalem».

(6) Puede verse en tal sentido SÁNCHEZ ROMÁN *Estudios de Derecho civil*, t. V, p. 816.

(7) BONNECASSE en el supplement al «Traité de Droit Civil» de Baudry-Lacantinerie, t. IV, París 1928.

(8) CARBONNIER «Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous les rapport des notions de société et d'association» Bordeaux 1932.

(9) DESCHENAUX «La nature juridique de la communauté de biens entre époux», París 1934.

(10) ROYO MARTÍNEZ *Derecho de familia*, Sevilla 1949.

(11) COSSIO *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963.

luego veremos hacia ya tiempo en nuestro país— ante la imprecisión y carencia de regulación normativa o de tal construcción.

### 3. *La tesis de la comunidad germánica*

Paralelamente, y desde hacía algún tiempo, soplaban vientos germanistas desde la Dirección General de Registros. Resoluciones como las de 29 de abril de 1902, 30 de marzo de 1904, y con menos claridad la de 9 de enero de 1915, sancionadoras de la idea de que la sociedad conyugal era una entidad distinta a la personalidad de sus integrantes, ceden fulgurantemente el paso a una nueva vía que inicia la Resolución de 17 de noviembre de 1917, continúan las Resoluciones de 15 de julio de 1918 y 12 de mayo de 1924, y resume —en términos aún hoy vigentes en el sentir de dicho organismo— la Resolución de 30 de junio de 1927 cuando sin rodeos proclama que «entre distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida en común, y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y en ocasiones a título gratuito al mismo marido, como jefe económico de la familia, y excepcionalmente a la mujer».

No parece muy difícil encontrar las causas, al menos alguna de ellas, que llevaron a esta nueva catalogación de la sociedad familiar. Afirma Lacruz (12) que esta tesis tiene su origen en Gierke recibiendo-se en nuestro país a través de los juristas italianos, especialmente de Ferrara. Aún sin objetar frontalmente esta afirmación toda vez que, por ejemplo, Castán en su inicial trabajo de 1929 cita y conoce las investigaciones germanistas de Ferrara y también de Ruggiero, creo posible sin embargo matizarla y significar que es en el Código suizo de 1907, así como en la doctrina que le interpreta, donde principalmente se fija la Dirección General y posteriormente Roca Sastre para elaborar con mayor detalle que Castán la conceptualización germanista de la comunidad conyugal. Así cuando en 1930 elabora Roca Sastre (13) el primer trabajo de desarrollo de la tesis apuntada por Castán acude al modelo suizo para implantar y justificar la idea germanista sobre la base de los primeros e influyentes autores que comentaron tal texto normativo. De esta manera, a través de una simple lectura del estudio de Roca Sastre, po-

---

(12) LACRUZ BERDEJO J. L. «En torno...» *cit.* p. 535.

(13) ROCA SASTRE *La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia*, RCDI n.º 63, 1930, pp. 161 ss.

demos comprobar que la tesis de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico es fiel trasunto de los comentarios que sobre el particular efectúan tanto Wieland (14) como Rossel y Mentha (15), a quienes nuestro compatriota expresamente cita, a propósito de la «propiedad común» que el Código suizo regula diferenciadamente (arts. 652 a 654) de la «copropiedad» (arts. 646 a 651). recogiendo, por ejemplo, Wieland (16) como supuestos de propiedad común la comunidad universal (art. 215), la comunidad prolongada (art. 229), la comunidad reducida (art. 237), la comunidad de adquisiciones (art. 239) y la comunidad hereditaria, entre otras.

Pues bien, el ejemplo del Código suizo, en el que normativamente se precisaban las pautas definitorias de la siempre difusa mancomunidad germánica, en él denominada propiedad común, sirvió como punto de referencia para hacer decir a nuestro Código civil lo que realmente no decía y, en consecuencia, para encajar en una categoría dogmática, ajena al derecho positivo, una figura de difícil encuadre.

Pero junto con esta razón, que pudiéramos denominar instrumental, existieron razones sustantivas determinantes de aceptarse la catalogación de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico pero que entiendo —y luego concretaremos esta afirmación— pudieron haberse solventado por otras vías. Concretamente lo que pretendía la Dirección General de los Registros, y más específicamente la doctrina apuntada, era destacar y justificar que ninguno de los cónyuges podía disponer, como bienes privativos suyos, de la mitad indivisa de los bienes comunes inscritos con tal carácter ganancial. En este sentido la antigua configuración de la comunidad familiar por parte de los juristas hispanos de los siglos XVI y XVII partía de la existencia de una copropiedad singular de los cónyuges por mitades indivisas en cada una de las cosas comunes. Esta idea ya no cuadra sin embargo ante la explicación de la comunidad conyugal como ente societario donde esos bienes pasan a incorporarse al propio ser social interpuesto que, sin embargo, al no estar dotado de personalidad todavía puede dar lugar a dudas acerca de la titularidad dominical de unos bienes consorciales que pueden seguir, por mitad, en manos de uno y otro cónyuge.

Frente a estos planteamientos la idea de la mancomunidad resuelve a la perfección el problema eventualmente cuestionado de la disponibilidad individual de la cuota en los particulares bienes. De esta manera los términos con que el Código suizo describía la propiedad común servían perfectamente para imposibilitar la disposición unilateral de la mi-

---

(14) WIELAND *Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, París 1913.

(15) ROSSEL et MENTHA *Manuel de droit civil suisse*, Tome deuxième, Librairie Payot, pp. 316 ss.

(16) WIELAND *op. cit.*, comentario al art. 652, p. 111.

tad de los singulares bienes gananciales que se consideraba absolutamente inviable dentro del sistema. Sin embargo, insisto, como veremos, hay otras posibilidades de llegar a esta misma e inevitable conclusión. Posibilidades que el Código suizo vigente de 1988 nos va a confirmar por lo que me permito recomendar el que se siga mirando hoy el ejemplo suizo de igual manera a como en 1930 hizo Roca Sastre para germanizar la comunidad conyugal.

Es preciso citar por último la explicación que desde una perspectiva analítica de pura técnica hipotecarista efectúa Magariños Blanco a propósito de la justificación del fundamento en que se asentaron las Resoluciones que acogieron la tesis de la comunidad germánica (17). Y así, tras examinar las de 15 de mayo de 1924 y 30 de junio de 1927, pone de relieve que el razonamiento de ambas consiste en la afirmación de que cada uno de los cónyuges es potencialmente titular del patrimonio íntegro de la sociedad de gananciales mientras no se liquide la misma y que los herederos entran en el goce de sus derechos y acciones sin que sea necesaria la previa inscripción de los bienes gananciales a favor del cónyuge superstite al no existir ya como tal la sociedad de gananciales. En definitiva, concluye el mentado autor, «la Dirección General acoge una solución de tracto abreviado o comprimido para evitar, como en otras ocasiones manifestó, inscripciones transitorias de colocación intermedia, con mera función de asiento puente, y de vigencia fugaz por durar solo un instante». Es decir, en términos quizás más asequibles, se pretende admitir la validez del acto dispositivo que realicen todos los interesados sin exigir el previo acto formal de adjudicación individualizada que teóricamente debiera efectuarse ante el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Siendo la indicada la finalidad perseguida por la Dirección General, el propio Magariños destaca que la misma pudiera haberse conseguido sin necesidad de recurrir al complejo expediente técnico de la comunidad germánica pues «la titularidad instrumental de un cónyuge publica y da cobijo a los derechos del otro, sin que sea necesaria la inscripción específica de éstos, pues la cohesión social mantiene la unidad patrimonial durante el período de liquidación, ahora con fines distintos» (18).

#### 4. *La idea del patrimonio dinámico*

El profesor Lacruz a partir del ya citado trabajo que ve la luz en 1950, se mostró crítico con la aséptica consideración de la sociedad de

---

(17) MAGARIÑOS BLANCO V. *Sociedad de gananciales y sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA, 1989, p. 308.

(18) MAGARIÑOS BLANCO, *op. y loc. cit.*

gananciales como comunidad de tipo germánico. Y así sin llegar a rechazarla expresamente se aleja cada vez más de ella por considerar que resulta no tanto inexacta como imprecisa. Todo ello para acabar afirmando —y en tales términos resumo lo que es una compleja elaboración— que la comunidad ganancial constituye una comunidad sobre un patrimonio dinámico (19) institucionalmente inalienable e indivisible pero respecto del cual (20) predica la existencia de cuotas intelectuales necesarias «para no caer en el extremo de configurar la titularidad común como una especie de titularidad solidaria».

Quizás uno de los pocos reparos que cabe poner a la idea que en última instancia defiende Lacruz es el no haber destacado suficientemente su origen que se encuentra, al parecer, en Messineo (21) quien, en contra de Ferrara, defendió la tesis de la existencia en la comunidad matrimonial de la idea de cuota, haciendo observar en tal sentido que «todo depende del concepto mínimo de cuota que se adopte». Destacando que en la comunidad entre cónyuges la cuota, —aún faltando el carácter de disponibilidad debido a la imposibilidad de que un tercero sustituya la posición del cónyuge— está presente en su núcleo esencial, como razón y medida del reparto final, pudiendo también hablarse de expectativa sobre bienes futuros o de derecho en estado de pendencia, pues aún aludiéndose con ello a un contenido de futura identificación no por ello se niega la existencia de un poder actual.

Es preciso destacar, asimismo, que no es Lacruz quien por primera vez acoge en nuestra doctrina la tesis iniciada por Messineo. Antes que él Attard (22) parece inclinarse por esta vía al considerar a la sociedad de gananciales dentro de las que denomina «entidades patrimoniales sin persona», aunque más bien parece acercarse su idea a la que hoy se denomina comunidad diferida en cuanto, a continuación, expresa que «la sociedad de gananciales surge como tal en nuestro derecho cuando la sociedad conyugal está en liquidación, cuando el titular de goce de la sociedad económica conyugal ha desaparecido».

---

(19) Tal calificativo de dinámico busca superar la afirmación de quienes defienden la tesis societaria que consideraban el aspecto esencialmente estático de la idea de comunidad frente al dinamismo de la idea social. Hablaba ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 200) que «algo intuitivo, fenomenológico, si se quiere, nos descubre como más adecuada para los gananciales la idea de sociedad que la de comunidad, porque en ellos no domina la idea de goce plácido de algo común, nota estática, sino la nota dinámica del esfuerzo del desvelo y de la ganancia o conquista».

(20) LACRUZ BERDEJO «En torno...» *cit.*, p. 547.

(21) MESSINEO *La natura giuridica della comunione legali dei beni*, Roma 1920, pp. 155 ss., especialmente p. 162, nota 2.

(22) ATTARD R. «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*» en Conferencias sobre «Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica» publicadas en R.D.P, septiembre 1924, pp. 273 ss., especialmente pp. 275 y 276.

Retomando el hilo expositivo del profesor Lacruz diremos que concluye su tesis afirmando que «si bien hay una cuota sobre el conjunto, al tratarse de un copropiedad sobre un patrimonio no es posible realizar la determinación de la cuota con referencia a bienes singulares no siendo la participación de cada cotitular sobre los objetos absolutamente indeterminable sino temporalmente indeterminada».

## **B. La cuestión tras la reforma de 1981**

Producida la reforma de 1981 la sociedad de gananciales sufre una profunda remodelación que obliga a una revisión de las pautas doctrinales anteriores. En cuanto nos interesa es preciso destacar que inmediatamente antes de producirse la modificación del derecho familiar la cuestión que viene ocupándonos se encontraba ciertamente aletargada pues apenas planteaba ya consecuencias prácticas la asunción de una u otra tesis acerca de la naturaleza sociedad de gananciales (23). Sin embargo, tras la reforma, la aparición del complejo art. 1373 va a rememorar de nuevo, y con gran virulencia, el viejo problema de la naturaleza de la sociedad conyugal pues de la toma de postura que se adopte derivan, una vez más, importantes consecuencias prácticas. Y así, concretamente, la tesis adoptada por el Tribunal Supremo, que para obviar la legitimación de cónyuges terceristas acude de nuevo a considerar la naturaleza germánica de la sociedad de gananciales, nos obliga a un replanteamiento de la cuestión que debemos iniciar, antes de exponer las posturas doctrinales que surgen o desarrollan las anteriormente vigentes, con la mención de la trayectoria vacilante y entiendo que a menudo contradictoria seguida por el Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa económico-matrimonial.

### *1. La postura del Tribunal Supremo tras la reforma de la sociedad de gananciales*

Cuando tras la reforma de 1981 el Tribunal Supremo se encuentra por primera vez en la tesitura de valorar la legitimación activa de un cónyuge para interponer una acción de tercería en defensa de los bie-

---

(23) En algún supuesto valorado por el T.S. seguía teniendo importancia práctica la configuración germanista del consorcio. Así ocurrió en la Sentencia de 27 de mayo de 1980 (R. ARANZADI 1968) respecto de la venta de un bien perteneciente a la sociedad conyugal continuada del derecho aragonés en la que intervenía un incapaz y el cónyuge superviviente. Frente a la alegación de que debía mantenerse la venta de la mitad perteneciente a este último se resuelve por el T.S. la nulidad de la venta en su integridad por cuanto

nes gananciales echa mano del baúl de los recuerdos y el avisado Ponente de la misma, que no es otro que D. Jaime de Castro García, ilustre jurista, encuentra una valiosísima Sentencia que es la de 11 de abril de 1972 (R. Aranzadi 1666) cuyo Ponente, D. José Beltrán de Heredia Castaño, ya había tenido ocasión de mostrar desde el foro casacional su preferencia por la configuración germánica de la comunidad conyugal (24) a favor de la cual se había pronunciado en su monografía sobre «La comunidad de bienes en el derecho español» fechada en 1954 (25).

Sin embargo aquella primera Sentencia —y ello no debe olvidarse— surge frente a una sociedad conyugal muy diferente, en la que las facultades del marido permanecen aún indemnes y en la que aún no es posible la mutación paccionada del régimen económico constante matrimonio que solo la reforma de 1975 va a amparar. Pues bien, como he apuntado, Castro García acudirá sin embargo a los términos literales del Fallo emanado varios años antes originando una perpetuación de la argumentación de D. José Beltrán que va a reproducirse hasta la saciedad para rechazar la legitimación de toda esposa tercerista que pretenda el

---

en tal mancomunidad los cotitulares «no tienen la propiedad de los bienes, sino que únicamente les pertenecen cuotas ideales». Términos un tanto crípticos y creo que desafortunados, al menos semánticamente.

Asimismo, es decisiva la consideración germánica para desestimar una tercería de dominio en términos resueltos por la Sentencia de 11 de abril de 1972, que ulteriormente se comenta con detalle, y que parece alterar el criterio presente en las Sentencias de 13 de enero de 1916 y 1 de abril de 1932 (R. ARANZADI 4947) en la que se decreta la nulidad de una traba sobre bienes gananciales. Sin embargo, en cuanto específicamente nos interesa, no son contradictorias toda vez que en este segundo caso no se sigue la vía de la tercería de dominio por lo que no se desvirtúa la argumentación específica de la anterior sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales determinante de la falta de legitimación de la tercerista. De igual manera la Sentencia de 1 de abril de 1932 tampoco mantiene una doctrina que ulteriormente vulnera la de 11 de abril de 1972, pues si bien se había ordenado seguir la vía de apremio contra los bienes de la sociedad conyugal para la exacción de las costas impuestas a la mujer en procedimiento de divorcio por adulterio, no se accede a la casación por la vía de la tercería sino que ante la providencia que ordenó acudir al apremio y frente al auto que denegó la reposición de la misma se interpuso el recurso de casación que determinó el alzamiento de la traba.

(24) Así, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de abril de 1967 (R. ARANZADI 1871) de la que asimismo fue Ponente, menciona diversos antecedentes que indujeron «a interpretarla como una forma de comunidad, no de las de tipo romano sino de las llamadas germánicas o en mano común, con la que evidentemente, aún sin identificarse, ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad... y produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales el marido y la mujer, aunque con desigualdad de derechos, vinculación que impide la división».

(25) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La comunidad de bienes en el derecho español*, EDESA, Madrid 1954.

alzamiento del embargo sobre bienes gananciales. Tal continuidad aconseja reproducir los términos literales del viejo Fallo en los que se afirma que «sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, dentro de la variable gama de posturas doctrinales, es evidente que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. del C.c. al faltar por completo el concepto de parte característica de la comunidad de tipo romano que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer viviendo el marido la propiedad de la mitad de los gananciales, porque para saber si éstos existen o no es precisa la previa liquidación, no teniendo hasta entonces más que un derecho expectante que no legítima para interponer la tercería de dominio».

El antecedente más remoto de esta solución parece que ha de buscarse en la Sentencia de 22 de diciembre de 1925, ulteriormente acogida de forma literal en la de 23 de diciembre de 1958 (R. Aranzadi 545). En ellas se negó la legitimación de la esposa tercerista para defender su mitad ganancial por deudas que intentaba fueran de su cónyuge pues «no es posible estimar, viviendo el marido, de la propiedad de la mujer la mitad de los bienes embargados porque para saber si hay o no ganancias es necesaria una previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación que sería en tal caso el título suficiente para la acción reivindicatoria». Acción ésta, la reivindicatoria, con la que se identificaba absolutamente por aquel entonces la tercería de dominio (26).

Pues bien, como he dicho, cuando en 1986 se plantea a la consideración de D. Jaime de Castro un supuesto similar se acude a la misma argumentación que literalmente, con expresa cita de la Sentencia de 11 de abril de 1972, recoge la Sentencia de 26 de septiembre (R. Aranzadi 4790). A partir de ella el Tribunal Supremo va a persistir en tal fundamentación en ulteriores Sentencias que a continuación mencionaré. Ahora bien al menos indiciariamente, es preciso destacar desde un primer momento que tras la reforma de 1981 el Código contiene un nuevo precepto, como es el art. 1373 que, al margen de su posible incidencia sobre la naturaleza de la nueva sociedad de gananciales, exige de un cauce procesal a través del cual poder actuarse. Exigencia obligada como consecuencia del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional

---

(26) Es asimismo interesante la Sentencia de 4 de diciembre de 1958 (R. ARANZADI 4036) donde se mantiene también que en la sociedad conyugal no se atribuye a ninguno de los socios (*sic.*) propiedad exclusiva alguna sobre los bienes que la constituyen. Si bien ello se hace como «obiter dicta» pues la «ratio decidendi» desestimatoria de la tercería radica en la entonces predicada estrechez del cauce procedimental de la tercería ya que en el caso no se debatía «el desconocimiento del dominio sino si se hallan o no tales bienes en el caso de responder de la deuda, cosa que no se puede hacer a través de una tercería de dominio...».



efectiva. Y con la línea jurisprudencial que vamos a ir examinando parece que el Tribunal Supremo persistentemente desconoce este derecho si valoramos el hecho de que frente a deudas privativas determinantes del embargo de bienes comunes ex art. 1373 la tercería parece ser el único medio adecuado de reaccionar defensivamente y de hacer efectivas las prerrogativas que al cónyuge no deudor ofrece el mentado proyecto paralizando la vía de apremio instada.

Retomando el hilo doctrinal del Tribunal Supremo diremos que en la línea apuntada otras muchas Sentencias niegan con posterioridad la legitimidad de uno de los cónyuges para entablar tercerías en defensa de los bienes consorciales. Así ocurre por ejemplo, entre otras, en las Sentencias de 29 de septiembre de 1986 (R. Aranzadi 4923) y 29 de diciembre de 1987 (R. Aranzadi 9656).

La de 13 de julio de 1988 (R. Aranzadi 5992) recoge una argumentación profundamente contradictoria. En ella habla de que la recurrente parte del carácter de propietaria de los bienes embargados, cuando es lo cierto que a esa propiedad no tiene más que un derecho expectante. «Consideración ésta que, por un lado, la priva de la cualidad de tercero, esencial para poder ejercitar con éxito la tercería de dominio, y, por otro, de la cualidad de propietaria exclusiva de los bienes litigiosos». Es decir, en primer lugar se afirma su falta de titularidad dominical actual sobre los bienes embargados, lo cual determina la lógica consecuencia de su falta de legitimación para entablar la acción de tercería básicamente similar a la reivindicatoria y en consecuencia ejercitable solo por el propietario. Frente a tal afirmación, de inmediato, imaginamos que el Ponente se plantea la duda de saber quien será el propietario ya que los cónyuges no parecen serlo. Y por ello se ve obligado a hacer un segundo pronunciamiento un tanto incoherente por innecesario una vez que ha rechazado la legitimación de la tercerista. Y así se dice, tras haberla negado inicialmente la titularidad actual, que no es una propietaria exclusiva. Con ello, en definitiva —y he aquí la contradicción— se está afirmando *sensu contrario* y sin lugar a la duda que es cotitular, con lo que se salva el expediente de dejar «nullius» los bienes matrimoniales. Ahora bien quizás la cotitularidad que se predica es incompatible con la previamente afirmada falta de legitimación dominical.

Un tanto frívola resulta la siguiente Sentencia en la que se niega la legitimación dominical de otra sufrida tercerista. Concretamente la Sentencia de 19 de julio de 1989 (R. Aranzadi 5727) dice que «cualquiera que sea la naturaleza de la sociedad de gananciales la esposa no puede ser tenida como tercero a efectos de legitimación para entablar demanda de tercería en defensa de sus derechos consorciales».

Afirmación profundamente imprecisa y que debería sustituirse por otra en la que para llegar a tal conclusión se partiera de que únicamente

aceptando la naturaleza germánica de la sociedad de gananciales puede negarse la legitimación de la tercerista.

El apuntado razonamiento es asimismo literalmente utilizado en la Sentencia de 6 de junio de 1990 (R. Aranzadi 4740) de la que es Ponente, y ello tiene su trascendencia, Casares Córdoba. Tampoco admite su legitimación la Sentencia de 12 de junio de 1990 (R. Aranzadi 4754).

Por último, misteriosamente, nos encontramos la Sentencia de 16 de noviembre de 1990 (R. Aranzadi 8950) en la que el mismo Ponente — Casares Córdoba— que pocos meses antes había rechazado sin paliativos la legitimación de la esposa para defender de la traba los bienes comunes llega a la solución contraria, levantando la traba del inmueble ganancial. Y lo que resulta más asombroso es que ni tan siquiera se haga una leve mención a una tesis defendida a rajatabla durante largo tiempo y que sin embargo quiebra con este Fallo.

Esa inicial estupefacción, sin embargo, no es tal porque, en otras muchas ocasiones el Tribunal Supremo había entrado en el fondo de no pocas tercerías si bien en todas ellas para desestimar las pretensiones del cónyuge tercerista. Y así, salvo en una primera Sentencia de 23 de enero de 1987 (R. Aranzadi 348) en que se estima una tercería de dominio, la lista de las tercerías admitidas y desestimadas es larga a la par que contradictoria con la otra línea jurisprudencial anteriormente expuesta. Sin ánimo exhaustivo pueden mencionarse las Sentencia de 16 de febrero de 1987 (R. Aranzadi 698), 20 de febrero de 1987 (R. Aranzadi 701), 15 de febrero de 1988 (R. Aranzadi 1993), 28 de abril de 1988 (R. Aranzadi 3299), 18 de noviembre de 1988 (R. Aranzadi 8609), 20 de marzo de 1989 (R. Aranzadi 2186), 12 de mayo de 1989 (R. Aranzadi 3764), 27 de junio de 1989 (R. Aranzadi 4788), 6 de diciembre de 1989 (R. Aranzadi 8805) y 8 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 7482).

El resumen de esta amplia línea jurisprudencial es un tanto difícil de reconducir a términos de coherencia y uniformidad. En general en todos estos casos se intuye una persistencia en el Alto Tribunal de la caduca idea de que el marido sigue siendo gestor omnipotente de la sociedad conyugal y como tal endeuda con cualquier actuación los bienes comunes. Ante los intentos de defensa de tales bienes —y teniendo en cuenta planteamiento procesales a veces altamente defectuosos— el Tribunal Supremo admite unas veces las tercerías, sin entrar a valorar su adecuación procesal, para, ulteriormente, sancionar la ganancialidad de las deudas que determinaron la traba y que inviabilizan cualquier acción defensiva de la mitad de sus bienes por parte del otro cónyuge, en general la mujer. Para, en otros supuestos, sin más, rechazar el ejercicio de estas tercerías con una argumentación que debía valer universalmente para todas las que se plantearan: la de que la mujer (obviamente tampo-

co el marido) no tiene una propiedad actual que la legitime para interponer las mismas.

Para acabar con esta breve descripción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionaré que en otros casos, evidentemente mucho más esporádicos y con más o menos conciencia de lo que se afirma, se hace referencia también a la comunidad proindiviso o a la idea de cuota en términos que más detenidamente expondré al tratar la configuración romana de esta comunidad conyugal.

## 2. *Posturas doctrinales tras la Reforma de 1981*

Como venimos afirmando las reformas de 1981 producen una intensa remodelación de la sociedad de gananciales y despiertan de nuevo un debate que, en cierta medida, había quedado anquilosado ante la abrumadora acogida jurisprudencial de la tesis oficial y la escasa relevancia del tema sobre nuevos supuestos prácticos a resolver en función de una u otra concepción de la comunidad conyugal. Es quizás el propio Tribunal Supremo quien propicia de nuevo el debate ante el arcaico mantenimiento de tesis pasadas, que no somete a revisión a la luz de la nueva sociedad de gananciales, aún cuando es ya tema que ahora va a tener graves consecuencias prácticas.

Efectuando una visión general del panorama doctrinal surgido en los últimos diez años, podemos decir que vuelven a aflorar partidarios de las tesis que en su día estuvieron vigentes, actualizando los planteamientos básicos de anteriores autores. —unicamente, quizás, va a aparecer como novedad —si bien ya hemos apuntado que no lo es tanto— la teoría de la comunidad diferida potenciada enormemente por un numeroso grupo de notarios y cuya semilla fue sembrada, inmediatamente antes de la reforma de 1981, por Yago Ortega (27).

Paralelamente la idea de que existe un patrimonio autónomo o separado, destinado a cubrir las necesidades económico-familiares, detentado en régimen de comunidad, va a ser nota tenida en cuenta por los partidarios de las tesis germanistas que hacen recaer el objeto de la mancomunidad sobre ese patrimonio colectivo cuyo perfil, con gran precisión, había aislado el profesor Lacruz, si bien sin atribuir su titularidad mancomunadamente o, al menos, mostrándose reticente a tal consideración. Partiendo de la existencia de ese patrimonio separado ha de destacarse asimismo la eventual configuración proindiviso del mismo en términos que con detalle expondré e intentaré justificar por oposición a la tesis que he denominado oficial.

---

(27) YAGO ORTEGA *Acerca de la titularidad sobre los gananciales*, RDN, 1979, enero-marzo, pp. 386 ss.

Junto con todo ello tampoco será posible marginar el análisis de la idea societaria que es expuesta por cierto sector doctrinal y que como veremos se intuye también en alguna Sentencia de nuestro más Alto Tribunal.

#### a) La tesis de la comunidad germánica

Tras la reforma de 1981 la doctrina especializada se ha encargado de modernizar la que hemos denominado tesis oficial adaptándola a la actual normativa y a los nuevos rumbos doctrinales propiciados especialmente por Lacruz. Junto con tal nota podemos seguir afirmando que la tesis germanista persiste como concepción dominante, especialmente si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo, hasta ahora tibio en una postura que defendía con ahínco la Dirección General de Registros, ha echado mano de esta explicación de una forma tajante elevando a la categoría de norma lo que incluso para los autores defensores de la misma no deja de ser una construcción dogmática de difícil adaptación. Para ello ha recurrido a la argumentación que ideó el propio Tribunal con motivo de la Sentencia de 11 de abril de 1972 que literalmente acogen las decisivas Sentencias ulteriores de 26 de septiembre de 1986 y 1988, ya comentadas.

Sin ánimo exhaustivo podemos citar como autores que defienden la concepción mayoritaria a Albadalejo o Espín entre quienes se limitan a referir la misma sin profundizar excesivamente en los entresijos de la materia. Con más detalle explican esta consideración acerca de la sociedad de gananciales Díez Picazo, García Cantero, O'Callaghan y Peña Bernaldo de Quirós. Ahora bien, todos ellos han asumido en gran medida las consideraciones que propagó en nuestra doctrina el profesor Lacruz de forma que proyectan la idea de la comunidad de tipo germánico sobre ese patrimonio separado o autónomo del que hablaba aquél y que se integra por los bienes comunes. Y así, con más o menos variantes se dice que el objeto de esta mancomunidad germánica «son los derechos y los bienes determinados» (28). Por su parte García Cantero indica estarse a presencia de un patrimonio colectivo sin personalidad. Y frente a la duda de si se trata de una comunidad de tipo romano o germánico se inclina decididamente por esta segunda (29). En parecidos términos Peña Bernaldo de Quirós (30) considera que el objeto de esa comunidad es un patrimonio colectivo separado: «los bie-

---

(28) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho civil*, t. IV, 3.ª ed., EDERSA, Madrid 1991, p. 108.

(29) GARCÍA CANTERO, G. en la revisión y puesta al día de Castán, J. *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 1.º, 10.ª ed., 1983, pp. 366 ss.

(30) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*, Madrid 1989, p. 215.

nes se integran en una masa patrimonial escindida de los patrimonios personales de los cónyuges y pasan a constituir realmente un ámbito autónomo de poder y responsabilidad». De los Mozos (31) y con ello acabamos, manifiesta asimismo que, «en cuanto comunidad no es una comunidad ordinaria o de tipo romano sino que responde a la idea un tanto vaga de lo que la doctrina viene calificando de comunidad en mano común», añadiendo a continuación que recae sobre un patrimonio autónomo y separado.

En definitiva tal y como hemos visto plantea adecuadamente García Cantero, parece existir una cierta unanimidad en que se está en presencia de una masa consorcial autónoma, encajable en la idea del patrimonio separado, la cual es detentada por ambos cónyuges. Ahora bien con tales presupuestos el problema ulterior se centra en determinar su modalidad de dominación. Y así, frente a la tesis oficial de la detentación en mano común creo posible referir también la detentación «proindiviso» en términos ya propiciados desde diversos sectores que más tarde mencionaré. Antes de hacerlo parece oportuna una breve referencia a la justificación que de la titularidad mancomunada de ese patrimonio separado efectúan los defensores de la tesis germanista.

Dos son en esencia las notas a través de las que fundamentalmente se caracteriza esa mancomunada por oposición a la proindivisión romana. Una primera es la inexistencia de cuota. Otra la imposibilidad de ejercitar los partícipes la «*actio communi dividundo*». Aspectos reiterados, con más o menos precisión, por los distintos autores que mantienen esta consideración acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

#### i. La inexistencia de cuota

Quizás sea García Cantero (32) quien con más precisión expone esta nota característica de la comunidad de tipo germánico al decir que «marido y mujer son indistintamente titulares de un patrimonio, sin que ninguno de ellos tenga derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división».

Peña Bernaldo de Quirós no llega a negar expresamente la existencia de una cuota sobre el conjunto del patrimonio, limitándose a afirmar que los bienes concretos se detentan mancomunadamente pues «cada uno de los diversos bienes o derechos comunes no está atribuido individualmente por cuotas —por mitad— a uno y otro cónyuge; la cotitularidad recae sobre la masa patrimonial». Términos no excesivamente cla-

---

(31) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. *Comentarios al CC y compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 2.º, EDESA, Madrid 1984, pp. 57 ss.

(32) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 368.

ros y que parece dan a entender la existencia de una proindivisión sobre el conjunto y de una mancomunidad sobre los particulares bienes y derechos (33).

Obviamente, ante la inexistencia de cuota alguna, no será posible hablar de disponibilidad de la misma. Sin embargo, en algunas ocasiones se observa una cierta contradicción pues partidarios de esta tesis hablan de que como consecuencia de tal configuración germanista «un cónyuge no puede enajenar o disponer de las mitades indivisas de los bienes comunes por si solo» (34). Mas propiamente habría que concluir, desde los postulados de esta idea germanista, que «el cónyuge no puede transmitir su parte porque no la tiene» (35). Es decir, hay que tener perfectamente claro, a los efectos de nuestro ulterior tratamiento, que una cosa es que la cuota resulte indisponible y otra la inexistencia de la cuota, si bien en este último supuesto, obviamente, también resulta la indisponibilidad al igual que falta cualquier otra característica con que pudiera calificarse a la cuota.

## ii. Inexistencia de acción de división

La segunda característica básica para configurar la comunidad conyugal como comunidad de tipo germánico radica en la imposibilidad de que los cónyuges, en este caso comuneros, ejerciten la «*actio communi dividundo*» la cual, por considerarse esencial en la comunidad proindiviso y al resultar inviable en la sociedad conyugal, aleja ésta de aquéllas.

Sin embargo, como más tarde justificaremos, el tratamiento normativo de esta cuestión ha experimentado una profunda variación desde la publicación del Código civil hasta nuestros días, siendo muy distinto el grado de perdurabilidad y las posibilidades disolutorias de la sociedad de gananciales en relación con las que inicialmente sancionó en su Código Alonso Martínez. Tal variación también puede verse en el tratamiento doctrinal de la cuestión pues frente a las tajantes afirmaciones de que cada cónyuge «no puede dar lugar a la división» (36) o de que no existe «facultad de pedir la división mientras dura la vida en común» (37), matiza tal consecuencia Peña Bernaldo de Quirós (38) indicando que «cada uno de los cotitulares no puede a su arbitrio imponer la división de las cosas comunes».

---

(33) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 215 y 217.

(34) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 58.

(35) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 217.

(36) GARCÍA CANTERO *op. cit.*, p. 368.

(37) Rs. de la DGR de 30 de junio de 1927.

(38) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 217.

b) La configuración del patrimonio consorcial como comunidad proindiviso

En mi trabajo sobre «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales» (39) defendí la idea de que el patrimonio ganancial es detentado en régimen de proindivisión por los cónyuges. Idea que surgía en cierta medida a modo de reacción frente a la aplicación que de la tesis germanista efectuaba el Tribunal Supremo para rechazar el uso de la facultad contenida en el art. 1373 a través del cauce de las tercerías. Es momento de ampliar tal exposición para en su momento intentar justificarla con más detalle.

No es sin embargo la mía una opción que quepa significar como aislada. Así por ejemplo, aún admitiendo la tesis germanista, hablaba De los Mozos —ya lo he reseñado (40)— de que un cónyuge no puede disponer de la mitad indivisa de los bienes. Términos que técnicamente no encajan en la idea de la sociedad conyugal como comunidad germánica pues respecto de tales mitades indivisas no es que no pueda disponerse sino que no existen.

También Lacruz se mostró reticente a la hora de rechazar tajantemente la idea de cuota, base de la configuración romana de esta comunidad, como igualmente se mostraba tibio en orden a admitir su encaje en la comunidad germánica. Y así, en su día (41) afirmaba —lo cual no ha sido suficientemente destacado— que «el concepto de cuota intelectual es absolutamente necesario para no caer en el extremo de configurar la titulariada común como una especie de titularidad solidaria», añadiendo que no «contradice la existencia de cuotas el hecho de que las participaciones en la comunidad matrimonial estén substraídas al tráfico, desde el momento en que tales participaciones tienen una existencia actual aunque su realización material solo tenga lugar en el futuro». A la vista de tales términos creo que solo faltó que el profesor Lacruz hubiera dicho que se estaba en presencia de una comunidad de tipo romano cuyo objeto era el patrimonio ganancial si bien la cuota que sobre el mismo cada cónyuge poseía era indisponible.

Más tarde (42) el propio autor desplaza algo la idea de cuota que parece proyectarse más bien sobre los particulares bienes que sobre el conjunto patrimonial, tema que analizaremos con detalle y que en este momento me limito a apuntar recogiendo su idea de que «esas partici-

---

(39) GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid 1991, pp. 76 ss.

(40) DE LOS MOZOS *op. cit.*, en nota 34.

(41) LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, Derecho de Familia*, t. IV, Barcelona 1984, p. 400.

(42) LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, Derecho de Familia*, t. IV, Barcelona 1984, pág. 400.

paciones no recaen ni pueden recaer sobre el patrimonio como un todo porque el patrimonio no es un objeto unitario de derecho y así afectan directamente a cada uno de los objetos que lo integran. Pero el derecho afecta al objeto indeterminadamente; sin cuotas; la cuota existe solo sobre el conjunto, y por eso podemos calificar a esta comunidad de universal». Quizás con estas últimas afirmaciones no resulten todo lo claras que debieran las ideas de Lacruz.

Pero quien definitivamente se atreve a hablar «nominatim» de la comunidad romana es Giménez Duart suministrando una explicación diáfana por su sencillez que, paralelamente, la hace difícilmente objetable (43). Y así, por oposición a las comunidades germánicas típicas, como pueden serlo las comunidades vecinales de pastos, indica el que «en la comunidad ganancial sólo hay dos sujetos, sin que pueda haber ni menos ni más, por lo que cada uno sabe que cuota le corresponde en el conjunto. Sólo ese motivo debiera ser suficiente para arrumbar la idea de patrimonio en mano común. Un patrimonio de dos que sólo puede ser de dos no es un patrimonio en mano común sino un patrimonio por mitad lo que implica cuota por definición. Que luego cada uno de los comuneros pueda o no disponer de su cuota es cuestión puramente accidental».

Creo que tales términos son por diáfanos y lógicos absolutamente inobjectables. Quizás la mayor dificultad para que sean asumidos radica en su propia sencillez y en destacar algo que parece obvio. De tal forma que al exégeta de la sociedad de gananciales, que desea encontrar una explicación sinuosa donde quizás no haya dificultad, le cuesta asumir tal facilidad interpretativa sobre una materia en la que tantos autores han elaborado, tras largas disquisiciones, una construcción tan abstrusa y críptica como es la de la comunidad germánica.

También la Dirección General de los Registros, inicial adalid de la tesis germanista, y en tiempos su principal valedora, se ha manifestado expésamente partidaria en alguna Resolución de la idea de cuota abandonando la configuración anterior o, al menos, matizando lo que entiende por comunidad de tipo germánico.

Y así, por ejemplo, parece obligada la cita de la Resolución de 16 de octubre de 1986 (R. Ar. 6068) donde se manifiesta que «frente a lo alegado no cabía que el Registrador hubiese anotado el embargo sobre la mitad indivisa de la comunidad ganancial, no porque tales cuotas o participaciones no existan sino porque esas cuotas son indisponibles». Términos con los que evidentemente parece acercarse a la idea romana de comunidad si bien, para evitar tal consecuencia que quebraría una línea profundamente arraigada en su quehacer, concluye su argumento añá-

---

(43) GIMÉNEZ DUART, T. *La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge*, AAMN, t. XXVIII, 1987, pp. 262 ss.



diendo: «punto en que se centra, según la moderna doctrina alemana, la esencia de toda comunidad germánica».

Los términos últimos de tal pronunciamiento merecen de un breve comentario que iniciaremos rechazando en principio ese celo por acudir a la moderna doctrina alemana —tan vagamente citada— cuando la española ha sido lo suficientemente profusa como para remitirnos a ella en este particular. Al margen de lo anterior diremos que, efectivamente, la Dirección General, a la hora de configurar la comunidad conyugal como comunidad de tipo germánico, está pensando en una mancomunidad típica, uno de cuyos rasgos principales y definidor de su esencia es la ausencia de cuota. Por ello si hablamos de una comunidad con cuotas indisponibles —y al margen de lo que sobre este particular opine la moderna doctrina alemana— nos estamos alejando enormemente de la configuración inicial que del instituto efectuó el citado Centro Directivo quebrándose, por otro lado, los postulados que ha venido manteniendo y sobre los que se han asentado ulteriores consecuencias prácticas que estamos intentando rebatir.

Debemos además añadir que esa referencia a la moderna doctrina alemana parece que pueda identificarse con la evolución en los modernos derechos germánicos de distintas comunidades especiales que han originado una evidente unificación de ambos tipos comunitarios. Unificación que doctrinalmente fue efectuada básicamente por Larenz hace ya tiempo (44) y a la que no escapan las comunidades matrimoniales como puede verse en la moderna regulación del Código suizo que tendremos ocasión de comentar más adelante. Ahora bien, en definitiva, si partimos de una difuminación de las diferencias entre ambas categorías dogmáticas no tiene sentido alguno el presente debate que surge a raíz de la consideración tajante por parte del Tribunal Supremo de la sociedad conyugal como comunidad germánica típica en cuya caracterización, por definición, tal y como expresamente menciona el Tribunal Supremo (45) «falta por completo el concepto de parte».

Por último, en esta línea de ambigüedad que vengo destacando, cabe también la cita de la Sentencia de 17 de abril de 1967 (R. Aranzadi 1871), paradigmática en cuanto que en ella D. José Beltrán de Heredia asentó como doctrina Jurisprudencial su idea germánica de la sociedad conyugal que ulteriormente va a dar pie a la Sentencia de 11 de abril de 1972, ya comentada y de la que hemos destacado su continuidad literal en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pues bien en la

---

(44) LARENZ *Zur lehre von der Rechtsgemeinschaft*, en Anuarios de Ihering, XLVIII 1933, pp. 108 ss.

(45) Sentencias de 11 de abril de 1972, 26 y 29 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987, 4 de febrero de 1988, 13 de julio de 1988 y 26 de septiembre de 1988, entre otras.

Sentencia inicialmente mencionada, y tras sentar que se está a presencia de una comunidad de tipo germánico «con la que evidentemente, aún sin identificarse, la comunidad conyugal ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad», afirma a continuación que se «produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado a los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales el marido y la mujer». Pues bien si con la referencia a esa titularidad compartida por partes iguales no se describe mas bien una comunidad romana por cuotas en lugar de una mancomunidad germánica típica es que partimos de unos conceptos dogmáticos diferentes a los utilizados por D. José Beltrán.

### c) La idea de la comunidad diferida

Ya he tenido ocasión de mencionar anteriormente la existencia de una corriente doctrinal, fundamentalmente propiciada por una serie de notarios, estudiosos de un tema que afectaba directamente a su práctica diaria, y que a partir de la idea sembrada por Yago Ortega (46) inmediatamente antes de la reforma de 1981 han desarrollado una tesis cuyo origen más remoto quizás pueda buscarse en la doctrina de Tello Hernández (47) quien, partiendo de las ideas vertidas por Antonio Gómez, niega que la mujer adquiriera constante matrimonio el dominio y la posesión de su mitad de gananciales, dada la facultad de disposición que en todo caso continúa perteneciendo al marido sobre dichos bienes. De forma que, como resumía Cárdenas (48), «a la disolución del matrimonio es cuando se transfiere a la mujer la posesión efectiva e irrevocable de sus gananciales».

Pues bien la tesis que vamos a exponer resulta en alguna medida heredera de aquélla si bien sobre unos postulados igualitarios totalmente diferentes a los que en su día propiciaron la idea de que hasta la disolución no se producía la comunicación a favor de la mujer de su mitad ganancial. Hoy el núcleo de la concepción apuntada consiste en negar que durante la vida del régimen exista comunidad de bienes alguna la cual solo va a surgir una vez que se produzca el evento disolutorio del régimen económico matrimonial. La base doctrinal para tal

---

(46) YAGO ORTEGA, A. *Acerca de la titularidad sobre los gananciales*, RDN n.º 103, 1979, pp. 386 ss.

(47) TELLO FERNÁNDEZ citado por LLAMAS Y MOLINA en *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1852, p. 145.

(48) FRANCISCO CÁRDENAS *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, en vol IX de la revista *Derecho moderno*, Madrid 1850 y en sus *Estudios jurídicos*, vol. II, p. 112.

formulación la expuso en su día Yago Ortega a partir de la distinción entre ganancialidad y ganancias, pues mientras que aquélla «no es sino una cualidad de ciertos bienes del marido o de la mujer, los bienes gananciales son los que resultan como tales en el momento de la liquidación del régimen».

La tesis de la comunidad diferida es lo suficientemente conocida como para entrar al detalle de sus numerosos partidarios (49). Baste para resumirla con mencionar la última de las exposiciones que de ella se ha realizado y traer a colación los términos con que cierra su descripción Echevarría Echevarría (50) a modo de resumen interpretativo del art. 1344: «mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes en (régimen de) sociedad las ganancias o beneficios concretos que se incorporan al patrimonio del cónyuge que los genera como bienes gananciales, y que será atribuidos de por mitad entre los cónyuges como ganancias gananciales, finales o matrimoniales, tras la comunicación y comunidad ganancial, que se produce al disolverse la sociedad despersonalizada».

Ideas que podemos complementar afirmando que solo existen dos patrimonios, los privativos de los cónyuges, en los cuales la ganancialidad significa una especial afección de ciertos bienes dentro de los patrimonios privativos.

Para acabar esta breve descripción podemos mencionar que incidentalmente el Tribunal Supremo efectúa a veces manifestaciones que se inscriben plenamente en esta línea. Y así, por ejemplo, con gran claridad, la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 8045) nos recuerda que no debe olvidarse «que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal». Idea que literalmente parece ir directamente encaminada a apoyar la tesis de la comunidad diferida pero que, sin embargo, mas bien creo tiene su raíz en la doctrina del Tribunal Supremo —ampliamente contestada en estas páginas— en cuya virtud como argumento para rechazar las tercerías de dominio se parte de que la comunidad germánica, vigente el régimen,

---

(49) Entre los defensores de esta postura cabe la cita de los siguientes autores: BLANQUER UBEROS, R. *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, RDN ns.º 113-114, 1981, pp. 9 ss.; *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, AAMN, t. XXV, 1982, pp. 43 ss.; GARRIDO CERDA, E. *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, AAMN, t. XXV, 1982, pp. 143 ss.; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S. *Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias* RDN n.º 116, 1982, pp. 7 ss.; *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*, RDN 1983; *La comunicación ganancial*, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA 1988, pp. 117 ss.; MARTÍNEZ SANCHÍS *Casos dudosos de bienes privativos y gananciales* AAMN, t. XXVI, 1985, pp. 359 ss.; CASTILLO TAMARIT *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, RDN 121-122, 1983, pp. 7 ss.

(50) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA *La comunicación... cit.*, p. 145.

determina que no se sepa si existen bienes gananciales en tanto no se liquide el régimen.

d) La tesis societaria

Modernamente se ha revitalizado en profundidad la tesis societaria en virtud fundamentalmente de las reflexiones de Magariños Blanco en un reciente trabajo que lleva por título «Sociedad de gananciales y sociedad civil» (51) cuyo punto de arranque es el mismo que me ha movido a las presentes reflexiones: la constatación de la absoluta ineficacia de la comunidad germánica para explicar actualmente el fenómeno de la sociedad conyugal que emana de la reforma de 1981.

Sin embargo, y aún valorando en su justa medida la investigación de Magariños Blanco, que con mas detalle será objeto de análisis ulteriormente, me permito hacer un inicial reproche que ya he predicado a propósito de ciertas exposiciones actuales de la comunidad de gananciales como comunidad germánica. En este sentido y con carácter general y previo, diremos que nuestro discurso tiene por objeto encuadrar la comunidad conyugal dentro de los esquemas típicos que sirven de base a la discusión doctrinal: sociedad civil, comunidad romana, comunidad germánica, etc. Pero si el «modus operandi» consiste en difuminar las características de estas instituciones con la consiguiente mitigación de las diferencias entre unas y otras la polémica pierde gran parte de su originario sentido,.

El citado autor, tras realizar un análisis detallado de la postura germanista, con especial detenimiento en la fundamentación registral de su existencia, efectúa una interesante exposición que resume con brevedad en términos que para ser respetuosos con su obra creo de interés reproducir literalmente. Y así habla de que estamos a presencia de una sociedad civil universal de ganancias cuyo fin es el reparto de éstas cuando se disuelva, tipificada en el C.c. (arts. 1344 a 1410) cuyas notas diferenciales son (52):

«1°. Carece de personalidad jurídica plena, si bien alcanza un alto grado de unificación y autonomía. 2°. Funciona con el mecanismo típico de las sociedades (la representación) prácticamente desvanecido o eclipsado, utilizando el legislador dos resortes restitutorios y de equilibrio, que son la subrogación real y la presunción de ganancialidad. 3°. El patrimonio común constituye un mero soporte económico

---

(51) MAGARIÑOS BLANCO, V. *Sociedad de gananciales o sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado, EDESA 1989, pp. 305 ss. Más recientemente aún *vid.* del mismo autor *El órgano de administración de gananciales y la adquisición de bienes*, Academia Sevillana del Notariado, t. IV, EDESA 1991, pp. 395 ss.

(52) MAGARIÑOS BLANCO *op. cit.*, p. 331.

de la sociedad y, por lo tanto, la comunicación es compatible con la existencia de una titularidad individualizada determinante de una legitimación que permite, por un lado, un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges, y por otro, un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad que es la que informa la regulación de aquellas titularidades».

Para acabar esta sucinta exposición de la teoría que he denominado societaria creo oportuno apuntar algún otro atisbo jurisprudencial en el que parece subyacer esta idea. Y ello al margen de las viejas e iniciales Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 29 de abril de 1902 y 30 de marzo de 1904, favorecedoras de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales en función de la tesis doctrinal por aquel entonces dominante. Tesis de la que se hizo eco el propio Tribunal Supremo, inicialmente reticente a los vientos germanistas por los que luego se ha dejado mecer sin reparo, como las de 22 de mayor de 1915, 11 de marzo de 1946 y 18 de diciembre de 1950. Esta línea societaria perdura hasta que resulta tajantemente contestada a partir de la Sentencia de 17 de abril de 1967, ya comentada, de la que fue ponente D. José Beltrán de Heredia.

Retomando el hilo expositivo diremos que cabe la mención de alguna Sentencia en la que perdura la concepción societaria del consorcio familiar. Así, por ejemplo, la Sentencia de 4 de diciembre de 1958 (R. Aranzadi 4036), donde se toma partido por la naturaleza germánica de la sociedad conyugal, afirma sin embargo que «la sociedad de gananciales no atribuye a ninguno de los socios...», referencia semántica que indudablemente revela todavía una convicción societaria no marginada del todo.

Pero además, al lado de esas ya añejas Resoluciones y Fallos, tanto de la Dirección General como el Tribunal Supremo, tras la reforma de 1981, siguen ofreciéndonos datos que hacen pensar indirectamente en la configuración societaria de la sociedad conyugal. Así la propia Resolución de 28 de marzo de 1983 (R. Aranzadi 1662), básica como es sabido en la exégesis del reformado art. 144 del Reglamento Hipotecario, habla de que «cuando la ley establece que uno de los cónyuges, como órgano social, puede obligar los bienes gananciales...». Términos que, evidentemente, también reflejan una íntima convicción societaria y que además van a ser literalmente asumidos en no pocas Sentencias del Tribunal Supremo (53) a la hora de negar la necesidad de litisconsorcio pasivo cuando se trate de demandar a la sociedad conyugal.

---

(53) Sentencias de 29 de septiembre de 1986 (R. ARANZADI 4790) y 20 de marzo de 1989 (R. ARANZADI 2186), entre otras.

e) Otras modernas formulaciones acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales

En su momento, al hacer referencia a la simplicidad de la tesis comunitaria propugnada por Giménez Duart, mencioné el hecho de que la doctrina especializada cuando trata la presente cuestión parece verse obligada a asumir posiciones cuyo necesario presupuesto es la complicación interpretativa. Hasta el punto de que sencillez y acierto parecen dos conceptos absolutamente reñidos cuando se trata de describir los perfiles de esa arcana imagen en la que se refleja la sociedad de gananciales.

Paralelamente, y como consecuencia de lo anterior, se observa que el intento de explicar la sociedad de gananciales con tal presupuesto produce esfuerzos imaginativos realmente encomiables, difícilmente objetables en lo particular, pero que desde un punto de vista global creo complican aún más una cuestión cuyo actual enredo se debe esencialmente a la «lucidez» de la Dirección General de los Registros. Frente a tal manera de operar creo que la guía que debe presidir un análisis como el que nos ocupa radica en hallar una explicación lo más sencilla y racional posible, utilizando para ellos los esquemas clásicos y globales que el ordenamiento y el método investigador proporciona. Quiero también destacar en este momento que la finalidad perseguida consiste en dar una explicación general de la institución en la que se puedan incluir ulteriormente las diversas manifestaciones normativas que recoge el articulado del Código y, a la vez, que los principios que irradian de esa su condición global sirvan para integrar las posibles lagunas que el régimen normativo consorcial presenta. Por ello —y esta es la finalidad de estas líneas— quizás carezca de excesivo interés a tal efecto el llegar a explicar la institución atomizando excesivamente el supuesto de hecho analizado. Es decir dando diversas explicaciones sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales en función de la faceta normativa del consorcio conyugal que se cuestione. Evidentemente tal examen presentará aportaciones que particularmente serán a menudo válidas y que sirven para mejor entender concretos aspectos de la genérica sociedad de gananciales. Sin embargo, la finalidad que pretendo conseguir en este trabajo es otra y consiste en dar una explicación unitaria del fenómeno que, teniendo en cuenta las particularidades de la institución, permita sin embargo adaptarse a todas ellas y sirva, a la vez, como marco general a través del cual resolver las lagunas normativas que la regulación de nuestra sociedad conyugal presenta.

En la línea que he indicado, lo cual no implica descalificación alguna ante las novedosas aportaciones que contienen, creo pueden inscribirse los recientes trabajos de Vallet de Goytisolo y Benavente Moreda.

El primero de los autores citados, en un reciente y documentado estudio cuya guía —como la de muchos de nosotros— son los estudios

del profesor Lacruz, acude a los clásicos autores del derecho castellano y nos ofrece no tanto una consideración global de cuál sea la naturaleza de la sociedad de gananciales como un particularizada, a la vez que acertada, explicación de cuales sean los derechos de los cónyuges en relación con la detentación de los bienes gananciales en las diversas modalidades que puede revestir su titulación. Explicación, insisto, difícilmente objetable y de gran utilidad para ulteriormente comprender de forma general el problema fundamental de cómo se detentan los bienes que componen esa unidad patrimonial conyugal en términos que más adelante destacaremos.

Lo abreviado de la formulación con que resume su tesis nos permite una vez más, traerla a colación literalmente (54):

a) Que, de los bienes o derechos titulados o, a falta de título, poseídos por uno de ambos cónyuges en común, cada cual tienen una «pars rerum», es decir, su copropiedad, aunque limitada, por la necesaria co-disposición, mientras esté vigente la sociedad de gananciales. b) Que los bienes titulados a nombre de un sólo cónyuge, sin reconocimiento por el otro de su naturaleza ganancial, al ser presuntivamente gananciales, tiene preventivamente el otro cónyuge, en tanto la presunción no se disipe, una «pars valoris bonorum qua in specie solvere debet», también en cuanto quepa, conforme lo previsto en el art. 1062. c) En los supuestos de los arts. 1346 final, 1347.4º y 5º, 1356, 1357, 1359 y 1360, al cónyuge no titular sólo le corresponde una «pars valoris».

Por último me permito recoger la idea de Benavente Moreda si bien he de manifestar que no he podido consultar directamente su trabajo sino únicamente lo que de él expone el propio Vallet de Goytisolo (55). En este sentido parece que es posible resumir su argumentación en los siguientes términos, de los que deriva la asunción de la tesis societaria en la relación externa y la idea mancomunitaria en el ámbito de las relaciones internas:

«1º. En la esfera o ámbito interno o inter conyugal (ámbito de las relaciones patrimoniales, reclamaciones, reembolsos entre cónyuges, ...) existe una auténtica mancomunidad, sin atribución de cuotas, ni facultad para pedir la división. 2º. No obstante, en la proyección exterior de la sociedad, ésta se manifiesta como auténtica sociedad civil, sin per-

---

(54) VALLET DE GOYTISOLO, J. *En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales*, ADC 1990, fasc. IV. p. 1053.

(55) BENAVENTE MOREDA, P. *La actuación individual de los cónyuges en la administración de los bienes gananciales y el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales*, Tesis inédita, Madrid 1990. Extraigo sus referencias de VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 1021 y 1044.

sonalidad jurídica, por lo que la atribución de titularidades ha de coincidir en las personas de los cónyuges, en ambos o en cualquiera de ello».

### III. REVISION CRITICA DEL TEMA

#### A. Crítica de la tesis germanista

##### 1. *Raíces históricas de la comunidad de tipo germánico: su adaptación a la actual sociedad de gananciales*

Cuando los Códigos de base germánica acogen la regulación de la llamada propiedad en mano común, a la que se opone como es sabido la proindivisión de raigambre romana, es evidente que no hacen sino normativizar un modelo de detención patrimonial ampliamente sedimentado en aquellos países pero que, paralelamente, apenas tuvo virtualidad en el atípico sistema socio-económico de nuestra Edad Media.

De esta manera tenemos que al regular el Código civil suizo de 1907 la propiedad común (arts. 652 a 654) por oposición a la copropiedad (arts. 646 a 651) no se está creando una figura de laboratorio sino que aquella institución recoge una fórmula de dominación colectiva de los bienes vigente en la práctica y que, como trataré a continuación de acreditar, resulta ser totalmente ajena a la manera en que hoy se detentan por los esposos los bienes consorciales, muy especialmente tras la reforma de 1981.

Para acreditar la proposición anterior cabe subrayar el dato de que, inicialmente, con una visión un tanto superficial del tema, la sociedad de gananciales pudiera encajar más precisamente en la idea de mancomunidad que en la propiedad indivisa. Así, por ejemplo, si acudimos a las explicaciones doctrinales primeras de una y otra figura cuadra mejor nuestra sociedad conyugal en la mancomunidad de tipo germánico. En este sentido distinguía Wieland (1) ambos tipos de propiedad colectiva indicando que hay copropiedad cuando los diversos titulares están vinculados por una simple relación de comunidad real mientras que estaremos ante una propiedad común cuando entre los copropietarios existe además un vínculo personal respecto del cual se encuentra subordinada la propia relación real. Comentaba también el mencionado autor que «relaciones tales como la comunidad de bienes entre esposos o la sociedad en nombre colectivo sólo podían reglamentarse antes del Código civil suizo desde la óptica de la propiedad común».

El B.G.B., en su día, si bien un tanto asistemáticamente, también encauzó en esa doble vía la regulación de la copropiedad. Y así, junto

---

(1) WIELAND, C. *Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, París 1913, p. 74.



con una copropiedad de tipo romano disciplinada por un lado en los párrafos 1088 y siguientes y, asimismo, en ciertas normas que sobre comunidad se incluyen en el derecho de obligaciones (párrafos 741 y ss.), recoge diversas manifestaciones de la copropiedad en mano común entre las que se encuentra la comunidad universal de bienes de los párrafos 1437 y siguientes. Hedemann (2) nos describe los rasgos de esta figura «en su absoluta pureza» respecto de los cuales observamos que, de nuevo, parecen coordinarse mejor con los de la sociedad de gananciales. No es ocioso describir esos rasgos característicos a los efectos de nuestro ulterior discurso: «1° Nadie puede disponer libremente de su parte. 2° Nadie puede exigir libremente la división. 3° La administración ordinaria es común en el más estricto sentido de la palabra, es decir, de forma que no hay régimen de mayorías, que para dar cualquier paso se necesita unanimidad».

Ahora bien esta concepción comunitaria, que los Códigos germánicos acogen y cuyas características la doctrina inmediatamente posterior se encarga de perfilar, responde como he anunciado a una base histórica en cuyas raíces creo interesante profundizar. Simplificadamente diremos que los autores alemanes explican el fenómeno indicando que a medida que se poblaban los territorios se dividía el terreno en partes privadas y comunes. Por lo general las propiedades particulares consistían en una casa para habitar (Word, Were, Hef) o un pequeño campo o prado para el servicio ordinario. La parte colectiva se componía de bosques y tierras en los que todos los individuos ejercían y conservaban igual derecho: son las tierras comunales (allmende) (3).

Pues bien esa manera de detentar los bienes en que consiste la propiedad colectiva surge en función de unas causas económicas y sociales absolutamente ajenas a las que hoy determinan la atribución común de los bienes gananciales, resquebrajándose profundamente la eventual identidad del supuesto en uno y otro caso a pesar de que se quiera so-

---

(2) HEDEMANN, J. W. *Derechos reales*, vol. II, traducción española de Díez Pastor y González Enríquez, EDESA, Madrid 1955, pp. 265 y 266.

(3) Para una aproximación al tema *vid.* LEHR, E. *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, trad. española de Alcalde Prieto, Madrid 1878, pp. 115 ss. y con mayor precisión BRUNNER, H. *Historia del derecho germánico* según la 8.ª edición alemana de C. Von Schwarzer. Trad. española de Alvarez López, ed. Labor 1936, p. 9. Fórmula profundamente distinta a la contemplada en nuestros Fueros Municipales y Cartas Pueblas. A propósito del tema puede ser orientativo el completo estudio de GIBERT, R. (*Los Fueros de Sepúlveda*, Edición crítica, Segovia 1953, especialmente pp. 475 y 480) donde al compendiar el régimen de la propiedad inmobiliaria que resulta de los Fueros de la época no hace referencia alguna a la existencia de propiedades comunes salvo la de «pedreras, veseras, canteras y fuentes perennes» (Fuero de Cuenca VII, 2,4). Propiedad por lo tanto, la pública o comunal, absolutamente esporádica y marginal respecto a la genérica detentación individualizada de los bienes que ha de considerarse régimen de dominación exclusivo en nuestro derecho histórico. Y ello con independencia del régimen señorial de propiedad de los bienes que nada tiene que ver tampoco con las comunidades de tipo germánico analizadas.

meter a un encuadre dogmático uniforme. En este sentido diremos que la propiedad colectiva, origen de la regulación ulterior en los Códigos suizo y alemán, surge como consecuencia necesaria del espíritu de solidaridad medieval imperante en las colectividades de etnia germánica y que se apoya en el peso que tienen las dos grandes fuerzas sociales de la época: familia y ciudad. De tal manera que la propiedad comunitaria, a menudo familiar, es uno de los aspectos más importantes de la apropiación del suelo en el anciano derecho (4). En la base de tal asociación se encuentra la voluntad de trabajar juntos para obtener un rendimiento económico —identificable a menudo con la estricta supervivencia— inalcanzable individualmente. Otras veces la comunidad colectiva desborda el vínculo familiar, más o menos amplio, dando lugar a las comunidades «villageoises» en función de que el bien sujeto a denominación común exige de mayores usuarios dando lugar a la ampliación del vínculo de solidaridad. Todo ello, evidentemente, en función de la mayor o menor riqueza del entorno pues como en su día destacó Ihering (5) la necesidad de agruparse está vinculada a ese dato: a mayor pobreza más amplio será el vínculo que limita la propiedad colectiva desde el momento en que «el arte de ayudarse es patrimonio de los pobres».

En definitiva, y es ésta la conclusión que trato de obtener, estos tipos de copropiedad, origen de las comunidades en mano común de los Códigos del siglo XX, responden a una estructura económica en que los componentes individualizados del colectivo carecen absolutamente de autonomía patrimonial alguna que queda, como se ha visto, subordinada al interés común. Rasgo que destaco como decisivo a la hora de contrastarlo con nuestra sociedad de gananciales. En tal sentido, en términos expuestos por Patault (6) «la comunidad no es una institución jurídica. Es un fenómeno social, una solidaridad económica que no puede por ello reducirse a una indivisión».

Ahora bien, la evolución de la propiedad colectiva nos muestra también ciertas pautas de interés que, en definitiva, van a dar lugar a la preponderancia de la regulación comunitaria de tipo romano en los Códigos. Y así por ejemplo, acudiendo al derecho francés, puede constatarse que, a partir del s. XVI la idea de comunidad colectiva (familiar o «villageoise») va perdiendo vigor ya que las nuevas posibilidades económicas favorecen el que se pueda usar y disponer individualmente de los bienes. Y a partir de entonces, cuando tales circunstancias cambian, deja de tener sentido esa vinculación solidaria como única forma de detentar los bienes y se va hacia una indivisión que basada en la idea de

---

(4) Así lo destaca en su interesantísimo trabajo PATAULT, A. M. *Introducción historique al droit de biens*, París 1989, p. 61.

(5) IHERING, *El espíritu del derecho romano*, IV, 236.

(6) PATAULT, A. M. *op. y loc. cit.*

cuota permite una disponibilidad impensable en el modelo colectivo anterior (7). Y así, frente a la propiedad comunitaria que hemos descrito va a tenderse hacia el exclusivismo que la Revolución Francesa encumbrará y llevará a los Códigos.

En definitiva a partir del siglo XVI el espíritu medieval de solidaridad y estabilidad fundiaria cede ante el desarrollo del comercio y la apertura al mundo exterior de forma que la economía capitalista fundada en el comercio y la ganancia sucede a la vieja economía estrictamente rural. Paralelamente las propiedades colectivas basadas en ese vínculo de solidaridad familiar o social aparecen como trabas al nuevo espíritu capitalista. Una potente corriente de pensamiento, donde confluyen ideas económicas, filosóficas y jurídicas traduce y orienta esa evolución hacia la concepción exclusivista de la propiedad fundiaria que, en materia de copropiedad, se refleja en la evidente preeminencia de la proindivisión incidental romana presidida por la que se estima sagrada e inobjetable acción de división.

## 2. *El contraste de los rasgos evolutivos de la copropiedad con la actual sociedad de gananciales*

El discurso que precede, necesariamente debe llevar a conclusiones que puedan interesarnos en orden a la configuración actual de la sociedad de gananciales. Objetivo que creo posible alcanzar.

Para ello podemos recordar, siquiera muy brevemente, cual sea la finalidad económica a la que atiende la propiedad colectiva o en mano común. Esta no es históricamente otra que un mejor aprovechamiento de los recursos económicos, especialmente la tierra, en un momento en que individualmente no es posible obtener tal logro. En tal organización colectiva es presupuesto necesario una total ablación de la capacidad patrimonial individual de cada uno de sus miembros que se pierde en favor del colectivo y que tiene como lógica manifestación la inexistencia de una acción de división.

Pues bien tal base de hecho podía encontrarse —al menos algunos de sus rasgos— en la sociedad de gananciales que norma nuestro Código civil de 1889, y cuya regulación va a dar lugar en el primer tercio del siglo XX a esa identidad por parte de la doctrina entre sociedad consorcial y comunidad de tipo germánico. Para ello hay que pensar que en aquel entonces la sociedad conyugal se configura en el Código como colectivo con un interés común y uniforme al que se denomina interés

---

(7) En relación con el tema *vid.* GAUDEMET, J. *Etude sur le régime juridique de l'indivision*, Strasbourg 1934.

familiar. Interés que determina el marido y en que se funden, hasta desaparecer, los intereses individuales de los miembros del consorcio. Ello lleva, paralelamente, a la imposible mutación consensuada del régimen y a la dificultad de salir de él como regla general mientras el matrimonio perviva.

Sin embargo la familia cambia a la par que lo hace la estructura social y económica en que se asienta. Y en la materia que nos ocupa el cambio se refleja en la profundísima alteración del régimen de gananciales que propicia la reforma de 1981. Como consecuencia de ella y conjugándola con los dictados constitucionales, entiendo que la persistencia en la configuración de la sociedad de gananciales como propiedad colectiva de tipo germánico resulta altamente disonante.

Concretando la afirmación anterior diremos que hoy se destacan como esenciales la capacidad patrimonial individual de marido y mujer incluso en el seno de la sociedad de gananciales. De tal manera que se ha procurado la equiparación haciendo que la esposa, e incluso los hijos económicamente independientes —si bien esta referencia exigiría de mayores precisiones— gocen de una ilimitada capacidad patrimonial de la que antes sólo disfrutaba el marido y a los fines familiares. Debe hacerse asimismo constar que si bien antes de tal cúmulo de poderes maritales eran en cierta medida instrumentales —en pro siempre del interés familiar— hoy han perdido ese carácter, preponderando la idea individualista de que el interés familiar, al menos en la esfera patrimonial, no es un suprainterés sino en cualquier caso la suma de los intereses individuales de sus componentes.

El punto de inflexión a partir del cual el modelo normativo familiar cambia creo ha de colocarse en la reforma de 1975. En ella se supera la inicial incapacidad de la mujer y se sanciona en el art. 62 que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges». Norma ésta que, por obvia, ha desaparecido ya en la reforma de 1981 bastando con la genérica declaración de igualdad del art. 32 de la Constitución que refrenda el vigente art. 66 del Código civil.

Pues bien, como digo, la recuperación por los cónyuges de la capacidad de gestión individual de sus intereses patrimoniales, incluso en el ámbito de la sociedad de gananciales, resulta altamente contradictoria con la configuración colectiva y solidaria que la idea de comunidad germánica conlleva, de tal forma que se producen múltiples quiebras al contrastar las concretas posibilidades de gestión individual con la idea de solidaridad familiar ínsita en la comunidad en mano común como sus raíces históricas demuestran. Es decir se nos aparece, por ejemplo, altamente contradictorio con la idea de propiedad colectiva el que cada cónyuge pueda responder de sus deudas privativas con la parte que en consorcio le corresponde (ex art. 1373).

Pero además ocurre que la propia evolución social y su reflejo jurisprudencial han desembocado en una cada vez mayor reafirmación de la capacidad de gestión individual de los cónyuges en el ámbito de la sociedad conyugal de manera que si bien el legislador no se atrevió a dar el paso definitivo hacia el régimen de separación como régimen legal (8) es evidente que nos encontramos actualmente ante un régimen consorcial mucho más disociativo que el vigente antes de 1981 y que, en consecuencia, por definición, se explica mucho mejor desde la óptica de la comunidad incidental romana que desde el prisma colectivo y solidario de la comunidad germánica.

Haciéndonos eco de concretas manifestaciones jurisprudenciales de lo que antecede se puede mencionar inicialmente la Sentencia de 20 de enero de 1989 (R. Aranzadi 109) que nos recuerda como «el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos» -quizás hubiera sido más propio hablar de capacidad de obrar— pues «ambos pueden obligarse individualmente y responder con sus propios bienes» entre los cuales se encuentra la mitad en los bienes conyugales sobre el cual el cónyuge no deudor puede concentrar la traba ejerciendo la opción del art. 1373.

Tal declaración, y en supuestos de mayor trascendencia, se repite a partir de entonces con una cierta asiduidad haciendo cada vez más palpable esa idea de disociación patrimonial en el seno de la comunidad conyugal. Y así, por ejemplo, la interesante Sentencia de 2 de julio de 1990 (R. Aranzadi 5765) lleva por derroteros distintos, y realmente más adecuados, el viejo problema de si el aval prestado por uno sólo de los cónyuges es o no nulo. Análisis erróneo que se seguía efectuando hasta entonces desde la óptica de la comunidad como consorcio de tipo germánico. Y así el planteamiento que la referida Sentencia efectúa ya no es tal sino el más propio de considerar que «el marido, al avalar, hizo uso de su facultad de contratar, de la que gozan ambos esposos y que en modo alguno queda limitada por el matrimonio». El problema por lo tanto se centra ya en determinar si tal obligación puede vincular los bienes gananciales o solo los privativos del cónyuge contratante pero, en ningún caso, se examina la eventual nulidad o anulabilidad del acto por contraste con haber servido o no al interés familiar. Sin que quepa olvidar —nos recuerda la Sentencia— «que los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos derivados de obligaciones no contraídas por los cónyuges deudores en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares, incluso persiguiendo los bienes gananciales».

---

(8) A propósito de la elección por parte del legislador de 1981 del régimen de gananciales como régimen legal *vid.* la explicación que del tema efectúo en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, Valladolid 1991, pp. 40 ss.

También se reitera esa inhabilidad del matrimonio para restringir la capacidad de los cónyuges en la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 8045) y del mismo Ponente la de 10 de diciembre de 1990 (R. Aranzadi 9926). En parecidos términos la Sentencia de 5 de febrero de 1991 (Act. Civ. 40/1991) efectúa de nuevo el que estimamos adecuado tratamiento de una fianza concertada por uno de los esposos cuestionando no la validez de la misma sino el círculo patrimonial afecto a tal responsabilidad.

En la línea que venimos exponiendo resulta obligada la referencia a la ley 18/1991 de 6 de junio, que reforma el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y donde se persiste en esa tendencia a la «disociación» de la comunidad conyugal si bien desde una óptica que considero absolutamente irrespetuosa con los postulados del Código civil en materia de sociedad de gananciales. Cuestión que, imagino, va a dar lugar a no pocas reacciones.

La Exposición de Motivos de la mentada Ley es significativa de lo que para el legislador tributario es la sociedad de gananciales y así se dice, tras hacer una particular lectura de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, que «en definitiva, el I.R.P.F. debe obviar, como punto de arranque, la idea del *grupo*, para centrar su enfoque en el individuo, en la persona física, única que puede ser considerada *sujeto pasivo* del tributo».

La anterior declaración de intenciones se concreta ulteriormente en el art. 30 de la Ley donde, al regular la «Individualización de los rendimientos del trabajo» se produce la que entiendo inobjetable derogación, al menos a efectos fiscales, del art. 1347.1º del Código civil en cuanto que individualiza en su perceptor los rendimientos del trabajo personal que el Código civil considera bienes gananciales básicos. No es ésta la sede adecuada en que tratar a fondo tan compleja norma y, especialmente, las relaciones entre la norma civil y tributaria. Baste significar, para mantener el hilo de nuestro discurso, que el citado art. 30 representa la imagen —al menos desde el punto de vista contributivo— del régimen de gananciales como sistema puramente disociativo en lo que a esta importante fuente de rendimientos familiares se refiere. En cualquier caso, insisto, la regla del apuntado art. 30 encaja mal con cualquier con-

---

(9) En cualquier caso la absoluta falta de respeto para con la legislación civil ya se intuía en el Libro Blanco para la Reforma del I.R.P.F. («Informe sobre la Reforma de la Imposición personal sobre la renta y el patrimonio», Ministerio de Economía y Hacienda, junio 1990, Cap. 6, p. 46) donde se llegaba a decir que «además, por razones de respeto a la intimidad personal, los cónyuges deben tener derecho a un sistema de tributación individual, que no les obligue a desvelar su capacidad económica al otro cónyuge». Realmente hubiera sido conveniente poner en contacto al autor de tales líneas con el Código civil y recomendarle la lectura del art. 1383 ya que el deseo que sus palabras traslucen llevaría a los cónyuges a incurrir en la causa de separación que deriva del artículo 1393.4.

sideración colectiva del consorcio, tanto comunitaria como societaria, y muestra la clara tendencia a individualizar dentro del mismo la capacidad individual de sus componentes (9).

En definitiva se observa que la sociedad de gananciales resultante de la reforma de 1981 aparece como muy diferente a la que en su día sirvió para asentar la idea de la comunidad de tipo germánico. Pilares básicos de aquella como lo eran la idea de permanencia, la jefatura marital única del consorcio o la necesidad de dirigir la gestión exclusivamente al interés familiar con amortización de los intereses individuales, están hoy ausentes del perfil de la nueva sociedad conyugal en la que se busca, como medio de alcanzar la igualdad, el desarrollo del particularismo patrimonial de los cónyuges dentro del consorcio. Esta finalidad ha producido el que quede relegada a un segundo plano la idea del interés familiar pues si bien éste sigue presidiendo la esfera personal de los cónyuges (art. 67 del C.c.) expresamente ha sido omitido en sede de régimen de gananciales (10).

Todo ello nos lleva, al margen de concretas matizaciones, a considerar desde un punto de vista general como mucho más adecuado el encaje de la sociedad de gananciales en los moldes de la clásica comunidad romana —que no olvidemos es la única que el Código recoge— y no en la oscura idea de la mano común que tantos problemas ocasiona. Insisto que el actual perfil de la comunidad de gananciales cuadra mejor con la movilidad e individualismo patrimonial que las comunidades proindiviso propugnan y no con la vinculación y afección permanente de los bienes, básica en las copropiedades colectivas de tipo germánico.

### 3. *Las concretas divergencias entre la actual sociedad de gananciales y la comunidad de tipo germánico*

Ya he efectuado una genérica exposición de las diferencias que, en su propia esencia, parecen existir entre las instituciones que venimos contrastando. Pero, al margen de esa diferenciación un tanto general, cabe resaltar diversos aspectos de la concreta regulación ganancial en los que el Código se separa de las comunidades de tipo germánico o, si se quiere, se acerca a la regulación común de las comunidades proindiviso. Tema que pormenorizadamente paso a acometer.

---

(10) En relación con la pérdida de relevancia del criterio del interés familiar como determinante de la responsabilidad patrimonial del consorcio, hoy sustituido por otras concretas normas, *vid.* mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *cit.* pp. 46 ss. y 435 ss.

a) El relajamiento de la idea de permanencia en la sociedad de gananciales (11)

El primero de los aspectos que origina la consecuencia que pretendo afirmar se asienta en la desaparición progresiva de la idea de permanencia, característica fundamental en toda comunidad de tipo germánico y que arraigadamente se daba en nuestras viejas comunidades de gananciales.

Es sabido que la comunidad de raíz germánica responde a un principio colectivista característico de su organización socio-económica donde se considera esencial tal manera de detentación de ciertos bienes básicos. Como consecuencia de ello se hace preciso dotar de un necesario carácter de estabilidad a todo consorcio que se pretenda asimilar a las comunidades de tipo germánico pues tal organización comunitaria no tiene sentido frente a colectividades accidentales. Es decir, la organización social germánica crea un tipo de comunidad que tiene como característica esencial la permanencia, constituyendo ello a la vez una consecuencia que se ha de reflejar en las situaciones que se pretendan posteriormente incardinar dentro de esta forma de disciplina comunitaria. Tan es así que en las primitivas colectividades familiares germánicas la muerte de alguno de sus miembros no producía la disolución de la misma que transcendía la vida del individuo pues era medio que se consideraba más adecuado para la explotación de bienes (12).

Es por ello que nuestras antiguas sociedades de gananciales se asimilaban, como ya he dicho, a las comunidades de tipo germánico ante la prácticamente imposible disolución de las mismas. La normativa vigente en el primer tercio del siglo, donde con mayor auge se acoge la tesis indicada, refleja, por un lado, la práctica imposibilidad de disolver el matrimonio y, en consecuencia, la sociedad de gananciales, salvo que se produjera la muerte de uno de los esposos. Por otro lado, constante matrimonio, tampoco existe la posibilidad de alterar el régimen vigente al inicio del vínculo por lo que parecía razonable considerar que la socie-

---

(11) GIMÉNEZ DUART, T. *La adquisición y disposición de bienes gananciales por uno sólo de los cónyuges*, AAMN, t. XXVIII, 1987, p. 262 centra su crítica de la idea germánica en este aspecto al destacar el hecho de que la doctrina actual incurre en la inercia de mantener los esquemas elaborados en la segunda mitad de los años veinte para una comunidad en que uno de los partícipes lo era todo y el otro nada y sobre todo en que la disolución estaba vedada a la voluntad de los componentes.

(12) Expresamente destaca este dato PATAULT (*op. cit.*, p. 63) a propósito de las comunidades familiares organizadas desde el prisma de la solidaridad y vigentes en Francia con gran vigor en los siglos XIII y XIV.



dad de gananciales originaba una comunidad de la que resultaba imposible salir (13).

Sin embargo desde tal momento hasta hoy se ha recorrido un largo trecho de forma que esa necesaria vocación de permanencia de la sociedad de gananciales se ha visto desvirtuada ante las cada vez mayores posibilidades de que, constante matrimonio, se proceda a la disolución del consorcio.

El primer paso en ese camino se da con motivo de la reforma de 1975 al admitirse la posibilidad de que, por mutuo acuerdo, se produzca la disolución de la comunidad económico-matrimonial mediante la modificación capitular del régimen operada constante matrimonio.

Pero además, posteriormente, la reforma de 1981 contiene varias normas en las que acusadamente se observa que el ideal del legislador ya no es ese deseo de estabilizar la comunidad de gananciales sino más bien al contrario. De tal manera que existe una evidente tendencia a posibilitar la disolución de la comunidad ganancial, consecuencia propia de la «communio incidens» romana y nunca de la mancomunidad germánica estructural y teleológicamente vinculada a la idea de la permanencia.

Al hilo de las consideraciones que anteceden hay que afirmar las múltiples posibilidades de disolución o relajación del vínculo matrimonial hoy existentes y unir tal dato a la disciplina del art. 95 del Código civil en cuya virtud todas aquellas causas llevan aparejada la disolución de la comunidad de gananciales, caso de que exista. Hay que tener además muy presente la mencionada facilidad para modificar el vínculo que, en materia de separación matrimonial, recoge el art. 82 del Código. Por último debe además valorarse a estos fines que la mera presentación de una demanda de separación, divorcio o nulidad produce una serie de efectos que evidentemente están prelujiando la disolución de la comunidad consorcial.

Pero al margen de lo anterior, en que la disolución es consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial, lo verdaderamente interesante es que hay otros muchos casos en los que, sin llegar a ello, el legislador busca de propósito la disolución evidenciando esa accidentabilidad característica del sistema romano y absolutamente impropia de la comunidad germánica.

Quizás el caso más patente de lo que exponemos sea el del art. 1373 respecto del cual, además de otras consecuencias, deriva una gran facilidad, al menos teórica, para procederse a la disolución del consorcio, exigiéndose tan solo que un cónyuge contraiga e incumpla una deuda

---

(13) Cabe destacar en este punto el originario art. 1394 del CC cuya redacción ha perdurado hasta 1981, donde se establecía que «la renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio sino en el caso de separación judicial».

privativa como consecuencia de la cual se produzca la traba de los bienes gananciales.

Por último, debe subrayarse que la mera lectura de los arts. 1393 y 1394, donde se recogen los casos de disolución de la sociedad de gananciales, muestra un elenco de posibilidades infinitamente más amplio que el del derogado art. 1417, vigente antes de la reforma de 1981, determinante de una deseada por aquel entonces fosilización de la sociedad de gananciales. Ello disipa posibles dudas sobre cual sea el propósito del legislador acerca de la permanencia de la sociedad de gananciales al permitir la disolución de la misma tan pronto se dé por parte de cualquiera de los esposos una conducta contraria a las finalidades del grupo. Con todo ello queremos resaltar que si fuera objetivo del legislador el de mantener a ultranza la sociedad de gananciales como fórmula comunitaria exigida por la propia configuración estructural del matrimonio, no se hubieran regulado y otorgado tantas facilidades para su posible disolución y se habría tendido, por el contrario, a dar respuestas diferentes a la disolución frente al incumplimiento de ciertos deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges. Sin embargo entendemos que desde el momento en que se instaura la posibilidad de disolver el régimen mediante capitulaciones pactadas constante matrimonio la idea de permanencia estaba herida de muerte. Máxime si pensamos que en la comunidad puramente germánica la posibilidad de disolución escapa no solo de la voluntad unilateral de sus miembros sino de su voluntad colectiva al ser un vínculo que se superpone a la misma como medio de aprovechamiento adecuado de los bienes.

#### b) La existencia de la idea de cuota en la sociedad de gananciales

En la línea que venimos tratando otra cuestión que puedes ser indiciariamente reveladora consiste en constatar la posible acogida por el derecho positivo de la idea de cuota en sede de gananciales, presupuesto característico de la comunidad de tipo romano y a la vez absolutamente impensable en una comunidad de tipo germánico.

Respecto de este punto también parece evidente que no puede predicarse diáfananamente la existencia de la idea de cuota en los términos específicos con que la misma aparece recogida en el art. 399 y concordantes del Código, pero si se observan ciertos indicios en la regulación de la sociedad de gananciales que se acercan a su reconocimiento.

Ya en su día puso de relieve Cossio (14) el hecho de que la posibilidad de disponer el marido por testamento «de su mitad de ganancia-

---

(14) COSSIO, A. *La sociedad de gananciales*, Madrid 1963, p. 35. Con más claridad se había pronunciado anteriormente MESSINEO (*op. y loc. cit.*) defendiendo la idea de cuota

les» presuponía en alguna medida la aceptación de la idea de cuota en sede de gananciales. Normativa perpetuada en el actual art. 1379 si bien, obviamente, extendiendo tal facultad a ambos cónyuges. No es tampoco de despreciar, al hilo de esta argumentación, el hecho de que el art. 1380 sancione para la disposición testamentaria de un bien ganancial, realizada por un sólo cónyuge, la misma consecuencia que el art. 399 en cuanto al efecto de la enajenación por un comunero de la cosa común.

Sin embargo, donde con más claridad se recoge hoy la idea de cuota es en el art. 1373 del Código civil que expresamente menciona el que se «podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes conyugales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal». Incuestionablemente tal denominada «parte» no es sino la cuota que se concreta en unos determinados bienes una vez que se ejercite la atípica «*actio communi dividundo*» que en el precepto se contiene. En este sentido, al menos desde el prisma de la responsabilidad, la idea de cuota se encuentra perfectamente delimitada pues únicamente esa mitad del patrimonio ganancial va a responder de las deudas privativas, previa disolución del consorcio. En definitiva, desde la óptica de la responsabilidad patrimonial del deudor es evidente que cada esposo tiene como soporte patrimonial de su actividad la mitad de lo que en el conjunto de los bienes gananciales le corresponde. Mitad que puede responsabilizar y que en cualquier momento puede dar lugar a que se materialice sobre ella la agresión patrimonial de los terceros a falta de bienes privativos y con las matizaciones que el complejo art. 1373 exige.

Por último debemos destacar algo decisivo y que en su día fue intuído por Messineo como ya hemos puesto de relieve. Consiste en indicar que la existencia de la idea de cuota no depende exclusivamente de que conste su eventual disponibilidad. O, planteado en términos

---

si bien indisponible. También, como hemos destacado, hace mención LACRUZ (*En torno a la... cit.*) a la idea de cuota cuando afirmaba que «si bien hay una cuota sobre el conjunto, al tratarse de una copropiedad sobre un patrimonio no es posible realizar la determinación de la cuota con referencia a bienes singulares, no siendo la participación de cada cotitular sobre los objetos absolutamente indeterminada sino temporalmente indeterminada». Hablando también este mismo autor de que las «cuotas son necesarias para no caer en el extremo de configurar la titularidad común como una especie de titularidad solidaria». Por último reitero ideas de VALLET DE GOYTISOLO (*op. y loc. cit.*) que asume la idea de cuota al afirmar que «de los bienes o derechos titulados, o a falta de título, poseídos por uno de ambos cónyuges en común, cada cual tiene una *pars rerum* es decir, su copropiedad, aunque limitada por la necesaria codisposición mientras esté vigente la sociedad de gananciales». Al margen de todos ellos ya he puesto de relieve la tesis de GIMÉNEZ DUART (*op. y loc. cit.*) quien expresamente se pronuncia a favor de la idea de cuota en el ámbito de la sociedad de gananciales.

inversos, diríamos que es posible hablar de cuotas indisponibles sin que ello afecte a su esencia tal y como recientemente ha sancionado el párrafo 2º del art. 215 del Código suizo donde, tras declararse que los bienes de la comunidad universal matrimonial pertenecen proindiviso a ambos cónyuges se indica que «ni la mujer ni el marido pueden disponer de su parte». Norma a complementar con el art. 217 que permite la disposición conjunta de los bienes que componen dicha comunidad.

Con tales precedentes y por referencia a nuestro derecho subrayaremos que la eventual indisponibilidad de la cuota no parece dato suficiente para considerar inviable su existencia, de la misma manera que tampoco se desvirtúa la propia comunidad proindiviso —esencialmente incidental— por el hecho de que desaparezca la posibilidad de ejercitar la acción de división, característica básica configuradora del instituto y que el art. 400, en su párrafo 2º, permite difuminar. Confirmando cuanto se expone cabe también reiterar el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de octubre de 1986 (R. Aranzadi 6068) en la que se afirma la imposibilidad de anotar un embargo sobre la mitad indivisa de la sociedad conyugal «no porque tales cuotas o participaciones no existan sino porque esas cuotas son indisponibles».

c) La desaparición del principio jerárquico en la gestión de la comunidad conyugal

Otra vía a través de la cual se produce la resaltada disimilitud entre la institución ganancial y la organización comunitaria germánica la encontramos en la supresión del principio jerárquico que resulta clave para articular colectividades mancomunadas en las cuales la falta de cuota hace imposible el funcionamiento del denominado principio democrático.

En este sentido, tal y como en su día puso de relieve Hernández Ros (15) la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico se reflejaba en el hecho de que el propio legislador español arranca en su configuración de una institución organizada jerárquicamente, característica típica de las colectividades en mano común, y que se pone de manifiesto en la atribución al jefe de la familia de la gestión y disposición absoluta de la economía familiar.

Pero hoy, como fácilmente se intuye, el profundo cambio que la reforma de 1981 ha operado sobre el tema hace que resulte contradictorio,

---

(15) HERNÁNDEZ ROS *La naturaleza jurídica de la sociedad conyugal*, RDP 1943, p. 510. En el mismo sentido, refiriéndose al marido como «jefe económico de la familia», *vid.* la Rs. de la D.G.R. de 30 de junio de 1927.

o más propiamente inconstitucional, tal referencia a esa idea de jerarquía que resultaba básica en la organización y régimen de una comunidad en la que no existe la idea de cuota. Por esta razón ya es posible que el régimen de administración y disposición de la actual comunidad conyugal se base en un principio democrático pues se exige la mayoría —coincidente con la unanimidad ante la estructura dual de la sociedad conyugal— como principio que disciplina la gestión del consorcio. Principio incompatible con la comunidad jerárquicamente organizada en las colectividades de tipo germano. Y aunque, como queda dicho, ese principio de mayorías no se revele con claridad ante la estructura dual de la comunidad, lo que si es evidente —y acorde con aquél— es la absoluta igualdad en el plano de la gestión patrimonial del propio consorcio siendo incluso posiblemente nulos pactos que atenten contra tal igualdad (art. 1328).

Pero es que además la pérdida de poderes por parte del marido en orden a la dirección y representación de la economía familiar ha producido otro fenómeno impensable frente a la solidaridad ínsita en una mancomunidad de tipo germánico y que a la vez encaja perfectamente en los esquemas de la comunidad ordinaria. Tal fenómeno, circunscrito al ámbito procesal, consiste en la constatación de la existencia, en ciertos casos, de un litisconsorcio pasivo necesario entre los cónyuges. De tal forma que frente a litigios que afecten a determinados bienes conyugales es necesario demandar a uno y otro al considerarse como algo esencial su autonomía patrimonial incluso en defensa de los bienes gananciales (16). Cuestión, insisto, inexplicable desde la visión solidaria que de la propiedad común ofrece el modelo germánico.

La comparación con el moderno sistema francés emanado de la reforma de 23 de diciembre de 1985 nos permite también extraer alguna conclusión. Ay así, a diferencia de cuanto nuestro sistema sanciona en orden a la gestión de los bienes comunes, gestión que precisa de ser conjunta como principio general, en el derecho francés se parte de una gestión indistinta o solidaria (art. 1421). Hecho que evidentemente refleja una línea normativa más acorde con la idea de la comunidad germánica y al margen de que las excepciones al principio general de gestión indistinta acerquen el resultado final al que nuestra normativa establece (17). Es decir, al establecer nuestro le-

---

(16) Vid. el tratamiento que efectúo sobre la legitimación pasiva de los esposos frente a litigios que afecten a la sociedad conyugal en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad...* cit. pp. 281 ss. Concretamente allí se recogen determinados Fallos en que es apreciada la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre los cónyuges como son la S.T.C. de 31 de octubre de 1986 y las SS. del T.S. de 4 de abril de 1988, 6 de junio de 1988, 25 de enero de 1990 y 6 de febrero de 1990.

(17) Vid. la comparación entre uno y otro sistema en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad...* cit. p. 155.

gislador esa gestión conjunta, que se ha preferido a la gestión solidaria como sustitutivo de la antigua prepotencia marital, se está eclipsando cualquier mecanismo representativo a la par que se potencia el individualismo patrimonial en el seno del consorcio: como regla general no se quiere dejar en manos de uno u otro cónyuge la atención de la cosa común sino que se exige la confluencia de ambas voluntades a la hora de determinar cual sea la dirección por la que encauzar el interés del consorcio que, en definitiva, parece no ser sino la suma de ambos intereses individuales.

En resumen, el que la antigua administración del marido se haya visto sustituida por la conjunta de uno y otro en defecto de otras fórmulas que, como la gestión indistinta, también aseguran «a priori» el respeto al principio de igualdad, nos lleva de nuevo a reafirmar el rechazo de la configuración germanista del consorcio conyugal y su proximidad a la comunidad proindiviso en la que para cualquier acto de administración es necesaria la intervención de la mayoría de comuneros que se convierte en unanimidad frente a actos dispositivos.

#### 4. *Problemas prácticos de la configuración germanista de la sociedad de gananciales*

He destinado las páginas que anteceden al rechazo de la persistente configuración germanista de la sociedad de gananciales, rechazo que he intentado fundar en los aspectos dogmáticos de una y otra institución. Sin embargo, y al margen de debates doctrinales, el punto de arranque que me ha llevado a estas conclusiones surge de los problemas prácticos que la conceptualización en mano común del consorcio ha ocasionado a partir de la reforma de 1981, especialmente al haber determinado la inviabilidad del importante mecanismo contenido en el art. 1373 del C.c.

En este sentido, ya lo he apuntado, entiendo que ha resultado altamente nocivo para el entendimiento conjunto del sistema, el que se haya acudido a la configuración germanista —en su absoluta pureza— de la comunidad conyugal para con ello amparar el rechazo de las tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor quien vea en tal procedimiento el único medio de hacer viable, paralizando a la vez la vía

---

(18) El tema, que resulta ser de una gran amplitud, puede verse en mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad*, cit., especialmente pp. 522 ss. A lo allí comentado cabe añadir el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de enero de 1991 (Vid. comentario de la misma por HUALDE MANSO, T. en Act. Civ. n.º 29, 1991, pp. 395 ss.) en la cual, a propósito de los bienes de conquista, se adopta la solución que hemos defendido y por la que en su día optó la S.T.S. de 16 de enero de 1987 de inmediato contestada por la de 16 de febrero de 1987.

de apremio, las prerrogativas que al esposo no deudor concede el mentado art. 1372 (18).

Pues bien, al margen de cuantas explicaciones se han vertido hasta ahora entiendo que resulta difícil de entender la razón por la cual el Tribunal Supremo sólo lleva hasta sus últimas consecuencias la idea germanista desde la óptica de los cónyuges deudores pero no desde la de sus acreedores. Es decir únicamente aplica tal concepción cuando el cónyuge tercerista pretende defender sus bienes pero no respecto de los acreedores a la hora de trabarlos. Y así, si se piensa que los esposos no tienen sobre los concretos bienes conyugales una titularidad actual, o dicho en términos con que literalmente se pronuncia el Tribunal Supremo no tiene «la propiedad de los bienes gananciales sino un mero derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente», no se entiende el que por deudas de uno sólo de ellos se permita la agresión individualizada sobre alguno de tales bienes que configuran el patrimonio consorcial y, a la vez, se deniegue la condición de propietario al otro cónyuge a los efectos de entablar la eventual reivindicación que la tercera implica. La idea de la comunidad germánica, llevada hasta sus últimas y naturales consecuencias, imposibilitaría sin duda el ejercicio de una acción reivindicatoria —no se tiene vigente la sociedad una propiedad exclusiva y excluyente— pero, previamente, también debiera ser obstáculo para proceder a la traba de concretos bienes por la misma razón y muy especialmente cuando figurase como deudor uno solo de los cónyuges *ex art.* 1373. Sin que sea válido en tal sentido el argumento de indicar que el art. 1373 permite la traba de los bienes gananciales pues de igual manera hay que contestar que este artículo permite también la exoneración de la mitad ganancial. Es decir con base en una interpretación germanista del consorcio conyugal habría que buscar otros cauces a este precepto y no sólo para la defensa de la mitad por parte del cónyuge no deudor sino respecto a la posibilidad de la traba, no siendo de recibo tratar este último aspecto al margen de la idea germanista y el otro —el intento de liberación de la mitad consorcial— desde tal punto de vista.

En definitiva diríamos que el art. 1373 posibilita la traba de los bienes gananciales por deudas privativas pero, para resultar coherente con la denegación de las ulteriores tercerías, habría que pensar en una traba que abarcara genéricamente a todo el patrimonio consorcial, sin poder concentrarse —ni en teoría anotarse— sobre bienes concretos en tanto no se produjera la liquidación del consorcio. Es decir, permitir al acreedor desencadenar su actuación sólo una vez liquidada la sociedad conyugal, momento en que ya se podrían trabar los concretos bienes que formarían el activo partible y antes del cual el cónyuge no deudor habría rescatado su mitad consorcial. Solución que, obviamente, no definiendo, no amparada por la letra del art. 1373 ni por el art. 144 del Reglamento Hipotecario, pero que evidencia la contradicción que supone

el considerar propietario de los bienes consorciales al cónyuge deudor a efectos de permitir la traba pero a la vez no considerar tal condición dominical en el cónyuge no deudor a los efectos de liberar su mitad consorcial.

Al margen del tema anterior y con una argumentación parecida diríamos que, en la práctica, y aunque sea tema que ni tan siquiera se ha planteado, tampoco tiene excesivo sentido —desde este prisma puramente germanista— el permitir la enajenación de los concretos bienes conyugales vigente la sociedad y aunque intervengan en la disposición ambos cónyuges. Es decir, desde una perspectiva estrictamente mancomunada de la comunidad conyugal en la cual se dice que los cónyuges no tienen sobre los concretos bienes una propiedad actual, ni exclusiva ni excluyente sino en el momento liquidatorio, parece que el concurso de ambos no es tampoco suficiente para la disposición de los bienes si previamente no media la liquidación de esa comunidad que convierte a sus partícipes en propietarios exclusivos. Y ello a salvo de que se piense que tal falta de propiedad exclusiva y excluyente obedece a que sólo tienen una mitad en los bienes en cuyo caso estaríamos ante la copropiedad romana que creo soluciona mejor cualquier expediente práctico de los numerosos que la sociedad de gananciales plantea.

Y así, concretamente y a modo de ejemplo, acudiendo a la explicación de la sociedad de gananciales como patrimonio separado detentado en proindivisión, proindivisión que se extiende a la forma de dominación de los particulares bienes que componen el acervo común, el deba-

---

(19) Cabe asimismo efectuar una breve referencia a la compleja cuestión de la validez de los negocios de aportación, comunicación o atribución, respecto de los cuales la Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de pronunciarse en orden a la posible inscripción como privativos o gananciales de bienes que según las reglas del Código debieran seguir el régimen contrario. En tal sentido *vid.* Resoluciones de 10 de marzo de 1989 (R. ARANZADI 2468), 14 de abril de 1989 (R. ARANZADI 3403) y 25 de septiembre de 1990 (R. ARANZADI 7153), planteadas todas ellas en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León y que no han sido suficientes para determinar una línea de actuación uniforme como lo demuestra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de mayo de 1991 que sigue rechazando este tipo de inscripciones al faltar la descripción fehaciente de los diversos elementos del negocio transmisivo. Sin entrar en tal polémica, que entiendo cabalmente resuelta en la última de las Resoluciones citadas, un tanto salomónica, creo que la entidad real del problema radica en la dificultad de precisar ese negocio de atribución o comunicación si se piensa en la comunidad conyugal, que recibe o transmite el bien, como comunidad de tipo germánico. Muy al contrario si partimos de la configuración romanista del tema el problema queda deslindado con mucha mayor precisión al estarlo el objeto que se transmite y las personas entre las que se produce el negocio transmisivo. De tal forma que la atribución por parte de un cónyuge para su sociedad de gananciales, de un bien anteriormente privativo, implica sencillamente la enajenación de la mitad de dicho bien pues la otra mitad le va a seguir perteneciendo. Tal transmisión será onerosa en función de que surja un derecho de reembolso *ex art.* 1358 o conste otro tipo de contraprestación.



tido problema de la legitimación de las esposas terceristas creo quedaría definitivamente resuelto. Es decir, si se considera la propiedad indivisa sobre los concretos bienes gananciales por parte de los esposos y con arreglo a cuotas iguales si bien indisponibles aisladamente quedaría al margen de toda cuestión la legitimación de cada uno de ellos para intervenir en defensa reivindicatoria de la mitad de concretos bienes consorciales *ex art. 1373 (19)*.

## B) Revisión crítica de la idea societaria a la luz del nuevo modelo ganancial

Ya hemos tenido ocasión de comentar, al exponer la tesis societaria de Magariños Blanco, que esta formulación, en los términos con que actualmente se configura, ha perdido sus rasgos esenciales apareciendo altamente difuminados en la elaboración del mencionado autor.

Desde esta perspectiva efectuábamos una crítica inicial vinculada a aspectos semánticos: es decir, se utiliza el término «sociedad» cuando, realmente, tras él, se está describiendo una figura profundamente dissociativa incompatible con aquélla. Y así, exponía Magariños, como rasgos definidores de su sociedad, el que carece de personalidad. A la vez, que tiene eclipsado el mecanismo de representación propio de las sociedades y, por último, la existencia de un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges que se compatibiliza con «un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad que es la que informa la regulación de aquellas titularidades».

Esta atemperación de los rasgos societarios difumina, paralela y obligadamente, la crítica que de tal configuración ha venido haciéndose desde que la Dirección General de Registros y D. José Castán derribaron el andamiaje societario sobre el que se asentaba el consorcio, doctrinal y jurisprudencialmente, en la época inmediatamente posterior a la publicación del Código civil. En cualquier caso, para evitar reiteraciones, me remito a la crítica tradicional que de la idea societaria se ha hecho (20). A la vez, es preciso subrayar que tras la

---

Y gratuita si no aparece tal contrapartida. Lo mismo ocurrirá ante el fenómeno contrario como es la declaración de privatividad de un bien que, conforme a las reglas del Código, hubiera de considerarse ganancial. En este caso, en definitiva, diremos que se produce la disolución de la comunidad proindiviso sobre ese concreto bien al concentrarse en un solo propietario las cuotas que con anterioridad se encontraban dominicalmente diversificadas lo cual, a su vez, implica la transmisión onerosa o gratuita de la mitad de dicho bien por parte del cónyuge que en el futuro permanecerá ajeno a la dominación del mismo.

(20) Resumidamente expone tal crítica O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho civil*, t. IV, Derecho de Familia, 3.ª ed., EDERSA 1991, p. 108) diciendo que «no cabe duda que la comunidad de gananciales no tiene el fin de lucro de toda sociedad, ni existe la af-

reforma de 1981 ha desaparecido su principal apoyo normativo que venía constituido por el viejo art. 1395 del Código civil que remitía con carácter subsidiario a las normas del contrato de sociedad. Y a propósito de esta supresión es conveniente recordar que una de las principales finalidades de la indagación que estamos generando consiste en la búsqueda de un principio general que informe la sociedad de gananciales y que, en la práctica, se traduzca en la aplicación subsidiaria de las normas en que ese principio se concreta. Dicho en otros términos averiguar si es el principio societario el que fundamenta la sociedad de gananciales y, en consecuencia, si las normas de este tipo contractual sirven para su aplicación subsidiaria ante lagunas que la regulación del Código eventualmente pueda presentar en materia de sociedad de gananciales.

Desde la anterior perspectiva, suprimida expresamente la referencia del viejo art. 1395, parece que persistir en la idea societaria puede resultar un tanto anacrónico y carente de todo interés práctico. Todo ello, insisto, al margen de que sean difícilmente rebatibles los rasgos con los que Magariños, por ejemplo, caracteriza a la que él sigue denominando «sociedad» conyugal pero que, insisto, cuadran mal con los rasgos típicos de la institución contractual elegida.

Al margen de todo lo anterior, quizás no excesivamente novedoso, creo de interés contrastar los resultados de nuestro anterior discurso con la idea societaria. Y así observar que pueden sernos útiles cuantas afirmaciones hemos referido conducentes a la actual potenciación de la individualidad patrimonial de los cónyuges en el marco de la comunidad de gananciales. Evidentemente tanto el legislador como, poco a poco, la Jurisprudencia tienden tras la reforma de 1981 a reafirmarse en la descrita autonomía patrimonial de los esposos como fórmula de asegurar la igualdad conyugal que la Constitución propicia. Pues bien, con este enfoque, básico para comprender la esencia de la comunidad ganancial, creo también desacertado persistir, aún cuando sea semánticamente, en la idea societaria que, por definición, parece buscar también la refundición del interés individual en el más amplio interés societario.

Desde otra perspectiva también apuntaríamos que la existencia del principio general de cogestión (21) resulta altamente incompatible con la fundamentación societaria pues no es fácilmente coordinable esa necesidad de actuación de todos los «socios» con la obligada existencia de

---

*fectio societatis* como voluntad de constituir una sociedad, ni se dan las normas sobre administración y disposición de los bienes, ni se aplican las reglas sobre disolución de la misma».

(21) Vid. a propósito del que considero principio general de administración conjunta mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad... cit.*, pp. 229 ss., así como el tratamiento del principio general de codisposición y sus excepciones en pp. 306 ss.

órganos de gestión social al ser el mecanismo representativo algo básico en la configuración mínima de la estructura societaria.

Para concluir este tema es interesante subrayar la importancia de una norma, que considero de gran interés, pero escasamente recogida por la doctrina y de la que no me consta se haya obtenido conclusión alguna. Tal norma es la que deriva del art. 1699 del Código civil en cuya virtud las sociedades civiles sin personalidad, como evidentemente lo es la sociedad de gananciales caso de configurarse societariamente, se rigen por «las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». Tal conclusión cuadra perfectamente con la naturaleza que venimos predicando del consorcio conyugal, a la par que dota de un evidente apoyo normativo a esa consideración proindivisa de la comunidad entre cónyuges. Asimismo entiendo que no es obstáculo a esta conclusión el que la carencia de personalidad no se deba, en este caso, a la existencia de pactos secretos entre los socios sino a la propia estructura normativa de esta sociedad conyugal. Estructura determinante de que concurra el supuesto de hecho —carencia de personalidad jurídica— al que el Código anuda la consecuencia de someterlas al régimen de la comunidad de bienes.

### C) Revisión de la tesis de la comunidad diferida

La configuración de la comunidad conyugal como comunidad diferida se muestra, al contrario de lo anteriormente concluido, mucho más próxima a la idea individualista que, a mi entender, subyace en la actual regulación del Código en términos que anteriormente he intentado justificar.

Al margen de concretas formulaciones y desde un prisma más general parece claro que cuadra mejor esta idea de la comunidad diferida con la potenciación de la individualidad patrimonial de los cónyuges en el seno de la sociedad de gananciales que, por ejemplo, la idea societaria, antitética como ya vimos frente a la nueva exégesis del consorcio conyugal.

No tiene excesivo sentido reiterar en esta sede la crítica que a la configuración de la comunidad diferida se ha efectuado desde otras instancias doctrinales. Por ser labor ya hecha —y al margen de la opinión que a cada uno le merezca— creo suficiente con la remisión a la completa contrargumentación que respecto de la naturaleza del consorcio a la que nos venimos refiriendo efectuó en su día Giménez Duart (22) replicando, punto por punto, las diversas bases sobre las que Martínez

---

(22) GIMÉNEZ DUART, T. *La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge* (Ensayo contra el art. 1322) AAMN, t. XXVIII, 1987, pp. 253 a 256.

Sanchís, Echevarría Echevarría, Castillo Tamarit y sobre todo Garrido Cerda asentaban la tesis de la comunidad diferida.

Ahora bien, dejando a un lado la confrontación casuística de los argumentos esgrimidos por los autores citados, labor como digo ya hecha, creo interesante ofrecer una visión más global de la tesis de la comunidad diferida en contraste con las pautas que hemos destacado como básicas en la actual configuración del consorcio. Desde esta óptica, y al menos en un plano teórico, la idea de la comunidad diferida es evidente que se coloca en el extremo contrario a la consideración de la sociedad conyugal como colectividad de tipo germánico y, también, de la propia idea societaria. Y así, mientras que en las apuntadas teorías hemos visto primaba la estructura comunitaria y la búsqueda de un interés colectivo, la idea de la comunidad diferida potencia hasta su último confín el individualismo patrimonial del consorcio conyugal. En este sentido, con la explicación referida, vigente la sociedad de gananciales estaríamos en presencia de un régimen disociativo que hace innecesaria la búsqueda de una fórmula que explique la detentación conjunta que el Código civil parece traslucir. De esta forma, paralelamente, diríamos que se valora como principio general (detentación individual y consiguientes poderes de gestión individual sobre los bienes gananciales) lo que mayoritariamente es considerado como excepcional (detentación conjunta y gestión conjunta del patrimonio consorcial). Resulta también obligado para los defensores de esta tesis considerar excepcionales los aspectos comunitarios que la disciplina del Código contiene en artículos como el 1367 o 1375. Normas que desde tal prisma se valoran con carácter meramente instrumental dirigidas a conseguir que realmente, en el momento disolutorio, exista una ganancia común partible.

En definitiva, como acertadamente aparece configurada esta tesis por Peña Bernaldo de Quirós, a propósito de la crítica que de ella efectúa (23), la misma conlleva la explicación de la sociedad de gananciales a través del mecanismo del «régimen de participación en las ganancias, no en su valor sino *in natura*»

Pues bien, no parece que sea tal la idea del legislador aunque evidentemente la reforma de 1981 se ha aproximado a ella desde el momento en que, como venimos afirmando, el nuevo régimen de gananciales participa de un alto grado de disociación siendo la comunidad conyugal que surge en la reforma de 1981 cada vez más próxima al régimen de separación. Sin embargo, insisto, creo que el legislador aún no ha dado ese postrer paso que lleve a construir el régimen de gananciales como un sistema en el que lo único común sean las ulteriores y futuras ganancias y no los propios bienes vigentes el régimen. Aun

---

(23) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*, Madrid 1989, p. 214.

siendo especialmente interesante el esfuerzo exegético de los partidarios de esta tesis e intuendo que preconizan una línea hacia la que tiende el actual régimen consorcial, nuestro legislador no ha dado ese ulterior paso que evidentemente hubiera podido efectuar de una forma más sencilla a través de la sanción del régimen de separación o participación como régimen supletorio. Por el contrario ha mantenido un régimen de tipo comunitario y como línea medular del sistema persiste la idea de comunidad sobre ciertos bienes que, a su vez, sirve para explicar una normativa estructuralmente comunitaria como es la derivada de los arts. 1345, 1347, 1353, 1367, 1375, 1378, etc., normas todas ellas difícilmente inteligibles desde una perspectiva puramente disociativa al menos vigente la sociedad conyugal.

Por todo ello, y en resumen, creo que si bien la potenciación de la igualdad en la esfera conyugal es objetivo buscado por el legislador y encauzado a través de la entrega, cada vez en mayor medida, a cada uno de los esposos de un amplio ámbito de capacidad de gestión patrimonial individualizada, aún en el seno de la sociedad de gananciales, no se ha llegado a sentar, como principio general, el de la inexistencia de un patrimonio separado común. Sin embargo también considero, y así lo he expuesto, que la explicación del actual fenómeno comunitario debe efectuarse hoy partiendo de que el vínculo comunitario es, en el ámbito patrimonial, cada vez más tenue. Y tal tendencia se combina mal con la reafirmación de un ente comunitario colectivista o de tipo germánico o con la explicación societaria a la par que encaja mejor con la constatación de una comunidad proindiviso atemperada por una serie de características obligadas ante la naturaleza dual y especial de la institución matrimonial a la que el régimen económico sirve.

En cualquier caso, la eventual persistencia de afirmaciones como la contenida en la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (R. Aranzadi 8045), donde se nos indica que no debemos olvidar «que los bienes gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal», nos llevaría quizás a la necesidad de decantarnos

---

(24) Ya he tenido ocasión de destacar que la presente afirmación, un tanto incidental respecto del Fallo del recurso, obedece más que a la consideración de la comunidad conyugal como comunidad diferida, a la idea de que vigente la sociedad conyugal no se tiene un derecho actual sobre los bienes que integran el patrimonio ganancial al incluirse los mismos en esa mancomunidad germánica que precisa de una liquidación para saber si realmente existen o no esos concretos bienes como parte del acervo ganancial. En tal sentido entiendo que la afirmación jurisprudencial reproducida se enmarca en la misma línea que el argumento reiterado hasta la saciedad para el rechazo de la legitimación de las esposas terceristas en cuya virtud la mujer, vigente el régimen «no tiene la propiedad de los bienes gananciales sino un mero derecho expectante lejos de una propiedad exclusiva y excluyente».

por la idea de la comunidad diferida por la que aún no parece oportuno optar (24).

Y para finalizar estas líneas creo oportuno rememorar el contenido del art. 30 de la Ley 18/1991 de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que, evidentemente, resulta acorde con la tesis de la comunidad diferida en cuanto niega la consorcialidad de los rendimientos del trabajo personal. Ahora bien también creo necesario subrayar que la finalidad que late en esta medida no tiene nada que ver con la idea de la comunidad diferida obedeciendo, al parecer, simplemente a la voracidad recaudatoria de la Hacienda Pública como lo acredita el hecho de no sancionarse la misma consecuencia ante otros rendimientos de menor entidad en el conjunto de la tributación nacional.

D) La opción por la tesis de la comunidad proindivisa: breve recapitulación final

A lo largo de las páginas precedentes nos hemos decantado claramente por la tesis de la proindivisión ordinaria para explicar la naturaleza de la sociedad conyugal y, más concretamente, para aclarar la fórmula de detentación tanto del patrimonio consorcial como de los particulares bienes que lo componen. Concepción que arrastra como corolario necesario y deseado el que las lagunas que la regulación del Código civil presenta en materia de sociedad de gananciales puedan ser integradas con la normativa de los arts. 392 y siguientes del propio texto y, muy especialmente, con la amplia doctrina jurisprudencial que se ha desarrollado en este campo.

Varios son los motivos que nos han llevado hacia la opción elegida. El primero de ellos, suficientemente destacado, es la necesidad de reaccionar contra una excesiva sacralización de la hasta no hace mucho tiempo difusa consideración de la comunidad ganancial como comunidad de tipo germánico. En este sentido entiendo falta de rigor técnico la reciente consagración como norma —así lo ha venido haciendo el Tribunal Supremo para el rechazo de tercerías interpuestas al amparo del art. 1373— de lo que no era sino una explicación vaga e imprecisa de la naturaleza de la sociedad conyugal propiciada por la entonces germanófila Dirección General de los Registros. Y tal reacción contra esta idea se agudiza si tenemos en cuenta que la razón de asumir esta configuración de la sociedad conyugal fue únicamente la de evitar algo evitable por otros medios más sencillos: el que cada cónyuge no pudiera disponer de su mitad en el patrimonio ganancial o en los concretos bienes que lo componen.

Sembrada la semilla de la reacción doctrinal era preciso fundamentar la contestación. Y para ello creí oportuno profundizar en las raíces del fenómeno mancomunario. De esta forma a través del análisis histórico de la figura y contrastando la etiología de su génesis con el substrato en que se apoya la vigente sociedad conyugal los resultados obtenidos nos ponían de manifiesto la absoluta incompatibilidad de los presupuestos de las colectividades en mano común con una sociedad conyugal, como es la emanada de la reforma de 1981, enormemente dissociativa y en la que prima la capacidad individual de los cónyuges tanto en el aspecto de gestión como de responsabilidad patrimonial. Las pautas jurisprudenciales e incluso la nueva normativa fiscal, contenida en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hemos visto propician también, cada vez con mayor auge, esa individualidad de los cónyuges en el seno del consorcio conyugal acercando paulatinamente nuestro régimen legal a los modelos dissociativos. Con este enfoque, la solidaridad en que se sustenta toda colectividad en régimen de mano común resulta absolutamente antitética con la aplicación del nuevo sistema que, como hemos destacado, chirría a menudo si se lleva hasta sus últimas consecuencias la concepción germanista.

Desechada la tesis de la comunidad germánica parece que debiera correr igual suerte la idea societaria desde el momento en que, asimismo, resulta contraria a la potenciación de ese individualismo patrimonial hacia el cual tanto el derecho positivo como la moderna doctrina jurisprudencial parece inclinarse. Sin embargo, al analizar las exposiciones de los modernos exégetas que asumen la tesis societaria, hemos puesto de relieve las dificultades para rebatir sus concretas argumentaciones. Ahora bien, paralelamente, también destacué como causa de tal hecho el que la postura adoptada, en sus más modernas formulaciones, había difuminado enormemente los rasgos del tipo contractual societario al que se adscribía el consorcio conyugal. Causa ésta determinante de la validez de muchas de sus argumentaciones pero que no nos debe llevar a equívocos a la hora de persistir en el rechazo de la idea societaria en su contexto químicamente puro.

Ante la tesitura de optar por concepciones menos colectivistas de la sociedad de gananciales dos eran las alternativas doctrinales restantes. Una primera la detentación proindiviso. Una segunda, que exigía ir más lejos en la marginación de la idea colectivista, aceptar la tesis de la comunidad diferida, que a diferencia de la anterior, de escasa aceptación, contaba con brillantes valedores. Tesis que llevaba a un acercamiento, casi identidad, del régimen de gananciales con el de participación. Pues bien, en el actual estado normativo consideré que no se ha dado aún el postrer paso que permita considerar la inexistencia de un patrimonio común y la constancia exclusiva de dos patrimonios privativos de los cónyuges en los cuales la ganancialidad sea una cualidad de ciertos bie-

nes sancionada instrumentalmente para salvaguardar un reparto por mitades en el momento disolutorio. Al contrario, persisto en la idea de que la proindivisión, expresamente sancionada en el moderno derecho suizo, a la par que resulta absolutamente respetuosa con la normativa del Código da respuesta segura a los problemas prácticos que la regulación positiva del régimen plantea.

Para admitir la idea romana hay que romper con esquemas tradicionales y, en primer lugar, aceptar la idea de cuota en el seno de la sociedad de gananciales. Cuota sobre el total del patrimonio común y que además se refleja en la detentación individual de cada bien. En este sentido entiendo, matizadamente en contra de lo que exponía el profesor Lacruz, que ha de considerarse afirmativamente la existencia de dos cuotas por mitad sobre cada uno de los bienes que componen el acervo común. Bienes que no pierden su autonomía por el hecho de estar integrados en el patrimonio consorcial y que, en consecuencia, necesitan de un titular dominical. Por ello quizás sin necesidad de privar a los bienes conyugales de esa autonomía patrimonial —que les arrebató el profesor Lacruz— baste con indicar que la cuota sobre cada uno de ellos es individualmente indisponible. Ello explica mejor el que de común acuerdo si sea posible la enajenación de cualquiera de los bienes que se integran en ese patrimonio separado.

En una línea argumental similar diremos también que no parece adecuada la formulación que persistentemente nos ofrece el Tribunal Supremo al indicar que no se tiene una propiedad actual sobre los bienes conyugales en tanto no se produzca la liquidación del régimen. Más bien diremos que cada cónyuge tiene sobre ellos una cuota indisponible pero que le legítima plenamente para actuar en defensa de cualquiera de ellos frente a agresiones patrimoniales externas. Y ello en los mismos términos con que doctrinal y jurisprudencialmente se acepta la legitimación de cualquiera de los comuneros para actuar en provecho de la cosa común.

Junto a cuanto antecede hemos de destacar otra serie de datos que nos han llevado a decantarnos por la idea de la comunidad proindivisa. Entre ello, y en primer lugar, la constatación positiva que de la idea de cuota efectúa a propósito del pasivo ganancial el art. 1373. Asimismo es factor a tener en cuenta la desaparición del principio jerárquico y la sustitución por el régimen democrático en la gestión de los bienes comunes. Por último las facilidades normativas para disolver el régimen, incompatibles con la tradicional permanencia de las mancomunidades de tipo germánico, nos han movido a sostener la idea de la comunidad ganancial proindivisa aún conscientes de la gran dificultad de luchar contra un esquema mental —la comunidad germánica— profundamente arraigado a través de varias generaciones de juristas a quienes nos han imbuído la doctrina que el profesor Castán sacralizó difundiendo la por entonces idealizada importación de concepciones germanistas



tan en boga en un determinado momento de nuestra reciente historia jurídica.

Para acabar esta indagación me permito exponer lo que quizás hubiera debido ser propósito previo. Obviamente no es posible dogmatizar en sede tan propensa al debate. Soy consciente de la dificultad de alterar una doctrina profundamente asumida. Por ello el objetivo inmediato perseguido es exponer, asumir e intentar justificar una tesis que aboga por la sencillez y con la que se busca dar cabal respuesta a problemas prácticos a los que la abstrusa concepción germanista de la sociedad de gananciales nos ha llevado. Aceptando de antemano una crítica buscada de propósito quede reflejado en estas últimas líneas mi reconocimiento a la labor de todos aquellos que desde diversas perspectivas han revisado, aún asumiendo el riesgo de la contestación, tesis mayoritariamente defendidas respecto de las cuales siempre resulta osado exponer su caducidad.

# Consolidación de la nacionalidad española

MARIA PAZ GARCIA RUBIO

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO:** 1. Introducción.—2. Calificación de la figura.—3. Presupuestos de hecho. 3.1. Posesión y utilización de la nacionalidad española. 3.1.1. Continuada. 3.1.2. Buena fe. 3.1.3. Tiempo. 3.2. Características del título original. 3.2.1. Título inscrito en el Registro Civil. 3.2.2. Título nulo y título ineficaz pero no nulo. 3.2.3. Carencia de otro título idóneo. 3.3. El título que originó la nacionalidad española putativa. 3.3.1. Filiación natural. 3.3.2. Filiación adoptiva. 3.3.3. Nacimiento en España. 3.3.4. Declaración de opción. 3.3.5. Naturalización. 3.3.6. Recuperación. 3.3.7. Título ineficaz, pero no viciado.—4. Procedimiento a seguir para consolidar la nacionalidad y dejar constancia de ello. 4.1. Necesidad de declaración del interesado versus consolidación automática. 4.2. Acceso al Registro Civil.—5. La eficacia de la norma. 5.1. Carácter originario o no originario de la nacionalidad consolidada. 5.2. Posible retroactividad de efectos. 5.3. Efectos de la nacionalidad putativa no consolidada.—6. El perfil funcional de la consolidación. Síntesis.—7. Epílogo.

## 1. INTRODUCCION

La simple lectura del art. 18 del CC, en la redacción dada por la Ley 18/1990 de 17 de diciembre sobre reforma del CC en materia de nacionalidad, permite atisbar su riqueza problemática derivada, en buena medida, tanto de su carácter novedoso en el sistema español de la nacionalidad, como del innovador y destacado papel que parece conceder a una institución tradicional de nuestro Derecho cual es la posesión de estado. En efecto, si como señala F. de Castro, parece que siempre se ha utilizado la posesión de estado en una doble función, como medio para probar el estado civil y como un título para poder ejercitar, sin más, ciertas fa-

cultades o derechos derivados del mismo (1), no cabe ninguna duda de la dimensión innovadora del mentado art. 18 en la medida en que en él la posesión de estado cumplirá a veces el papel de título constitutivo de la condición de nacional español.

En su carácter de precepto nuevo y diferente radica, pues, la primera justificación de su estudio. Pero, lamentablemente, la deficiencia técnica legislativa de que adolece, en general, la Ley 18/1990 convierte aquella oportunidad en un auténtico imperativo para el estudioso del Derecho español de la nacionalidad que, al realizar una lectura más pausada del precepto, se percata de las abundantes lagunas e innumerables problemas interpretativos que el mismo plantea. El presente trabajo pretende, modestamente, ayudar en la integración de aquellas lagunas y contribuir al esclarecimiento de estos problemas. Para ello, he adoptado una técnica expositiva casuística, única que, a mi entender, es capaz de esclarecer la verdadera potencialidad normadora del precepto de referencia. Ello no ha supuesto que se huya del encasillamiento o clasificación de la figura contenida en el art. 18 del CC (y el epígrafe siguiente es buena prueba de ello), consciente del carácter didáctico de toda clasificación como instrumento para la mejor comprensión de soluciones particulares. Mas la real eficacia del precepto sólo se percibe poniéndolo en relación bilateral con todas y cada una de las situaciones en las que cabe hablar de una nacionalidad española dudosa, aparente o claudicante. Esta es la razón de que el hilo conductor de la exposición se ramifique en numerosas ocasiones y descienda a problemas típicos y susceptible de tratamiento autónomo en relación con las distintas figuras recogidas en los arts. 17 a 26 del CC. Y esta es también una de las características más acusadas de la nueva figura: en ella confluye, más que en ninguna otra, el carácter *sistemático* del Derecho español de la nacionalidad. El art. 18 del CC ha de suponer en su aplicación práctica (al menos, de seguir la línea interpretativa aquí propuesta) la encrucijada donde clásicos y conocidos problemas relacionados con todos los modos de atribución, adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad española, cobren nuevas dimensiones cuando concurren con los requisitos establecidos por su supuesto de hecho.

Esta última conclusión, a buen seguro, no se encontraba en la mente del legislador (o del jurista técnico que concibió la ley). El resultado del trabajo que sigue sugiere, en mi opinión, una falta de consciencia en aquél sobre la nueva institución y su enorme potencialidad balsámica respecto de las insoportables situaciones de interinidad en los distintos estados civiles y, en concreto, en la nacionalidad española. Mas, que esta impresión sea cierta o no, no debe justificar el sesgo de las pri-

---

(1) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1984, reimpresión, p. 81.

meras (in) aplicaciones prácticas del precepto. La D.G.R.N. ha tenido ya la ocasión de enfrentarse con una problemática, mucho más numerosa y más rica que lo que se supone, haciendo gala de lo que, benévola-mente, pudiera ser definido como prudencia expectante. La escasa «aplicación» del art. 18 CC como consecuencia del aún corto período de vigencia de la nueva reglamentación admite este juicio; juicio que, de continuar en la línea marcada por las primeras Resoluciones que tendremos ocasión de analizar, puede y debe convertirse en crítica directa a una interpretación claramente restrictiva y afuncional del art. 18 CC. Los desarrollos que siguen optan por una comprensión del precepto conforme a su inequívoca finalidad (establecer cómo puede consolidarse la nacionalidad española y no cómo no puede consolidarse), mas se ciñen a los cánones hermenéuticos tradicionales, tratando de que puedan ser admitidos más allá del ámbito doctrinal y de que lleguen a ser socialmente eficaces.

## 2. CALIFICACION DE LA FIGURA

Al aludir al nuevo art. 18 del CC, el Preámbulo de la Ley 18/1990 considera que en él se introduce *una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado* (2). No ha sido ésta, sin embargo, la terminología utilizada por el legislador en el texto legal, en el que se limita a decir que la posesión y utilización de la nacionalidad española en las condiciones que señala es causa de *consolidación* de la misma, sin concretar si se trata de una figura susceptible de ser encuadrada en uno de los marcos institucionales tradicionalmente propios de la nacionalidad (atribución, adquisición, conservación, recuperación, etc.), o si, por el contrario, estamos ante una institución peculiar que huye del encaje sistemático en cualquiera de los moldes clásicos.

Aunque muchos autores prefieren obviar el tema, quizás por considerarlo carente de interés práctico (3), son relativamente numerosas las opiniones que, de manera más o menos explícita, parecen inclinarse por situar la *consolidación* de la nacionalidad española por posesión de estado entre los *modos de adquirir* la nacionalidad española, siguiendo así

---

(2) Sobre las conexiones entre los términos *nacionalidad* y *ciudadanía* y los inconvenientes derivados de una posible identificación entre ambos, J. PERÉ RALUY, *Derecho de la nacionalidad*, Barcelona, 1955, p. 9; más recientemente, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987, pp. 20 ss.

(3) J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, pp. 182 ss.; N. DÍAZ y GARCÍA, *La reforma de la nacionalidad, Comentario a la Ley 18/1990, de 18 de diciembre*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 47 ss.

la pauta marcada por el Preámbulo de la Ley (4). Más singular es la postura que considera a la nueva figura como un supuesto de *conservación* de la nacionalidad española (5).

A mi juicio, en el art. 18 del CC se introduce un nuevo título que da acceso a la condición de nacional español, condición que con anterioridad no se tenía o, mejor dicho, sólo se tenía de hecho, pero no de Derecho. En este sentido, no hay ningún inconveniente en afirmar que la consolidación de la nacionalidad española, en realidad, es un nuevo título de adquisición de la misma (6). No creo, por el contrario, que aquí quepa hablar de *conservación* de la nacionalidad española, al menos en el sentido que tradicionalmente tiene este término en el Derecho español de la nacionalidad, en el cual la conservación se ha configurado como una declaración de voluntad de carácter solemne en el sentido de mantener la nacionalidad (7), mientras que en el caso del art. 18 del CC el efecto consolidador no se produce merced a una declaración de voluntad del interesado, sino por obra inmediata de la ley.

Precisamente por esto, tal y como se verá en otro lugar del presente trabajo, considero preferible calificar el supuesto normativo del art. 18 del CC como uno más de *atribución* de la nacionalidad, al modo que lo son también la atribución *iure sanguinis*, *iure soli* o por adopción. Sabido es que la división más tradicional entre nuestros autores a la hora de sistematizar las posibilidades de acceso a la nacionalidad española es la que discrimina la *adquisición originaria*, por un lado, y la *derivada* o *derivativa*, por otro. Sin embargo, como ha señalado F. de Castro, ambos términos son utilizados por nuestra doctrina en muy

(4) M. CALVO ANTÓN, «La próxima reforma de la nacionalidad», *R.D.P.*, 1990, pp. 465-497, espec. p. 474; F. LUCES GIL, «El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil» (Leyes de 15 de octubre y 17 de diciembre de 1990), *A. C.*, 1991, pp. 119-136, espec. p. 127; I. ARANA DE LA FUENTE, «La Ley 18/1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad», *A.D.C.*, 1991, pp. 289-316, espec. p. 308; M. A. PARRA LUCÁN, «Atribución provisional de la nacionalidad y nacionalidad aparente: los nuevos arts. 17 y 18 del Código civil», *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, 1991, pp. 203-234, espec. p. 232; X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. I, *Parte general*, Madrid, 1992, p. 334.

(5) V. DOMÍNGUEZ, J. L. GÓMEZ-FABRA, «La nacionalidad. Concepto y caracteres», *Boletín del Colegio nacional de Registradores*, 1991, núm. 276, 461-475, espec. p. 469.

(6) Es significativa la diferencia de redacción entre el texto del precepto en la Proposición de Ley presentado por el Grupo Socialista al Congreso de los Diputados, en la que se decía, «*La posesión (utilización) continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación del título que la originó, aunque éste fuera impugnado*» (*B.O.C.G.*, IV Legislatura, Serie B, 15 de diciembre de 1989, núm. 14-1) y el texto definitivo del art. 18 del CC, resultante de la Enmienda núm. 25 del propio Grupo Socialista (*B.O.C.G.*, IV Legislatura, Serie B, 9 de mayo de 1990, núm. 14-6); con la modificación queda claro que lo que se consolida es la nacionalidad y no el título, esto es, no se trata de convalidar un título nulo o ineficaz, sino de introducir un título nuevo.

(7) Declaración que además será objeto de inscripción en el Registro Civil para la debida formalización del acto de conservación (J. PERÉ RAULY, *Derecho del Registro Civil*, t. II, Madrid, 1962, p. 608).

diversos sentidos (8), si bien la mayoría de los autores opta por entender que español originario es quien desde el nacimiento es español y español derivado es quien al adquirir la nacionalidad española cambia de nacionalidad. Además, a esta discrepancia sobre su sentido ha de unirse la discutible idoneidad del uso en materia de nacionalidad de una terminología más propia de los derechos subjetivos que de los estados civiles (9). Por esto, un número significativo de autores modernos prefieren adoptar los términos de cuño francés que diferencian entre *atribución* de la nacionalidad y *adquisición* de la misma, considerando la primera como un efecto directo de la ley y la segunda como un efecto del acto voluntario del interesado (10). Con el primer término se ha querido designar los supuestos en los que una persona sería española desde su nacimiento, con independencia de la fecha en que la nacionalidad pueda ser establecida, y con el segundo los supuestos en los que un extranjero por nacimiento se convierte en español (11). De esta suerte, en principio podría decirse que la atribución de la nacionalidad daba siempre lugar a situaciones de nacionalidad española originaria, y la adquisición siempre a nacionalidades españolas no de origen. Sin embargo, este equilibrio fue roto conscientemente por el autor de la Ley 51/1982, que en la redacción que le dio al art. 18 del CC introdujo un supuesto de nacionalidad española producida al margen de la voluntad del sujeto, pero desvinculada del momento del nacimiento, puesto que se producía desde la adopción (12). Por otro lado, no debe olvidarse que tras la entrada en vigor de nuestra actual Constitución las categorías «español de origen» y «español no de origen» poseen un contenido constitucional preciso; un contenido sustantivo distinto, que se proyecta sobre la pérdida de la nacionalidad española y sobre la posibilidad de acceder a una doble nacionalidad automática, y que en absoluto se identifica con los distintos modos de adquisición o atribución de la nacionalidad española.

La Ley 18/1990 ha venido a ahondar aún más en esta ruptura. No sólo mantiene la atribución de la nacionalidad española *de origen desde la adopción* (arts. 17.2, 19.2 y Disp. transitoria segunda de la Ley). En sín-

---

(8) *Derecho civil de España*, t. II. *op. cit.*, pp. 397-398.

(9) J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, p. 19.

(10) El art. 1.º del Código de la nacionalidad belga establece «*En el presente Código, la obtención de la nacionalidad se llama adquisición o atribución, según que ella esté o no subordinada a un acto voluntario del interesado tendente a esta obtención*».

(11) J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, *loc. cit.*, p. 19.

(12) Además el adoptado se consideraba español de origen desde la adopción si el adoptante era español al tiempo del nacimiento del adoptado. R. BERBOVITZ señalaba que el art. 18 acogía una figura mixta a medio camino entre la atribución originaria de la nacionalidad y las adquisiciones derivativas (*Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, p. 55; sobre el precepto *vid.* también, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp. 149 ss.).

tesis, después de 1990, la diferencia entre *atribución* y *adquisición* no está en la vinculación o no de la nacionalidad al momento del nacimiento del afectado, sino únicamente en la independencia o en la subordinación de la nacionalidad respecto de un acto de voluntad del interesado tendente a esta obtención.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que puesto que el efecto de consolidar la nacionalidad española en virtud del art. 18 del CC se produce con el sólo cumplimiento de sus presupuestos de hecho, por obra directa de la ley, la *consolidación* de la nacionalidad española por posesión de estado es una hipótesis de *atribución* de la nacionalidad en sentido técnico. A lo largo de este trabajo veremos, no obstante, que también cabe atribuirle otras funciones.

### 3. PRESUPUESTOS DE HECHO

#### 3.1. Posesión y utilización de la nacionalidad española

La dualidad de términos, *posesión* y *utilización*, con que se inicia el art. 18 del CC plantea la duda de si se trata o no de fórmulas relativas a la misma realidad o si, por el contrario, constituyen significantes de dos conceptos distintos.

La doctrina que ha abordado la cuestión la ha resuelto en el segundo de los sentidos mencionados, afirmando que mientras el término *posesión* hace referencia a la idea de *posesión de estado* que implica una conducta meramente pasiva por parte del poseedor, quien se limita a aceptar unas relaciones externas creadas merced a la conducta de los demás, la palabra *utilización* reclama una conducta activa del propio sujeto, de tal modo que para exigir dicha *utilización* es preciso que éste haya ejercitado la nacionalidad española o los derechos y deberes de ella derivados (13). De esta suerte, la operatividad del art. 18 del CC exigiría cumulativamente el tratamiento del interesado como español por parte de la sociedad y del Estado —lo que el precepto llamaría *posesión* de la nacionalidad española— y el ejercicio de aquella condición por el mismo interesado —denominado *utilización* de la nacionalidad—.

Estimo que las afirmaciones anteriores merecen alguna reflexión. En primer lugar, porque en mi opinión, en no pocas ocasiones el art. 18 del CC puede tener aplicación sin necesidad de que haya habido uso efectivo de la nacionalidad española por parte de la persona interesada e, incluso, sin que haya mediado una actividad de la Administración considerando a este sujeto como nacional español; piénsese por ejem-

---

(13) J. Díez del Corral, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.* p. 183; en parecido sentido se manifiesta M. Fernández Martín Granizo, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1991, p. 249.

plo en todos aquellos supuestos de menores que sólo implícitamente son considerados españoles porque la sociedad cree —erróneamente— que son hijos de un progenitor español o que han nacido en España en condiciones bastantes para ver atribuida su nacionalidad española *iure soli*. No creo que el hecho de que durante los primeros catorce años de su vida (fecha en la que deben solicitar el D.N.I.) o incluso durante toda su minoría de edad hayan dejado de ejercitar por sí o por medio de su representante legal acto alguno de español, al carecer de oportunidad de hacerlo, sea razón suficiente para considerar que no pueden hacer valer en su favor el art. 18 del CC si, en determinado momento, ven discutida su nacionalidad española. Es más, en este tipo de casos lo normal es que la Administración tampoco haya tenido ocasión de tratar a ese individuo como nacional español y que, en consecuencia, la posesión de estado se apoye únicamente en la opinión no expresada del entorno social.

Tratándose de mayores de edad no me cabe duda que para consolidar la nacionalidad española no basta con ser tratado por la autoridades españolas y por la comunidad en general como un ciudadano español, y que además es necesario el uso efectivo de esa nacionalidad por parte de la persona interesada. Más discutible es que la dualidad de términos del art. 18 aluda diferencialmente a ambas realidades. Baste señalar al respecto que el concepto de *posesión de estado*, creado sobre las notas tradicionales de *nomen, tractatus y fama*, implica una relación recíproca entre el sujeto y su entorno, creadora de una apariencia que difícilmente puede darse si el primero se limita sencillamente a no hacer nada. Es cierto que en materia de filiación, ámbito en el que tradicionalmente se ha dado un mayor juego a la posesión de estado, al describir los comportamientos que se esconden tras aquellas notas se cargan las tintas sobre los dispensados por el padre al hijo o por la sociedad al hijo, situación que no deja de estar condicionada por el tenor literal de algunos preceptos legales ya derogados cuyo rigor técnico fue siempre discutible (14). Pero esta situación no ha impedido que expresa o implícitamente en la doctrina esté siempre presente la idea de que la posesión de estado nace del comportamiento conjunto del sujeto y de su entorno (15).

Por otra parte, tampoco parece exacto que la palabra *utilización* aluda exclusivamente a la actividad del particular interesado; la misma *Ins-*

---

(14) En su redacción originaria, modificada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, el art. 135.2.º del CC decía que «El padre está obligado a reconocer al hijo natural... cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia». La Reforma de 1981, a pesar de aludir numerosas veces a la posesión de estado en materia de filiación, no incluye ningún precepto que defina la posesión de estado o aluda a las circunstancias que sirvan para conformarla.

(15) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, p. 83, F. RIVERO, *Comentarios del Códigos civil, t. I*, pp. 443.



*trucción de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad* lo contradice al afirmar de manera tajante que «La expresión *posesión y utilización* implica una actitud activa del interesado respecto de la nacionalidad española poseída. Ha de exigirse que se haya comportado como español, ejerciendo derechos y deberes derivados de su condición de español»; nótese que se usa el singular «*expresión*» para referirse a ambos términos *posesión y utilización* (16).

Partiendo de estas premisas, hubiera sido irrelevante que al redactar el art. 18 del CC se hubiera prescindido del término *utilización*, que nada nuevo añade a la ya expresada *posesión-rectius*, posesión de estado (17). Este último término, posesión de estado, es el único recogido en los preceptos que el legislador español dice haber tomado como modelo, arts. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa y 17 del mismo Código belga, en los que se habla únicamente de *possession de'etat de français* o de *belge*, a pesar de lo cual nunca se ha dudado que el término define tanto el comportamiento activo como nacional de esos países del interesado cuanto su consideración pública en el mismo sentido (18). Por último, en favor de la falta de autonomía del término *utilización* en el art. 18 del CC puede computarse el dato de que dicho término aparecía en la Proposición de Ley como una mera aclaración de la ya referida *posesión*; el hecho de situarlo en la frase como algo adicional a la posesión obedeció a una enmienda del Grupo

---

(16) Incluso cuando el art. 24 del CC menciona la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera como causa de pérdida de la española, no prescinde totalmente del comportamiento externo al sujeto, como demuestra por ejemplo, que el *tener* documentación española en vigor —obviamente suministrada por la Administración española— sea un índice de que el interesado ha utilizado esta nacionalidad y no exclusivamente la extranjera (Cf. epígrafe VI de la *Instrucción de 20 de marzo de 1991*).

(17) Bajo la legalidad anterior, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS consideraba que tener la posesión de estado de español consistía en actuar y ser tenido públicamente como español (*op. cit.*, p. 130).

(18) En el Derecho francés la jurisprudencia ha tenido ya ocasión de pronunciarse de manera directa sobre el concepto de posesión de estado de francés del art. 57.1 del Código de la nacionalidad, haciendo hincapié en la necesidad de la actitud recíproca [*Cour d'appel de París (1re. Ch.) 8 noviembre 1977*], *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 331-333. con nota de P. LAGARDE. El mismo P. LAGARDE, en su obra *La nationalité française*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1989, p. 145, recoge la definición de posesión de estado del mencionado art. 57.1, dada en 1985 por las autoridades políticas según la cual se referiría a «le fait de se considérer de bonne foi français et d'être traité en tant que tel notamment par l'autorité publique française, d'exercer en conséquence les droits, mais aussi de satisfaire aux obligations attachées ac ette qualité». En relación al Derecho belga, el concepto de posesión de estado suministrado por el art. 4 del propio Código de la nacionalidad, según el cual la posesión de estado de belga se adquiere por el ejercicio de los derechos que son conferidos exclusivamente a los belgas, es considerado suficiente cuando aquélla es medio de prueba de la nacionalidad belga, pero insuficiente cuando es un modo de adquisición de esta nacionalidad (H. DE PAGE, J. P. MASSON, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. 2.<sup>o</sup>, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Bruxelles, 1990, p. 238).

Socialista del Congreso cuya única justificación fue la mejora técnica y gramatical del precepto (19). No creo que actualmente se le deba dar otra transcendencia.

### 3.1.1 *Continuada*

La posesión y utilización de la nacionalidad española del art. 18 del CC viene adjetivada por el calificativo *continuada*. El término parece próximo al que se usa en el art. 131 del CC cuando en relación a la posesión de estado de hijo se exige que ésta sea *constante*. Superadas ya las viejas dudas interpretativas que antes de la Reforma de 1981 suscitaban las palabras *constante* del anterior art. 116 del CC y *continua*, del también derogado art. 135.2 del CC (20), la jurisprudencia relativa a la posesión de estado de hijo tiende a hacer equivalentes la constancia y la continuidad (21), o a considerar que, si no lo son, deben concurrir conjuntamente (22) exigiendo para que éstas existan una pluralidad de actos y reiteración de los mismos, sin que ello sea incompatible con alguna interrupción. Ha de tratarse además de actos de carácter notorio y realizados con suficiente publicidad, careciendo de valor a estos efectos los actos clandestinos (23). A pesar de que el texto legal español carezca de cualquier indicio relativo a las circunstancias capaces de diseñar la posesión de estado de español, no parece descabellado entender que todas las aludidas para la posesión de estado de hijo pueden servir también para configurar la posesión y utilización de la nacionalidad española recla-

---

(19) Enmienda núm. 25 del Grupo Socialista del Congreso a la Proposición de Ley de Reforma del Código civil en materia de nacionalidad (BOCG, IV legislatura, Serie B, 9 de mayo de 1990, núm. 14-6).

(20) Entre los autores que diferenciaban los términos *constante*, como equivalente a no contradicha, y *continua*, como no interrumpida, puede verse por todos A. M. LÓPEZ y LÓPEZ, *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971, pp. 117 y 137. La jurisprudencia se ha mostrado vacilante en este punto, pues a veces no distinguió ambos términos (*S.T.S. de 27 de diciembre de 1944, R.J.A.*, 1944, núm. 1437) y otras veces sí (*S.T.S. 19 de enero de 1931, J. C. t. 198, 1932, pp. 222-243*).

(21) L. DíEZ- PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., Madrid, 1989, p. 252.

(22) C. QUESADA GONZÁLEZ, «Comentario a la *S.T.S. de 20 de mayo de 1991*», *C.C.J.C.*, núm. 26, pp. 589-602, espec. p. 602.

(23) Un reciente y acertado resumen sobre las condiciones de génesis jurisprudencial en materia de posesión de estado, F. RIVERO, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 444.

(24) En el Derecho francés, el *Decreto núm. 73-643 de 10 de julio de 1973*, que desarrolla algunos aspectos del Código de la nacionalidad se refiere como actos indiciarios de la posesión de estado de francés la «production de documents officiels tels que cartes d'identité ou d'électeur, passeports, pièces militaires, immatriculations dans les consulats de France»; para Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, París, 1988, p. 867 la lista del citado Decreto sólo es indicativa y el tribunal tiene siempre la posibilidad de considerar relevantes otros índices y excluir los que no le parezcan suficientemente significativos.

mada por el art. 18 del CC (24). Como ha señalado algún autor refiriéndose al requisito de la continuidad en este último precepto, la determinación de si se da o no tal continuidad habrá de tener en cuenta el posible carácter intermitente del ejercicio de los derechos y deberes derivados de la nacionalidad (25).

En este punto adquiere particular relieve la postura adoptada en torno al carácter reiterativo del término *utilización* respecto a la antedicha *posesión*. Si efectivamente ambos sustantivos hicieran referencia a realidades diferentes, el adjetivo subsiguiente, *continuada*, que tiene forma singular calificaría sólo al segundo de los sustantivos, esto es, a la *utilización* equivalente a ejercicio de la nacionalidad por parte del interesado, y no sería predicable en relación a la *posesión* o tratamiento como español dispensado por el Estado y la sociedad al mentado sujeto. En consecuencia, bastaría con que fuesen continuados los actos realizados por el individuo en cuestión (*v. gr.* otorgamiento de un documento público como español, asistencia como español a un acto público, comparecencia como español en el extranjero, votación en las elecciones, uso de DNI o de pasaporte español, y otros actos análogos), pudiendo consolidarse la nacionalidad española aunque el tratamiento como español otorgado por la comunidad y la Administración españolas a ese sujeto sufriese repetidas interrupciones.

Evidentemente, esa conclusión no puede ser acertada. A pesar de que según el tenor literal de este último precepto el término *continuada* está empleado en singular, el hecho de que, según mi opinión, la palabra *utilización* venga a reiterar lo ya expresado mediante la palabra que la antecede, permite afirmar que el calificativo *continuada* predica también a la unitaria posesión de estado de español. De esta suerte, el supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 18 del CC comienza exigiendo una conducta del sujeto ejercitando los derechos y deberes propios de la condición de español, necesariamente acompañada de la actitud de la sociedad y, sobre todo, de las autoridades públicas españolas, consecuente con dicha condición. En ambos casos los actos realizados como español, o en consideración a esta condición han de ser continuados.

No está de más matizar que, a diferencia de lo que sucede en el art. 24 del CC, donde se dispone que la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación es causa de pérdida de

(25) I. ARANA DE LA FUENTE, *loc. cit.*, p. 308.

(26) El precepto eleva a rango legal la doctrina jurisprudencial del asentimiento voluntario a la nacionalidad extranjera, doctrina introducida bajo la vigencia de la Ley de 1954 y de cuya adecuación al art. 11.2 de la CE duda algún autor (*Cf.* J. J. HUALDE SÁNCHEZ, «La pérdida voluntaria de la nacionalidad española: breve examen del art. 24 del Código civil», *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, 1991, pp. 343-364, espec. pp. 358-359; mantiene sin dudas su constitucionalidad, M. CALVO ANTÓN, *loc. cit.*, p. 494).

la española (26), la posesión o utilización de la nacionalidad española susceptible de provocar su consolidación ex art. 18 del CC no ha de ser obligadamente *exclusiva*, por lo que cabe que el interesado en consolidar su condición de nacional español lo logre efectivamente a pesar de simultanear el uso de esta nacionalidad con el de otra extranjera.

### 3.1.2. Buena fe

i) Sorprende que los autores españoles que hasta el momento presente han reflexionado sobre el actual art. 18 del CC hayan obviado de forma generalizada el análisis del requisito de la buena fe (27). El olvido es aún más inexplicable si se toma en consideración que la exigencia de buena fe en la posesión de la nacionalidad es una innovación del Derecho español de la nacionalidad, sin parangón en los preceptos homólogos de los Códigos de nacionalidad francés y belga (28).

A diferencia de lo que hace nuestra doctrina, el Preámbulo de la Ley 18/1990 sí menciona el requisito de la buena fe. Después de resaltar la introducción de «*una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado*», advierte que «*tal posesión requiere las condiciones tradicionales de justo título, prolongación durante un cierto tiempo, y buena fe*», para aclarar a continuación que «*este último requisito, por cierto, debe conectarse con el apartado 2 del art. 25 y de su relación resulta con claridad que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquieran la nacionalidad española después de su nacimiento*». La declaración del legislador es sorprendente y, desde luego, nada clarificadora.

Sorprende, en primer lugar, cuando afirma que son *condiciones tradicionales* de la posesión de estado el justo título y la buena fe (29). Decir que es condición tradicional de la posesión de estado el justo título es, cuando menos, chocante. Desde que F. de Castro introdujera el

---

(27) Paradigmática es la postura de J. DÍEZ DEL CORRAL, quien se limita a decir que es una exigencia que no plantea especiales problemas (*Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit., p. 183*).

(28) Si bien ha de decirse que la doctrina francesa no considera que la buena fe del titular sea irrelevante (*Vid. M. N. JOBARD-BACHELLIER, L'apparence en Droit international privé, París, 1984, pp. 234-235*); en la doctrina belga, M. VERWILGHEN estima que, a pesar de que no esté expresamente reclamado en el art. 17 del Código de la nacionalidad, la buena fe del interesado es esencial, postura que se ve confirmada en los antecedentes parlamentarios y legislativos del precepto (*Le Code de la Nationalité belge. Loi du 28 juin 1984, Bruxelles, 1985, pp. 355-366*).

(29) Como regla general, nada que objetar a la nota de la *prolongación durante un cierto tiempo*, pues como ya se ha indicado, la continuidad es el rasgo más característico de la posesión de estado, de suerte que sin el paso del tiempo se puede decir que no existe o que no llega a adquirir relevancia jurídica.

concepto de *título de estado*, el uso de la palabra *título* referente al estado civil se utiliza en dos sentidos distintos: como título de adquisición —algunos autores prefieren utilizar los términos título de atribución, o título de constitución (30)— y como título de legitimación; el primero sería el hecho, acto, o combinación de circunstancias que según el ordenamiento jurídico constituye la relación de estado civil, mientras que el segundo sería el signo suficiente que proclama a una persona a todos los efectos legales respecto de todos como titular de estado civil constituido (31). Con este marco conceptual la doctrina española está conforme en considerar que la función clásica de la posesión de estado en nuestro Derecho no ha sido la de título de atribución del estado civil —con independencia de que, en mi opinión, este sea el rol que precisamente tiene en el vigente art. 18 del CC— y, aunque existen mayores discrepancias respecto a si es o no título de legitimación (32), de lo que no cabe duda es que la posesión de estado no exige la presencia antecedente de un justo título de estado (33). Los efectos producidos por aquélla no dependen de la previa existencia de éste, si bien es cierto que, en su caso, una vez demostrada la inexistencia del título de atribución respectivo, la apariencia de estado creada por la posesión ya no puede persistir (34).

En contra de lo que dice el Preámbulo, tampoco la buena fe del sujeto es requisito que venga asociado a la posesión de estado. Ninguna de las notas que desde antiguo la conforman (*nomen, tractatus, fama*), ni de las condiciones señaladas que aquélla ha de cumplir, exige la buena fe del poseedor del estado civil. Es más, puede decirse que el conocimiento que tenga sobre la existencia o legitimidad de su estado civil quien disfruta del mismo, es indiferente a los efectos de su posesión de estado. Luego, cuando el art. 18 del CC alude a la buena fe como elemento de su supuesto de hecho, no está haciendo referencia a una de las *condiciones tradicionales* de la posesión de estado, sino a una nota adicional de éstas.

En realidad, parece bastante claro que la referencia del Preámbulo de la Ley 18/1990 al justo título y a la buena fe tiene su origen en la primera calificación otorgada por los mentores de la Proposición de Ley de Re-

(30) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, p. 78; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, pp. 828 ss.; F. RIVERO, *Elementos de Derecho civil, IV, vol. 2.º, 3.ª ed.*, Barcelona, 1989, p. 40.

(31) Cf. autores y lugares citados en la nota precedente.

(32) Bajo la legalidad de antaño se pronunció por la respuesta afirmativa F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, p. 80; en la actualidad, el principal valedor de la consideración de la posesión de estado como título de legitimación es M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, p. 840, mientras que parcialmente en contra se manifiestan F. RIVERO, *Elementos de Derecho civil, IV, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 46-47 y C. QUESADA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, p. 593.

(33) J. M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, 2.ª ed.*, Madrid, Tecnos, 1991, 0. 131.

(34) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, pp. 83-84.

forma del CC en materia de nacionalidad a la figura que pretendían introducir en el art. 18. Tanto los Antecedentes y la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley presentada en la III Legislatura (35), como la Exposición de Motivos de la Proposición que definitivamente dio lugar a la reforma del CC (36), hablan de la «*adquisición de la ciudadanía española por usucapión*», mencionando a continuación como condiciones tradicionales de la misma el justo título, la prolongación durante cierto tiempo y la buena fe (37). Ante las críticas vertidas por la doctrina sobre la inconveniencia de utilizar en sede de nacionalidad una institución apta para la adquisición del dominio y demás derechos reales, pero impropia de los derechos de la persona (38), el legislador se limitó a sustituir en el Preámbulo de la Ley el término usucapión por el de posesión de estado, dejando incólume todo lo que añadía con posterioridad, sin percatarse de que las condiciones de aquella no tienen porqué coincidir con las de ésta.

ii) Siendo una nota que adiciona algo al mero concepto de posesión de la nacionalidad española, no está demás preguntarse por el significado de la buena fe en el art. 18 del CC. En este sentido, parece obvio que la buena fe ha de predicarse no de los terceros, sino del propio sujeto que se halla en la posesión de estado de español. Pero ¿qué ha de entenderse exactamente en el precepto por buena fe?. Para responder a esta cuestión me parece adecuado seguir el análisis realizado por J. M. Miquel en torno al concepto de buena fe (39).

Si adoptamos la configuración de este autor, la buena fe del art. 18 del CC no sería un criterio valorativo productor de nuevas formas jurídicas, sino un elemento más del supuesto de hecho de una determinada norma jurídica. En este caso el legislador de 1990 ha utilizado la buena fe para construir un supuesto de atribución de la nacionalidad alternativo de los (otros) supuestos de atribución y adquisición considerados como regulares y productor de sus mismos efectos: otorgar la condición de nacional español.

Como en todas aquellas hipótesis en las que es un elemento integrante del supuesto normativo, se trata aquí de la llamada buena fe subjetiva; pero, a diferencia de lo que ocurre en otras ocasiones (40), en este

(35) *BOCG*, III Legislatura, Serie B, 10 de noviembre, 1988, núm. 129-1.

(36) *BOCG*, IV Legislatura, Serie B, 15 de diciembre, 1989, núm. 14-1.

(37) Que por lo demás tampoco son condiciones concurrentes en todo tipo de usucapión, sino únicamente en la usucapión ordinaria.

(38) M. CALVO ANTÓN, *loc. cit.*, pp. 474-475. En la tramitación parlamentaria de la Ley, cf, también la enmienda núm. 45 del GP, *BOCG*, IV Legislatura, serie B, 9 de mayo de 1990, núm. 14-6.

(39) J. M. MIQUEL, «Observaciones en torno a la buena fe», *Homenaje al Pr. J. Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 497-507; más recientemente, el mismo autor en *Comentarios del Código civil*, t. I, pp. 37-56.

(40) V. gr. como indica J. M. MIQUEL, en materia de posesión, usucapión y adquisición a *non domino*, los arts. 433, 1950 del CC y 34.2 y 36 de la LH determinan el concepto de buena fe («Observaciones...», *loc. cit.*, p. 499).

precepto, al igual que ocurre en los arts. 53, 78 o 70 del CC, la buena fe no está definida y, por consiguiente, el margen de libertad del operador jurídico para apreciarla es mayor que en los casos en los que la concreción de su concepto ha sido efectuada por el propio legislador (41). Aún considerando este margen de libertad, tratándose como he dicho de la llamada buena fe subjetiva, puede decirse que en el art. 18 del CC la buena fe es básicamente un estado psicológico del sujeto consistente en la creencia de que realmente es nacional español o, si se prefiere, en la ignorancia de que no lo es, porque nunca le había sido atribuida, nunca había adquirido o nunca había recuperado la nacionalidad española.

Pienso que en este caso ha de aplicarse, sin duda, el principio general según el cual la buena fe se presume, de suerte que la carga de la prueba recaerá sobre aquél que la niegue.

Creo, en fin, que tampoco en el art. 18 del CC la buena fe es incompatible con un cierto grado de culpa del sujeto, cuya errónea convicción sobre su nacionalidad quizás hubiera podido ser disipada con una superior diligencia por su parte (42). En cambio, es un obstáculo evidente a la buena fe requerida por el art. 18 la presencia de *falsedad, ocultación o fraude* del interesado en el procedimiento adquisitivo de su nacionalidad española, circunstancias éstas que no sólo impiden la consolidación de la nacionalidad española viciadamente adquirida, sino que además provocan la posibilidad de la impugnación judicial de la atribución o la adquisición *ex art. 25.2 del CC*.

iii) Precisamente con base en la exigencia de buena fe, el Preámbulo de la Ley 18/1990 establece una extraña relación entre el citado art. 25.2 y el propio art. 18, ambos del CC, cuando señala «*Este último requisito, por cierto, debe conectarse con el apartado 2 del artículo 25, y de su relación resulta con claridad que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquieran la nacionalidad española después de su nacimiento*». Como otros autores que ya han te-

---

(41) No es posible aplicar analógicamente al art. 18 del CC la definición del art. 433 del CC (puesto que en aquél, como veremos, el título puede no estar viciado y ser simplemente inhábil para provocar la adquisición de la nacionalidad), ni la del art. 1950 del CC (la adquisición de la nacionalidad no implica previo acto de transmisión, ni siquiera en la llamada *derivativa*), ni la del art. 34.2 de la LH (sólo aceptable en el caso de que el título inscrito en el Registro Civil fuese inválido, pero no cuando se tratase de un título válido pero insuficiente para otorgar la nacionalidad), ni evidentemente el art. 36 de la LH; (*Vid. infra* los apartados correspondientes a las características del título original).

(42) Situación de culpa del titular que puede ser concomitante con la culpa de la Administración, *v. gr.*, al expedir documentos de identidad como españoles a quienes en realidad no lo son (casos de las *Resoluciones de la DGRN de 27 de junio de 1991 (BIML, núm. 1612, pp. 84-88)*; *16 de octubre de 1991 (BIMJ, núm. 1621, pp. 45-47)* *25 de octubre de 1991 (BIMJ, núms. 1622-1623, pp. 257-260)*, *29 de octubre de 1991 (BIMJ, núms. 1622-1623, pp. 266-269)*; *23 de noviembre de 1991 (BIMJ, núm. 1626, pp. 203-206)*; *4 de febrero de 1992 (BIMJ, núm. 1633, pp. 88-92)*.

nido ocasión de analizar el párrafo transcrito (43), no puedo dejar de mostrar mi asombro ante tan confusa formulación.

En este sentido, no está de más recordar que el art. 25.2 recoge una hipótesis de nulidad de la adquisición de la nacionalidad española en los supuestos en los que aquella hubiera sido conseguida mediando *false-dad, ocultación o fraude* del interesado. Nulidad que se producirá merced a una sentencia declarativa cuyos efectos se retrotraerán al momento de la fraudulenta adquisición (44) (45).

Sin embargo, la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad no es absoluta pues según el propio art. 25.2 del CC «no se derivarán de ella efectos perjudiciales para los terceros de buena fe». Y es esta mención a la buena fe la que, según el Preámbulo de la Ley 18/1990, justifica la conexión entre el art. 25.2 y el 18 del CC. Por mi parte, no veo que tal conexión sea evidente. Ambos preceptos se refieren, es cierto, a la buena fe, pero una lectura superficial de los mismos basta para poner de manifiesto que la buena fe mencionada en ambos artículos ni ha de ser protagonizada por las mismas personas, ni cumple idéntica finalidad.

En concreto, en el art. 18 del CC, como ya se ha dicho, quien posee con un título nulo o insuficiente la nacionalidad española es quien ha de ser además portador de la buena fe para provocar la consolidación de dicha nacionalidad; en cambio, en el art. 25.2 la buena fe no se predica del fraudulento titular de la nacionalidad española, que por definición la ha adquirido de mala fe, sino de los terceros, es decir, de los interesados en un acto o relación que presuponga para su validez o plena eficacia, la condición de español en el sujeto cuya adquisición se anula (46).

En concreto, ciñéndonos al ámbito de la nacionalidad, serían terceros en el sentido requerido por el art. 25.2 todos aquellos a quienes hu-

---

(43) Perpleja se manifiesta ante el mismo, A. SEISDEDOS MUIÑO, «Pérdida de la nacionalidad: comentario al art. 25 del Código civil», *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, 1991, pp. 365-384, espec. p. 381; de «confusa mención» lo califica M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 230.

(44) V. DOMÍNGUEZ/J. L. GÓMEZ-FABRA, *loc. cit.*, p. 469; esta hipótesis de «nulidad de la adquisición de la nacionalidad» representa una importante novedad de la Ley de 1990; en la redacción de 1982 el supuesto homólogo era considerado como de pérdida, aunque en opinión de varios autores la calificación correcta era la nulidad o la anulación (A. SEISDEDOS MUIÑO, *loc. cit.*, p. 40).

(45) Porque se trata de un caso de nulidad de la adquisición de la nacionalidad española y no de una pérdida de la misma, estimo que la ubicación del supuesto es técnicamente incorrecta; en mi opinión el vigente art. 25.2 del CC debería ser un precepto autónomo que, además, estaría mejor situado después del dedicado a la recuperación, situación ésta que, por un lado, evitaría los problemas interpretativos que suscita el actual art. 26.2 a), en relación con el propio art. 25.2 (*vid. infra*, pp. 66-67) y, por otro, no suscitaría duda alguna sobre su aplicación en las hipótesis de falsedad, ocultación o fraude en la recuperación de la nacionalidad.

(46) A. SEISDEDOS MUIÑO, *loc. cit.*, p. 380.



biese sido atribuida o hubiesen adquirido de forma privilegiada la nacionalidad española basándose en la condición de español del sujeto cuya adquisición es a la postre declarada nula. Pero, en contra de lo que parece manifestar el Preámbulo de la ley 18/1990, esos terceros no necesitan acudir al expediente de la atribución de la nacionalidad por posesión de estado previsto en el art. 18 del CC, esto es, a una consolidación *definitiva* de la nacionalidad española que *no se produce de modo inmediato*, pues requiere el transcurso de diez años ininterrumpidos de uso y disfrute de la condición de español; no lo necesitan porque dichos terceros, merced a la declaración del propio art. 25.2 del CC, verán consolidada su nacionalidad española de modo *definitivo e inmediato* (47).

Puede decirse que los arts. 18 y 25.2 del CC son normas de protección de la apariencia en materia de nacionalidad; sin embargo, son normas que se sitúan en planos distintos y cumplen funciones diferentes. Para aclararlo es útil en este punto hacer notar los dos sentidos que, como certeramente manifestara A. Gordillo, puede tener el término apariencia. En primer lugar, un sentido lato según el cual se otorga al titular de la situación aparente una protección *inmediata pero no definitiva*, o *una protección definitiva pero no inmediata* cuando la misma apariencia reúne determinadas condiciones legales; estaríamos ante la forma menos intensa de efectividad de la apariencia. En segundo término, un sentido más estricto, cuando la protección se hace más intensa, que es precisamente cuando se la toma en consideración desde el punto de vista de los terceros; en este caso, la apariencia se trata como si fuera la realidad misma y el ajeno a su formación (tercero de buena fe) obtiene una protección *inmediata y definitiva* (48). Pues bien, la consolidación de la nacionalidad del art. 18 del CC se sitúa en la primera de las zonas citadas de efectividad de la apariencia; por contra, el art. 25.2 estaría en la segunda de las zonas indicadas, es decir, en aquella en la que la apariencia adquiere su más intensa y plena forma de eficacia.

iiii) Por último, en relación con el art. 25.2 del CC y con su pretendida conexión con el que es objeto de este análisis, quisiera hacer algunas consideraciones sobre el plazo del ejercicio de la acción de nulidad por falsedad, ocultación o fraude. Tomando en cuenta la opinión de F. Pantaleón quien consideró muy criticable que el art. 24.1 en

---

(47) Si aceptamos la posibilidad de comparar instituciones nacidas en el ámbito del estado civil, con otras propias del Derecho de bienes, y aún dejando claro que no se hace ningún juicio de identidad, el art. 18 del CC guardaría la misma relación con la usucapación ordinaria que guarda el art. 25.2 en el punto referente a los terceros con las adquisiciones a *non dominio*.

(48) A. GORDILLO, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *A.D.C.*, 1982, pp. 111-1160, espec. p. 1147; antes también en *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 453-454.

su redacción de 1982 no estableciera un plazo de caducidad o prescripción de la acción (49), la Ley 18/1990 ha dispuesto un plazo de ejercicio de quince años que según algunos sería un plazo de prescripción (50) y según otras opiniones es un plazo de caducidad cuyo *dies ad quo* es el de la fecha de inscripción en el Registro Civil de la pretendida adquisición (51).

En mi opinión, aunque el art. 25.2 del CC no utiliza ninguno de los dos términos, exigen razones de peso para apreciar que el plazo citado es de caducidad y no de prescripción. En apoyo de este criterio se puede traer a colación el generalizado carácter imprescriptible predicado por la doctrina en el tema de las acciones de estado, lo cual no impide que por la necesaria estabilidad del estado civil se acompañe en ocasiones de plazos de caducidad relativamente cortos (52). Igualmente, cabe apelar a la propia naturaleza de la caducidad que, a diferencia de la prescripción protectora del interés individual, es una institución destinada a proteger el interés común en la certidumbre de una situación jurídica provisional o transitoria (53).

Siendo, como creo, un plazo de caducidad, estimo también que se trata de un plazo excesivamente largo. Tampoco me parece acertado que el legislador haya optado por un *dies ad quo* determinado por un dato objetivo como es el de la fecha de adquisición fraudulenta de la nacionalidad (54). En mi opinión hubiera sido mucho más correcto establecer un plazo de caducidad de la acción de nulidad por falsedad, ocultación o fraude mucho más corto; a la vez, establecerlo con una fecha de inicio del cómputo de naturaleza subjetiva: la del conocimiento preciso de la falsedad, ocultación o fraude por parte del Ministerio Fiscal (55). Creo que tal fórmula garantizaría mucho mejor que la actual la sanción al interesado de mala fe, por cuanto obligaría al Ministerio Fiscal a ejercitar la acción una vez conocidos la ocultación, la falsedad o el fraude, y ello con independencia del tiempo transcurrido entre aquella adquisición fraudulenta y el ejercicio efectivo de la acción.

---

(49) F. PANTALEÓN, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, loc. cit., p. 90.

(50) J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. I, loc. cit., p. 213.

(51) N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 109; J. M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *op. cit.*, p. 133; X. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 337; I. ARANA DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 314.

(52) F. RIVERO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2, *Personas*, Barcelona, 1990, p. 36.

(53) L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona Jurídica*, 7.ª ed., Madrid, 1989, p. 481.

(54) Que coincide con la de la inscripción, porque tratándose de adquisición en sentido técnico la inscripción es constitutiva.

(55) El criterio apuntado es cercano al del art. 112 *in fine* del Código de la nacionalidad francesa que establece la posibilidad de retirar la concesión de la naturalización o la recuperación obtenida con mentira o fraude, en el plazo de dos años a partir del descubrimiento del fraude por la administración (P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 178).

En cambio, con la fórmula actual del art. 25.2 la nacionalidad española del interesado se convierte en inatacable por el transcurso de quince años. De esta suerte, el precepto últimamente señalado escondería un nuevo supuesto de *consolidación* de la nacionalidad española cuyo único requisito es el paso del tiempo. La posesión de la nacionalidad española durante diez años sólo la consolida si va acompañada de su ejercicio efectivo y continuado, de la buena fe del interesado y de un título inscrito en el Registro Civil. Pero, en los supuestos de adquisición en sentido propio, basta con que esa posesión se prorrogue durante cinco años más para que la consolidación se produzca de modo indefectible, incluso existiendo mala fe en la adquisición (56).

### 3.1.3. *Tiempo*

i) La posesión y utilización de la nacionalidad española con buena fe basada en un título inscrito en el Registro Civil sólo producirá una consolidación de la nacionalidad española si se prolonga durante un plazo mínimo de diez años. Para consolidar la nacionalidad española no basta, pues, con la prueba de que en un determinado momento se ha gozado de la posesión de estado de español, sino que habrá que demostrar que de la misma se ha gozado al menos durante diez años.

A este dato hay que añadir que, desde una perspectiva práctica, la virtualidad de la posesión de estado como modo de acceder a la condición de español pasa por que en determinado momento la nacionalidad española que el individuo entendía tener atribuida, o creía haber adquirido o recuperado, le haya sido contestada. Puede decirse que, en principio, quien apela a la consolidación de su nacionalidad es porque ésta le ha sido discutida (57).

En el supuesto del art. 18 del CC algunas veces —según otra opinión, en todos los casos— el acto de contestación será una resolución judicial que declarará nulo el título de atribución o adquisición respectivo; otras se tratará de un simple acto de la Administración que le niega al individuo su condición de nacional español y que es lo suficientemen-

---

(56) Es cierto que también en este caso sería precisa la inscripción en el Registro Civil, imprescindible para que haya adquisición de la nacionalidad en sentido técnico, aunque dicha adquisición sea fraudulenta.

(57) El art. 171 del Código de la nacionalidad belga exige, como presupuesto de aplicación del precepto, que la nacionalidad belga del interesado en utilizarla haya sido contestada. Según M. VERWILGHEN las razones que pueden explicar esta contestación de la nacionalidad son básicamente dos: la existencia de un error administrativo que ha llevado al interesado a la creencia de que es belga y los casos en los que la filiación respecto de un progenitor belga a *cessé d'être établie* durante la minoría de edad del individuo (*op. cit.*, pp. 353-354).

te efectivo como para interrumpir la posesión de estado de español o la buena fe de la misma (58). En el primer caso, la resolución judicial declarativa de la nulidad del título que causa la nacionalidad putativa adquirida provoca además, generalmente, la interrupción de la posesión de estado de nacional español o, tal vez, de la buena fe en la misma (59); no obstante, puede haber situaciones en las que la sentencia que declare nulo el título de atribución inicial no sea un acto de contestación efectivo, en el sentido de que no impida que el individuo permanezca en la creencia de que su nacionalidad no ha sido afectada y siga actuando y siendo considerado a todos los efectos como español (v. gr., la sentencia judicial declara nula la adopción del extranjero, pero no se pronuncia sobre la suerte de la nacionalidad española atribuida a éste en virtud de la adopción; es posible que el adoptado siga poseyendo de buena fe la nacionalidad española, aún después de declarada nula la adopción). Cuando el acto de contestación de la nacionalidad española procede de la Administración, el interesado tiene a su disposición los recursos pertinentes que, interpuestos, pueden suspender el plazo de la posesión de estado de español.

Por lo tanto, el plazo de diez años tiene una *dies ad quem* perfectamente definido: la fecha de la *contestación efectiva* de la nacionalidad española, más allá de la cual no se puede afirmar que se posee y utiliza de buena fe la nacionalidad española. A partir de ese momento y al menos los durante diez años inmediatamente anteriores, el interesado deberá probar que ha gozado de la posesión de estado de español.

ii) Es curioso constatar que la prueba de la posesión de estado de español se halla expresamente contemplada en el art. 338 del RRC como uno de los índices ineludibles a considerar en el expediente destinado a obtener una declaración de nacionalidad con valor de simple presunción (60). J. Peré Rauly estimaba en su día que la constatación de que en cierto día se gozaba de la posesión de estado español podría realizarse mediante la prueba testifical (61) y la propia DGRN en la *Resolución de 28 de octubre de 1986* ha tenido ocasión de afirmar que la posesión de estado de la nacionalidad española viene demostrada

---

(58) Tales fueron los casos de las ya citadas *Resoluciones de la DGRN de 27 de junio, 16 de octubre 25 de octubre, 29 de octubre, 23 de noviembre de 1991 y 4 de febrero de 1992*.

(59) Así lo consideró la aludida *Resolución de la DGRN de 23 de noviembre de 1991*; en un supuesto de previa pérdida involuntaria de la nacionalidad española y posterior utilización de la misma, la DGRN entendió que la notificación del acto de contestación a la interesada impedía que la misma pudiese alegar buena fe en la posesión de su nacionalidad española en el tiempo posterior a dicha contestación.

(60) J. Díez DEL CORRAL estima que el art. 338 RRC constituye un precedente de interés del actual art. 18 del CC (*Comentarios del Código civil*, t. I, loc. cit., p. 184).

(61) *Derecho del Registro Civil*, t. II, op. cit., p. 649.

por los apellidos utilizados por el interesado, por la nacionalidad de sus progenitores o de algunos de ellos, por el DNI, la cartilla militar como ciudadano español, etc (62). Es cierto que en fechas más recientes, ante situaciones fácticas en las que los promotores alegaban la consolidación de la nacionalidad española *ex art. 18 del CC*, aportando como pruebas documentos similares a los reseñados en la *Resolución* anterior (63), la DGRN niega que sean españoles los interesados. Sin embargo, el fundamento de su negativa no se halla en la insuficiencia de los documentos aportados como prueba de su posesión de estado, sino en la inexistencia de un título registral idóneo para adquirir la nacionalidad, título que posteriormente habría sido declarado nulo.

En definitiva, tal y como se dijo, la prueba de la posesión de estado español se realiza mediante alegación y constatación de los hechos y actos jurídicos realizados por el sujeto como español y de todas aquellas circunstancias demostrativas de que el mismo ha sido considerado por la sociedad y por la Administración española como ciudadano español. Ahora interesa resaltar que el primero de tales hechos o de tales circunstancias será como mínimo, diez años anterior a la fecha en la que se puso en tela de juicio de manera *efectiva* aquella nacionalidad. Lógicamente, en el tiempo transcurrido entre ambas fechas habrá de sucederse varios datos justificativos de aquella efectiva posesión, pues sólo así quedará cubierta la exigencia de continuidad de la misma.

Al hilo de este hecho y en relación con las antedichas vacilaciones de la historia legislativa del precepto estimo que el plazo de diez años reclamado por el art. 18 del CC no guarda relación alguna con el plazo decenal para la usucapión ordinaria de inmuebles y que más bien proviene de los modelos utilizados por nuestro legislador, arts. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa y 17 del belga (64). Pero, precisamente porque el art. 18 del CC español exige para dar valor jurídico a la posesión de estado de

---

(62) *BIMJ*, Suplemento núm. 31/1986, pp. 25-29.

(63) En la citada *Resolución de 27 de junio de 1991* la interesada aporta, además del DNI, el Libro de Familia en el que consta su matrimonio con español acaecido el 31 de octubre de 1975, y un certificado del Ayuntamiento en el que consta su vecindad y el certificado de nacimiento en el extranjero. En la *Resolución de 16 de octubre de 1991*, idéntica en sus Fundamentos de Derecho a la anterior, los documentos aportados son similares. En la *Resolución de 25 de octubre de 1991* aporta su DNI, su cartilla militar, un certificado de la autoridad militar en el que consta su incorporación a filas en el ejército español, certificado de nacimiento en el que consta que nació en España y que sus padres son marroquíes y el permiso de residencia de la madre del promotor. En la *Resolución de 23 de noviembre de 1991* la interesada aportaba la inscripción como española en el Libro de Matrícula de españoles en Tetuán y el pasaporte español; en la *Resolución de 4 de febrero de 1992* el promotor, entre otros documentos aporta el DNI, la cartilla de afiliación a la Seguridad Social y las certificaciones registrales de su matrimonio con una española y del nacimiento de su hija, en las que consta su nacionalidad española.

(64) En el mismo sentido, N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 48.

español, además del plazo, otros requisitos que no aparecen en los dos modelos citados, quizás debiera haber establecido un plazo más corto (65).

iii) En otro orden de cosas, tal y como está delineada la figura del art. 18 del CC, no creo que una vez transcurridos aquellos diez años, el interesado esté obligado a reaccionar de determinada manera en un plazo relativamente corto a partir de la contestación de su nacionalidad española. Esta reacción, más o menos inmediata, tiene sentido en los Derechos francés y belga en los que la posesión de estado se conforma como un modo de adquisición de la nacionalidad *stricto sensu* que, como tal, se basa en la voluntad del implicado. Así, el art. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa reconoce que pueden reclamar la nacionalidad francesa por *declaración de voluntad* las personas que hayan gozado de forma constante de la posesión de estado de francés durante los diez años precedentes a esa declaración. En términos similares se manifiesta el art. 17 del Código belga. En este último precepto se especifica además que la declaración debe ser hecha antes de la expiración de un plazo de un año a contar desde que los hechos constitutivos de la posesión de estado dejaron de ser establecidos, plazo que se prórroga hasta que el eventual declarante cumpla los diecinueve años, cuando se trata de una persona cuya filiación belga fue impugnada durante su minoría de edad. El Código de la nacionalidad francesa no establece ningún plazo preclusivo para realizar la declaración mencionada, pero la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de que el interesado se pronuncie en un plazo razonable, después de la contestación de su nacionalidad (66).

Sin embargo, en el Derecho español, la consolidación de la nacionalidad que institucionaliza el art. 18 del CC no constituye un supuesto de adquisición de la nacionalidad española a través de una declaración de voluntad del interesado, siempre que reúna las condiciones exigidas por

---

(65) Apelo de nuevo a la no excesiva diferencia entre el plazo del art. 18 y el del art. 25 del CC, en los casos de adquisición en sentido estricto. Igualmente si se compara el arraigo que tiene en la sociedad española el individuo que cumpla los requisitos del art. 18 (al margen del plazo), con el que tiene un extranjero residente en España, no parece lógico que el plazo exigido para acceder de pleno derecho a la condición de español sea el mismo; más si se tiene en cuenta que la doctrina considera excesivamente largo el plazo de diez años para adquirir la nacionalidad española por residencia y que, en este tipo de adquisición, los supuestos de excepción que autorizan a adquirir la nacionalidad española en períodos de tiempo mucho más breves son tan numerosos que llegan a desvirtuar la regla general.

(66) *Arret Cour de Paris de 9 de julio de 1982 (Alibay Djiva)*, inédito, citado por P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 147, autor para el que el plazo razonable queda suspendido cuando el interesado inicia un proceso destinado a contestar la negativa de la Administración en darle un certificado de nacionalidad; añade que tal proceso puede considerarse además como un comportamiento de francés y, por lo tanto, como un elemento más de la posesión de estado.

la ley —al modo que lo son la opción y la naturalización—. Como se verá posteriormente, más bien cabe decir que el cumplimiento por parte de una determinada persona de los requisitos señalados en el art. 18 del CC le otorga de manera automática y como efecto directo de la ley, la condición de nacional español; no hay plazo alguno para que el sujeto manifieste su voluntad, sencillamente porque no hay ninguna voluntad que manifestar. Se trata en definitiva, como ya adelantamos, de una nueva hipótesis de atribución de la nacionalidad española.

Cuestión distinta es que el sujeto que ve discutida su nacionalidad española o que, en determinado momento duda de ella al sobrevenir ciertas circunstancias, pueda solicitar del Juez encargado del Registro Civil del domicilio la declaración de la consolidación de su nacionalidad española *ex. art. 18 del CC*, declaración que, como indica la *Instrucción de 20 de marzo de 1991*, se producirá a través del expediente con valor de simple presunción regulado en los arts. 96.2 LRC y 335, 338 y 340 RRC. Ha de tenerse en cuenta que, tal y como señalan los preceptos indicados, esa declaración tendrá valor de simple presunción y que, por consiguiente, si el interesado pretende una resolución definitiva que declare *erga omnes* su nacionalidad española merced a la posesión de estado descrita por el art. 18 del CC, deberá acudir a un juicio ordinario. Ahora bien, ni para instar aquella declaración presuntiva, ni para provocar esta definitiva, existe plazo alguno de caducidad.

## 3.2. Características del título original

### 3.2.1. Título inscrito en el Registro Civil

i) El art. 18 del CC exige que la posesión y utilización de la nacionalidad española que pueda ser causa de su consolidación esté basada en un título inscrito en el Registro Civil. La necesaria apoyatura en un previo título registral supone otra novedad de la ley española con relación a sus pretendidos modelos, ya que ni el art. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa, ni el art. 17 del Código belga, contienen un condicionante similar. Esta novedad del CC español, unida a la ya comentada exigencia de buena fe en la posesión de estado, hace que la virtualidad del precepto español sea mucho menor que la de sus homónimos francés y belga (67).

Se ha intentado justificar la introducción de este nuevo requisito apelando a la teoría del estado civil aparente o putativo y, más en concreto, a la doctrina del matrimonio putativo, el cual requiere para des-

---

(67) Se verá que dicha virtualidad es aún menor si se acepta el restrictivo concepto de *título inscrito*, defendido por la DGRN (*Vid. infra* pp. 24 y ss.).

plegar sus efectos la existencia inicial de un mínimo de forma (68). Quizás se trate de una explicación adecuada para la inteligencia del precepto, pero no acierto a ver los motivos del legislador de 1990 para concretar ese mínimo de forma, precisamente, en la inscripción registral.

Si nos limitamos a la posesión de estado, ya se ha visto con anterioridad que, con independencia de que ella misma sea o no título de legitimación del estado civil, se trata de una institución plenamente operativa aunque falte un título de atribución previo. Si carece de sentido exigir el título, menor sentido tiene aún pedir que el título de atribución antecedente se halle inscrito en el Registro Civil (69). En este sentido no está de más repetir las palabras de F. de Castro al referirse al valor de la posesión de estado como título legitimador «En los casos de *falta de inscripción*, o en los que el hecho o acto de que se trata *escapa al Registro*, es cuanto la posesión de estado adquiere eficacia...» (70).

Si se quiere apelar a la teoría del estado civil aparente o putativo, también resulta llamativa esta imperativa exigencia de inscripción. En concreto, es cierto que en el matrimonio putativo se pide como requisito imprescindible una mínima apariencia de celebración que impide aplicar sus efectos, por ejemplo, a las meras uniones de hecho (71); pero no parece que sea imprescindible que, además, el matrimonio en cuestión haya sido inscrito en el Registro Civil. La opinión mayoritaria entre nuestros autores es que los efectos señalados en el art. 79 del CC se producirán aún cuando no haya habido inscripción (72).

---

(68) J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil, t. II, loc. cit.*, p. 183. N. DÍAZ GARCÍA también señala que el requisito de que el título esté inscrito ha sido introducido, probablemente, en atención a la doctrina sobre los estados civiles potestativos (*sic*) (*op. cit.*, p. 49). Por su parte, M. I. FELIU RREY entiende que la exigencia del tal título inscrito fundamentador se debe a la necesidad de una causa justificante en la que se apoye esta posesión de estado, así como un reforzamiento de la apariencia jurídica ínsita en la posesión de estado, y ello debido a la peculiar materia que contempla: la nacionalidad («Notas a la Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en materia de nacionalidad», A. C., núm. 31, 1989, pp. 2469-2486, espec.p. 2477).

(69) Obsérvese, en este punto, que uno de los preceptos del Derecho vigente que da un papel más significativo a la posesión de estado, el art. 113 del CC, la considera relevante como medio para acreditar la filiación precisamente a falta, entre otros títulos de legitimación, de inscripción en el Registro Civil.

(70) *Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, p. 83.

(71) El art. 69, en su versión anterior a 1981, se refería al matrimonio *contraído*, participio que si bien no se recoge en el vigente art. 79, es reclamado por la generalidad de la doctrina (Vid. F. RIVERO, *Elementos de Derecho civil, t. IV, vol. 1º, op. cit.*, p. 172; M. PEÑA y BERNALDO DE QIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 85; M. CARMEN GETE-ALONSO, *Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 331).

(72) Vid. F. RIVERO, *Elementos de Derecho civil, t. IV, vol. 1º, op. cit.*, p. 173; M. PEÑA y BERNALDO DE QIRÓS, *Derecho de familia, op. cit.*, p. 86.



Cabe, pues, dudar de la conveniencia y oportunidad del introducir en materia de nacionalidad el condicionante de la inscripción. Sin embargo, en ésto el art. 18 del CC es claro y para su correcta aplicación no se puede prescindir de la apoyatura registral (73).

ii) Las posibilidades de aplicación del art. 18 del CC serían aún más limitadas si se toma en consideración la interpretación dada por la DGRN a la exigencia de inscripción registral, tanto en la *Instrucción de 30 de marzo de 1991*, como en las *Resoluciones* que, hasta el momento, ha vertido sobre el precepto y que ya he tenido ocasión de citar. De éstas, las dos primeras, de *27 de junio de 1991* y *16 de octubre de 1991*, deciden sendos recursos interpuestos por dos ciudadanas nacidas, respectivamente, en China y en Polonia y casadas con españoles en fechas inmediatamente posteriores a la Ley 14/1975 de 2 de mayo. Las recurrentes alegaban que habían estado en posesión y utilización de la nacionalidad española durante más de diez años y, basándose en el vigente art. 18 del CC, solicitaban su inscripción como tales en el Registro Civil Central. Ambas decisiones de la DGRN, idénticas entre sí, rechazan la petición fundándose en la no concurrencia del imprescindible requisito de la inscripción registral, «*en cuanto que de la inscripción del matrimonio en la fecha en que se produjo no se deduce la adquisición de la nacionalidad española del marido*».

En la tercera, *Resolución de 25 de octubre de 1991*, se trataba de un joven nacido en Palma de Mallorca, de padres extranjeros y cuyo nacimiento constaba en el Registro Civil de la mencionada localidad. El interesado promovió expediente de declaración con valor de simple presunción de la consolidación de la nacionalidad española, alegando y aportando pruebas diversas sobre la posesión de estado de nacional español, desde su nacimiento, hasta el momento de la solicitud. También en esta ocasión, la DGRN consideró inaplicable el art. 18 del CC. Su argumentación fue la siguiente: el requisito de la inscripción en el Registro Civil, si no se quiere vulnerar la letra de la ley, ha de ser interpretado en el sentido de que no toda apariencia de nacionalidad basta para la consolidación de la española, *sino sólomente aquélla que ha estado apoyada en un título registral idóneo del que derive la adquisición de la nacionalidad* (74). Lógicamente, si es preciso que se trate de un título en sí mismo bastante para adquirir la nacionalidad, sólo tiene sentido

---

(73) Por supuesto que, tal y como dice el texto legal, basta con que la posesión de la nacionalidad esté basada en un título inscrito en el Registro Civil (v. gr. un título de atribución como la filiación, la adopción, etc.), aunque la mentada inscripción no se refiera expresamente a aquélla; en realidad, esta última circunstancia sólo se dará en los títulos de adquisición, *stricto sensu*, y en la recuperación. Vid. en igual sentido I. ARANA DE LA FUENTE, *loc. cit.*, p. 308; F. LUCES GIL, *loc. cit.*, p. 128; X. O'CALLGHAN, *op. cit.*, p. 225, nota 38.

(74) Con posterioridad se pronuncian en el mismo sentido que las anteriores, las ya citadas *Resoluciones de la DGRN de 23 de noviembre de 1991* y *4 de febrero de 1992*.

apelar a la consolidación cuando, posteriormente, al título se le priva de efectos, estos es, el título es declarado nulo. Y esa es, precisamente, la tesis sustentada por el Centro Directivo. Con posterioridad aludiré a esta última exigencia; permítaseme ahora reflejar las razones apuntadas por la última *Resolución* mencionada para requerir que el título original sea en sí mismo suficiente para adquirir la nacionalidad, es decir, sea un título de atribución o de adquisición de los que, a tenor del Derecho aplicable en el momento de iniciar la posesión de estado de español, otorgaban la nacionalidad española.

Tales razones residen, prácticamente en exclusiva, en el Preámbulo de la Ley 18/1990 y en el epígrafe III, letra b) de la *Instrucción de 20 de marzo de 1991*. En concreto, la DGRN refleja el párrafo del Preámbulo donde se dice que «...quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli*, no era en realidad español». Dejando al margen cualquier consideración sobre el relativo valor que cabe otorgar a las Exposiciones de Motivos y Preámbulos de las Leyes (75), no cabe duda que el párrafo transcrito está aludiendo a títulos en sí mismos idóneos para atribuir la nacionalidad española, pero, como curiosamente reconoce la propia *Resolución de 25 de octubre de 1991*, lo hace únicamente a título de ejemplo, y no está excluyendo, entre otras, la posibilidad de utilizar la consolidación en supuestos de adquisiciones *stricto sensu* (76).

Igualmente, la reiterada *Resolución* acude al epígrafe III, letra b) de la *Instrucción de 30 de marzo de 1991* en el que literalmente se afirma «... en la adquisición originaria ha de resultar del Registro que la filiación o el nacimiento en España, produjeron, según la legislación aplicable en el momento del nacimiento, la adquisición de la nacionalidad

---

(75) Aunque bajo determinados regímenes políticos se ha mantenido que el valor normativo de los Preámbulos y Exposiciones de Motivos de las leyes es equiparable e incluso superior al del texto articulado, no existe duda de que, en el Derecho positivo español, sólo cabe otorgar a aquéllos un valor imperativo, tal y como ha declarado de modo expreso la S.T.C. 36/1981, de 12 de noviembre (*Jur. Cost.*, t. II, pp. 280-292). Careciendo de valor normativo, tampoco es discutible: a) que en el caso de discrepancia entre el Preámbulo y el texto articulado que le sigue, prevalece éste; b) que no es posible fundamentar resultados normativos en el Preámbulo cuando éstos no resulten de los presupuestos expresados en las disposiciones articuladas; c) a pesar de su indiscutible significado en la labor de interpretación, como elemento interpretativo de las disposiciones que le siguen no tiene un valor superior al resto de los canones hermenéuticos, siendo uno más a utilizar para alcanzar una recta interpretación (*Vid.* M. MARTÍN CASALS, «Preámbulo y disposiciones directivas», en *La forma de las leyes*, Barcelona, 1986, pp. 77 ss.). En este trabajo no se desprecia, ni mucho menos, ese valor interpretativo del Preámbulo de la Ley 18/1990, al cual se recurre en numerosas ocasiones para la mejor inteligencia de los preceptos analizados.

(76) *Vid. infra* los desarrollos dedicados a una naturalización y recuperación de la nacionalidad.

*española*» (77). Es palmario que, con este párrafo, la *Instrucción* está pidiendo que el título de atribución inscrito que abre la vía de la consolidación sea en sí mismo suficiente para otorgar la nacionalidad según la legislación aplicable en el momento del nacimiento. Ahora bien, esta exigencia de título idóneo o suficiente está en la *Instrucción*, pero no en la *Ley*, y no cabe admitir que una disposición de orden interno, dictada únicamente sobre la base de la jerarquía administrativa en materia de Registro Civil y carente, incluso, de valor reglamentario, por mucho que sea su valor interpretativo, pueda ni afectar mínimamente, ni mucho menos modificar, lo dispuesto en un precepto de rango legal (78).

Por todo lo expuesto, para mí es indudable que el art. 18 del CC no exige que el título inscrito en el Registro Civil sea un *título justo*, esto es, el necesario en su momento para atribuir o para adquirir la nacionalidad española. Lo que el precepto pide es una constancia registral que sirva de apoyatura a la posesión de estado de español, esto es, que el interesado conste de cualquier modo en un Registro Civil español y, precisamente basándose en esa constancia, se haya considerado a sí mismo de buena fe y haya sido tratado por los demás y por el Estado, como ciudadano español.

### 3.2.2. Título nulo y título ineficaz, pero no nulo

El art. 18 del CC, después de imponer los requisitos ya analizados, termina diciendo que la consolidación de la nacionalidad se producirá «aunque se anule el título que la originó».

Con esta fórmula, la disposición legal permite que de modo definitivo ostenten la nacionalidad española personas que habían accedido a la condición de españoles merced a un título nulo. Es más, según la opinión generalizada tanto en la doctrina (79), como en la jurisprudencia

---

(77) ¿Y por qué según la legislación aplicable en el momento del nacimiento? Piénsese en un hijo de madre española nacido en el extranjero en 1981 que, excepcionalmente, consta de un Registro Civil español y que desde entonces ha venido ostentando con buena fe la posesión de estado de español; dejando al margen el tema de la nulidad del título y con independencia de que, a mi juicio, quepa mantener la atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis* de ese sujeto (*Cf. infra* las consideraciones vertidas al respecto), de lo que no me cabe la menor duda es de que, de no considerar esta atribución directa, ese individuo estaría amparado por vigente art. 18 del CC.

(78) Sobre el significado normativo de las Circulares, Instrucciones y disposiciones similares de orden interior, *cf.* I DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 216.

(79) Implícitamente lo exigen, J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 183; N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 49; M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *loc. cit.*, p. 249; I. ARANA DE LA FUENTE, *loc. cit.*, p. 307; expresamente, M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 232; X. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pp. 334-335; F. LUCES GIL, *loc. cit.*, p. 129.

registral generada por el precepto, el supuesto basado en un título registral idóneo para adquirir la nacionalidad (*rectius* para atribuir, adquirir o recuperar la nacionalidad) que posteriormente es declarado nulo, es el único que permite la consolidación de la nacionalidad española. De acuerdo con esta interpretación, la norma contenida en el art. 18 del CC vendría a cumplir una función sanatoria o reparadora de atribuciones o adquisiciones nulas *ab origine*.

Pero, como quiera que ese título inicial habría de constar en el Registro Civil, la declaración de nulidad debería ir necesariamente seguida de la correspondiente rectificación registral que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 3 y 92 LRC, salvo supuestos muy excepcionales, sólo podrá hacerse mediante una sentencia firme recaída en juicio ordinario.

Repárese en que, en los supuestos de atribución *iure sanguinis* o *iure soli*, la decisión judicial declarará más que la nulidad, la inexistencia del título causante de la nacionalidad. En el primer caso se constatará que el *ius sanguinis* no puede operar porque, en realidad, el interesado no es hijo de español o españoles. En el segundo, se declarará que el individuo en cuestión no nació en España en las condiciones requeridas por la ley para atribuir la nacionalidad y que, por consiguiente, no cabe la atribución de la nacionalidad española *iure soli*. En cambio, cumple hablar de verdadera declaración de nulidad del título que originó la nacionalidad, tanto en los casos de atribución por adopción (posteriormente declarada nula en virtud de sentencia), como en los supuestos de adquisición (opción o naturalización), o de recuperación. En cualquier caso, insisto en que los casos reseñados son los únicos que, según la postura unánime de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia registral, parecen tener cabida en el marco del art. 18 del CC.

En realidad, si bien se observa, la necesidad de título nulo es una consecuencia obligada de la equiparación realizada por la opinión mayoritaria entre título inscrito en el Registro Civil y título registral idóneo para adquirir la nacionalidad. Si este título idóneo hubiera sido verdadero, válido y plenamente eficaz, ninguna necesidad habría de acudir a la figura de la consolidación de la nacionalidad. La necesidad surge, precisamente, porque el título es declarado nulo. Con ello se eleva la nota de la nulidad del título a nuevo presupuesto de aplicación del artículo 18 del CC.

Al respecto, ya manifesté con anterioridad que, a mi juicio, el título inscrito en el Registro Civil puede ser un título idóneo para atribuir o adquirir la nacionalidad española, que posteriormente es declarado nulo, pero puede ser también un título en sí mismo insuficiente para adquirir la

---

Aunque de manera un tanto confusa, parecen apartarse de la opinión común V. DOMÍNGUEZ, J. L. GÓMEZ-FABRA, cuando admiten que el título inscrito en el Registro Civil pueda ser la nacionalidad de los progenitores, la del cónyuge, los tutores, etc., y hacen referencia a la posible anulación de la nacionalidad, no del título (*loc. cit.*, p. 470).

nacionalidad —v. gr. un matrimonio con español, celebrado después de la entrada en vigor de la Ley 14/1975; una adopción plena por español anterior a 1982, en la medida en que se considere irretroactivo el art. 18 del CC en su versión de 1982, una adopción simple por español, una tutela ejercida por español, etc—. Ahora añadido que, siendo insuficiente para otorgar por sí mismo la nacionalidad española, no es preciso que el título se anule para que quien ha poseído durante diez años con buena fe la nacionalidad española con base en él, logre su consolidación.

Creo que esta interpretación, además de ampliar considerablemente el ámbito de aplicación del art. 18 del CC y darle mayor sentido (80), es la más acorde con la letra del precepto, que concluye con una frase concesiva (*aunque se anule el título que la originó*), y no con una condicional (*si se anula el título que la originó*) (81). Es por otro lado, la interpretación que mejor cohonesta tanto con el concepto técnico de estado civil aparente o putativo (82), como con el párrafo del Preámbulo de la Ley 18/1990 donde se dice que «...el criterio de evitar cambios bruscos y automáticos en la nacionalidad de una persona es el que inspira la nueva redacción del art. 18 del CC». En efecto, si se mantiene la tesis restrictiva de nuestra DGRN, habría numerosas personas que a pesar de poseer y utilizar la nacionalidad española durante diez años con buena fe y basándose en un título inscrito en el Registro Civil, sufrirían en determinado momento un cambio brusco de nacionalidad (83). En cambio, con la interpretación aquí propuesta, el marco del art. 18 del CC acogería la mayoría de las hipótesis en las que una persona actuando de buena fe, ha sido considerada como español durante más de diez años, de suerte que cualquier situación fáctica que reuniera los requisitos exigidos por la norma se transformaría sin solución de continuidad y sin necesidad de declaración del interesado o de los poderes públicos en situación jurídica definitiva e inatacable (84).

(80) Vid. *infra* pp.80 y ss.

(81) La frase sí era condicional en el texto propuesto por el Grupo Popular en la Enmienda núm. 45 de la Proposición de Ley; según dicha enmienda «La posesión de estado de la nacionalidad española durante diez años, pública, con buena fe y basada en el título inscrito en el Registro Civil, dará derecho a optar por ella si el título fuera impugnado y declarado nulo» (BOCG, IV Legislatura, serie B, 9 de mayo de 1990, núm. 14-6).

(82) Según F. DE CASTRO un estado civil puede calificarse como aparente cuando, después de ser considerado durante un tiempo como jurídicamente existente y válido (en base a una inscripción falsa o incompleta, o por una posesión de estado conforme o contraria a la inscripción) se declara judicialmente o resulta de modo inequívoco que no corresponde a la realidad (*Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, p. 84).

(83) Son paradigmáticos, en este sentido, los casos resueltos en las reiteradas *Resoluciones de 27 de junio, 16 de octubre y 25 de octubre, 23 de noviembre de 1991 y 4 de febrero de 1992*.

(84) Es la función que, en opinión de la doctrina francesa, cumple asignar al art. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa (M. N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 242; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, París, 1987, p. 48).

### 3.2.3. Carencia de otro título idóneo

De acuerdo con una opinión doctrinal la carencia de otro título idóneo y válido que de derecho a ostentar la condición de nacional español es otro presupuesto ineludible para que actúe la consolidación de la nacionalidad española (85).

En principio, no cabe duda de que ésto es así en todos los casos en los que la figura diseñada en el art. 18 del CC se destine a cumplir la función para la que, en principio, parece haber sido introducida: la de ser título de atribución de la nacionalidad española o, lo que es lo mismo, el porqué jurídico del estado civil de nacional español. En este sentido, bien puede decirse que los títulos que originan la nacionalidad española de un individuo se hallan en buena medida jerarquizados. La adquisición *stricto sensu* sólo cobra sentido si el interesado no es nacional español por efecto directo de la ley, esto es, no tiene a su favor un título de atribución. Entre éstos existe también una jerarquía pues en el Derecho español de la nacionalidad el *ius sanguinis* sigue teniendo carácter principal y el *ius soli* sólo opera con carácter subsidiario (86). Pues bien, en este orden de prelación de títulos causantes de la nacionalidad española, la atribución por posesión de estado *ex art.* 18 del CC sólo entraría en juego en último término, a falta de cualquier otro título idóneo. Por lo que atañe a su papel estrictamente creador del vínculo de nacionalidad, actuaría a modo de norma de cierre del sistema.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, creo que aparte de ese *rol creador*, se puede asignar a la consolidación de la nacionalidad española un papel diferente cuya importancia no es, ni mucho menos, despreciable. Para comprenderlo conviene aludir a la opinión sustentada en su día por M. Peña y Bernaldo de Quirós (87) según la cual tanto la opción como la naturalización pueden ser ejercitadas no sólo con el fin de adquirir la nacionalidad, sino también para dar mayor seguridad al estado civil de nacional español que ya se tiene y del cual se duda por razonables motivos de hecho, de Derecho o por dificultades de prueba.

---

(85) En opinión de J. Díez del Corral para que entre en juego el art. 18 es necesario que el interesado no sea también español por otro título distinto del que se anula pues si triunfa la acción de impugnación en la paternidad pero el interesado sigue siendo hijo de española o es español *iure soli*, no importa que desaparezca uno de los títulos de atribución de la nacionalidad española si le sigue beneficiando otro de los establecidos en el art. 17 (*Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 183). Para el Derecho francés en el mismo sentido, P. Lagarde, *op. cit.*, p. 146.

(86) Cf. J. González Campos, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, *loc. cit.*, p. 23.

(87) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, *loc. cit.*, pp. 605 y 624. Opinión corroborada por F. Pantaleón, *loc. cit.*, p. 82.

Por mi parte estimo que la finalidad *confirmatoria* de la nacionalidad no está entre las que corresponden ni a la opción, ni a la naturalización (88). Sin embargo, no me parece desatinado considerar que tal finalidad sí está entre las que son propias de la figura introducida por el vigente art. 18 del CC. Es cierto que la clarificación de las citadas dudas sólo puede ser hecha mediante la constatación por las pruebas admitidas en Derecho de los hechos o circunstancias a los que la ley apareja la atribución de la nacionalidad española (89), pero no lo es menos que, después de 1990, entre esos hechos y circunstancias están precisamente los requeridos en el art. 18 del CC. Por consiguiente, con independencia de cuál fuese la causa primitiva de la nacionalidad española del sujeto, ante cualquier supuesto de duda sobre la legalidad de la misma, al interesado le bastará con demostrar que cumple los requisitos del art. 18 del CC para consolidar efectivamente esa condición nacional (90). Es más, siendo la consolidación un efecto directo de la ley que se produce por el mero cumplimiento de sus presupuestos de hecho, entiendo que cualquier autoridad judicial o administrativa que en el curso de un proceso o de un expediente encuentre fundadas dudas sobre la existencia o validez del título de atribución o de adquisición de la nacionalidad española correspondiente a una determinada persona deberá darlas por despejadas si comprueba la concurrencia de los requisitos necesarios para su consolidación (91).

Bajo esta perspectiva, junto a aquélla función creadora ya anticipada, la consolidación de la nacionalidad española *ex art. 18 del CC* estaría cumpliendo también un papel corroborador de la nacionalidad española que se dice tener y de la cual se duda, hasta el punto de hacerla *inatacable pro futuro*. Se trata, en definitiva, de una manifestación del *rol pacificador* que tradicionalmente se ha asignado a la posesión de

---

(88) En el mismo sentido J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 189.

(89) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *ibid.*

(90) Consolidar *pro futuro*, sin prejuzgar la condición de nacionalidad español, extranjero o apátrida del interesado en el tiempo anterior.

(91) En el supuesto planteado por la *Resolución de la DGRN de 29 de octubre de 1991*, ya citada, el promotor solicitaba una inscripción de nacimiento fuera de plazo y la marginal de nacionalidad española, basándose en su condición de hijo de español, reconocido por el padre años después de su nacimiento. En el curso del expediente se observó que el padre del solicitante había nacido en España de madre portuguesa y sin que constase la filiación paterna, y no había ejercitado la opción a la nacionalidad española prevista en el art. 18 del CC en su redacción originaria. A pesar de que ese nacimiento en España se remontaba al año 1931 y de que en el expediente quedaba también claro que el padre del solicitante se había considerado a sí mismo y había sido tratado como ciudadano español (cumplió el servicio militar en España; estaba en posesión del DNI, etc.), se denegaba la petición por no constar fehacientemente la nacionalidad española del padre. Siguiendo el criterio del texto, el Juez Encargado hubiera debido estimar *consolidada* la nacionalidad española del progenitor y, consiguientemente, acceder a la petición.

estado y que no es extraño al Derecho positivo español. Obsérvese, en este sentido, los arts. 137 y 140.2 del CC, preceptos en los que se evidencia que la posesión de estado de hijo matrimonial o extramatrimonial, respectivamente, prolongada durante un cierto período de tiempo, extingue la acción de impugnación de la filiación, convirtiendo a ésta en inatacable.

Por último, como se verá en otro momento de este trabajo, pienso que también cabe consolidar *ex art.* 18 del CC una nacionalidad española de origen que se viene disfrutando de hecho, cuando en realidad la nacionalidad española de Derecho que se tenía era no originaria (92).

### 3.3 El título que originó la nacionalidad española putativa

#### 3.3.1. *Filiación natural*

i) En este caso la presunta nacionalidad española de origen del hijo deriva del hecho mismo del nacimiento de padre o madre españoles (93) y la anulación de este título de atribución procede del ejercicio con éxito de una acción de impugnación de la filiación del progenitor o progenitores de los que derivaba la españolidad del hijo.

Bajo las sucesivas legalidades anteriores la doctrina se cuestionó precisamente la suerte que habría de correr la nacionalidad española de quien aparecía como hijo de padre y/o madre españoles y en realidad resultaba no serlo por efecto de una acción de impugnación de la filiación.

Para la Ley de 1954, J. Peré Raluy entendió que el acto por el que se declaraba que una persona era hija de quien, con arreglo al art. 17 del CC de entonces, determinaba la extranjería del hijo, provocaba para éste la pérdida de la nacionalidad que hubiere venido ostentando, tanto si entonces era menor, como si era mayor de edad (94). En su opinión tal pérdida tendría carácter retroactivo, si bien matizaba que la retroacción no debería lesionar los derechos definitivamente adquiri-

---

(92) *Vid. infra.* el punto 5.1, sobre la eficacia de la norma.

(93) La sustitución de la palabra «hijos» que se utilizaba en la ley 51/1982 de 13 de julio por la de «nacidos», atendiendo con ello a las opiniones vertidas por la mejor doctrina y por la propia DGRN, confirma que es el título constitutivo de la filiación y no su determinación legal lo que atribuye al hijo la nacionalidad (*Vid.* para la ley de 1982, por todos, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 142 y en relación con la legalidad actual, N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 28). Por el contrario, M. A. PARRA LUCÁN considera que tra la ley 18/1990 la tesis de que la generación es la causa de la atribución de la nacionalidad es rotundamente falsa, fundándose entre otras razones en el nuevo art. 17.2 (*loc. cit.*, pp. 208 ss.).

(94) Cuestión muy dudosa en este último caso la considera J. DIEZ DEL CORRAL, *Síntesis sobre nacionalidad y Registro Civil*, Jaén, 1978, p. 7.



dos durante la posesión de la nacionalidad española y al amparo de ésta (95). Frente a esta postura y ya en relación a la ley de 1982 se manifestaron tanto J. Díez del Corral, como J. González Campos. Para el primero el criterio según el cual el «falso» hijo de españoles no podía mantener su condición de español tras la impugnación de aquella filiación, suponía añadir una causa de pérdida de la nacionalidad española a la lista indudablemente taxativa contenida en el CC y, en no pocas ocasiones, conduciría a consecuencias notablemente injustas (96). También para el segundo autor citado era preferible entender que la impugnación de la filiación que atribuía la nacionalidad española al hijo no afectaba a ésta, si bien sus razones no coincidían con las expuestas por el autor anterior. La argumentación de J. González Campos se basaba en el tenor literal del artículo 112 del CC, precepto que subordina la retroactividad de los efectos de la determinación legal de la filiación al hecho de que «sea compatible con la naturaleza de aquéllos», compatibilidad que en su opinión no se daría si, como consecuencia de la impugnación, el hijo dejara de ser español para no adquirir una nacionalidad extranjera *iure sanguinis* o, incluso, aunque se produjese ese efecto adquisitivo (97). Por ello, concluía este autor que el legislador de 1982 sólo admitió el efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación en relación a la nacionalidad cuando éste era positivo —atribuía la nacionalidad española de origen *ex art.* 17.2—, mas no cuando se producía un efecto negativo respecto a la nacionalidad española que ostentaba el interesado.

Frente a estas últimas opiniones, después de 1990 cabe argumentar con el nuevo art. 18 del CC y con la interpretación que del mismo realiza el Preámbulo de la Ley donde, a propósito del nuevo precepto se dice que «Si se llega a demostrar que, quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli*, no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleva a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad», palabras que parecen confirmar el carácter claudicante de la nacionalidad española atribuida en virtud de la filiación por naturaleza que sólo se mantendría si se dan las circunstancias previstas en el mencionado art. 18 (98).

En favor de este mismo carácter claudicante o provisional de la nacionalidad española atribuida *iure sanguinis* también se ha intentado acudir a la vigente redacción del art. 17.2 del CC, en el que se declara

(95) J. PERÉ RAULY, *Derecho del Registro Civil*, t. II, *op. cit.*, p. 621.

(96) J. DÍEZ DEL CORRAL, «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», *R.D.P.*, 1983, pp. 791-819, espec. pp. 812-813.

(97) J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela...*, *loc. cit.*, p. 34. Se muestra de acuerdo con la argumentación de este autor, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 144, nota 37:

(98) En el mismo sentido N. DÍEZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 43-44.

que la filiación o el nacimiento en España cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. En concreto, según M. A. Parra Lucán, cabría deducir del citado precepto que la determinación de la filiación extranjera cualquiera que sea la edad del interesado supone la pérdida de la nacionalidad española si no se ha llegado a consolidar *ex art. 18 (99)*. A mi juicio esta argumentación no es correcta puesto que el art. 17.2 nada dice ni en favor ni en contra del carácter definitivo o claudicante de la nacionalidad española atribuida *iure sanguinis*. El art. 17.2 es una norma singular que viene a excepcionar el principio general de retroactividad de efectos del establecimiento de una filiación en el caso de que se determine la filiación española del interesado después de los dieciocho años y éste viniere ostentado una nacionalidad extranjera (o fuese apátrida). La interpretación *a contrario* de esta norma lo único que autoriza a decir es que la determinación de una filiación española producida antes de los dieciocho años es por sí sola causa de atribución de la nacionalidad española, pero nada afirma en relación con la «pérdida» de la nacionalidad española del sujeto que, antes o después de los dieciocho años, ve impugnada su filiación respecto del progenitor español (100).

Es más, como admite la autora citada, con la interpretación que reconoce el carácter provisional de la nacionalidad española atribuida por filiación natural, siempre que impugnada la filiación española no se cumplieren los requisitos del art. 18, ni al interesado le fuera atribuida otra nacionalidad, se desembocaría en supuestos de apatridia que no sólo serían indeseados por el legislador interno (101), sino que además

---

(99) M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 222.

(100) Como reconoce la propia M. A. PARRA LUCÁN, el art. 17.2 no tiene el alcance del art. 29 del Código de la nacionalidad francesa, donde se dispone que la filiación del hijo no tiene efecto sobre la nacionalidad de éste salvo que sea establecida durante su minoría de edad, lo cual significa que un establecimiento tardío de una filiación extranjera no provoca la pérdida de la nacionalidad francesa inicialmente atribuida, pérdida que sí se producirá en el caso de que dicha determinación sea anterior a la mayoría de edad del interesado (P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 73). A parecidos resultados llega el Código belga, cuyo art. 3 es muy parecido a nuestro art. 17.2, pero en el que además se incluye el art. 8.4 donde se dice que la persona a la que fue atribuida la nacionalidad belga de su progenitor conserva esta nacionalidad si la filiación deja de estar establecida después de la mayoría de edad o la emancipación; por el contrario, si la filiación decae antes de esta edad el sujeto no mantendrá su condición de belga, si bien los actos cuya validez estaba subordinada a la posesión de la nacionalidad belga no pueden ser impugnados por el único motivo de que el interesado carecía de nacionalidad (H. DE PAGE, J. P. MASSON, *op. cit.*, p. 205).

(101) M. A. Parra Lucán, *loc. cit.*, p. 229. Crítica similar realiza la doctrina belga en relación al menor de edad que tras la impugnación de su filiación respecto de un belga se ve despojado de esta nacionalidad (H. de Page/J.P. Masson, *op. cit.*, p. 205).

contravendrían normas internacionales que España se ha obligado a cumplir (102).

Ahora bien, ni esta última objeción, ni el hecho de que el art. 17.2 sea irrelevante a los efectos que ahora se analizan, permite afirmar con rotundidad que la nacionalidad española atribuida en virtud de filiación natural sea definitiva e inatacable. A mi juicio la cuestión sigue siendo muy dudosa. Por su carácter definitivo abogan las mismas razones que aducían los comentaristas de la Ley de 1982 y, además, la necesidad de prevenir en lo posible los supuestos de apatridia. Sin embargo, después de 1990, la introducción del art. 18, la interpretación que del mismo realiza el Preámbulo de la Ley, el paralelismo con otros supuestos de atribución que también parecen carentes de firmeza y, sobre todo, la necesidad de no hacer del citado art. 18 un precepto prácticamente inútil, apuestan con fuerza por el carácter provisional de la nacionalidad española atribuida *iure sanguinis*.

### 3.3.2. *Filiación adoptiva*

i) La atribución de la nacionalidad española de origen puede ser consecuencia de la adopción por español o españoles de un extranjero menor de dieciocho años (art. 19 CC). De forma paralela a lo que he expuesto para la filiación natural, cabe cuestionarse si una eventual extinción del título de filiación adoptiva que atribuía la nacionalidad española del adoptado afectará o no a ésta.

En un primer acercamiento al tema se pudiera pensar que la declaración de invalidez o ineficacia de una adopción realizada por españoles no puede producir en ningún caso la pérdida de la nacionalidad española de origen atribuida al adoptado menor de dieciocho años. Tal es lo que parece desprenderse del art. 180.3 del CC, reformado por Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican el CC y la LEC en materia de adopción, y en el que expresamente se afirma «La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales ya producidos». A pesar de lo dicho, no creo que el precepto citado tenga un alcance tan general que le permita ser aplicado a cualquier situación de invalidez o

---

(102) *Vid.* art. 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (B.O.E. de 31 de diciembre de 1990) cuyo tenor literal es el siguiente: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

ineficacia de la adopción (103). Por el contrario, la sede donde se sitúa la mentada disposición legal y los antecedentes inmediatos de la misma me llevan a pensar que la norma sólo resulta aplicable en el caso de extinción de la adopción por omisión de los trámites que menciona el propio art. 180 en su párrafo 2, quedando excluida su procedencia, tanto en otras situaciones de extinción *ex nunc* del vínculo adoptivo, como en las eventuales hipótesis de nulidad de la adopción. En estas últimas, una vez declarada la nulidad se han de borrar con eficacia retroactiva todos los efectos patrimoniales y personales producidos por aquella adopción que, en realidad, siempre fue nula (104).

Reduciendo pues la aplicabilidad del art. 180.3 al ámbito que le es propio, una primera hipótesis de extinción de la adopción que no produce la pérdida de la nacionalidad del adoptado es la prevista en el mismo art. 180, concretamente en su párrafo segundo. Este precepto contempla la posibilidad de que los padres naturales del adoptado que sin culpa suya no hubiesen intervenido en el expediente de adopción soliciten la revocación de ésta dentro de los dos años siguientes a la adopción. Pues bien, aunque prospere la demanda del padre y/o madre legitimados y el juez aprecie la extinción del vínculo adoptivo, no cabe duda que la nacionalidad española de quien fue adoptado en forma ilegal no va a resultar afectada, merced a lo expresamente previsto en el art. 180.3: «La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad, ni la vecindad civil adquiridas...».

El vigente art. 180.3 tuvo su causa inmediata en las críticas vertidas en su día por R. Bercovitz al art. 177 CC anterior a la reforma de 1987. Después de 1970, el art. 177 CC se limitaba a decir que «La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos», sin hacer mención alguna a los efectos de carácter no patrimonial. Preguntándose por la suerte de la nacionalidad y vecindad civil del adoptado en el supuesto de extinción de la adopción, el autor citado entendía que en los casos de los núms. 1º y 3º del mentado art. 177 la extinción del vínculo adoptivo trataba de sancionar la conducta indebida del

---

(103) Se limitan a transcribir el art. 180.3, sin analizar su alcance, F. LUCES GIL, «El nuevo régimen...», *loc. cit.*, p. 128, nota 18; N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 58; M. A. PARRA LUCÁN le da un alcance general señalando que, frente a la supuesta equiparación de filiaciones que inspira la legislación vigente, en relación a la pérdida de la nacionalidad la filiación adoptiva recibe un trato más favorable que la filiación por naturaleza (*loc. cit.*, p. 232).

(104) En el mismo sentido se pronunciaba R. BERCOVITZ, analizando el art. 177 del CC en su redacción anterior a 1987 cuando afirmaba «Quizá sea lógico colocar entre los casos de extinción únicamente a los de revocación de la adopción, dejando fuera los de nulidad y anulabilidad puesto que éstos, una vez declarada la nulidad, producen en principio efectos *ex tunc* y, consecuentemente, más que de una extinción se puede hablar de una inexistencia o ineficacia jurídicas», (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. III, Madrid, 1978, p. 327).

adoptante, protegiendo al adoptado (105), por lo que no era lógico que como consecuencia de la extinción se privase al adoptado de la nacionalidad o de la vecindad adquirida por medio de la adopción, pues eso más bien sería una sanción para el adoptante. Añadía el autor citado que la privación de la nacionalidad o de la vecindad únicamente podría no ser inconveniente en los casos del art. 177.2º cuando se tratase de un menor de edad que adquiriese la nacionalidad de sus padres por razón de la dependencia familiar; de lo contrario, parecía lógico que el adoptado conservase nacionalidad y vecindad (106). Resulta curioso constatar que de los tres supuestos de extinción de la adopción que recogía el anterior art. 177 CC, el único que se mantiene en el vigente art. 180 es el destinado a salvaguardar el interés del padre y/o madre que no dieron su asentimiento o no fueron oídos en el expediente; es decir, precisamente el único caso en el que R. Bercovitz no veía excesivos reparos en estimar que la extinción de la adopción afectaba a la nacionalidad española atribuida. En esta línea se hubiera podido mantener que en la hipótesis de extinción del vínculo adoptivo por la causa prevista en el art. 180.2 CC vigente, sólo la prevención de una eventual situación de apatridia justificaría el mantenimiento de la nacionalidad española del adoptado después de extinguida la adopción; por el contrario, cuando tras la extinción el hijo adquiriese —o recuperase— la nacionalidad de sus padres u otra de la que gozase con anterioridad a la adopción, no habría razón para mantener la española, sin perjuicio de que se dejasen a salvo los efectos ya producidos, dependientes de la condición de español. Sin embargo, el legislador de 1987 consideró oportuno salvar en cualquier caso la nacionalidad y la vecindad civil del adoptado, una vez extinguida su adopción (107).

Por consiguiente, ninguna necesidad hay de recurrir al art. 18 del CC cuando se extinga el vínculo adoptivo por la omisión de trámites prevista en el art. 180.1 del CC.

ii) Distinto es el tratamiento merecido por la hipótesis de extinción de la adopción realizada por español o españoles, que es consecuencia de la realización de una nueva adopción por parte de extranjeros, situación perfectamente posible a la luz de lo previsto en el art. 175.4 del CC —en el caso de muerte del primer adoptante o de exclusión de sus funciones tuitivas—. Creo firmemente que esta segunda adopción no afecta

---

(105) R. BERCOVITZ, *loc. ult. cit.*, p. 338.

(106) R. BERCOVITZ, *ibid.*

(107) Por el contrario, el art. 31 de la Ley catalana 37/1991, sobre medidas de protección de menores desamparados y adopción, salva expresamente los efectos patrimoniales producidos antes de la extensión de la adopción, pero no menciona para nada ni la nacionalidad ni la vecindad, si bien la omisión se justifica por la carencia de competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de atribución de la nacionalidad y la vecindad civil.

en absoluto a la nacionalidad española del adoptado sucesivamente, como tampoco resultaría afectada la condición de español de quien, siendo hijo por naturaleza de español, es adoptado por un extranjero. En contra de esta postura se podría intentar el recurso al art. 178.1 del CC, precepto donde se establece que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, si no fuera porque la nacionalidad no constituye un vínculo jurídico entre una determinada persona y su familia, sino entre una determinada persona y una comunidad constituida en Estado. Con esta premisa, estimo que la no pérdida de la nacionalidad española de quien fue adoptado inicialmente por españoles y sucesivamente por extranjeros, no radica en la aplicación del art. 180.3 del CC, por ser éste un precepto que, al margen de su dudosa oportunidad, a mi entender es únicamente aplicable en la hipótesis de extinción de la adopción por omisión de trámites regulada en el propio art. 180. Las razones en favor de la intangibilidad de la nacionalidad española en el caso del art. 175.4 del CC cuando el segundo adoptante es extranjero son simplemente consecuencia necesaria del vigente sistema español de la nacionalidad, que rompe definitivamente con el principio de unidad jurídica de la familia que obligaba a los hijos menores de edad a seguir la nacionalidad de sus padres (108) y según el cual ningún español de origen puede perder su nacionalidad si no es de manera voluntaria (art. 11.2 CE).

iii) Al margen de los supuestos de extinción expresamente previstos por el legislador, cabe plantearse la posibilidad de que una determinada adopción sea declarada nula de pleno derecho y, por consiguiente, no produzca *ex tunc* ningún efecto, ni siquiera la atribución de la nacionalidad al adoptado. Para ver la medida en que puede o no ser posible tal declaración de nulidad, es preciso discriminar las adopciones celebradas al amparo de la Ley de 1970, de las que ya lo han sido bajo la vigencia de la Ley 21/1987.

En el caso de las adopciones plenas (las únicas que según la Ley 51/1982 atribuían la nacionalidad española al adoptado) realizadas conforme a la legislación anterior a la modificación del régimen de la adopción de 1987, las posibilidades de impugnación y, consiguientemente, de declaración de nulidad de la presunta adopción son mucho más amplias que las que se dan al amparo de la legalidad vigente. Ha de tenerse en cuenta que bajo el imperio de la Ley de 1970 la adopción se configuraba como un negocio jurídico de Derecho de familia al que eran aplicables, en la medida en que pudieran ser adaptadas, todas las

---

(108) Sobre la importancia del principio bajo la vigencia de la ley de 15 de julio de 1954, F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, 5.ª ed., Madrid, 1970, pp. 270 ss.; la ruptura con el mismo en la Ley 51/1982 es analizada por L. Díez-PICAZO, «El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad», *A.D.C.*, 1983, pp. 691-701, espec. p. 699.

categorías de ineficacia del negocio jurídico (109). Conforme a ello, cualquier vicio del procedimiento de adopción que pudiera significar la nulidad de pleno derecho de la misma (*v. gr.* falta de aprobación judicial, violación de prohibiciones legales, etc.) podría ser hecho valer por los interesados. La nulidad, una vez declarada, provocará la ineficacia *ex tunc* de la adopción y, por consiguiente, la no atribución de la nacionalidad en virtud del título de filiación adoptiva a quien únicamente había sido adoptado putativamente (110), abriéndose entonces la posibilidad de acudir al art. 18 del CC para consolidar la condición de español.

Por lo que atañe a las adopciones que ya han sido realizadas bajo el imperio de la Ley de 1987, necesariamente ha de partirse del dato de que, actualmente, la adopción es un acto judicial y, por tanto, su impugnación ha de hacerse según el régimen propio de los actos de esta naturaleza recogido en los arts. 238 y ss. de la LOPJ (111). Estos preceptos pretenden dotar de la mayor estabilidad posible a las actuaciones judiciales y por ello establecen un sistema fuertemente restrictivo respecto de sus posibilidades de impugnación. De acuerdo con el mentado régimen los motivos de impugnación del auto que pone fin al expediente de adopción son en primer lugar ya tenor de lo dispuesto en el art. 238.3 de la LOPJ, la nulidad de pleno derecho que se produce cuando se prescinde total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente hayan producido indefensión (*v. gr.* si en la tramitación del expediente se prescinde de consentimiento del adoptante y/o adoptado); en segundo lugar la existencia de defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectivamente indefensión (art. 240.1 LEC) (*v. gr.* la propuesta de la adopción crece de las menciones exigidas por el art. 1829 de la LEC); además de ambos supuestos, M. Peña y Bernaldo de Quirós estima que los casos más graves de actuaciones ilícitas o contrarias al orden público, tales como ma-

---

(109) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol.2, Madrid, 1985, p. 338; F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil IV, vol. 2.º, Derecho de familia*, Barcelona, 1984, p. 706.

(110) Téngase en cuenta que no se podría ni llegar a cuestionar la aplicación de la excepción actualmente prevista en el art. 180.3 del CC, puesto que como hemos indicado con anterioridad, el precepto paralelo de la versión de 1970 no salvaba la eficacia de la nacionalidad atribuida al adoptado.

(111) La *S.T.S. de 23 de mayo de 1991, R.J.A.*, 1991, núm. 3786, ha insistido, con carácter incidental, en la naturaleza negocial de la adopción; aunque se trata de una afirmación que parece ser hecha al alcance general, incluso con cita de preceptos posteriores a la reforma de 1987, se debe tener en cuenta que en el caso enjuiciado se hacía referencia a una adopción muy anterior a la entrada en vigor de la Ley 21/1987.

niobras fraudulentas, violencia, prevaricación, falsedad, etc. (112), en cuanto den lugar a la indefensión de algún interesado, deben ser también causa de impugnación a instancia de parte interesada con fundamento en el art. 24 de la CE (113).

A tenor de lo establecido en el art. 240.1 LOPJ, el primer mecanismo para hacer valer cualquiera de los mencionados motivos es la utilización de los recursos establecidos por la ley contra la resolución judicial que pone fin al expediente. Según dispone el art. 1831 LEC el auto por el que se acuerda la adopción sólo puede ser objeto de recurso de apelación, cuyo plazo de interposición es de cinco días. No obstante, si se tiene en cuenta que los expedientes de jurisdicción voluntaria no producen efectos de cosa juzgada material, no existe obstáculo aparente para iniciar un juicio ordinario en el que se replanteen las mismas cuestiones que en su día trataron en el expediente de adopción, estaríamos entonces ante el ejercicio de una acción de estado atípica o innominada, dirigida a la impugnación de la adopción. Como acertadamente pone de manifiesto M. Peña y Bernaldo de Quirós, la necesaria estabilidad de la adopción exige que en el juicio ordinario únicamente sea posible conseguir la nulidad de la adopción por las causas específicamente previstas para la nulidad de los actos judiciales, de suerte que no cabría abrir *ex novo* todo el procedimiento de adopción (114). Este mismo autor estima necesario que la acción de impugnación de la adopción no sea ejercitada extemporáneamente lo cual según su criterio y de modo análogo a lo que ocurre en las acciones de impugnación de la filiación por naturaleza o con los supuestos de extinción de la adopción como el previsto en el art. 180.2 del CC, exigiría un plazo relativamente breve (115).

Todos los argumentos favorables a que los plazos de impugnación de la resolución constitutiva de la adopción sean realmente breves no son óbice para que, cumplidos sus requisitos, pueda entrar en juego el art. 18 del CC. Baste recordar al respecto que ni en éste ni en ningún otro precepto se exige que el plazo mínimo de diez años para consolidar la nacionalidad española tenga que ser anterior a la impugnación del título inscrito, pudiendo darse la hipótesis de que, una vez declarada la nulidad de la adopción poco tiempo después de constituida, el interesado haya seguido utilizando la nacionalidad española atribuida en virtud del vínculo adoptivo en la creencia de que tal atribución había sido definitiva (116). Es cierto que para que esta última situación pueda darse es preciso que el vicio del que adolecía la constitución de la adopción no

---

(112) Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de compraventa de niños que se quieren disfrazar de legítimas adopciones.

(113) M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia, op. cit.*, pp. 485-486.

(114) M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia, op. cit.*, p. 486.

(115) M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *ibid.*

(116) Lo cual, como señalé *supra* núm. 3.1.3., no tiene por qué suponer una interrupción efectiva del plazo.



hubiese sido previamente conocido, ni mucho menos provocado, por el interesado, en caso contrario, la persona en cuestión incurriría en *falseedad, ocultación o fraude* —cf. art. 25.2 del CC— y, por consiguiente, carecería de la buena fe exigida por el art. 18 para consolidar la nacionalidad española, si bien se trataría de supuestos muy raros al tratarse en la mayoría de los casos de menores de edad.

### 3.3.3. *Nacimiento en España*

i) La atribución de la nacionalidad española *iure soli* se produce en los supuestos del art. 17 letras b), c) y d) del CC que respectivamente atribuyen la nacionalidad española de origen a:

b) Los nacidos en España de padres extranjeros sí, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.

c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad, o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

De acuerdo con los supuestos de hecho previstos en estas normas, varias son las situaciones que teóricamente pueden cuestionar dicha nacionalidad española.

La primera es la situación provocada por la determinación sobrevenida de la filiación respecto de un nacional español —en los casos de las letras b) y c) del citado art. 17.1 del CC la determinación vendría necesariamente acompañada de la impugnación de la filiación contradictoria respecto de extranjero—.

Cuando la mencionada determinación legal de la filiación española se produzca antes de que el interesado cumpla los dieciocho años no pueden existir dudas ni sobre la condición de español del interesado, ni sobre el cambio automático de su título de atribución que, por aplicación del art. 17.1 del CC y del art. 17.2 del CC interpretado *a contrario*, pasará a ser la filiación por naturaleza respecto de un nacional español; esta atribución *iure sanguinis* producirá efectos retroactivos al momento de nacimiento del hijo *ex* art. 112 del CC (117).

La solución es más compleja cuando la determinación legal de la filiación respecto del progenitor español se produce después de los die-

---

(117) J. GONZÁLEZ CAMPOS señala que en relación al período anterior a la determinación legal de la filiación del progenitor español sólo cabrá hablar de efectos putativos de la nacionalidad española *iure soli* (*Comentarios de las reformas de la nacionalidad y tutela, loc. cit.*, p. 50).

ciocho años del hijo. Es notorio que tras la Reforma de 1990 a este hijo de español no le es atribuida la nacionalidad española de origen *iure sanguinis*, sino únicamente un derecho a optar por ella en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación (art. 17.2 del CC). Pero, por otra parte, si atendemos a la literalidad de la ley y salvo que interpretemos que la atribución inicial *iure soli* es definitiva e inatacable, podría pensarse que este sujeto tampoco puede seguir disfrutando de la condición de español *iure soli* puesto que, tras quedar determinada su filiación española, su situación puede no encajar en ninguno de los supuestos previstos en las letras b), c) o d) del art. 17.1 del CC —v. gr. resulta ser hijo de español y extranjera nacida en el extranjero que le transmite su nacionalidad—. En estos casos parece ridículo entender que un individuo que es hijo de español y ha nacido en España no ostenta la nacionalidad española por mor de un capricho del legislador, mientras que, por el contrario, sería español si nunca se hubiese llegado a determinar su condición de hijo de español y hubiese conservado el *status* de hijo de extranjero nacido en España o de hijo de apátrida o, sencillamente, su filiación siguiente estando no determinada.

Advirtiendo la posibilidad de esta absurda interpretación, M. A. Parra Lucán ha fundamentado la condición de español del nacido en España cuya filiación respecto de nacional español resulta determinada tardíamente con argumentos que, a mi juicio, no son definitivos. Según esta autora, el art. 17.2 dispone que la determinación de la filiación después de los dieciocho años no es *por sí solo* causa de atribución de la nacionalidad, pero que sí lo sería si la nacionalidad se venía ostentando *iure soli*; añade que en estos casos la regla del art. 112 del CC que asigna carácter retroactivo a la determinación de la filiación no está excepcionada por el art. 17.2 (118).

No me cabe ninguna duda que quien ha nacido en España con filiación no determinada o como hijo de extranjero/s nacido/s en España, hijo de apátridas o hijo de extranjeros que no transmiten su nacionalidad y, después de haber cumplido dieciocho años, ve terminada su filiación respecto de un nacional español —que era tal al tiempo de su nacimiento— es español, si bien por otras razones distintas de las que se acaban de exponer.

Personalmente entiendo que el mantenimiento de la condición de español sin solución de continuidad encuentra en el caso previsto en el actual 17.1 b) una sólida base en las Resoluciones de la DGRN que en fechas relativamente recientes han admitido una interpretación amplia del art. 17.3 del CC en su versión de 1954 (119) atribuyendo la nacionalidad española *iure soli* no sólo a los hijos de padres extranjeros

---

(118) M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 223.

(119) «Son españoles... 3.º «Los nacidos en España de padres extranjeros, si éstos hubieran nacido en España y en ella estuvieran domiciliados al tiempo del nacimiento. Excepción los hijos de los extranjeros adscritos al servicio diplomático».

cuando uno de ellos había nacido en España —con lo que se admitía el carácter retroactivo del art. 17.2 según la redacción dada por la Ley 51/1982— (120), sino también, como correctivo al conocido problema de los hijos de española nacidos antes de 1982 (121), a los hijos de madre también nacida y domiciliada al tiempo del nacimiento en España con independencia de que en ese momento la madre fuese extranjera (*Resolución de la DGRN de 25 de abril de 1988*) (122) o española (entre otras *Resoluciones de 17 de enero de 1989 y 27 de julio de 1989*) (123). Razonan estas Resoluciones que tanto el art. 17.3 versión de 1954, como el 17.2 versión de 1982 se basaban *exclusivamente* —me permito el subrayarlo— en la doble generación de nacidos en España, con independencia del requisito de la extranjería. Consideraban además que esta interpretación era más práctica y justa, pues con ella no se hacía de peor condición a la mujer española de origen que no había perdido su nacionalidad española que a la que si la hubiese perdido —y por lo tanto era extranjera—. La línea de interpretación reseñada resuelve de modo directo el problema planteado para el caso 17.1 b) del CC: en nacido en España de padre o madre nacidos también en España es español, al margen de que sus progenitores sean españoles, extranjeros o uno sea español y el otro extranjero, y con independencia del momento en que se determine su eventual filiación española (será español de origen *iure sanguinis* si la determinación es anterior a los dieciocho años *iure soli* si es posterior).

Por su parte, el nacido en España a quien se atribuyó en su día la nacionalidad española *iure soli* y que después de su mayoría de edad vio determinada su filiación respecto de un progenitor español nacido en el extranjero puede ampararse sin más en el vigente art. 18 del CC para hacer de su nacionalidad española de origen un estado definitivo e inatacable pues, obviamente, ha poseído ésta durante más de diez años, de forma continuada, con buena fe y basándose en un título inscrito en el Registro Civil —el que acredita su nacimiento en España—.

ii) El segundo grupo de casos tendría su origen en la impugnación de la filiación respecto del progenitor o progenitores nacidos en España

---

(120) «Son españoles de origen... 2.º «Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de éstos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de padre o madre extranjeros adscritos al servicio diplomático o consular».

(121) Entre los más recientes que tratan el problema *vid.* R. BERCOVITZ, «Principio de igualdad y Derecho privado», *A.D.C.*, 1990, pp. 369-427, espec. pp. 371 ss.

(122) *Anuario de la DGRN*, 1988, pp. 801-805.

(123) *BIMJ*, 1989, núms. 1520, pp. 82-85 y 1542, pp. 122-126; en ambas se acepta la interpretación amplia sustentada en su día por J. DÍEZ DEL CORRAL en «Resumen de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado desde la reforma del Reglamento del Registro civil de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1988», *A.C.*, 1987, núm. 27, pp. 2069-2088, espec. p. 2078-2079.

que actuaba como causa de la atribución de la nacionalidad española (art. 17.1 b).

Si este tipo de situaciones desemboca en la determinación de una filiación española, estaríamos de nuevo en las circunstancias del apartado anterior. En otro caso y salvo que encajasen en alguna de las hipótesis previstas en las letras c) y d) del vigente art. 17, no encuentro razones convincentes para mantener la nacionalidad española *iure soli* del interesado, una vez impugnado su título de atribución, salvo que se den los requisitos previstos en el art. 18 (124).

iii) El tercer bloque de situaciones estaría conformado por aquellas en las que, después de una inicial atribución de la nacionalidad española *iure soli ex* art. 17.1 letras c) y d), se produce la determinación de una filiación extranjera que atribuye al interesado la nacionalidad de ese Estado. Tampoco en este grupo de casos me parece que después de 1990 se puede afirmar la intangibilidad de la nacionalidad española atribuida en virtud de un título que se demostró inexistente o nulo, salvo que se haya consolidado por vía del art. 18 (125).

Frente a esta posición, J. Díez del Corral ha sustentado que para la atribución *definitiva* de la nacionalidad española ha de tratarse de personas de carecieran de nacionalidad en el momento del nacimiento o cuyos padres sean ignorados en ese mismo momento, y que la adquisición posterior de una nacionalidad o la determinación de la paternidad o la maternidad extranjera no ha de llevar consigo la desaparición de la nacionalidad española (126). Se me escapan las razones por las que el autor citado da un tratamiento distinto a la impugnación del título de

(124) Después de la Reforma de 1990 no son asumibles las razones en favor de la no afectación de la nacionalidad española barajadas para la redacción de 1982 por J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, loc. cit., p. 51.

(125) En el mismo sentido para la versión actual, N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 37 ss. y M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 228. En la versión de 1954 era evidente la provisionalidad de la atribución de la nacionalidad española puesto que el art. 17.4.º de entonces decía «*Son españoles... los nacidos en España de padres desconocidos sin perjuicio de que conocida su verdadera filiación, ésta surta los efectos que proceda*», precepto que según la doctrina tenía como función principal la de atribuir la nacionalidad española provisional y condicionalmente, en tanto no se conociera la verdadera filiación (J. PERÉ RAULY, *Derecho del Registro Civil, t.II, op. cit.*, p. 579; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, loc. cit.*, p. 597). En la versión de 1982 desapareció la coletilla «*sin perjuicio...*», lo cual, junto con otra serie de argumentos, llevó a una parte de la doctrina a afirmar el carácter definitivo de la nacionalidad española atribuida por el art. 17.4.º (L. SANTOS ARNAU, B. VILA COSTA, «Comentario a la Ley 51/1982 de 13 de julio de modificación de los arts. 17 a 26 del Código civil en materia de nacionalidad», *R.J. C.*, 1983, pp. 847-895, espec. pp. 856-857; J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela, loc. cit.*, p. 267; J. M. LETE DEL RÍO, *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 62).

(126) J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentario del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 179.

atribución basado en el *ius sanguinis* —que según él mismo, justifica la introducción del vigente art. 18 del CC (127)— y a la impugnación del título basado en el *ius soli* que se funda en la no concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas en el art. 17 letras b), c) y d) del CC. Es más, J. Díez del Corral cae en una contradicción evidente cuando, poco después, en su comentario al art. 18 invoca la aplicación de este precepto cuando el afectado tenía atribuida la nacionalidad *iure sanguinis* o *iure soli* y la vía de atribución se impugna con éxito, sin hacer diferencia entre una u otra (128). Me parece lógico que los títulos de atribución del art. 17 reciban idéntico tratamiento por la coherencia interna del sistema; además, este tratamiento igualitario encuentra apoyo en el Preámbulo de la Ley 18/1990 donde expresamente se sanciona el carácter putativo de la nacionalidad española inicialmente atribuida, cuando se demuestre que «quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli* no era en realidad español».

Reitero que probablemente hubiera sido más oportuno sancionar el carácter intangible de la nacionalidad española inicialmente atribuida, lo que tal vez hubiera hecho innecesaria la introducción de un precepto tan perturbador como el vigente art. 18. Pero, una vez que se ha dado entrada a la *consolidación* de una nacionalidad española hasta entonces claudicante en la medida en que pende de la posible impugnación del título del que trae causa, es totalmente arbitrario defender que dicho carácter claudicante no se dará en los supuestos de atribución *iure soli*, y sí, en cambio, en los de atribución *iure sanguinis*.

iii) Impugnación del nacimiento en España del interesado en cualquiera de los supuestos de atribución *iure soli*, o incluso del progenitor que por nacer en España actuaba como presupuesto de la nacionalidad del hijo.

La vía para la mencionada impugnación será la desvirtuación de la presunción de nacimiento en España formulada para los menores cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español (art. 17.1 d) del CC), que significará la extinción del título de atribución respectivo o, en otro caso, la rectificación registral del lugar de nacimiento mediante el juicio declarativo ordinario (art. 92. LRC).

Con tales premisas, se debe reseñar que pueden darse situaciones en las que la destrucción del título que significaba la atribución de la nacionalidad española —el nacimiento en España— no va a ir acompañada de la atribución de una nacionalidad extranjera —*v. gr.* se demuestra que el nacimiento ocurrió en un Estado que sigue rígidamente el criterio del

(127) J. Díez del Corral, *Comentario del Código civil*, t. I, p. 182.

(128) J. Díez del Corral, *Comentario del Código civil*, t. I, loc. cit., p. 183.

*ius sanguinis* y los progenitores o no son conocidos o no son nacionales de dicho Estado—. Son hipótesis que, de nuevo, derivarán en situaciones de apatridia cuando no concurren los requisitos del art. 18.

Entiendo, en fin, que la decadencia de la nacionalidad española en todos los casos reseñados en los que se había atribuido con carácter provisional o claudicante, opera con efectos retroactivos, como si el individuo en cuestión nunca hubiera sido tenido por nacional español. Todo ello sin perjuicio de que en la medida en que se den las condiciones propias de los estados putativos sean considerados válidos los actos ya realizados que se basaban en la condición de español (129).

### 3.3.4. Declaración de opción

i) El carácter radicalmente novedoso del art. 18 del CC obliga a resolver como cuestión previa si se trata de un precepto únicamente aplicable en los supuestos en los que el título que dio origen a la nacionalidad española del interesado lo hizo al margen de su voluntad —esto es, se trate de un título de atribución— o si, además de en estos casos, la consolidación de la nacionalidad española puede producirse en supuestos de verdadera adquisición (opción y naturalización).

En favor de la primera propuesta pueden aportarse diversos argumentos. La propia ubicación del precepto es uno de ellos. En efecto, el art. 18 del CC se encuentra situado en sede de atribución de la nacionalidad, inmediatamente después de la atribución *iure sanguinis* y *iure soli* e inmediatamente antes de la atribución por adopción, punto que separa estas hipótesis de las de adquisición en sentido propio. En la misma línea parecen situarse algunas palabras, tanto del *Preámbulo de la Ley 26/1990*, como de la *Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991*. En aquél, al justificar la introducción del nuevo art. 18 textualmente se dice «Si se llega a demostrar que, quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis* o *iure soli* no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo...»; en el apartado de la *Instrucción* que hace referencia al mencionado precepto, al aludir al título que dio origen a la nacionalidad española, se dice de manera expresa que «en la *adquisición originaria* ha de resultar del Registro que la filiación o el nacimiento en España, produjeron en aquel momento la adquisición de la nacionalidad española». Ambos textos parecen demostrar que en la mente del legislador estaba el recurrir al art. 18 únicamente cuando la condición de español obedeciese a un título de atribución y éste resultase nulo. Como argumento en favor de esta primera postura cabría utilizar también el art. 25.2 del CC, que estaría pensado para los

---

(129) En el mismo sentido, N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 44.

supuestos de nulidad del título de adquisición en sentido estricto (130), mientras que el 18 lo estaría para los de atribución.

Estimo, no obstante, que esta primera impresión es errónea. En primer lugar, que la razón sistemática no puede ser definitiva queda sin más evidenciado con la lectura de los arts. 17 y 19, marco entre el que se encuadra el supuesto de consolidación. En aquellos dos preceptos junto a los supuestos básicos de atribución se recogen dos hipótesis de adquisición de la nacionalidad española en virtud de opción, lo que deja claro que el criterio para situar los primeros preceptos relativos a la nacionalidad no fue precisamente el basado en la dualidad atribución-adquisición. Además, otro párrafo del Preámbulo de la Ley, situado sólo unas líneas después del anteriormente transcrito, dice expresamente que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquieran la nacionalidad española después del nacimiento. A pesar de que el párrafo donde se inserta esta última mención adolece de una manifiesta falta de claridad que ya he señalado, sí parece evidenciar que, cuando se redactó, en la mente del legislador estaba el dar también juego a la consolidación de la nacionalidad cuando se cuestionase la *adquisición sobrevenida* de ésta.

Por mi parte entiendo que esta segunda es la solución acertada no sólo por las razones indicadas, sino también y sobre todo porque en el tenor del art. 18, ni al aludir a la necesidad de título inscrito, ni al hacer referencia a la posibilidad de que se anule el título que *originó* la nacionalidad española de quien pretende su consolidación, hace diferencia alguna entre los títulos que actuaron como causa de la nacionalidad (131). Por esa misma razón pienso que tampoco hay obstáculo legal para estimar aplicable el vigente art. 18 del CC en los casos en los que lo que se cuestione sea una recuperación de la nacionalidad española (132).

ii) La virtualidad del art. 18 en los supuestos en los que la adquisición de la nacionalidad española se hubiera producido en virtud de la opción del interesado reclama la existencia de una falta o defecto en aquel procedimiento adquisitivo. Esta falta o defecto puede ser propia de cualquier hipótesis de opción —*v. gr.* no se daba del presupuesto objetivo de la norma, la declaración de opción fue realizada fuera del plazo o faltaba alguno de los requisitos exigidos por el art. 23—, o específica de una opción concreta. Entre sus últimos casos me parecen destacables los que dan lugar a vicios susceptibles de aparecer en las declaraciones de opción que no pueden ser hechas merced a la voluntad exclusiva del

---

(130) Si bien es cierto que, expresamente, sólo para el caso de falsedad, ocultación o fraude.

(131) También M. A. PARA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 230.

(132) En este mismo sentido, J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 183.

optante —v. gr. la declaración fue realizada por quien *a posteriori* se demostró que no era el representante legal del optante, la declaración se hizo sin la asistencia reclamada por la ley, o con ausencia de la autorización judicial o del dictamen previo del Ministerio Fiscal en los casos en los que la ley lo exige—. En cualquiera de tales supuestos el procedimiento adquisitivo está viciado y ese vicio no queda sanado aunque, por la razón que sea, se logre la inscripción marginal de la opción (133). Podrá entonces acudir al art. 18 para consolidar esa nacionalidad inválidamente adquirida.

Como he anticipado, en general cualquier procedimiento de adquisición de la nacionalidad española estará igualmente viciado y el recurso al 18 será útil, si después de un tiempo se demuestra que faltaba el presupuesto objetivo de la norma —v. gr. la adopción del art. 19.2 era nula de pleno derecho; el optante nunca estuvo sometido a la patria potestad de un español; su padre o su madre nunca fueron originalmente españoles, etc.—.

Otro tanto cabe decir cuando la declaración de opción sea realizada fuera de plazo. Debe recordarse que precisamente una de las características que definen la figura de la opción es su limitación por plazos fatales de caducidad (134), de suerte que una declaración de opción realizada fuera de plazo, aún cuando lograrse ser inscrita, no es un acto válido para adquirir la condición de nacional español (135). Esto es así sin perjuicio de que excepcionalmente se admita la validez de las opciones ejercitadas extemporáneamente cuando se compruebe que el optante sí había comparecido en tiempo y la no solemnización obedecía a un error imputable al encargado del Registro (136).

iii) Precisamente porque lo relevante para saber si la opción ha sido o no realizada en tiempo hábil es la fecha de la declaración y no la de

---

(133) A pesar de que en la LRC no exista un precepto paralelo al art. 33 de la LH, el art. 3 de la LRC demuestra que tampoco en el Registro Civil la inscripción tiene carácter convalidante.

(134) Señalaba en su día J. PERÉ RAULY que la opción se diferenciaba de la naturalización en que esta supone, por lo general, la obligada concurrencia de un acto de voluntad de órgano estatal, dado su conformidad al acto adquisitivo y, en cambio, en la opción no es necesario tal acto; la opción suele hallarse afectada por plazos preclusivos para su ejercicio, en tanto que la naturalización puede solicitarse en cualquier tiempo una vez cumplidos los presupuestos; en fin, que la opción exige una especial vinculación del optante con el país de opción, en tanto que la naturalización puede alcanzarse sin esa vinculación (*Derecho del Registro Civil, t. II, op. cit.*, páginas 601-602).

(135) La Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1992 ha declarado que puede optar a la nacionalidad española del adoptante, el extranjero mayor de dieciocho años que en 1986 fue adoptado en forma plena por un ciudadano español, al serle de aplicación la Disposición transitoria segunda de la Ley 18/1990 y, en concreto, la remisión que ésta hace al art. 19 (*B.M.I.J.*, núm. 1635, pp. 111-115).

(136) Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 1984, *Anuario DGRN*, 1984, pp. 450-453, reiterada en los mismos términos por otras de 3, 23 y 30 de mayo del mismo año.



inscripción, han de considerarse títulos adquisitivos perfectamente válidos las declaraciones de opción realizadas al amparo del art. 227 del RRC. En este artículo se admite la posibilidad de que el interesado emita tempestivamente su declaración, aún cuando no aporte justificación de los requisitos exigidos por la ley para optar; cuando no haga dicha aportación, el encargado del Registro levantará acta de la declaración, si bien el declarante estará obligado a completar la prueba en el plazo prudencial que le señale aquél. Entre tanto, no podrá practicarse la inscripción que sólo se realizará una vez completada la prueba. Si esto se hace efectivamente, se considerará que la fecha de la inscripción —y, por consiguiente, la de la adquisición de la nacionalidad— es la del acta primitiva.

La posibilidad de inscripción retardada prevista en este art. 227 RRC fue introducida por R.D. de 29 de agosto de 1986 para paliar la debilidad que en materia de prueba de la nacionalidad tenían antes de esa fecha las inscripciones de opción, conservación o recuperación de la nacionalidad española. Según el tenor del mentado art. en 1958, esas inscripciones sólo daban fe de las declaraciones en cuya virtud se habían practicado, pero no de que la adquisición se hubiere producido efectivamente. La Reforma del art. 227 operada por D. de 22 de mayo de 1969 dispuso que ese tipo de inscripciones alcanzaría el valor ordinario como medio de prueba de la adquisición de la nacionalidad española únicamente en el caso de que se hubiese justificado ante el encargado los requisitos del cambio (o conservación) de la nacionalidad (o vecindad) exigidos por la ley; si tal no era el caso, sólo servirían como prueba de la declaración pero no de su veracidad y, en consecuencia, no eran prueba de la adquisición efectiva (137). En resumen, hasta 1986 algunas inscripciones de opción —hasta 1969, todas— sólo acreditaban la existencia de una declaración de voluntad de adquirir la nacionalidad española, pero no que la adquisición de ésta se hubiese realmente producido.

Con todo lo dicho respecto al art. 227 se me suscita la duda de si en esos supuestos de opción inscrita (como en su caso de conservación o de recuperación), en los que la inscripción tenía un significado devaluado, estamos o no ante títulos hábiles para consolidar la nacionalidad *ex. art. 18* cuando se cuestione la efectiva adquisición por aquella opción. Creo que la respuesta ha de ser afirmativa, pues si bien la eficacia de tales asientos es inferior a la de otras inscripciones ordinarias, no dejan de ser situaciones de *nacionalidad española... basada en un título inscrito en el Registro Civil* que, al fin y al cabo, es lo único que le exige al título el actual art. 18 del CC.

---

(137) Sobre las vicisitudes del precepto, *vid. J. Díez del Corral, Lecciones prácticas sobre el Registro civil*, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 69.

iiii) La adquisición de la nacionalidad española por opción también puede ser cuestionada por la presencia de vicios en la declaración o por el incumplimiento de la forma legalmente prescrita para emitirla. Al respecto señala F. de Castro que, tratándose de la opción, siendo la voluntad del interesado lo que determina el cambio de estado, habrá de reunir los requisitos de validez propios de las declaraciones de voluntad (138). Cabe decir, pues, que la declaración de opción no es más que una declaración de voluntad de adquirir la nacionalidad española que, como tal, queda sujeta a las normas del negocio jurídico. Por tanto, para ser plenamente eficaz tal declaración ha de ser hecha por persona capaz y no debe estar viciada. Se trata además de una declaración necesariamente pura, que no puede ser sometida a modalidad de ningún tipo. Es, en fin, una declaración solemne, por cuanto debe ser expresa —normalmente oral, salvo en el supuesto del art. 230 RRC— y realizada en la forma prevista en la LRC (art. 64) y en el RRC (arts. 226-231). En consecuencia, si el optante no reúne los precisos requisitos de capacidad, o ha emitido su declaración por error o sometido a violencia o dolo, o lo ha hecho condicionalmente, o en forma insuficiente, no habrá adquirido válidamente la nacionalidad española y, aún cuando ésta haya tenido acceso al Registro, podrá ser impugnada oportunamente.

Cuando la impugnación obedece a la existencia de modalidades en la declaración, o a la ausencia de las formalidades esenciales, pienso que la sanción oportuna es la nulidad de pleno derecho. A pesar de ello, la necesaria estabilidad de la nacionalidad hace aconsejable someter su impugnación a un plazo de caducidad que tal vez por analogía con el art. 25.2 del CC pudiera ser de quince años. Aunque éste fuera así, pasados diez años después de ejercitada la opción inválida, la nacionalidad española del interesado estaría consolidada merced al art. 18 del CC, siempre que se cumplieran todos los requisitos de éste. En el caso de los vicios del consentimiento, el recurso al art. 18 sólo sería preciso si rechazamos la posibilidad de utilizar por analogía los plazos de impugnación propios de la anulabilidad en materia de contratos (139) o, mejor aún, los plazos todavía más cortos de impugnación de las declaraciones de voluntad por vicios en materia de estado civil (140), cuya aplicación, en la mayoría de los casos, significaría la cesación del carácter claudicante de la nacionalidad española pasados como máximo cuatro años desde el ejercicio de aquella opción viciada.

---

(138) *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, p. 408.

(139) Considera aplicable por analogía a la declaración de opción los arts. 1265 a 1270 del CC, J. M. LETE DEL RÍO, *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 79.

(140) *Cf.* arts. 76.2 y 141 del CC.

iiii) La adquisición de la nacionalidad española por opción también puede resultar inválida si la declaración no se acompañó de los requisitos exigidos por el vigente art. 23 del CC, puesto que todos ellos son verdaderos requisitos constitutivos de la adquisición de la nacionalidad (141). Por lo tanto, la ausencia del juramento o promesa de fidelidad al Rey o obediencia a la Constitución, de la renuncia a la nacionalidad anterior, o de la inscripción, provocan la nulidad de la adquisición de la nacionalidad aunque la declaración de opción se hubiese realizado por la persona adecuada y en tiempo oportuno.

Cabe entonces preguntar por el valor que puede tener en la sanación de la mentada falta el vigente art. 18 del CC. En este sentido, es claro que para que aquella nacionalidad inválidamente adquirida pueda ser consolidada por obra de esta disposición legal el requisito obviado no puede ser en ningún caso el recogido en el art. 23 c). La inscripción en el Registro Civil es una solemnidad exigida por la ley para que se produzca el efecto adquisitivo en el caso de la adquisición realizada en virtud de opción —como la de carta de naturaleza o residencia— (142), pero es además uno de los presupuestos de aplicación del reiterado art. 18 del CC que no puede ser aplicado sin el previo soporte registral. Por consiguiente, aún cuando se hubiesen realizado todas las declaraciones oportunas —juramento o promesa, obediencia y renuncia— mientras no se efectúe el asiento mediante la correspondiente inscripción marginal o la de nacimiento (art. 96 LRC), la nacionalidad española ni se habrá adquirido, ni podrá consolidarse.

En los casos en los que a pesar de no haberse practicado el asiento, se hubiera levantado acta de la declaración (143), la inscripción podrá efectuarse en cualquier momento, pero a todos los efectos se considerará fecha de ésta la del acta que por imperativo del art. 64 LRC ha de constar en dicho asiento. Cuando la ausencia de inscripción obedezca a deficiencias de funcionamiento del Registro, ya he mencionado la doctrina de la DGRN que señala que, con independencia de la fecha en el que se practique efectivamente la inscripción, la nacionalidad se entenderá adquirida el día en el que el interesado manifieste su voluntad en los términos exigidos por la ley.

Además de la inscripción, los requisitos exigidos por el art. 23 para lograr la adquisición de la nacionalidad española son el juramento o promesa

---

(141) El carácter esencial de estos requisitos ha sido resaltado por la doctrina en las distintas versiones de la regulación de la nacionalidad; *cf.* para la ley de 1954, M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, *loc. cit.*, p. 613; para la de 1982, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS *op. cit.*, p. 180; para la actual, J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 204.

(142) Señala J. Díez DEL CORRAL, que el asiento se configura como un requisito esencial o *sine qua non* del cambio de estado civil, de tal modo que éste o existirá jurídicamente hasta que el asiento se practique (*Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 909).

(143) Arts. 64 LCC y 227 RRC.

de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y la renuncia a la nacionalidad anterior (144). A tenor del propio supuesto de hecho de la norma, ambos requisitos sólo serán exigibles en el caso de que el optante —o el que pretende la naturalización— sea mayor de catorce años y capaz de prestar una declaración por sí, lo cual excepciona la doble exigencia en los supuestos en los que la opción sea ejercitada —o la solicitud de naturalización— por el representante legal del menor de catorce años o del totalmente incapacitado (145). La declaración de renuncia a la nacionalidad anterior no será tampoco exigible cuando el optante sea apátrida o se trate de un nacional de uno de los países mencionados en el art. 24.2 del CC (146).

En los casos en los que resultan exigibles, el juramento o promesa, la manifestación de obediencia y la renuncia han de constar en la inscripción de adquisición como datos básicos del asiento. No obstante, cuando dicha constancia no se produce cabe cuestionar la validez de la nacionalidad española publicada por la inscripción. En principio tan constitutivos son estos requisitos como la inscripción misma (147), por lo que su falta parece acarrear la nulidad de la adquisición. Conviene no obstante matizar tan precipitada conclusión, pues habrá ocasiones en las que la ausencia de constancia registral de las menciones antedichas obedezca a un simple descuido del encargado del Registro pero dichas menciones consten en el expediente o en el acta correspondiente. Pienso que entonces la falta de reflejo en los libros podrá ser subsanada merced al art. 94.1 de la LRC con un simple expediente gubernativo. Cuando efectivamente no se hayan cumplimentado las exigencias del art. 23 —lo que parece harto difícil por el reclamo expreso del art. 228 del RRC—, la adquisición de la nacionalidad tendrá un vicio invalidante que si es hecho valer oportunamente provocará la nulidad de la adquisición y exigirá la cancelación del asiento (148). A pesar de ello, podrá consolidarse la nacionalidad española del interesado si entonces se cumplen los requisitos del art. 18 del CC.

iiiiiii) Por último, algún autor se ha preguntado por la trascendencia que en la adquisición de la nacionalidad en virtud de opción puede tener el incumplimiento de la exigencia del art. 15.1 párrafo 1.º del CC redactado también por la Ley 18/1990 (149). En esta última disposición

---

(144) La exigencia de este último requisito es criticada por nuestra doctrina (por todos, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 179).

(145) En el mismo sentido, M. CALVO ANTÓN, *loc. cit.*, p. 489; J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 205; N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 95.

(146) En este sentido, R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, *loc. cit.*, p. 72.

(147) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 180.

(148) Probablemente por la vía del expediente fundado en la excepción prevista en el art. 94.1 del RRC (Cf. *Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1989*, ya citada).

(149) F. ALVARGONZÁLEZ SANMARTÍN, *La regulación de la nacionalidad tras la Ley 18/1990. Guía-práctica para el cónsul*, Madrid, 1991, pp. 31-32.

se impone al extranjero la obligación de optar por una de las vecindades civiles que en él se enumeran, mención que se consignará en la misma inscripción marginal de adquisición de la nacionalidad (art. 46 LRC), tal y como especifica la *Instrucción de 20 de marzo de 1991*.

A pesar de la imperatividad del art. 15.1 párrafo 1.º del CC, no será extraño que al menos en la etapa de rodaje de la nueva ley se den numerosas ocasiones en las que se olvide el ejercicio de la opción de vecindad (150). Cuando ésto ocurra ¿afectará la omisión a la validez de la nacionalidad? No lo creo. Aunque es cierto que en las situaciones no patológicas la opción de vecindad se ejercitará coetáneamente a la de nacionalidad (151), tal coincidencia de momentos no se impone como una exigencia legal —sí lo es, en cambio, que se opte por la vecindad en el momento de inscribir la adquisición de la nacionalidad—, ni desde luego se configura como un requisito constitutivo de la adquisición de la nacionalidad que, aún sin aquella opción, será perfecta. Incluso puede haber situaciones en las que la opción de vecindad no existe porque el lugar de nacimiento o de residencia no está en España y el cónyuge no existe o no es español y sólo uno de sus progenitores es español o lo ha sido (lo que siempre se dará en una adquisición en virtud de opción); en ese caso la vecindad civil del optante ha de ser, necesariamente, la última que tuvo su progenitor español. Todo lo cual no prejuzga que la mentada inscripción de la opción de vecindad sea un requisito constitutivo de la propia vecindad, tesis que parece más que probable.

### 3.3.5. Naturalización

i) En relación al Derecho español, F. Pantaleón ha definido la naturalización —en su doble modalidad de carta de naturaleza y residencia— como un procedimiento derivativo de adquisición de la nacionalidad que se produce mediante el ejercicio en tiempo y forma de la facultad de adquirir otorgada oficialmente por una concesión especial, a solicitud del interesado, y cuando en él concurren determinadas circuns-

---

(150) No en vano recuerda la *Instrucción de 20 de marzo de 1991* que la exigencia habrá de ser tenida muy en cuenta por los Jueces o Cónsules encargados de los Registros civiles al practicar la inscripción de la adquisición de la nacionalidad por opción o por residencia, Cf. la citada *Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1992* en la que se recuerda que el optante a la nacionalidad española habrá de precisar la vecindad civil por la que opta, conforme al art. 15.1 del CC.

(151) Sobre el ejercicio de este derecho de opción, R. BERCOVITZ, *Comentario del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, pp. 163-164 y «La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo y de la Ley 18/1990 de 17 de diciembre, sobre la reforma del Código civil en materia de nacionalidad», *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, 1991, pp. 169-199, espec. páginas 194-195.

tancias (152). De esta suerte, el título constitutivo de la nacionalidad obtenida mediante naturalización es doble: de un lado el acto administrativo de concesión —el Real Decreto en la carta de naturaleza y la Orden Ministerial en la residencia—, de otro la declaración de voluntad del interesado formulada en tiempo y forma (153). Esta configuración hace aconsejable que el análisis de las tachas o defectos que pueden afectar a ambos títulos se realice por separado, según se trate de un vicio del acto administrativo o de un vicio en la declaración de voluntad del interesado al ejercitar el derecho conferido por aquél.

ii) Comenzando por los vicios del título de concesión, conviene afrontar antes de nada el espinoso tema de su control judicial. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han venido manifestando reiteradas veces sobre la oportunidad del control jurisdiccional de los actos de concesión o denegación de carta de naturaleza o de la residencia (154). No se puede duda que el vigente art. 24 de la CE y el principio de tutela judicial efectiva que en él cristaliza aseguran esta fiscalización por los Tribunales. Personalmente, a pesar de la existencia de autorizadas opiniones en contra, entiendo que tanto en la carta de naturaleza como en la residencia tal fiscalización es posible *en todo caso*, ya se trate de concesión, ya de denegación (155), puesto que el Tribunal podrá entrar a valorar no sólo si se da o no el requisito de la residencia y los plazos y condiciones previstos en el art. 22 del CC, sino también si existen o no los

---

(152) F. PANTALEÓN, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, loc. cit., p. 73. Definiciones más o menos análogas pueden verse en J. PERÉ RAULY, *Derecho del Registro civil*, t. II, op. cit., p. 587 y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, op. cit., p. 181.

(153) M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, loc. cit., pp. 619-629. Esta dualidad de títulos significa, como pone de relieve la ya citada *Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1983*, que el título para practicar la inscripción es igualmente doble: el Real Decreto o la Orden Ministerial y el acta de juramento o promesa y de declaración en su caso de renuncia a la nacionalidad anterior.

(154) Al menos en el caso de la concesión por residencia; tratándose de la carta de naturaleza existían opiniones contrarias a la posibilidad de revisión por los Tribunales basándose en el carácter absolutamente discrecional del acto de concesión (J. PERÉ RAULY, *Derecho de la nacionalidad*, op. cit., p. 148; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, loc. cit., p. 621); esta opinión ni es ni puede ser compartida en la legalidad vigente en la que la carta de naturaleza se situaría, como mínimo, en la terminología de F. PANTALEÓN, en el *sistema de discrecionalidad vinculada* lo cual, para este último autor significa que la impugnación del acto que responde a la solicitud de la carta será posible en los casos de *otorgamiento* en los que de manera absolutamente clara y manifiesta no concurren en el agraciado circunstancias excepcionales que puedan justificar la concesión, pero nunca será posible en los supuestos de *denegación* (loc. cit., pp. 75-76).

(155) Para J. C. FERNÁNDEZ ROZAS la posibilidad de impugnación existe en todo caso y deberá ser el Tribunal el que e encargue de determinar la existencia o no de dichas circunstancias (op. cit., p. 183, nota 74). En contra, F. PANTALEÓN, loc. cit., pp. 75 ss., a quien sigue J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. I, loc. cit., p. 193.

motivos de orden público o interés nacional para denegarla o si, en el caso del art. 21, se dan o no las circunstancias excepcionales exigidas como presupuesto de la concesión (156).

Presupuesta la posibilidad de impugnación cabe preguntarse sobre la vía adecuada. El tema, controvertido en nuestra doctrina (157), no ha sido tampoco clarificado por la jurisprudencia, donde se computa alguna decisión de la Sala 1ª del Tribunal Supremo relativa a la adquisición de la nacionalidad española por residencia —obviando totalmente la cuestión aquí suscitada (158)— frente a la más explícita *S.T.S. (Sala 4ª) de 7 de junio de 1986* con abundante argumentación en favor de la idoneidad de la vía contencioso-administrativa (159). Después de la Reforma de 1990, que en este punto innovó radicalmente la Ley 51/1982, la cuestión por lo que a la natu-

(156) Es también la opinión de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp. 181 ss.

(157) Controversia que se remonta al siglo pasado (Cf. A. DE CASTRO CASALIEZ, *Conflictos de nacionalidad*, Madrid, 1901, pp. 153 ss.).

(158) Destaca por su repercusión doctrinal, *S.T.S. (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1988*, *R.J.A.*, 1988, núm. 6838. La citada sentencia fue objeto de varios comentarios, entre los que pueden verse los de S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª de 19 de septiembre de 1988)», *R.E.D.I.*, 1989-1, pp. 273-275; J. Díez DEL CORRAL, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 18 de septiembre de 1988», *Poder Judicial*, núm. 13, 1989, pp. 99-104; M. AMORES CORRADI, «Comentario a la Sentencia de 19 de septiembre de 1988», *CCJC*, núm. 18, pp. 827-837, espec. p. 831; L. GRAU JUANEDA, «El concepto de residencia legal continuada en el art. 22 del Código civil», *La Ley*, 1989-4, pp. 1158-1168; más recientemente L. F. REGLERO CAMPOS, «La adquisición de la nacionalidad española por residencia en la ley 18/1990, de 17 de diciembre», *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, 1991, pp. 275-342, espec. pp. 300 ss.

(159) *R.J.A.*, 1986, núm. 6606; *vid.* comentario a la misma de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa», *Rev. jur. española La Ley*, 1987-2, pp. 309-323; también J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp. 203-209. En realidad existen algunas decisiones anteriores en las que, con menos claridad que en la citada, se cuestiona la idoneidad de la jurisdicción civil en materia de nacionalidad o se afirma la competencia de la contencioso-administrativa para materias relacionadas directamente con la misma. En la *S.T.S. (Sala 4.ª) de 27 de septiembre de 1951*, *R.J.A.*, 1951, núm. 1988, consideró que la jurisdicción contenciosa no era competente para resolver la *cuestión previa* de orden civil, a saber, la *inscripción de la ciudadanía* que un súbdito alemán tenía a su favor en el Registro civil; sin embargo, no resolvió el objeto de la impugnación principal, esto es, la denegación de la carta de naturaleza en la que se solicitaba la nacionalidad española. Más explícita es la *S.T.S. (Sala 4.ª) de 9 de octubre de 1935*, *R.J.A.*, 1935, núm. 1936 que soluciona un recurso contra la Orden Ministerial que adjudicaba diversas plazas de funcionario, recurso presentado sobre la base de la no nacionalidad de uno de los adjudicatarios. El T.S. razona en los siguientes términos: «...esta cuestión ya no puede discutirse en relación con la Orden ministerial recurrida, sino que pudo y debió ser sometida oportunamente a la *jurisdicción revisora* y no lo ha sido sino cuando por estar firmes y consentidas las órdenes ministeriales antes citadas, que atribuía con mayor o menor acierto a don I.M. la nacionalidad española en aquél momento y le permitían actuar en las oposiciones, es baldío el intento, sin que quepa aducir que el recurrente impugnó en vía gubernativa las repetidas Ordenes ministeriales, porque aun en este supuesto, no demostrado en el expediente, debió hacerlo en tiempo *ante esta jurisdicción*».

ralización por residencia se refiere aparece resuelta; el actual art. 22.5 del CC establece que la concesión o la denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa.

No me parece oportuno entrar a valorar aquí la bondad o maldad de la opción del legislador (160) que indudablemente tiene una justificación inicial en el carácter administrativo del acto de concesión o de denegación de la nacionalidad. Bien es cierto que se trata de un acto relativo o a una cuestión de índole civil o, al menos, de índole pluridimensional con un aspecto civil (161), lo que plantearía la posible exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa *ex art. 2.1 a) LJCA* (162). En cualquier caso, repito que actualmente la cuestión está directamente solventada para la naturalización por residencia en el art. 22.5 del CC en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Cf. además arts. 9.1 LOPJ y 3 c) LJCA*) y creo que después de 1990 la misma solución compete en el caso de la naturalización por carta (163). Aboga por ello una razón de indiscutible analogía, aún más evidente si se toma en consideración que la analogía con el anterior art. 22 *in fine*, correspondiente a la redacción de 1982, era el argumento esgrimido por la doctrina para afirmar la competencia de los Tribunales civiles en la fiscalización del otorgamiento de la carta de naturaleza (164) (165).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, el tema sobre el que ha de girar este trabajo me obliga a marginar la impugnación de las denegaciones de la carta de naturaleza o de la residencia y a centrarme exclusivamente en su concesión, con el fin de determinar el eventual significado del vigente art. 18 del CC para sanar la nacionalidad adquirida con una presupuesta concesión viciada y, por consiguiente, susceptible de impugnación judicial.

---

(160) Duramente criticada por J. Díez del Corral, *Comentarios del Código civil...*, t. I, *loc. cit.*, p. 203.

(161) Sobre las dimensiones de la nacionalidad en el ordenamiento jurídico español, *vid. J. C. Fernández Rozas, op. cit.*, pp 30 ss.

(162) Ponen de manifiesto E. García de Enterría, T. R. Fernández que el aspecto más conflictivo de la partición jurisdiccional efectuada por la LJCA es el que afecta a la jurisdicción civil al faltar incluso en nuestro ordenamiento una definición de los que se considera cuestión civil (*Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 3.ª ed., Madrid, 1991, p. 569). La inexistencia de tal exclusión es defendida por J. Morán del Casero, «Procedimientos sobre la nacionalidad española», *Procedimientos administrativos especiales*, vol. II, Madrid, 1969, pp. 427-507, espec. páginas 459-460 y más recientemente por J. C. Fernández Rozas, S. Álvarez González, *loc. cit.*, pp. 316-317.

(163) De la misma opinión, N. Díaz García, *op. cit.*, p. 84; en contra J. Díez del Corral, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 195.

(164) F. Pantaleón, *loc. cit.*, p. 89.

(165) Otro argumento que ha buscado apoyar la competencia del orden contencioso-administrativo par estos casos es el derivado del análisis de los foros competenciales en materia civil que realiza el art. 22 de la LOPJ; entre ellos no se incluye la materia de nacionalidad que, según alguna opinión, estaría implícitamente recogida en la fórmula general del art. 24 que establece el marco de competencias contencioso-administrativas.



Cabe decir, en principio, que tanto el Real Decreto donde se otorga la carta de naturaleza como la Orden Ministerial que concede el requisito de la residencia pueden ser impugnados ante los Tribunales de lo contencioso administrativo por cualquiera que tenga un interés legítimo (166).

El recurso prosperará y la sentencia determinará la nulidad del acto de concesión de la carta de naturaleza o de la residencia —y, en su caso, de la nacionalidad adquirida en virtud de aquélla— si el mentado acto se produjo sin solicitud previa del favorecido, o mediando solicitud de persona incapaz o no legitimada o que actuó sin la autorización pertinente (cf. art. 21.3 del CC), o por órgano manifiestamente incompetente prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [arts. 47.1 a) y b) de la LPA]. En todos estos supuestos cabe también la revisión de oficio del acto realizada por la Administración en los términos de los arts. 109 y 110 de la LPA. En cualquier caso, en fin, la nulidad de la adquisición arrastrará la cancelación en el Registro Civil del asiento correspondiente (167).

iii) El interesado en forzar la decisión judicial que declare nulo el acto de concesión puede fundamentar también su recurso en la falta de los presupuestos objetivos de la norma. Para ver el alcance de esta posibilidad conviene tratar separadamente la concesión de la carta de naturaleza y la de la residencia.

En relación a la carta de naturaleza, tal como se ha anticipado, estimo que el interesado podrá solicitar a los Tribunales de lo contencioso-administrativo que declaren la anulación del otorgamiento de la carta por no concurrir en el agraciado las *circunstancias excepcionales* relevantes para la concesión de la nacionalidad exigidas por el art. 21.1 del CC (168). Si efectivamente tal es el juicio del Tribunal, el acto de otorgamiento de la carta y la sucesiva adquisición de la nacionalidad serán declarados nulos y en el Registro Civil procederá la cancelación del asiento.

Las razones que pueden apoyar la impugnación del acto de concesión de la nacionalidad por residencia basadas en la ausencia de los pre-

(166) Debiendo entenderse por tal aquél que, de prosperar el recurso, produciría algún beneficio de cualquier tipo en favor del accionante, siendo rechazable cualquier otra interpretación más angosta de la fórmula *interés directo* del art. 28 de la LJCA; ha de tratarse, eso sí de un interés actual, no meramente potencial ni futuro (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. II, p. 591).

(167) N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 84 y 89.

(168) En el mismo sentido del texto, para la Ley 51/1982 y respecto de los Tribunales civiles, F. PANTALEÓN, *loc. cit.*, p. 89 y para la actual, N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 85. Pero, a diferencia de ambos, reitero mi opinión en el sentido de considerar igualmente recurrible el acto *denegatorio* de la carta de naturaleza, que lógicamente se resolverá con una formulación del tipo «no existen circunstancias excepcionales relevantes para la concesión de la nacionalidad» y no la de «existen circunstancias excepcionales relevantes para la concesión de la nacionalidad y discrecionalmente no la concedemos»; esta última fórmula representaría la consagración de la arbitrariedad, lo que se opondría frontalmente al art. 9.3 de la CE (En este sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p.187).

supuestos objetivos exigidos por la norma son de distinta naturaleza. En primer lugar, la impugnación en vía contenciosa por cualquier interesado podrá fundarse en la no concurrencia de los requisitos de tiempo — diez, cinco, dos o un año— y condiciones de la residencia —legal (169), continuada e inmediatamente anterior a la petición—.

La citada impugnación podrá también obedecer a la carencia de las circunstancias que autorizar a obtener la nacionalidad en un plazo de residencia más corto; tal ocurriría si, por ejemplo, se impugna la Orden Ministerial de concesión basándose en que en el solicitante no concurría la condición de asilado o refugiado de conformidad con la Ley 5/1984 de 26 de marzo y, a pesar de ello, se le concedió la nacionalidad por residencia privilegiada de cinco años; lo mismo cabe decir si, por ejemplo, quien pretendía la naturalización no era sefardí o nacional de origen de los países mencionados en el art. 22.1 y, no obstante, se le concedió la nacionalidad con sólo dos años de residencia en España. De modo análogo y sin ánimo de exhaustividad se podría impugnar la Orden Ministerial que otorga la nacionalidad por residencia abreviada con fundamento en la inexistencia o nulidad de las instituciones de guarda mencionadas en el art. 22.2 c) (170) (171), o en la

---

(169) La ya citada S.T.S. (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1988, mantuvo un concepto extraordinariamente restrictivo de *residencia legal*, equiparándola a aquélla que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia; en general nuestra doctrina no comparte este criterio y sustenta un concepto más amplio del término de *residencia legal* (Vid. J. DÍEZ DEL CORRAL, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 19 de septiembre de 1988...», *loc. cit.*, pp. 100 ss.; M. AMORES CORRADI, *loc. cit.*, p.831; L. GARAU JUANEDA, *loc. cit.*, *passim*; L. F. REGLERO CAMPOS, *loc. cit.*, pp. 300 ss.).

(170) El vigente art. 22.2 señala que «Bastará el tiempo de residencia de un año para ...c) El que haya estado sujeto legalmente a la *tutela, guarda o acogimiento* de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuase en esta situación en el momento de la solicitud». Los términos utilizados por la ley no dejan perfectamente claro cuáles son las instituciones de guarda que facilitan la naturalización privilegiada, duda que hubiera podido obviarse si, al modo que hace el art. 9.6 del CC «tutela y demás instituciones de protección del incapaz» se hubiera utilizado un término omnicomprensivo (Vid. la crítica favorable de la fórmula del art. 9.6 del CC de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, en J. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*. 4.ª ed., Madrid, 1991, p. 122). La doctrina tampoco se muestra concorde manifestándose algunos por la inclusión en el art. 22.2 c) de la tutela y curatela ordinarias, la tutela automática de la entidad pública y el acogimiento familiar, excluyendo la mera guarda de hecho y el defensor judicial (J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. I, *loc. cit.*, p. 201, a quien sigue con matices L. F. REGLERO CAMPOS, p. 328 y nota 127); por su parte, N. DÍAZ GARCÍA excluye además la curatela, por estimar que la función del curador no justifica el tratamiento de favor para el pupilo en materia de nacionalidad (*op.cit.*, p. 87).

(171) En mi opinión la fórmula del art. 22.2 c) permite incluir todas las instituciones tutelares del Derecho español —cuando éste sea el aplicable según nuestro D.I.Pr.—, si bien mantengo dudas respecto de la guarda de hecho. La triple mención de *tutela, guarda y acogimiento* parece excluir el valor general de los términos *tutela* o *guarda* como comprensivos de todas las instituciones tutelares, pues de lo contrario bastaría con que el legis-

nulidad o en el carácter fraudulento del matrimonio exigido por el artículo 22.2 d) e) (172), o en la existencia de la separación legal o de

lador se hubiese referido al mismo sin mayores especificaciones; sin embargo, ha preferido mencionar expresamente la tutela —lo que incluye tanto la tutela ordinaria, arts. 222 ss. del CC y arts. 3 y ss. de la Ley catalana 39/1991, como la tutela automática de la entidad pública, arts. 172.1 y art. 2 de la Ley catalana 37/1991— y el acogimiento (arts. 172.3 y 173 del CC y arts. 10-15 Ley catalana 37/1991); esta especificación permite entender que en el citado precepto el término *guarda* incluye la guarda de la entidad pública (art. 172.2 del CC), la curatela, el defensor judicial en los términos que se verán (art. 215 del CC) y, en principio, la guarda de hecho (arts. 303 ss. del cc). Desde luego, no veo por qué habrá de excluirse de la residencia abreviada a los habilitados de edad o incapacitados sometidos a curatela de un español, ni por qué ha de darse un peor tratamiento a ésta o aquella institución de protección depende únicamente de la edad del protegido o de los límites de la incapacitación; piénsese, por ejemplo, en un menor que lleva un año sometido a la tutela de un español, cumple dieciséis años y le es otorgados el beneficio de la mayor edad continuando, durante otro año, bajo la curatela del mismo español ¿ha perdido la posibilidad de solicitar la concesión de la nacionalidad en el plazo privilegiado? no lo creo. Tampoco pienso que deba quedar excluido el defensor judicial cuando se encargue de la protección de los intereses de un menor o incapacitado previamente sometido a la tutela, en sentido amplio, de un español; que se trate de una institución provisional no es un argumento convincente para excluir su relevancia mediata, pues también es provisional el acogimiento familiar, expresamente reconocido por la ley como institución de guarda que acorta el plazo de residencia del acogido; además, sería absurdo que por existir un conflicto de intereses con el tutor español o porque éste no pudiese desempeñar sus funciones por un corto período de tiempo, el menor o incapacitado interesado en adquirir la nacionalidad viese interrumpido el plazo de dos años exigido por el art. 22.2 c) y fuera obligado a cumplir con un nuevo plazo una vez que el tutor se hubiese reincorporado a sus funciones; sin olvidar, desde luego, que en las hipótesis de los arts. 299 1.º y 2.º el menor o incapacitado durante el período en el que interviene el defensor sigue estando sometido a tutela o curatela de un español (en el caso de 299 1.º también a patria potestad). Por otra parte, el reconocimiento del defensor judicial como figura idónea para facilitar el acceso a la nacionalidad española del defendido permite computar como tiempo de sujeción a la guarda de un español el del procedimiento de incapacitación cuando al presunto incapaz le hubiese sido nombrado un defensor judicial español, bien por aplicación de su ley personal, bien por la española cuando ésta sea la oportuna (cf. art. 207 del CC). En favor de la inclusión en el art. 22.2 c) de la guarda de hecho militan razones como la más que probable vinculación del guardado con España, dado que para que se pueda hablar de verdadero sometimiento a la guarda de hecho de un español la situación tuitiva ha debido prolongarse durante cierto período de tiempo, normalmente abarcando tanto la esfera personal como la patrimonial (Cf. R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, loc. cit., p 788), así como la vocación mostrada por la regulación legal de la institución en el sentido de mantener la eficacia de los actos que redunden en beneficio del guardado (Cf. art. 304 del CC). En contra de dicha inclusión cabría aducir tanto la conveniencia de evitar adquisiciones de la nacionalidad española fraudulentas facilitadas por una institución de naturaleza fáctica, como el propio tenor de la fórmula del art. 22.2 c) que exige que el guardado esté *sujeto legalmente* a la guarda de un español, mientras que la guarda de hecho es una institución asumida sin formalidades legales (J. M. LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, 2.ª ed., Madrid, 1985, pp. 484 ss.).

(172) Como señala M. A. PARRA LUCÁN, loc. cit., p. 232, debe dejarse a salvo el matrimonio nulo cuando el cónyuge que accedió a la nacionalidad tenía buena fe en el momento de contraerlo; por imperativo del art. 79 del CC este matrimonio *putativo* deja a sal-

hecho que en estos mismo preceptos impiden la aplicación del plazo privilegiado (173).

En los casos últimamente mentados estamos ante cuestiones de índole puramente civil de las que con carácter prejudicial, tal y como prevén los arts. 10.1 LOPJ y 4.1 LJCA, debe conocer el juez de lo contencioso-administrativo para poder pronunciarse sobre el fondo del asunto —la invalidez o invalidez del acto de concesión de la nacionalidad— sin que este principio admita, además, ninguna excepción del tipo de las enumeradas en el art. 5 LECR que defiere las cuestiones sobre validez del matrimonio y supresión del estado civil de forma necesaria al juez civil. Se trata, eso sí, de un conocimiento puramente instrumental, por lo que la opinión que sobre dicha cuestión civil se forme el juez contencioso carece de eficacia fuera de ese concreto proceso y no impide el posterior planteamiento de la misma ante el Tribunal civil a fin de lograr una decisión definitiva sobre aquella cuestión (art. 4.2 LJCA) (174). Ahora bien, la sentencia de la jurisdicción contenciosa que tras haber conocido prejudicialmente de la materia civil resuelva la validez de la concesión de la nacionalidad producirá los efectos típicos de cosa juzgada material respecto de dicha concesión y no podrá ser revisada por una sentencia civil posterior que decrete por ejemplo la nulidad de la tutela o del matrimonio; por supuesto, dejando al margen los supuestos de revisión (art. 102.1 LJCA), en los que será el juez contencioso y no el civil, sobre la base de las exigencias impuestas por la LJCA, el que volverá a conocer de la concesión de la nacionalidad. Por su parte, la sentencia civil que declare la nulidad de la tutela o del matrimonio, o constituya la separación de los cónyuges, anterior al recurso contencioso-administrativo en el que se impugna la concesión de la nacionalidad producirá el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada y vinculará al juez de este último orden, sirviéndole de base para fundamentar su decisión

---

vo los efectos ya producidos respecto del contrayente o contrayentes de buena fe (*v.gr.* la adquisición de la nacionalidad). En el Derecho francés existe un precepto que salva expresamente la nacionalidad francesa del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio con francés resulta a la postre nulo; en efecto, el art. 42 del Código de la nacionalidad francesa dispone «Le mariage déclaré nul par une émanant d'une juridiction française ou d'une juridiction étrangère dont l'autorité este reconnue en France ne rend pas caduque la déclaration prévue à l'article 37-1 au profit du conjoint que l'a contracté de bonne foi».

(173) Para demostrar la separación de hecho pueden aportarse todo tipo de pruebas, al no exigir el CC en este punto y a diferencia de lo que hace otros preceptos (*v. gr.* art. 945) una constancia especial de dicha situación fáctica.

(174) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. II, p. 574; V. GIMENO SENDRA y otros, *Derecho procesal administrativo*, Valencia, 1991, p. 127; ya J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, p. 316.

que, normalmente, negará validez a la nacionalidad otorgada sobre aquel presupuesto (175).

Por último, creo que cualquier interesado podrá impugnar ante los Tribunales contencioso-administrativos el acto de concesión de la nacionalidad por residencia fundándose en la ausencia de justificación de la «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española» o en la existencia de razones de «orden público e interés nacional» para la denegación.

Con la Ley 18/1990 el legislador ha elevado la integración en la sociedad española, al igual que la buena conducta cívica, a la categoría de requisitos para la concesión de la nacionalidad por residencia, de modo que si éstos no se cumplen el Ministerio de Justicia no es libre para acceder o no a la concesión, sino que necesariamente debe denegarla (176). Si aún así la otorga, su resolución es revisable ante los Tribunales que podrán anular la nacionalidad adquirida con base en aquella incorrecta concesión (177).

A pesar de que no dudo de la autoridad de la opinión contraria, estimo que también es admisible la revisión judicial del acto de concesión de la nacionalidad por residencia cuando éste fue dictado a pesar de existir motivos de orden público o interés nacional para denegar la petición. F. Pantaleón, por el contrario, para la Ley de 1982 entiende que los Tribunales ordinarios (hoy serían los contencioso-administrativos) no pueden declarar que existen motivos de orden público o interés nacional que se oponen al otorgamiento cuando el Ministerio de Justicia estimó que tales motivos no se daban, pues es a dicho Ministerio «a quien el legislador ha atribuido exclusiva competencia para

---

(175) El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada radica en que el juez posterior deberá partir necesariamente de la decisión anterior cuando esté juzgando y decidiendo sobre una pretensión de la que sea elemento prejudicial lo ya juzgado (V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, t. I, vol. I, *Parte general, Proceso civil*. Valencia, 1989, p. 451); añade este autor que esta prejudicialidad no es la que impone la lógica, sino que viene impuesta por razones estrictamente jurídicas, lo que se produce cuando la acción imprevista tiene como base jurídico fáctica la ya juzgada y además existe la más perfecta identidad entre los sujetos de ambas. Sin embargo, este mismo autor mantiene la no vinculación del juez de un orden jurisdiccional por la decisión del otro en el caso del art. 5 de la LÉCR (*Derecho procesal*, t. II, *Procesal penal*, 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 229).

(176) J. Díez DEL CORRAL señala acertadamente que ésta es una de las «condiciones» de la concesión que se mencionan en el art. 21.2 del CC, si bien después añade que si no se cumple ésta el Ministro *podrá* denegar por falta de los requisitos exigidos (*Comentario del Código civil...*, t. I, *loc. cit.*, p. 198); repito que en este último caso *puede*, sino que debe optar por la denegación.

(177) Si bien el actual art. 22.4 del CC viene a dar pleno sentido al trámite de audiencia previsto en el último párrafo del art. 221 del RRC, no deja de plantear graves inconvenientes derivados de la introducción de presupuestos de concesión o denegación de la nacionalidad española basados en conceptos jurídicos con un alto grado de indeterminación cuales son los de *buena conducta cívica y suficiente grado de integración*.

*suscitar o no tal opinión»* (178). Creo que al hacer tal afirmación el autor citado incurre en una cierta incoherencia puesto que a renglón seguido afirma la posibilidad de impugnación judicial de la resolución denegatoria cuando ésta se ha fundado en motivos de orden público o interés nacional; lo cual contradice la precedentemente afirmada intangibilidad de aquella *exclusiva competencia*. Tampoco es definitivo en favor de su postura que los límites del orden público y el interés nacional tengan por fin la protección de los intereses del Estado y no los de los terceros perjudicados, puesto que la tutela judicial efectiva es derecho que corresponde a cualquiera que tenga un interés legítimo y los terceros perjudicados por una concesión que no tiene en cuenta aquellos motivos es evidente que tienen ese interés. En fin, el acto de concesión de la nacionalidad por residencia, al igual que el acto de denegación, es susceptible de impugnación judicial sencillamente porque en materia de nacionalidad, como en cualquier otro asunto, no hay un resquicio de la actividad administrativa que pueda quedar al margen de su control judicial (179).

iiii) Recordaba con anterioridad que, junto con el acto administrativo de concesión, la adquisición de la nacionalidad española en virtud de naturalización exige la concurrencia de la voluntad del interesado realizando ciertas declaraciones en tiempo y forma y de la oportuna inscripción registral.

El contenido de esas declaraciones, así como la exigencia de la inscripción en el Registro Civil de la adquisición, están recogidos en el art. 23 del CC y, por lo tanto, huelga repetir aquí todo lo dicho en relación con la adquisición en virtud de opción sobre la transcendencia de estos requisitos para la validez de la nacionalidad.

Conviene, no obstante, introducir un matiz en este punto. Insisto en que, a diferencia de lo que ocurre en la opción, la naturalización implica necesariamente dualidad de títulos. La seguridad jurídica y los inconvenientes acarreados por una prolongación excesiva de las situaciones interinas, explica que el art. 21.4 del CC imponga un plazo para que, una vez le haya sido otorgada la carta de naturaleza o la concesión de residencia, el interesado efectúe su declaración. El plazo es de ciento ochenta días siguientes a la notificación de la conce-

---

(178) F. PANTALEÓN, *loc. cit.*, p. 76.

(179) Conviene recordar que la concesión de la nacionalidad por residencia no es un acto discrecional de la Administración, sino que constituye el acto final de un proceso reglado. El hecho de que en este proceso deban ser interpretados y aplicados conjuntamente conceptos determinados e indeterminados, no excluye la posibilidad de fiscalización judicial de la decisión final, cualquiera que sea el sentido de ésta (Sobre la nitidez de la distinción entre la discrecionalidad y la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 5.ª ed., Madrid, 1989, página 45 ss.).

sión (180), no debiendo excluirse del cómputo los días inhábiles (art. 32 LRC). Se trata, la ley expresamente lo dice (arts 21.4 del CC y 224 RRC), de un plazo de caducidad, pasado el cual la concesión decae y ya no será posible efectuar válidamente las declaraciones del art. 23. Por consiguiente, una eventual nacionalidad española adquirida por naturalización, cuando la declaración de juramento o promesa y en su caso de renuncia a la nacionalidad anterior, fueron realizadas extemporáneamente está viciada, si bien puede actuar como antecedente de una consolidación *ex art. 18 del CC*.

iiii) La inicial atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa *ex art. 22.5 del CC* para ejercer la función fiscalizadora de la concesión o denegación de la nacionalidad en virtud de naturalización no evita que existan circunstancias en las que dicha función corresponde también a los Tribunales del orden civil. En este sentido, cabe que el Real Decreto en la carta de naturaleza o la Orden Ministerial en la adquisición por residencia estuviesen viciados por razones exclusivamente imputables al agraciado que, en su día, escaparon del control de la Administración. Son, en concreto, los casos en los que la concesión se obtiene mediante alegaciones falsas u ocultando datos que, de haber sido conocidos por la Administración, hubieran determinado la denegación. Ante este tipo de casos el vigente art. 25.2 del CC acepta, como vía alternativa para la impugnación de aquella concesión viciada, el orden jurisdiccional civil (181). Quien tenga un interés legítimo en la impugnación deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, único que cuenta con legitimación activa para solicitar durante un plazo de quince años la declaración de nulidad de la nacionalización fraudulentamente adquirida (182). En su caso, la resolución judicial donde se declare que la carta de naturaleza o la residencia se obtuvieron con falsedad, ocultación o fraude, significará la declaración de nulidad de la nacionalidad y obligará a la cancelación del asiento practicado. Sin embargo, la declaración de nulidad del título de adquisición de la nacionalidad por la vía del art. 25.2 del CC en ningún caso puede ser antecedente de una consolidación de la nacionalidad española pues, como ya se indicó en su

---

(180) A pesar del silencio legal sobre el *dies ad quo* del mentado plazo, estoy de acuerdo con F. PANTALEÓN en que no basta con la publicación en el BOE del Real Decreto de concesión de la carta o de la Orden Ministerial de concesión de la nacionalidad por residencia y que el día inicial del cómputo será el de la notificación personal al favorecido *ex art. 368 RRC* (F. PANTALEÓN, *loc. cit.*, p. 91). También I. ARANA DE LA FUENTE, *loc. cit.*, p. 301; F. LUCES GIL, *loc. cit.*, página 127.

(181) No obstante, también cabrá la revisión de oficio por la propia Administración *ex art. 110.2 de la LPA* y la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, *ex art. 22.5 de CC*.

(182) En el mismo sentido N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, pp.85-89; J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentario del Código civil...*, *loc. cit.*, p. 204.

momento, las actitudes de falsedad, ocultación o fraude del interesado son incompatibles con la buena fe que exige el art. 18 del CC.

### 3.3.6. *Recuperación*

i) El art. 18 del CC puede tener también virtualidad en las hipótesis de pretendidas recuperaciones de la nacionalidad española que, a la postre, resultan inexistentes o nulas al haberse prescindido en el expediente de recuperación de alguno de los requisitos exigidos por la ley.

Aunque la reforma de 1990 ha introducido ligeras modificaciones en esta materia, los requisitos sustanciales reclamados por la ley antes y después de dicha reforma son los siguientes: a) Residencia legal en España —en la Ley de 1982 debía ser además continuada durante un año anterior a la petición—; este requisito es susceptible de dispensa en los casos y condiciones que después se analizarán; b) Declaración de voluntad en el sentido de recuperar la nacionalidad española; c) Declaración de renuncia a la nacionalidad anterior —después de 1990, salvo que se trate de los países mencionados en el art. 24—; d) Inscripción de la recuperación en el Registro Civil, que en este caso tiene carácter constitutivo; e) Habilitación previa del Gobierno para los que hubiesen sido privados de la nacionalidad española o no hubiesen cumplido el servicio militar o la prestación social sustitutoria. Todas las exigencias presentadas presentan idéntico carácter *sine qua non* y, por lo tanto, su falta acarrea la no recuperación o la nulidad de la recuperación erróneamente otorgada. No obstante, la determinación del juego que pueda tener el art. 18 del CC en estos casos hace especialmente relevante el análisis de los requisitos de la residencia legal y su posible dispensa y de la habilitación previa cuando ésta sea precisa. Antes de entrar en ellos debe señalarse que, al igual que ocurría en los casos de opción y de naturalización, el requisito omitido no puede ser la inscripción registral pues entonces fallaría uno de los presupuestos de aplicación del propio art. 18 del CC.

ii) Para recuperar la nacionalidad española antes y después de la Ley 18/1990 es preciso ser residente legal en España. Sin embargo, existen ciertas circunstancias que permiten prescindir de este requisito mediante la oportuna dispensa del mismo concedida por la Administración. En la Ley de 1982 la dispensa era competencia del Ministro de Justicia quien estaba obligado a darla siempre que se tratase de emigrantes o de españoles que hubiesen adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge. En los demás casos la dispensa tenía carácter discrecional. La Ley de 1990 ha variado esta situación al establecer «Cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dis-



pensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren circunstancias especiales». Esta redacción hace dudar sobre el carácter facultativo (183) u obligatorio (184) del privilegio en su configuración vigente.

En principio, en el caso de la dispensa de residencia a los emigrantes e hijos de emigrantes, la interpretación correcta de la norma pasa necesariamente por tomar en consideración el art. 42 de la CE que, al obligar al Estado a orientar su política hacia el retorno de aquéllos, parece obligarle también a otorgar la dispensa —salvo que intereses superiores aconsejen su denegación—. Aunque no por ello cabe tener la cuestión por solventada, estimo que la *Orden de 11 de julio de 1991 sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de la residencia en España* opta por el carácter *reglado* de la dispensa, tanto en el supuesto de los emigrantes o hijos de emigrantes, como en el resto. En el primero la Orden entiende que la Dirección General de Registros debe proponer la dispensa cuando se trate de emigrantes o de hijos de emigrantes que se encuentren en nuestro país o que hallándose en el extranjero pretendan residir en España, salvo que concurren en el peticionario antecedentes penales desfavorables u otros especialmente graves que aconsejen su denegación. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados —antecedentes especialmente graves— o incluso de juicios de intención —pretendan residir—, no debe ser confundida con el carácter discrecional del acto que, a mi entender, es siempre *reglado*. Igualmente, se establece que no tratándose de emigrantes, además de no existir esas circunstancias de denegación, deben concurrir otras circunstancias *especiales* que aconsejen la dispensa; de nuevo se utiliza un concepto jurídico indeterminado e incluso se dan ciertas pautas para interpretarlo, reduciendo así su *Begriffshof* (185), pero ello no significa que el Gobierno pueda discrecionalmente otorgar o no la dispensa; si las circunstancias especiales concurren deberá concederla, si no concurren deberá negarla.

Por consiguiente, si la recuperación se produjo sin darse la residencia legal en España o, en su defecto, sin la correspondiente dispensa, el

---

(183) Por este carácter parece decidirse el Preámbulo de la Ley 18/1990 cuando hace referencia a *la eliminación de las extrañas dispensas obligatoria*; en el mismo sentido con matices, J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil*, t. , loc. cit., p. 214-215 y N. Díaz GARCÍA, *op. cit.*, p. 112.

(184) Con dudas parece ser la opinión de F. A. RODRÍGUEZ ZAPATA, «La nacionalidad de los emigrantes en la Ley 18/1990 de reforma del Código civil», *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, pp. 385-426, espec. 424-425, si bien sólo para la dispensa a los emigrantes e hijos de emigrantes.

(185) «A efectos se valorarán, entre otras, además de la ausencia de antecedentes penales, la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas en favor de intereses o asociaciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y su familia».

interesado no ostentará válidamente la condición de español salvo que esta nacionalidad haya sido consolidada *ex art. 18*. La dispensa de residencia otorgada por la Administración sin tener en cuenta las exigencias legales —después de 1990 sin darse la condición de emigrante o hijo de emigrante que al menos pretenda residir en nuestro país o sin darse circunstancia especial alguna— será impugnabile por cualquiera que tenga un interés legítimo ante la jurisdicción contencioso-administrativa (analogía art. 22.5 del CC), provocando la anulación de la recuperación y la cancelación del correspondiente asiento (186).

iii) Por su parte, la habilitación del Gobierno en los casos previstos en el art. 26.2 del CC es, al igual que la dispensa anterior, una manifestación de la técnica autorizatoria de la Administración (187). El ejercicio de este poder de autorización no está, por supuesto, exento de control, siendo en todo caso susceptible de fiscalización judicial. En consecuencia la habilitación concedida sin respetar los fines pretendidos por la norma del art. 26.2 del CC o violando el principio de igualdad en la aplicación de la ley, incurriendo así en arbitrariedad, será antecedente de una recuperación de nacionalidad viciada y, por lo tanto, susceptible de impugnación judicial. Tan control operará mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo interpuesto por cualquier interesado impugnando la autorización administrativa y solicitando la declaración de nulidad de la nacionalidad viciada y la cancelación del correspondiente asiento en el Registro Civil. Si para entonces han transcurrido diez años desde la presunta recuperación en las condiciones pedidas por el art. 18 del CC, la nacionalidad estará consolidada y no resultará afectada.

En el supuesto de que la dispensa de residencia o la habilitación del Gobierno se hayan concedido sobre la base de ocultación de datos o alegaciones falsas del solicitante, el tercero interesado podrán instar al Ministerio Fiscal para que utilice la acción civil del art. 25.2 del CC, siendo posible también la actuación del oficio del propio Ministerio Fiscal. Entonces no podrá actuar el art. 18 del CC al faltar el requisito de la buena fe.

---

(186) En el mismo sentido N. DÍAZ GARCÍA, si bien esta autora admite la impugnación únicamente si la dispensa se otorga en un caso en el que de *manera clara y manifiesta* no concurren circunstancias excepcionales y, coherente con su concepción de la dispensa como acto de discrecionalidad vinculada, estima que la denegación sólo puede ser impugnada en caso de arbitrariedad manifiesta (*op. cit.*, pp. 116-117). En mi opinión, el carácter *reglado* de la dispensa obliga a concederla si se dan las circunstancias excepcionales y a denegarla si éstas no concurren.

(187) Sobre el género de los actos de autorización y sus clases, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 133 ss.

En cualquier caso, cabe también la revisión de oficio por la Administración del acto del otorgamiento de la dispensa y la habilitación en los términos previstos en los arts. 109 y 110.2 LPA, que puede derivar también en la declaración de invalidez de la recuperación de la nacionalidad española y en la cancelación de la inscripción registral.

iiii) Precisamente, las hipótesis de nulidad de la adquisición de la nacionalidad española por falsedad, ocultación o fraude, plantean un nuevo problema en relación con la recuperación. Según el tenor del art. 26.2 a) «No podrán recuperar la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida por el Gobierno: a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior», lo que literalmente significa que quienes hayan cometido las citadas conductas fraudulentas, al encontrarse incurso en un supuesto regulado por el art. 25 del CC, pueden recuperar la nacionalidad española previa habilitación concedida por el Gobierno. Ya J. C. Fernández-Rozas, haciendo referencia al art. 26 párrafo tercero, en su versión de 1982, homólogo del actual art. 26.2 a), estimaba que era una forma carente de sentido en los supuestos de sentencia firme en casos de falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, toda vez que dicha decisión se debe al ejercicio de una acción de nulidad a cargo del Ministerio Fiscal, y no parece procedente su revocación (188).

Personalmente entiendo que bajo la legalidad vigente se debe sustentar la antedicha opinión, si cabe aún con mayor razón, toda vez que el propio legislador ha calificado el supuesto del art. 25.2 del CC como de nulidad y no como pérdida, y mal puede recuperarse la nacionalidad que, por ser nula la adquisición, nunca se ha tenido. Si se interpretase de otro modo y se llegase a considerar que el sujeto en cuestión podía utilizar la vía del art. 26 para acceder a la nacionalidad española, se llegaría a la absurda conclusión de que el interesado sancionado por el art. 25.2 tendría la posibilidad de utilizar en exclusiva un nuevo modo de *adquisición* de la nacionalidad española cuyos requisitos serían la previa habilitación del Gobierno, la residencia legal en España (sin plazo alguno), la declaración de voluntad en los términos del art. 26.1 b) y la inscripción registral.

Como no creo posible esto último, estimo que el interesado que haya visto sancionados su falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española con la declaración de nulidad de ésta, no podrá solicitar la recuperación (adquisición) de dicha nacionalidad en los términos y con los requisitos del art. 26, incluida la habilitación. Si efectivamente pretende ser español habrá de iniciar

---

(188) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 234.

un nuevo proceso de adquisición exento de la tacha subjetiva aludida en el art. 25.2 y, por supuesto cumpliendo todos los requisitos objetivos exigidos por la ley.

Problema distinto es si para consumir este nuevo proceso adquisitivo de la nacionalidad española, el interesado que antes había actuado de mala fe deberá requerir la previa habilitación del Gobierno en los términos del vigente art. 26.2 del CC. Discrepando de algún autor que se ha manifestado en sentido afirmativo (189), estimo que esta nueva adquisición de la nacionalidad española no requerirá más requisitos que los objetivamente exigidos por la ley en cada caso, sea para la opción, sea para la naturalización, entre los que evidentemente no se encuentra la previa habilitación del Gobierno. El acto de autorización no es una exigencia general para el acceso a la condición de español, sino exclusivamente una exigencia particular del régimen de recuperación de la nacionalidad española por quien ha sido privado de ella, régimen privilegiado si se compara con los supuestos de adquisición —no está sometido a plazos fatales de caducidad, no requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales ni el transcurso de un plazo de residencia en España—. Tampoco me parece correcto considerar la exigencia de habilitación como una sanción a la mala fe habida en el inicial procedimiento adquisitivo, pues esa mala fe ya fue sancionada precisamente con la declaración de nulidad de la adquisición. Si después de esa declaración de nulidad el interesado solicita *v. gr.* una naturalización por residencia y demuestra que ha cumplido todos los requisitos de los arts. 21, 22 y 23 del CC, no veo porqué ha de exigírsele una habilitación que no pide la ley.

### 3.3.7. *Título ineficaz pero no viciado*

i) En otro momento de este trabajo expuse mi postura favorable a la admisión en el marco del art. 18 del CC de las situaciones de posesión de estado de nacional español basadas en un título en sí mismo insuficiente para adquirir la nacionalidad española, con tal de que el mentado título estuviese inscrito en el Registro Civil y se cumpliesen todos los demás requisitos reclamados por el precepto. Esta tesis, opuesta a la sustentada por la DGRN tanto en el *Instrucción de 20 de marzo de 1991*, como en distintas Resoluciones, permite que muchas hipótesis de nacionalidad española meramente de hecho, aparente o putativa, se transformen *ope legis* en supuestos de nacionalidad española de derecho definitivos e inatacables, que no tendrían cabida acogiendo a la interpretación restrictiva del presupuesto del *título inscrito* mantenida

---

(189) N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 117.

por aquella Dirección General. Entre éstas cabe destacar las que a continuación se señalan.

En primer lugar, las hipótesis de sujeto adoptado plenamente por un español antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982, siempre que no se aprecie la aplicación retroactiva del art. 18 del CC en la versión introducida en 1982 (190), y el individuo en cuestión no haya optado por la nacionalidad española en tiempo oportuno según lo dispuesto en el art. 19, también en su versión anterior. Cuando, a pesar de ello, esta persona haya poseído la nacionalidad española en las circunstancias previstas en el vigente art. 18 del CC, la habrá consolidado y será de *iure* español sin necesidad de recurrir a la opción prevista en la *Disposición transitoria segunda* de la Ley 18/1990. En este caso, el título inscrito en el Registro Civil a los efectos del actual art. 18 del CC, es precisamente, la inscripción de la adopción (191).

En segundo lugar, plantean también interés los casos de adoptados simplemente por un español antes de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, que no hubieran optado oportunamente a la nacionalidad española ejercitando el derecho que les confería el art. 19 del CC, en su redacción de 1982 (192). Como en el caso anterior también aquí hay título inscrito; precisamente el título es la adopción.

En tercer lugar, destacan las hipótesis de nacidos en España en circunstancias insuficientes para tener atribuida la nacionalidad española y que, a pesar de ello, por un error de nuestra Administración, han poseído y utilizado la nacionalidad española en las condiciones reclamadas por el art. 18 del CC. Es, por ejemplo, el caso controvertido en la *Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1991* que, como en su momento señalé, debería haber sido resuelto en favor de la consolidación. En este caso el título inscrito es el nacimiento en España.

En cuarto lugar, cumple destacar las situaciones en las que se hallan implicadas extranjeras que hubieran contraído matrimonio con españoles con posterioridad a la Ley 14/1975. Sabido es que, a diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia de la Ley de 15 de julio de 1954, a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975, el matrimonio con español no es título en sí mismo bastante para adquirir la nacionalidad española. Sin embargo, seguramente no son infrecuentes en la práctica situaciones de extranjeras que, habiéndose casado con españoles en fechas inmediatamente

---

(190) Por la aplicación retroactiva del art. 18 del CC en su versión de 1982 se pronuncian con convincentes argumentos, R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela...*, loc. cit., p. 59; también J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 154.

(191) Inscripción que se hará al margen de la de nacimiento *ex. art.* 46 LRC.

(192) El adoptado en forma simple tenía, después de la Ley 51/1992, la posibilidad de optar por la nacionalidad española puesto que la adopción simple confería al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad (R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, loc. cit., p. 60).

posteriores a la entrada en vigor de esta Ley, se han venido considerando a sí mismas y han sido tratadas por el Estado español como ciudadanas españolas. Cuando, en tal situación, se cumplan los requisitos del art. 18 del CC, creo que las interesadas habrán consolidado su nacionalidad española, actuando como título inscrito la inscripción del matrimonio con español. Se debe recordar, sin embargo, que las *Resoluciones de la DGRN de 27 de junio y 16 de octubre de 1991* han negado de forma contundente esta posibilidad.

Por último, no carecen de interés las situaciones planteadas por los que fueron españoles en su día y, posteriormente, perdieron la nacionalidad española. Como en el caso planteado por la ya citada *Resolución de la DGRN de 23 de noviembre de 1991*, bien puede ocurrir que tales personas no se percatasen de la pérdida y continuasen ejercitando actos demostrativos de su posesión de estado de españoles. Si tal ocurre, creo que transcurridos diez años a partir de la pérdida en las condiciones exigidas por el art. 18 del CC en su redacción actual, esas personas habrán recuperado su nacionalidad española merced a la consolidación de la misma. Ahora bien, cuando en estos supuestos se hubiese procedido a la inscripción de la pérdida en el Registro Civil, pueden existir serios reparos tanto en relación a la buena fe del interesado reclamada por el art. 18 (que quedaría desvirtuada si se demostrase que conoce dicha inscripción), como a la necesidad de título inscrito en el que basar la consolidación (al existir un título posterior contradictorio).

ii) Mucho más improbable es que pueda beneficiarse de la consolidación de la nacionalidad prevista en el art. 18 del CC el hijo de madre española nacido en el extranjero antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982, a pesar de que haya poseído la nacionalidad española durante diez años de forma continuada y de buena fe.

El problema planteado por estos hijos de madre española ha sido sobradamente tratado por nuestros autores, muchos de los cuales estiman, con argumentos a mi juicio absolutamente convincentes, que deberán ser considerados *ope legis* como españoles de origen (193). A pesar de su corrección técnica, no es ésta la tesis que ha prosperado en la práctica; la desafortunada *Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983* mantuvo la irretroactividad absoluta de la Ley 51/1982 y, en consecuen-

---

(193) Sobre todo si se trata de hijos de española nacidos después de la entrada en vigor de la CE de 1978. Es la opinión de J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, loc. cit., pp. 36 ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp. 144 ss.; R. BERCOVITZ, «Principio de igualdad...» loc. cit., pp. 372 y ss.; A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad y emigración*, Madrid, 1990, pp. 183.184.

cia, de su art. 17.1, y esta ha sido también la postura seguida por la propia DGRN en varias Resoluciones (194).

Si se parte de la restrictiva postura de la DGRN, los hijos de madre española nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 51/1982, que no tuvieran atribuida la nacionalidad española *iure soli*, y no hubiesen optado o no hubiesen podido optar en tiempo oportuno por la nacionalidad española (195), no son españoles de derecho.

A pesar de ello, pudiera darse el caso de algún hijo de española que, en las circunstancias antedichas, haya gozado de manera continuada la posesión de estado de español durante más de diez años y existiendo buena fe por su parte. No obstante, parece difícil que ese individuo pueda alegar la consolidación de su nacionalidad española puesto que por definición, *de iure*, es un extranjero y como tal, carecerá de cualquier título registral en que basar la mentada consolidación (196).

#### 4. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA CONSOLIDAR LA NACIONALIDAD Y DEJAR CONSTANCIA DE ELLO

##### 4.1. Necesidad de declaración del interesado versus consolidación automática

Los arts. 57.1 y 17 del Código de la nacionalidad francesa y Código de la nacionalidad belga, respectivamente, configuran la posesión de estado como un título de adquisición de sus respectivas nacionalidades, en la medida en que para lograr ese efecto adquisitivo no basta con el cumplimiento de las premisas legales, sino que además es necesaria la declaración de voluntad del interesado. Al igual que sucede en las otras ocasiones en las que se pide una declaración de nacionalidad, en los

---

(194) Lamentablemente, también el legislador de 1990, opta por la irretroactividad de la ley, a pesar de que intenta subsanar algunas de las injusticias cometidas con esos hijos de española dándoles un nuevo plazo de opción en su *Disposición transitoria segunda*, cuyo *dies ad quo* es el de la entrada en vigor de la Ley 18/1990, y que ejercitado les da la condición de españoles de origen. A pesar de todo, me permito seguir dudando de la constitucionalidad de la solución propuesta puesto que, como señala R. BERCOVITZ refiriéndose a la Proposición de Ley, sigue implicando un trato discriminatorio, es decir, un trato diferenciado sin justificar («Principio de igualdad...», *loc. cit.*, p. 376).

(195) Solución que les ofrecía la *Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983*.

(196) Recuérdase que según el art. 15 LRC en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. Sin embargo, en el caso propuesto en el texto podría plantearse la posibilidad de la inscripción de nacimiento del hijo por afectar mediatamente al estado civil de la madre española *ex art. 66 RRC* (Cf. en este sentido la *Resolución de la DGRN de 23 de enero de 1992, BIMJ*, núm. 1631, pp. 72-76).

supuestos normativos de los preceptos mencionados, se pide el cumplimiento de determinados requisitos que, una vez cubiertos, facultan al interesado para acceder voluntariamente a la condición de francés o de belga. Hasta cierto punto es, pues, lógica la remisión que, para disciplinar el régimen de la declaración de nacionalidad hacen el art. 57.1 francés y 17 belga; en el primer caso, a las normas generales en materia de declaración de nacionalidad (arts. 101 ss. del Código de la nacionalidad francesa); en el segundo, a las normas reguladoras de la declaración de opción (art. 15 del Código de la nacionalidad belga).

En ambos casos el procedimiento para acceder a la nacionalidad francesa o belga, basándose en su constante posesión de estado durante diez años, es claro y el régimen de la declaración se halla perfectamente disciplinado. Comparando los dos procedimientos se observa, no obstante, una notable diferencia que concierne a las circunstancias capaces de provocar el rechazo de la declaración; según el precepto francés la declaración del sujeto puede ser repudiada por la autoridad receptora tanto si media un previo decreto de expulsión dictado contra él (art. 58), como si hay oposición del Gobierno por entender que el sujeto en cuestión es indigno o no tiene suficiente grado de asimilación en la sociedad y cultura francesas (197). Por el contrario, en el precepto belga se dice claramente que la declaración sólo puede ser rechazada por el carácter insuficiente de la posesión de estado alegada, excluyéndose cualquier otro motivo de repudiación (198). En cualquier caso, se debe insistir en que la base de la adquisición de la nacionalidad francesa o belga por posesión de estado reside en la voluntad del interesado.

Siendo los arts. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa y 17 del Código de la nacionalidad belga los inspiradores confesados de nuestro legislador resultaría fácilmente comprensible que también el art. 18 del CC considerase la que él mismo llama *consolidación* de la nacionalidad como un supuesto de adquisición *stricto sensu* de la misma y exigiese para su consumación la declaración de voluntad del interesado. Esta fue, por otro lado, la postura sustentada por alguna de las enmiendas presentadas en la tramitación parlamentaria de la ley (199).

---

(197) Art. 11 D. 10 de julio de 1973. (Vid. también P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 147-148).

(198) Señala la doctrina belga que *insuficiente* puede aplicarse a la duración requerida (diez años), al carácter constante de la posesión de estado, o a los hechos de posesión alegados (que serían insuficientes para establecer la posesión de estado); esta misma doctrina entiende que el tenor restrictivo del texto legal no impide que existan otros motivos de rechazo de la declaración como, por ejemplo, que ésta se realice fuera de plazo (H. de PAGE/J. P. MASSON, *op. cit.*, pp. 238-239, nota 3).

(199) Singularmente la enmienda núm. 45 del GP según la cual la posesión de estado sería fundamento de un derecho de opción por la nacionalidad española y la enmienda núm. 47 del grupo IU-IC en cuya motivación se decía que el procedimiento para acceder a la nacionalidad española por posesión de estado debería estar ubicado con posterioridad a la adquisición de la nacionalidad por declaración y que, además debería regular el procedimiento para acceder a la nacionalidad española (BOCG, IV Legislatura, Serie B, 9 de mayo de 1990, núm. 14.6).



Sin embargo pienso que la institución recogida en el art. 18 del CC según redacción dada por la Ley 18/1990, otorga la nacionalidad española como efecto directo de la ley por el mero hecho de cumplir los requisitos exigidos por la norma (200). Quien posee y utiliza de forma continuada la nacionalidad española durante diez años con buena fe y basándose en un título inscrito en el Registro Civil será español *ope legis*, sin necesidad ni de declaración alguna por su parte, ni de instar pronunciamiento judicial o administrativo que declare su condición de nacional español. Se trata, así, de un supuesto de atribución de la nacionalidad española.

Probablemente la alternativa elegida por el legislador español en el sentido de desvincular la consolidación de la nacionalidad española por posesión de estado de la voluntad del interesado no haya sido ni la más idónea, ni la más acorde con los criterios de estabilidad y seguridad que deben inspirar la materia de la nacionalidad (201). En efecto, el sistema instaurado por el legislador español de 1990 en la consolidación de la nacionalidad es mucho más inseguro que el que se derivaría de haber concebido aquella como una hipótesis de adquisición en sentido propio, y ello no sólo porque en el art. 18 vigente se prescinde, como regla, de cualquier declaración privada o de autoridad, sino también porque, al igual que sucede en los demás casos de atribución de la nacionalidad (como en los de pérdida) y a diferencia de lo que ocurre cuando de opción, naturalización o conservación de la nacionalidad se trata, la nacionalidad española está desvinculada de la inscripción registral. Por consiguiente, en principio, la consolidación de la nacionalidad se producirá aunque no haya constancia documental ni registral de ella.

Por supuesto, lo anteriormente dicho no impide que la persona inmersa en la situación diseñada por el art. 18 del CC o cualquier otra persona en la que pueda apreciarse un interés legítimo en provocar una declaración judicial de consolidación de la nacionalidad española de aquella, no pueda promover un juicio declarativo ordinario a fin de lograr una sentencia declarativa de la consolidación (202). También es posible que en el mismo proceso en el que se sustancia la nulidad del título original se logre un pronunciamiento destinado a salvaguardar la nacionalidad española del interesado *ex art. 18 del CC* (203).

---

(200) En el mismo sentido, M. A. PARRA LUCÍN, *loc. cit.*, p. 233; parece, por contra, manifestarse por la necesidad de tramitar el expediente previsto en el art. 96.2 LRC para consolidar la nacionalidad, X. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 335.

(201) M.A. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 233.

(202) J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 184; M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 234.

(203) Cf. J. Díez DEL CORRAL, *loc. ult. cit.*

Mucho más sencilla, aunque con valor probatorio menos concluyente, es la vía propuesta por la *Instrucción de la DGRN de 30 de marzo de 1991* cuando en su epígrafe III admite la posibilidad de que el Juez o Cónsul encargado del Registro Civil del domicilio declare con valor de simple presunción la nacionalidad de la persona que cumple los requisitos del art. 18 del CC. Esta declaración de nacionalidad tendrá valor meramente presuntivo y será el resultado del expediente gubernativo previsto en el art. 96.2 LRC (204).

Según dispone el art. 97 LRC el expediente citado podrá ser promovido por «cualquier persona que tenga un interés legítimo en el mismo», fórmula que permite considerar activamente legitimado no sólo al directamente afectado, sino también a cualquiera que pueda tener interés en que se declare la condición de nacional español de aquél (205). Será competente para instruirlo el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante (art. 335 LRC) y siempre habrá de ser oído en el expediente el Ministerio Fiscal (art. 97 LRC). Para obtener la declaración de nacionalidad el art. 338 RRC ordena que se pruebe la adquisición, la posesión de estado y la inexistencia de asiento que contradiga la declaración que se pretende; no obstante, parece que instada la declaración de nacionalidad con valor de simple presunción basada precisamente en su consolidación, la única prueba necesaria es la de la posesión de estado en las condiciones indicadas por el art. 18 del CC.

## 4.2. Acceso al Registro Civil

La novedad que representa el art. 18 del CC en su redacción vigente y la inexistencia hasta ahora de una modificación en la legislación del Registro Civil que la adapte a la Ley 18/1990 explican la ausencia de soporte normativo en el que fundamentar de modo directo la constancia registral de consolidación de la nacionalidad. A pesar de ello, como «hecho concerniente al estado civil de las personas» que es, no cabe duda de que ha de tener acceso al Registro Civil.

Ahora bien, sabido es que la nacionalidad española no tiene un reflejo homogéneo en nuestro Registro Civil pudiendo distinguirse, al respecto, dos grupos de situaciones. El primero estaría constituido por las hipó-

---

(204) Señalaba en su día J. PERÉ RALUY que mediante tales declaraciones se ha alcanzado la posibilidad en nuestra legislación de obtener un fácil instrumento probatorio de la nacionalidad correspondiente a otra persona, viniendo las mismas a equivaler a los certificados de nacionalidad existentes en otras legislaciones (*Derecho del Registro Civil*, t. II, *op. cit.*, p. 648).

(205) *V. gr.* el viudo del directamente afectado, interesado en que se declare la nacionalidad española de fallecido para poder acudir a la naturalización por residencia en el plazo abreviado de un año.

tesis de atribución *iure sanguinis* o *iure soli*, así como por las atribuciones derivadas de la adopción; en todos estos casos, la nacionalidad no es objeto de un asiento específico y únicamente podrá deducirse de los indicios obtenidos a partir de la inscripción principal de nacimiento o la marginal de adopción. El segundo grupo está formado por los casos de adquisición de la nacionalidad española en virtud de opción, carta de naturaleza o residencia, y los de pérdida y recuperación (y conservación cuando existió); de forma contraria al grupo anterior, en todos estos supuestos la nacionalidad es objeto de asiento directo a través de la inscripción marginal a la del nacimiento mencionada en el art. 46 LRC (206).

¿En qué grupo cabe situar el supuesto de consolidación de la nacionalidad declarada por resolución judicial o gubernativa? Sin duda, en el segundo de ellos. ¿Cómo, si no, iban a deducirse exclusivamente de los datos registrales todos los requisitos exigidos por el art. 18 del CC?. Sentada esta premisa, debe recordarse que en la consolidación de la nacionalidad, al igual que en la pérdida, y a diferencia de lo que ocurre con la opción, la naturalización o la recuperación, la inscripción registral no es constitutiva, sino meramente declarativa y, por lo tanto, no es un elemento integrante del título causante del estado civil de nacional español.

Siendo objeto de un asiento específico que accede al Registro Civil por la vía del art. 46 LRC, la consolidación habrá de constar como inscripción marginal a la del nacimiento del interesado, siendo competente para efectuarla el Registro Civil en el que conste éste. Si el nacimiento no consta en ningún Registro Civil español porque acaeció fuera de España y afectaba, en principio, a un no español que no había adquirido aunque fuese por un título nulo, la nacionalidad española, el promotor deberá instar también al Registro Central una inscripción de nacimiento fuera de plazo que sirva de base a la marginal de consolidación de la nacionalidad (art. 15.2 LRC).

La legitimación para promover el asiento que publique la consolidación corresponde en primer término al interesado. No obstante, el indudable interés público que impregna toda la materia de nacionalidad hace aconsejable no dejar al albur de un individuo la constancia registral de la misma, aunque ese individuo sea, precisamente, el afectado. A mi modo de ver, la constancia registral de la consolidación presenta una estructura similar a la de la pérdida de la nacionalidad; en ésta, como en aquélla, la inscripción es meramente declarativa pues, como se ha dicho, tanto la pérdida como la consolidación se habrán producido automáticamente y de pleno derecho en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho (207). Ahora bien, se trata de una inscripción obligatoria en el sentido

---

(206) En términos similares J. Díez del Corral, *Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 908.

(207) Para la pérdida, entre las últimas, cf. la ya citada *Resolución DGRN de 23 de julio de 1991*.

de que, por afectar al interés general, no sólo es deseable, sino que es incluso exigible la concordancia en este punto entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral. Por eso estimo que, al igual que la pérdida, la consolidación debe ser objeto de inscripción (art. 67 LRC) y si ésta no es promovida por el propio interesado, tendrá obligación de hacerlo el Ministerio Fiscal, debiéndose entonces de citar en el expediente al afectado (208).

El título de inscripción (209) y la clase de asiento correspondientes a la atribución de nacionalidad española por posesión de estado pueden ser variados. Como regla de base se practicará en virtud de documento auténtico, tal y como exige el art. 23 LRC. En los casos en los que exista un resolución judicial firme que declare la consolidación, ésta será título bastante para efectuar la *inscripción* (art. 82 RRC). También actuará como título suficiente la declaración registral de nacionalidad resultante del expediente con valor de simple presunción mencionado en el art. 96.2 LRC. Es más, a pesar de la fórmula permisiva del último párrafo de este art. 96 LRC, el art. 340 RRC declara obligatoria la anotación de las declaraciones resultantes de este tipo de expedientes lo cual, como he dicho, debe ser regla general en tema de consolidación; en este caso el expediente registral produce el acceso al Registro Civil de la consolidación por vía de *anotación* (210). Por fin, en los supuestos en los que sea el Ministerio Fiscal el promotor del asiento, el título será la declaración que pone fin al expediente de inscripción de la consolidación iniciado por aquél; la clase de asiento será aquí la *inscripción* en sentido estricto.

## 5. LA EFICACIA DE LA NORMA

### 5.1. Carácter originario o no originario de la nacionalidad consolidada

Una vez admitida la posibilidad de que accedan a consolidación de la nacionalidad española tanto las personas que venían disfrutando puta-

---

(208) Para la pérdida, J. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil, t. II, op. cit.*, p. 624; J. M. LETE DEL RÍO, *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 130.

(209) Los títulos de inscripción a efectos del Registro Civil son definidos por J. PERÉ RALUY como los instrumentos verbales o documentales que establecen la conexión entre los hechos del estado civil y los correspondientes asientos, sirviendo de base para la extensión de éstos últimos (*Derecho del Registro civil, t. I, op. cit.*, p. 254).

(210) La diferencia fundamental entre el asiento de inscripción y el de anotación reside en la menor eficacia probatoria de éste (*Cf.* art. 38 *in fine* LRC y J. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil, t. I, op. cit.*, p. 348; pero véase J. DÍEZ DEL CORRAL, *Lecciones prácticas...*, *op. cit.*, p. 15).

tivamente de la misma en virtud de un título de atribución que como norma les asignaba la condición de españoles de origen (211), como las personas que aparentemente la habían adquirido merced a acto de voluntad y por ello eran españoles no originarios (212), la doctrina está de acuerdo en afirmar que la cualidad de la nacionalidad que se consolida es, precisamente, la que corresponde a la que se venía poseyendo: si era de origen se consolidará la de origen; si no lo era tampoco lo será la nacionalidad consolidada (213).

De esta suerte, en el Derecho español de la nacionalidad, a diferencia de lo que sucede en los sistemas francés y belga que siempre ligan la posesión de estado a un determinado tipo de nacionalidad (214), la posesión de estado no atribuye un carácter unívoco a la nacionalidad española que causa. Ciñéndonos a nuestro Derecho, esta nota diferencia la consolidación de los otros supuestos de atribución de la nacionalidad española (*ius sanguinis*, *ius soli*, *adopción*), que en el sistema vigente otorgan siempre al afectado la condición de español originario (215).

Pero si, como se ha dicho, cabe decir que la posesión de estado de español en las condiciones marcadas por el art. 18 del CC consolida no sólo la nacionalidad española, sino también el carácter originario o no

(211) Con excepción de los adoptados plenamente por español o españoles si ninguno de éstos era español al tiempo del nacimiento del adoptado (art. 18 del CC en su redacción de 1982).

(212) Tras la entrada en vigor de la Ley 18/1990 son españoles de origen a pesar de haber adquirido la nacionalidad española por acto de su voluntad quienes ejerciten el derecho de opción previsto en los arts. 17.2, 19.2 y Disp. transitoria segunda de la mentada ley.

(213) J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, pp. 183-184; N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 49; M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 234.

(214) En el caso francés, siendo la reclamación de la nacionalidad por posesión de estado un supuesto de *adquisición* de la nacionalidad, no puede atribuir en ningún caso la condición de francés de origen (P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 67 ss). En el Derecho belga la posesión de estado *ex art. 17* del Código de la nacionalidad confiere al interesado la condición de «*Belge de naissance*», concepto que viene definido en el art. 5 del citado Código y según el cual es *belge de naissance* quien tiene la nacionalidad belga por razón distinta de la naturalización o la declaración suscrita en virtud del art. 16; la condición de *belge de naissance* tiene trascendencia a efectos del disfrute de determinados derechos políticos inaccesibles a lo que no tengan esa condición (H. DE PAGE/J. P. MASSON, *op. cit.*, p. 255) y es imprescindible para la recuperación, pero no coincide ni con el concepto de *belga d'origine* (con trascendencia puramente teórica en el Derecho belga), ni con el más restrictivo de *belge par filiation*, única cualidad que impide la privación de la nacionalidad (M. VERWILGHEM, *op. vit.*, p. 357).

(215) La situación guarda cierta semejanza con lo que sucede en tema de recuperación; los que recuperen la nacionalidad española serán en lo sucesivo españoles de origen sólo si ésta era la cualidad anterior de nacional español que habían perdido; en otro caso serán españoles no de origen (J. Díez DEL CORRAL, *Comentarios del Código civil, t. I, loc. cit.*, p. 177).

originario de ésta (216), me parece fuera de duda que quien viniera disfrutando de la condición de español de origen en las condiciones del reiterado art. 18 del CC consolida esta nacionalidad originaria, aunque después se demuestre que, en realidad, era español por un título al cual se ligaba una nacionalidad española no de origen. En consecuencia, producida la consolidación del carácter originario, el interesado no podrá ser privado de su nacionalidad española (art. 11.2 CE) y podrá naturalizarse en los países iberoamericanos y en otros particularmente vinculados con España sin perder su nacionalidad (art. 11.3 CE).

## 5.2. Posible retroactividad de efectos

El art. 18 del CC guarda absoluto silencio acerca de la suerte que han de correr los actos realizados por la persona que consolida su nacionalidad española en el tiempo anterior a esta consolidación, cuando se trata de actos que tienen como presupuesto de validez, precisamente la condición de nacional español del agente. En esto el precepto español vuelve a apartarse de sus modelos, ya que tanto el art. 57.1 del Código de la nacionalidad francesa, como el 17 del Código de la nacionalidad belga hacen mención expresa a estos actos anteriores. En concreto, en el Derecho francés se especifica que cuando la validez de los actos realizados antes de la declaración esté subordinada a la posesión de la nacionalidad francesa, esta validez no puede ser contestada por el sólo motivo de que el declarante no tuviera esta nacionalidad, regla que, en opinión de P. Lagarde, supone una cierta retroactividad de la declaración de nacionalidad *ex* art. 57.1 a. 1 del Código de la nacionalidad (217). Por su parte, el art. 17 del Código belga, aún más explícito, salva también la validez de los derechos adquiridos con anterioridad a la declaración para los cuales era requerida la nacionalidad belga (218).

Ante el silencio del legislador español podría pensarse que el principio general de irretroactividad de la ley, continuamente resaltado en materia de nacionalidad, y recogido explícitamente por la Disposición transitoria primera de la Ley 18/1990, permite afirmar que, en el Derecho español, los efectos de la consolidación sólo operan *pro futuro* y que, en

---

(216) Conviene recordar que el legislador sólo ha precisado quienes son españoles de origen o no originarios después de la Ley 51/1982; en el Derecho anterior a esta Ley la opinión más común es que los españoles de origen eran y son quienes tenían la nacionalidad española en el momento de su nacimiento (F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, p. 397; J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, *loc. cit.*, p. 19).

(217) P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 148; por la retroactividad de efectos de la posesión de estado y la apariencia en materia de nacionalidad se pronuncia, sin dudas, M. N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 236.

(218) H. DE PAGE/J. P. MASSON, *op. cit.*, p. 239.

consecuencia, los actos o negocios jurídicos celebrados (219) y los derechos adquiridos con anterioridad a la consolidación (220) y basados en la condición de español del interesado son nulos de pleno derecho.

Frente a ello cabe mantener, con mejores razones, que sin merma alguna de la irretroactividad de la norma contenida en el art. 18 del CC, por la finalidad del precepto, por el carácter de la atribución de la nacionalidad que se reconoce (consolidación) y por la aplicación de la teoría del estado aparente, no podrá impugnarse la validez de estos actos por el único motivo de que la nacionalidad no había sido consolidada (221). Por este resultado parece pronunciarse también el Preámbulo de Ley 18/1990 cuando en uno de sus párrafos destaca la injusticia que supondría llevar la eficacia retroactiva de la nulidad a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad. En definitiva, la teoría del estado civil aparente conduciría a los mismos resultados prácticos que se logran en los arts. 57.1 del Código francés y 17 del belga.

### 5.3. Efectos de la nacionalidad putativa no consolidada

Un problema distinto pero fuertemente emparentado con el anterior es el de la suerte que han de correr los actos realizados y los derechos adquiridos por los titulares de una nacionalidad española aparente que, por no cumplir los requisitos exigidos en el art. 18 del CC, no logran consolidar esa nacionalidad.

La virtualidad de la apariencia o de la posesión de estado de una nacionalidad como medida para salvar la validez de un determinado acto del titular aparente ha sido abordada en el Derecho comparado tanto por la doctrina (222), como por la jurisprudencia alemana (223)

---

(219) *V. gr.* un contrato de arrendamiento rústico, celebrado por el interesado como arrendatario, si a la postre resulta que la nacionalidad de Derecho de éste ni es la española, ni la de un país miembro de la Comunidad Europea, ni la de un Estado que aplique el principio de retroactividad en materia de arrendamientos rústicos (*cf.* art. 14.2 LAR).

(220) *V. gr.* los derivados del cumplimiento del servicio militar en España, como español.

(221) En el sentido del texto, M. A. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 234.

(222) M. N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, pp. 236 ss.

(223) En concreto, en el Derecho alemán, una decisión del *Bundesverwaltungsgericht de 14 de diciembre de 1972*, consideró que el principio de la legítima confianza de cada ciudadano en los actos de la autoridad administrativa tiene, en materia de nacionalidad, preferencia sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa. Se trata del caso planteado por un hombre nacido en Austria en 1897 que después de vivir en Checoslovaquia y Austria, se había establecido en la República federal alemana en 1951; cuando solicita en 1952 la nacionalidad alemana, la autoridad administrativa competente le comunica que ya la tiene en virtud de un tratado germano-checoslovaco. Trece años más tarde la Administración alemana comunica al interesado que siempre ha sido austriaco y, por lo tanto, que jamás ha sido nacional alemán y no puede ser tratado como tal. El recurso plan-

y francesa (224), sin que parezcan existir dudas sobre esa eficacia sanatoria.

Tampoco creo que esas dudas sean justificadas en el Derecho español, en el que es plenamente aplicable en materia de nacionalidad la teoría de los estados civiles aparentes o putativos (225).

Por consiguiente, con carácter general se puede decir que los actos realizados y los derechos y deberes adquiridos con base en una nacionalidad meramente aparente producirán todos sus efectos si se dan los presupuestos exigibles para la protección jurídica de la apariencia, básicamente, buena fe del interesado si se trata de salvar la validez de un acto o la eficacia de un derecho en su propio interés —protección de la apariencia *lato sensu*— (226), y buena fe de los terceros, con independencia de que concurra o no en el interesado, si la validez beneficia a éstos —protección de la apariencia en sentido propio—.

---

teado por el individuo es estimado por la *Bundesverwaltungsgericht* sobre la base de que el error cometido en 1952 era imputable únicamente a la autoridad y, aunque reconoce que el establecimiento de las situaciones legales tiene gran importancia en materia de nacionalidad, estima también que no tiene preeminencia absoluta y que la confianza que tenía el demandante en su estatuto nacional, considerando su edad y su comportamiento como alemán, era más importante que el reestablecimiento de una situación legal (*Journal dr. int.* 1979, p. 421).

(224) Se trata del caso *Van Honacker*, resuelto por la *Cour de Cassation* el 29 de mayo de 1974. La cuestión fue planteada por un ciudadano belga, *Van Honacker* que pretendía se reconociera la eficacia de un arrendamiento rústico celebrado con el propietario de un terreno, al menos para poder beneficiarse del derecho a percibir una determinada cantidad de dinero por la venta de la explotación agrícola. La sentencia recurrida negaba la validez del contrato bajo la premisa de que había sido celebrado por un extranjero sin cumplir las formalidades administrativas requeridas cuando de arrendamientos rústicos de extranjeros se trataba. A pesar de que en el procedimiento queda constancia de que *Van Honacker* se trasladó a Bélgica a cumplir el servicio militar, el interesado opone su creencia en la legalidad de su nacionalidad francesa argumentando circunstancias tales como su nacimiento y su residencia en Francia. La *Cour de Cassation* niega la validez del arrendamiento, pero no lo hace sobre la base de la imposibilidad de reconocer ciertos efectos a una nacionalidad meramente aparente, sino porque en su argumentación estima que en el interesado no concurría el imprescindible requisito de la buena fe en relación a su falsa creencia sobre su condición de francés (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 46-53, con nota de M. SIMON-DEPITRE).

(225) Así lo consideran M. PEÑA y BERNALDO D QIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, loc. cit., p. 578. Para la legalidad vigente, N. DÍAZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 44.

(226) *V. gr.* el cumplimiento del servicio militar no será exigible de nuevo si después el afectado adquiere de Derecho la condición de español.



## 6. EL PERFIL FUNCIONAL DE LA CONSOLIDACION. SINTESIS

En las páginas que anteceden se han ido analizando las principales cuestiones estructurales que plantea el vigente art. 18 del CC; en no pocas ocasiones al hilo de este análisis se ha aludido también a la función que la norma puede desempeñar en el sistema jurídico español de la nacionalidad. Recogiendo lo que con cierta dispersión se ha anticipado en otros lugares del presente trabajo, cabe sintetizar el perfil funcional de la norma en los siguientes puntos:

i) De acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, avalada por la jurisprudencia de la D.G.R.N., la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, que es posteriormente anulado, consolida la nacionalidad española del interesado. La nueva institución vendría a cumplir así una función sustancialmente *sanatoria* o *reparadora*, si bien operaría este efecto, no mediante la convalidación del título nulo, sino merced a la sustitución, sin solución de continuidad, del título original viciado que actuó como causa original del *status* de nacional español, por un nuevo título atributivo, la posesión de estado.

ii) Sin perjuicio de que, en efecto, el vigente art. 18 del CC pueda cumplir ese rol, creo que la postura que limita a ello el ámbito de aplicación del nuevo precepto no sólo lo hace prácticamente inútil, sino que además es errónea.

Según el criterio que ya he manifestado, los presupuestos exigidos por el art. 18 del CC para consolidar la nacionalidad española —únicos que pueden y deben ser reclamados por el operador jurídico— autorizan a considerar que el precepto resulta de aplicación en todos los casos en los que una persona actuando de buena fe ha sido considerada por los demás y se ha considerado a sí misma como española, con tal de que figure de cualquier modo en un Registro Civil español. De esta suerte, el rol a cumplir por la posesión de estado en el art. 18 es, propiamente, el de un *título de atribución o de constitución ex novo* del estado civil de nacional español.

iii) Cumple también asignar a la figura acogida en el reiterado precepto un papel *pacificador* al convertir en definitiva e inatacable la nacionalidad española de la que en determinado momento se duda o que por dificultades probatorias no se puede demostrar.

iiii) En fin, la posesión de estado de la nacionalidad española no sólo consolida ésta, sino también su carácter originario o no originario, de suerte que la posesión y utilización de la nacionalidad española de ori-

gen en las condiciones pedidas por el art. 18 del CC *transforma* una nacionalidad española que de *iure* sería no originaria, en una nacionalidad española de origen.

## 7. EPILOGO

Hace ya varias décadas un relevante autor francés escribió «*La croyance crée le droit*» (227). La Ley 18/1990 no ha sido más que la consagración legislativa de este aserto en materia de nacionalidad.

El marco conceptual de la usucapión pareció inadecuado para encarar la nueva hipótesis normativa. El legislador prefirió acudir a la posesión de estado, institución sin duda más propia de sector de la nacionalidad. Evidentemente, si posesión de estado no es más que tener la apariencia, comportarse y ser considerado como si uno fuese realmente el titular del estado en cuestión (228), nos hallamos ante una manifestación de la posesión de estado aplicada a la nacionalidad. Pero, como advirtió en su día F. de Castro, sólo se habla con precisión de posesión de estado mientras sea dable suponer la existencia del título adquisitivo (229); cuando resulta que éste no existe, es nulo o inidóneo, y ello es conocido, acaba la posesión y la situación de posesión anterior pasa a ser *apariencia* de estado (230).

El art. 18 del CC nos habla, en resumen, de una posesión de estado que carece de sustrato jurídico suficiente y, por ello, resulta creadora de un estado civil meramente aparente. Ocurre, sin embargo, que la creencia legítima en la juridicidad de la condición de nacional español por parte de su protagonista, dilatada durante el período de tiempo exigido por la norma, y confirmada por la actitud de la Administración española y del entorno social del interesado, opera la transformación de una nacionalidad meramente aparente en una nacionalidad de Derecho, en una nacionalidad española definitiva e inatacable. Se trata de proteger la confianza legítima en una condición; si se prefiere, se trata de que esa confianza actúe como título suficiente para atribuir la nacionalidad española.

---

(227) E. LÉVY, *Introduction au droit naturel*, París, 1922, pp. 165-166.

(228) Es la definición que proponen J. HAUSER/D. HUET-WEILER, *Traité de Droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille*, París, 1989, p. 237.

(229) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, t. II, op. cit.*, pp. 83-84.

(230) F. DE CASTRO, *ibid.*



# Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto

SALVADOR DURANY PICH

Profesor ayudante de Derecho Civil. Universidad Pompeu Fabra

**SUMARIO:** I. La regla del espejo: planteamiento y soluciones en el Derecho Comparado.—A. Introducción. 1. El caso de la sentencia TS de 19 de junio de 1980. 2. El derecho contractual y sus nuevos modelos. 3. El requisito de la coincidencia entre la oferta y la aceptación.—B. Soluciones en el Derecho Comparado. Francia. 1. Criterio tradicional. 2. Criterio moderno. a) Elementos objetivamente esenciales. b) Elementos considerados esenciales por las partes. 3. Aceptación que modifica la oferta: rechazo y contraoferta. 4. Resumen.—C. Soluciones en el Derecho Comparado. Gran Bretaña. 1. Criterio tradicional. 2. Propuesta de modificación.—D. Soluciones en el Derecho Comparado. Alemania. 1. Postura tradicional. 2. Ruptura con el análisis tradicional. 3. Nuevas soluciones. a) *Oberlandesgericht Köln*. b) *Bundesgerichtshof*.—E. Soluciones en el Derecho Comparado. Estados Unidos de América. 1. Criterio tradicional: § 59 *Restatement (Second) of Contracts*. a) Supuestos de aceptación válida. b) Supuestos no considerados como aceptación. 2. Criterio innovador: § 2-207 *Uniform Commercial Code*. a) Introducción. b) Funcionamiento. b.1. § 2-207 (1). b.2 § 2-207 (2). a) Comerciantes o no comerciantes. Modificación sustancial. b) Términos adicionales o diferentes. b.3. § 2-207 (3). b.4. Confirmaciones. b.5. Resumen. c) Conclusión. d) La Sección 2-207 UCC y el correo electrónico.—II. La regla del espejo en España.—A. Estado de la cuestión y propuesta. 1. La doctrina. 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. Propuesta.—B. La solución prevista en el nuevo derecho común: Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. 1. Génesis del Convenio de Viena. 2. Ambito de aplicación del Convenio de Viena. a) Transacciones sujetas al Convenio. b) Materias reguladas por el Convenio. c) Carácter dispositivo del Convenio. 3. Elaboración del artículo 19 del Convenio de Viena. 4. Estudio del artículo 19 del Convenio de Viena. a) Parágrafo (1) del artículo 19. b) Parágrafo (2) del artículo 19. c) Parágrafo (3) del artículo 19. d) Contrato de hecho.

e) Resumen. 5. Logros del artículo 19 del Convenio de Viena. 6. Críticas al artículo 19 del Convenio de Viena.—C. Conclusión.

## I. LA REGLA DEL ESPEJO: PLANTEAMIENTO Y SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

### A. Introducción

#### 1. *El caso de la sentencia TS de 19 de junio de 1980*

El 3 y 9 de agosto de 1972 se publicaron respectivamente sendos edictos en el Boletín Oficial de la Provincia de León y en el Boletín Oficial del Estado, por los que se convocaba un concurso para la adjudicación del arrendamiento de un local en esa ciudad, con el fin de instalar en él la Delegación Provincial del Ministerio de Agricultura y otros organismos autónomos provinciales.

A este concurso presentaron una propuesta conjunta los hermanos Antonio y José María Fernández Díez y su prima Palmira Díez Tascón, copropietarios de un inmueble sito en León, quienes ofrecieron las plantas 3.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, con una superficie total de 5.700 m<sup>2</sup>.

El 21 de noviembre de 1973 el concurso fue adjudicado provisionalmente a los antes citados, únicos concursantes, por un renta de 1.200 pts/m<sup>2</sup> anuales, y para la ubicación de todos los organismos antes nombrados. Un mes más tarde, el 28 de diciembre, el Director General del Patrimonio del Estado procedió a la adjudicación definitiva.

Sin embargo, el 4 de enero de 1974 la Administración requirió a los propietarios para la formalización del contrato, pero sólo respecto al local para la Delegación Provincial de Agricultura (unos 1.200 m<sup>2</sup>), sin hacer mención del resto hasta los 5.700 m<sup>2</sup> propuestos y aceptados.

El 18 de marzo de 1974 los propietarios retiraron su oferta, a causa del desfase económico producido por el considerable retraso del expediente (16 meses entre el 31 de agosto de 1972 y el 28 de diciembre de 1973), ya que en ese período las rentas se habían incrementado un 200% y los costes de la construcción un 300% (los arrendadores debían llevar a cabo las obras de remoción).

El Abogado del Estado interpuso demanda por incumplimiento de contrato. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León dictó sentencia, en 30 de diciembre de 1977, en la que absolvía a los demandados. La Audiencia Territorial de Valladolid la confirmó en sentencia

de 13 de diciembre de 1978. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso (1).

Este, al igual que la Audiencia y el Juzgado, entendió que el contenido de la aceptación no coincidía con los términos de la oferta, pues mientras los propietarios ofertaron 5.700 m<sup>2</sup>, la Administración aceptó tan sólo 1.280 m<sup>2</sup>. Por tanto, como no se dio una coincidencia entre la oferta y la aceptación, el contrato no se perfeccionó, por lo que los oferentes bien podían revocar su oferta, como así lo hicieron.

La sentencia aborda un punto interesante dentro de la formación del contrato, y respecto del cual existe una todavía difusa pero ya latente opinión crítica en el ámbito de los operadores jurídicos y económicos internacionales: *la necesidad que la aceptación coincida en todo con la oferta*.

## 2. El derecho contractual y sus nuevos modelos

Tradicionalmente (2) los contratos se han considerado como el resultado de un proceso negociador individualizado en el que ambas partes contratantes conciertan personalmente los elementos del mismo. De esta manera, su acuerdo sobre los términos establecidos es completo, y el contrato se configura a su gusto. Así pues, dicho paradigma se caracteriza por: (1) un proceso de formación recíproco, donde ambas partes intervienen en la negociación; (2) un contenido del contrato establecido mediante negociaciones individuales. De esta manera, la legislación contractual contemporánea sienta sus bases sobre ambos postulados.

Sin embargo, con el tiempo han surgido otras variables contractuales, que han superado a la anterior, e incluso en algunos sectores del tráfico la han dejado anticuada. En la práctica pueden agruparse en torno a dos modelos:

a) El primero de ellos es el de la *contratación por adhesión* —los contratos de adhesión—, en el que en su formación no se da un proce-

---

(1) Sentencia de 19 de junio de 1980 [(Ponente: Sr. CARLOS DE LA VEGA BENAYAS). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (junio 1980). N.º 235. pp. 625 a 638]. *Aranzadi* (1980), 3300.

(2) Para una panorámica general del derecho contractual y las nuevas formas aparecidas, véase, Arthur Taylor VON MEHREN. «A General View of Contract». *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. VII. *Contracts in General* Capítulo 1. Tübingen. J. B. C. Mohr (Paul Siebeck). 1982. También P. S. ATIYAH. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford. Clarendon Press. 1979. En nuestro ordenamiento.

so recíproco: una parte es la que lleva el peso, la otra simplemente debe prestar su asentimiento, adherirse. Tomarlo o dejarlo. Es el modelo que típicamente se aplica a las relaciones entre empresarios y consumidores (3).

b) El segundo es el de la *contratación mediante formularios*, donde existe un proceso negociador bilateral, mas el contenido del contrato no se lleva a cabo mediante negociaciones individuales sino por medio de formularios impresos, con espacios en blanco a rellenar. Este modelo es utilizado más frecuentemente en las relaciones entre empresarios, aunque a menudo también se acude al primero, pero sin serles aplicables las reglas de defensa de los consumidores.

### 3. *El requisito de la coincidencia entre la oferta y la aceptación*

Uno de los requisitos tradicionales en materia de formación del contrato es la *identidad perfecta entre la oferta y la aceptación*, de tal manera que si el aceptante introduce alguna modificación, no se considera aceptación sino contraoferta. Sin embargo, en la contratación actual muchas aceptaciones no coinciden exactamente con la oferta. Ello no porque las partes no estén de acuerdo en las cuestiones básicas (precio, cantidad, objeto) sino porque en cuestiones de menor importancia, y en ocasiones, incluso de manera inconsciente, el aceptante introduce una modificación a la oferta. Y, lo que es peor, por lo general el oferente ni se percata de las mismas, pues en realidad esos términos no han sido negociados. En la práctica, una disputa derivada de este requisito surge de manera típica en dos situaciones:

a) *Antes del cumplimiento*: una parte, normalmente debido a una alteración de las circunstancias, se escuda en la falta de reciprocidad entre la oferta y la aceptación, aunque sea en un aspecto mínimo, como recurso para no llevar a cabo el acuerdo. Un ejemplo de la misma lo tenemos en el *caso del algodón*, tomado de la jurisprudencia norteamericana. A principios de 1973, los propietarios de las plantaciones de algodón de los Estados Unidos de América formalizaron, como cada año, sus respectivos contratos de venta de esa materia. Estos acuerdos se materializaban en formularios impresos: el anverso contenía una serie de espacios en blanco donde se rellenaban las condiciones concretas de la oferta o la aceptación, y el reverso incluía un sinnúmero de cláusulas que, como es de suponer, normalmente nadie leía. Los precios se concretaban con base en los precios de mercado, y ese año la mayoría de

---

(3) Véase, por todos, Jesús ALFARO AGUILA-REAL. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid. Cívitas. 1991.

los contratos lo establecieron alrededor de los 30 centavos el kilo. Sin embargo, a lo largo del año, debido a una serie de circunstancias (inundaciones en los campos, plantación tardía y devaluación del dólar), bajó la producción y subió el precio, y cuando el algodón ya había crecido y estaba preparado para su entrega, el kilo se había situado a 80 centavos en el mercado. Ante ese panorama, muchos vendedores se negaron a cumplir escudándose en la inexistencia del contrato porque la aceptación no coincidía plenamente con la oferta, pues mientras en las condiciones y cláusulas impresas de la oferta se decía una cosa, en las de aceptación se estipulaba lo contrario. Y como la aceptación —alegaron ellos— debía ser en todo coincidente con la oferta, y no lo era, el vendedor no tenía obligación de entregar. En todos los casos judiciales originados por esta negativa, los tribunales obligaron a lo vendedores a cumplir el contrato al precio inicialmente establecido (4).

b) *Una vez se ha cumplido*: una vez el vendedor ha enviado los bienes y el comprador los ha recibido, la cuestión puede surgir sobre algún aspecto del cumplimiento (normalmente sobre la calidad). En estos casos no se discute la existencia del contrato, pues es claro que la respuesta es afirmativa, aunque sólo sea como consecuencia del comportamiento de las dos partes; la cuestión fundamental es determinar qué cláusulas son las que rigen el contrato. Un ejemplo lo tenemos en el caso también norteamericano *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* (5). La demandante, *Daitom* —importante empresa del sector químico y farmacéutico—, invitó a varios proveedores a ofertar la venta de un equipo de secado automático, necesario para la elaboración de la vitamina B-5 que pensaba producir en unos laboratorios que estaba construyendo.

El 7 de noviembre de 1976 la demandada, *Pennwalt*, envió una propuesta de venta de dos secadoras centrífugas al vacío y dos filtros. En ésta se especificaba el objeto de la venta, el precio y las condiciones de entrega y pago. A la vez se refería a las garantías, y entre otras cosas decía lo siguiente: «[n]inguna acción derivada del incumplimiento

---

(4) El caso está resumido de uno de los procesos que se llevó a cabo, *Bolin Farms v. American Cotton Shippers Association*, 370 F. Supp. 1353 (W. D. La. 1974).

(5) *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* [741 F. 2d 1569 (10th Cir. 1984)]. Puede consultarse con extensión en Richard E. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. *Sales. Teaching Materials*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987. *Chapter 3*, pp. 95 y ss. [esta obra es una edición individual de una parte de Richard e. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. *Commercial Law: Teaching Materials* (4th ed). St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987, que contiene tres grandes capítulos: *Sales, Secured Transactions y Commercial Paper*].



de la garantía podrá llevarse a cabo una vez transcurrido un año desde que la causa de dicha acción haya transcurrido».

El 5 de octubre de 1976 *Daitom* envió una propuesta de compra de dicho equipo. La propuesta estaba formada por un formulario cuyo anverso especificaba las condiciones particulares de ese contrato, y cuyo reverso contenía diecisiete cláusulas impresas. Una de ellas también hacía referencia a las garantías, y establecía: «[l]as garantías especificadas en este parágrafo... se considerarán añadidas a las que implícitamente prevea la ley...»

El equipo se entregó en mayo de 1977. Debido a que el laboratorio se estaba construyendo, las máquinas no fueron instaladas todavía, sino que quedaron en el exterior embaladas en las cajas, hasta junio de 1978, cuando fueron finalmente instaladas y puestas en funcionamiento. Dos días después, *Daitom* comunicó a *Pennwalt* que tenía serios problemas con el funcionamiento de los equipos. Al no ponerse de acuerdo, aquélla demandó a ésta por incumplimiento de garantías y negligencia en la fabricación de los equipos.

El principal problema consistía en hallar una solución al conflicto entre los términos diferentes de ambas propuestas, pues eran contrarios (6): *Pennwalt* había limitado la garantía a *un año*, mientras que *Daitom* se remitió al plazo general de la ley, de *cuatro años*. El Tribunal entendió que existía contrato, y que ante dos regulaciones contrarias, ambas se anulaban mutuamente y ese aspecto pasaba a regularlo el *Uniform Commercial Code* por medio de sus normas supletorias (§§ 2-725 (1), 2-313, 2-314 y 2-315), que establecían un plazo general de 4 años para reclamar. Por tanto, la acción se había reclamado dentro del plazo.

Volviendo a la cuestión antes planteada (aceptación no idéntica a la oferta, por lo general en cuestiones de menor importancia y de manera inconsciente), la doctrina contractual tradicional, tanto del *Civil Law* como del *Common Law*, hace pivotar la solución sobre dos reglas claras:

a) *Regla del espejo* o *the mirror-image rule*: para que la contestación de una oferta constituya aceptación ha de coincidir sobre todos los términos de la primera sin ninguna variación; cualquier modificación (sea por añadido o por cambio) de los términos de una oferta convierte la aceptación en una contraoferta. En el mundo del *Common Law*, esta concepción recibe el nombre de *mirror-image rule* (regla de la imagen en el espejo), porque la aceptación debe ser como el reflejo de la oferta en un espejo: exacta.

---

(6) Sobre el desarrollo de esta problemática puede verse más adelante, al hablar de la solución norteamericana, en las pp. 36 y ss.

b) *Regla de la última palabra* o *the last-shot rule*: si la oferta y la aceptación no coinciden, en virtud de la regla anterior esta última pasa a ser una contraoferta; luego el cumplimiento del oferente equivale a una aceptación de aquella contraoferta, a pesar de esa falta de coincidencia. El contrato se rige entonces por los términos de la aceptación-contraoferta, que son los términos de la oferta inicial más los añadidos en ésta (que pueden ser simples términos adicionales o incluso contrarios a alguno de la oferta inicial). De esta manera, *el contrato queda regido por la última propuesta en el tiempo*. La única excepción a esta situación consiste en el rechazo expreso por parte del oferente de los términos de la contraoferta. Como lo normal en la práctica es que el oferente sea el comprador y el aceptante el vendedor, el que realiza la posterior propuesta suele ser este último. Con lo cual la doctrina contractual tradicional tiende a favorecer al vendedor.

Un caso ilustrativo de la rigidez de esta concepción tradicional es la sentencia del Tribunal Supremo de 15.2.1974 (7): entre las empresas «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» e «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» existía una sólida relación según la cual la primera le fundía unas piezas determinadas con arreglo a modelos especiales, y la segunda las mecanizaba, montaba y vendía a terceros.

Una de esas operaciones se inició en septiembre de 1970, cuando la «Compañía de Maquinaria Química, S.A.», de Andoain, cursó un pedido a «Industrias Mecánicas de Tudela S.A.» para la construcción de unos ventiladores, y con el fin de prever posibles retrasos en la entrega consignó una cláusula penal en el contrato. Para hacer frente al pedido, ésta encargó a «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» diverso material que tenía que servir en un plazo determinado (condición aceptada por ésta). La carta-pedido de la solicitante, de 18 de septiembre de 1970, contenía en el reverso unas condiciones generales, una de las cuales (la sexta) establecía: «[e]n el supuesto de incumplimiento del plazo de entrega por el proveedor, podremos repercutir sobre el mismo íntegramente la penalidad que a nosotros nos sea impuesta, haciéndose aquel responsable principal solidario de cuantos perjuicios por tal motivo se nos originen». «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» aceptó el pedido mediante carta de 10 de octubre de 1970, que contenía también en el dorso un clausulado general, donde se consignaba, en cuanto a plazos, que «no se acepta penalización por incumplimiento del plazo previsto», y en cuanto a devoluciones de material, que «el material defectuoso deberá ser devuelto por el cliente dentro de los tres meses siguientes a su expedición por nuestra fábrica».

---

(7) Sentencia TS de 15 de febrero de 1974 [(Ponente: Sr. Antonio CANTOS GUERRE-RO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (febrero 1974). n.º 69. pp. 218 a 226]. Aranzadi (1974), 575.

ca. La obligación de Fundiciones Metálicas se limita a la reposición de las piezas rechazadas, sin que se puedan aceptar otras responsabilidades, como penalizaciones o indemnizaciones por daños y perjuicios». La proveedora entregó las piezas con retraso y con algunas deficiencias. «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» se las quedó y las pagó, pero le pasó un cargo de 140.534 pts. por el trabajo de desmontar los ventiladores, mecanizar y montar las tapas, y transportar las piezas (cargo que no fue aceptado por «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.»). A su vez, debido a los retrasos aludidos, «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» no pudo entregar a tiempo a «Compañía de Maquinaria Química, S.A.», por lo que ésta ejerció la cláusula penal.

Fruto de las relaciones anteriormente descritas, en julio de 1972 se llegó a una situación de desequilibrio en las cuentas pendientes a favor de la proveedora, pero sin ponerse de acuerdo en la cantidad, pues mientras ésta la estimaba en 1.022.516 pts., la suministrada sostenía que como máximo eran 133.082 ptas. A resultas de esa discrepancia «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» demandó a «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» y solicitó el pago de aquella cantidad. Esta se opuso a la demanda y formuló reconvencción, solicitando se condenase a la primera a pagarle 879.703 pts. como indemnización por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de contrato.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en sentencia de 6 de octubre de 1971, estimó en parte la demanda y condenó a «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» a abonar 951.168 pts., y también estimó la reconvencción, y condenó a «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» a pagar en concepto de indemnización la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, con un límite máximo de 110.390 pts. Recurrida por la demandada, la Audiencia Territorial de Zaragoza, en sentencia de 21 de marzo de 1973, confirmó en parte la de Primera Instancia en cuanto la condena a «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.», mas no dio lugar a la reconvencción. La demandada recurrió en casación y alegó, entre otros motivos, la contradicción entre la oferta y la aceptación, solicitando una interpretación superadora de ambos textos, a fin de salvar las diferencias. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso al entender que la *respuesta de la proveedora no constituía una aceptación sino una contraoferta* (al no aceptar la penalización por incumplimiento del plazo previsto), la cual a su vez fue aceptada por «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» al utilizar las piezas de fundición suministradas.

Hasta aquí el Tribunal Supremo. Ahora bien, si se invierten las posiciones y se supone que fue «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» quien ofreció la venta de determinadas piezas y fue «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» quien las aceptó, se llegaría a la solución contraria: los términos del contrato serían los de la aceptación (formulario

de «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.»); es decir, el proveedor se haría responsable de su retraso en la entrega. ¿Por qué la razón dependiendo de qué formulario constituya la oferta y cuál la aceptación la solución a que se llegue sea tan diferente? Aquí se muestra la rigurosidad de esa postura.

En resumen, los *problemas básicos* que presenta la cuestión desde el punto de vista tradicional son:

1.º) La *regla del espejo* permite a una parte dejar de cumplir, aduciendo que no se ha perfeccionado el contrato. En la mayoría de las ocasiones el uso de esta regla se ha hecho con mala fe.

2.º) La regla del espejo acarrea la *regla de la última palabra*. Esta concede una importante ventaja a la parte que envía la última propuesta, ya que sus términos (contraoferta) serán los que regirán el contrato. El inconveniente es que esa ventaja no tiene un motivo de su existencia, pues en la mayoría de las ocasiones ser o no el último es una cuestión aleatoria. Es más, por lo general el último es el vendedor —que confirma el pedido—, por lo que esa ventaja la disfrutará de una manera gratuita e inmerecida.

Es por ello que con el tiempo se ha ido gestando entre los operadores jurídicos y económicos internacionales una opinión que se basa en dos afirmaciones (8):

a) para que un contrato se concluya no es necesario el acuerdo de todos los elementos del mismo. Esta afirmación parte de una distinción entre elementos esenciales y accidentales del contrato;

b) si se llevan a cabo las prestaciones de un contrato sin que se haya formulado objeción alguna a las condiciones impresas enviadas por la contraparte, tal omisión implica la aceptación de las mismas, constituyendo un caso de silencio relevante.

En definitiva, esta evolución se caracteriza por otorgar *mayor importancia a la tutela de la buena fe* de las partes en orden a la existencia de un vínculo contractual, en contraposición con la exigencia de certeza del derecho o *seguridad jurídica*, basada en la exacta identidad entre la oferta y la aceptación.

Por eso, el objeto de este trabajo consiste, en primer lugar, en estudiar las diferentes soluciones que el Derecho Comparado ofrece a esta cuestión, tanto en los países del *Civil Law* como en los del *Common Law*; en segundo lugar, analizar la situación en que se encuentra nuestro ordenamiento a la luz del Convenio de Viena de 1980 sobre com-

---

(8) Cfr. Ugo DRAETTA. La 'Battle of Forms' nella prassi del commercio internazionale. 11 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1986). pp. 319 y ss.

praventa internacional de mercaderías; y en tercer lugar, proponer una revisión de este punto para nuestro derecho de contratos.

Se puede avanzar ya que, de estos países, han sido los Estados Unidos de América y Alemania quienes han superado la tradicional regla del espejo, el primero por la vía legislativa —aunque, como es natural, con una importante contribución de la jurisprudencia— y el segundo por la vía jurisprudencial (9). El resto sigue anclado en dicha regla, aunque en Gran Bretaña haya habido intentos de superarla, y en Francia en teoría se haya conseguido (pues en la práctica sigue igual, a causa de la introducción del elemento subjetivo). En relación al Convenio, se ha quedado a medio paso entre la regla tradicional y la superadora, aunque más cerca de la primera.

## B. Soluciones en el Derecho Comparado: Francia

### 1. Criterio tradicional

Como principio general se entiende que la oferta y la aceptación deben concordar exactamente para que el contrato se forme, por ello la aceptación debe ser pura, simple y en todo conforme con la oferta (10). Así lo entiende también la jurisprudencia, y un ejemplo de ello es la

---

(9) En Canadá se incluyó dicha innovación en un proyecto de reforma del Derecho de Contratos, pero sin éxito. Cfr. Ontario Law Reform Commission Report. *Report on Sale of Goods*. § 4.2 (3). 1979. Toronto. Ministry of Althorney-General. Una defensa de este intento puede verse en MORRIS G. SHANKER. "Battle of the Forms": A Comparison and Critique of Canadian, American and Historical Common Law Perspectives. 4 *Canadian Business Law Review* 263 (1980). A su vez, una crítica al mismo en DAVID VAVER. "Battle of the Forms": A comment on Professor Shanker's Views. 4 *Canadian Business Law Review* 277 (1980).

En general, GERALD H. L. FRIDMAN. *The Law of Contract in Canada* (2d ed). Toronto/Calgary/Vancouver. Carswell Legal Publications. 1986. pp. 53 y ss. Para el derecho de Quebec, MAURICE TANCELIN. *Des obligations. Contrat et responsabilité* (4e éd.). Montréal. Wilson & Lafleur Itée. 1988. pp. 53 y s. El sistema legal canadiense pertenece a la familia del *Common Law*, con la remarcable excepción de Quebec. Esta provincia utiliza un sistema mixto: mientras su derecho público deriva del *Common Law*, el derecho privado tiene sus raíces en el *Civil Law*. Esta particularidad es el resultado de la historia colonial en América del Norte, y en especial, de la disputa entre Francia y Gran Bretaña: en 1866 entró en vigor en Quebec el *Code Civil du Bas-Canada*, directamente inspirado en el Código de Napoleón [cfr., en general, GERALD L. GALL. *The Canadian Legal System* (3d ed). Toronto/Calgary/Vancouver. Carswell Legal Publications, 1990; en concreto, para el derecho quebequiano, el capítulo 8 redactado por PAUL REEVES, pp. 165 y ss.].

(10) La bibliografía de referencia al respecto es:

a) Manuales y tratados: JACQUES GHESTIN. *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat: formation* (2d ed). Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1988. §§ 224 y ss. pp. 241 y ss.; ALEX WEILL/François TERRÉ. *Droit Civil. Les Obligations* (4d

sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de julio de 1967 (11). Después de unas negociaciones, un agente de Cambio y Bolsa envió a las partes el contrato de compraventa de valores que querían realizar. Ambos lo firmaron, pero además el comprador añadió una cláusula «[c]ondicionado expresamente a la obtención de un crédito de 120.000 francos del *Credit Hotelier*». Pasado el tiempo del pago, el comprador demandó al vendedor y solicitó el cumplimiento de la venta. La *Cour d'Appel* dio la razón al comprador, más la *Cour de Cassation* revocó la sentencia al considerar que aquélla había tomado la decisión de reconocer la formación del contrato sin cerciorarse si el acuerdo entre las partes había abarcado todos los puntos. Y como no fue así, no había contrato. Era un aplicación clara de la regla del espejo.

Es cierto que en algunas ocasiones la jurisprudencia ha permitido variaciones en la aceptación, pero éstas han sido muy pequeñas, de tal manera que no han cambiado el sentido de la respuesta (por ejemplo, que la aceptación incluya algunos detalles minuciosos e insignificantes respecto a la propiedad objeto de la venta).

## 2. Criterio moderno

Aún sin romper drásticamente con el criterio tradicional, en las últimas décadas se observa un viraje hacia posiciones más flexibles por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Esta evolución toma como base dos parámetros:

---

ed). Paris. Précis Dalloz. 1986. § 146. pp. 153 y ss.; Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD. *Droit Civil. Les Obligations*. Tomo 1. *Les Sources* (2e ed). Paris. Sirey. 1988 § 114. pp. 111 y ss. Aunque no son tan relevantes en estos aspectos, también puede consultarse Jean CARBONNIER. *Droit Civil. Les Obligations* (12e ed). Paris. Presses Universitaires de France. 1985. pp. 80 y ss.; Jacques FLOUR/Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. Vol. 1. *L'acte juridique* (4e ed). Paris. Armand Colin. 1990. § 154. pp. 109 y ss.; y Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD/Jean MAZEAUD. *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Vol. 1e. *Obligations: théorie générale* (8e edición a cargo de François CHABAS). Paris. Montchrestien. 1991. § 138. pp. 128 y s.

b) Monografías: pueden verse principalmente Jean-Luc AUBERT. *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats*. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1970, y Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI. *Négociation et conclusion de contrats*. Paris. Dalloz. 1982. §§ 150 y ss. pp. 76 y ss.

c) Jurisprudencia: Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI. *Droit des Contrats. Jurisprudence française*. Paris. Librairie de la Cour de Cassation. 1989. Capítulo 1. pp. 9 y ss. También François TERRE/Yves LEQUETTE. *Grands arrêts de la jurisprudence civile* (9e ed). Paris. Sirey. 1991.

(11) 3è *Chambre civile de la Cour de Cassation*. 17 de julio de 1967. *Bulletin Civil*. III-1967. n.º 29.

1. La distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contrato;
2. La determinación de ese carácter de esencial con base en un criterio subjetivo.

De esta manera, *es suficiente que el acuerdo de las partes verse sobre los elementos esenciales del contrato*, pues respecto a los no esenciales en que no haya acuerdo, serán las disposiciones legales supletorias o los usos las que los regularán. Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de octubre de 1979 (12), que declaró perfeccionado un contrato de explotación de una cantera de grava en el que se había estipulado las parcelas a explotar y el precio por hectárea. El hecho que las modalidades de pago no se hubieran mencionado no constituyó un impedimento para su perfección, pues existían unos usos en el sector en virtud de los cuales se preveía un escalonamiento en los pagos según el desarrollo de la extracción.

Con todo, el problema resta en averiguar qué y cuáles son los elementos esenciales. La doctrina ha propuesto algunas fórmulas: «elementos de un contrato sin los cuales sería imposible saber qué tipo de acuerdo se ha concluido» (13), o «elementos centrales, específicos, que traducen la operación jurídica y económica que las partes han querido realizar» (14). Pero corresponde a la jurisprudencia trazar la delimitación. Esta, junto con la doctrina, distingue de entre los elementos objetivos aquellos que lo son por sí mismos de aquellos que así son tenidos por las partes:

a) *Elementos objetivamente esenciales*: éstos dependen de la operación jurídica que tienda a realizar el contrato. Mas, con todo, lo normal es un intercambio de bienes o servicios. Respecto a la compraventa, que es el contrato modelo, el artículo 1.583 *Code Civil* exige para

---

(12) *Lè Chambre civile de la Cour de Cassation*, 30 de octubre de 1979 (*Gazette du Palais*, 26 de febrero de 1980). En ocasiones la jurisprudencia ha admitido como válido un acuerdo sobre una cláusula accesoria aunque las partes estén en desacuerdo respecto a los elementos esenciales, siempre que aquélla se pueda ejecutar independientemente del resto (por ejemplo, una cláusula de atribución de competencia judicial). De esta manera, el único acuerdo válido sería el que habría recaído sobre la cláusula accesoria [véase la sentencia de *Cassation Civile*, 3 de febrero de 1919. D. 1923, 1, 126; también puede encontrarse en SCHMIDT-SZALEWSKI. *Droit des Contrats. Jurisprudence française* (n. 10). pp. 26 y ss.].

(13) AUBERT. *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats* (n. 10). § 52. pp. 57 y ss.

(14) Philippe DELEBECQUE. *Les clauses allégeant les obligations*. Aix-en-Provence. 1981. p. 198.

su formación un acuerdo sobre la *cosa* y el *precio* (15); luego esos son sus elementos esenciales. En consecuencia, por analogía con la compraventa, se puede afirmar del resto de contratos que *sus elementos esenciales están constituidos por la determinación de las prestaciones que sirven mutuamente de contrapartida* (por lo general, objeto de la prestación y precio), siempre que en la base se encuentre un intercambio.

Un ejemplo de la actitud general de la jurisprudencia por la que la prestación financiera es un elemento esencial de todos los contratos de título oneroso se encuentra en la sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 13 de diciembre de 1984 (16). La productora *Sofracima* envió a la actriz *Isabelle Adjani* una propuesta de contrato con la intención que ésta realizara el papel de protagonista principal en la adaptación cinematográfica de las obras del escritor Isaac Babel. En esta propuesta la productora había estipulado la fecha de inicio del rodaje, pero había dejado en blanco el espacio correspondiente a la remuneración. La actriz envió otra propuesta en la que concretaba el montante, pero nada decía de la fecha de inicio de rodaje. La productora la aceptó, y se la devolvió firmada junto con un cheque de 140.000 francos como parte del pago. Sin embargo la actriz se negó a rodar al entender que no se había pasado de las simples negociaciones.

*Sofracima* la demandó y solicitó una indemnización de 16 millones de francos, al entender que se había perfeccionado el contrato. La *Court d'Appel* de París rechazó la demanda (al igual que en primera instancia), al considerar que no hubo acuerdo respecto de los elementos esenciales, pues en ambas propuestas faltaba un elemento esencial: en una el precio y en otra la fecha de inicio de rodaje (nótese que aquí el Tribunal otorga al elemento temporal el mismo rango de esencialidad que a la prestación misma: la prestación era clara, pero no el día de empezar, por lo que en su conjunto no se había dado el acuerdo). Luego tan sólo se llevó a cabo un intercambio de ofertas.

b) *Elementos considerados esenciales por las partes*: éstos son elementos generalmente accesorios que las partes los elevan a condición esencial: fecha o modalidad de pago, lugar de entrega, etc. La jurisprudencia tiende a exigir que tal elevación conste de manera expre-

---

(15) Artículo 1583 *Code Civil*:

«La venta es perfecta entre las partes y la propiedad pasa legalmente del vendedor al comprador tan pronto como se ha llegado a un acuerdo respecto a la cosa y el precio, aunque dicha cosa no haya sido todavía entregada o dicho precio pagado.»

(16) *Cour d'Appel* de París, *1e Chambre*, sentencia 13 de diciembre de 1984, *Société Sofracima c. Isabelle Adjani*. Inédita. Véase el comentario de Jacques MESTRE. Jurisprudence française en matière de droit civil. 85 *Revue trimestrielle de droit civil* (1986). pp. 97 y ss.



sa, mas en ocasiones puede también resultar de un examen de las circunstancias de hecho, por ejemplo, de la insistencia con que una de las partes ha hecho referencia a este punto. Un ejemplo lo tenemos en la sentencia de 26 de noviembre de 1962 (17): las partes se pusieron de acuerdo en la compraventa de una finca por un precio de 3 millones de francos, pero acordaron retrasar la perfección del contrato hasta el momento en que se fijasen las modalidades de pago.

### 3. Aceptación que modifica la oferta: rechazo y contraoferta

Se admite de manera unánime que la aceptación con reservas o condiciones, o con modificaciones respecto de la oferta, constituye una contraoferta y a su vez un rechazo de la primitiva (18). Véase la sentencia de 12 de marzo de 1985 (19): una empresa dedicada al alquiler de vallas publicitarias ofreció a un cliente, una agencia de relaciones públicas, la utilización de 16 vallas durante dos semanas para *publicidad en materia inmobiliaria*. Al devolver firmado el contrato, la agencia había cambiado las palabras «inmobiliaria» por «electoral», pues debido a unas elecciones próximas se había visto en la necesidad de solicitar al agente inmobiliario anunciante que retrasara su publicidad, para poder así utilizar esas vallas un cliente candidato electoral. Sin embargo, la propietaria de las vallas se negó a alquilarlas para fines electorales. Debido a ello fue demandada, y se solicitó resarcimiento de daños producidos por su negativa.

Las dos instancias estimaron la demanda, y la condenaron a pagar 3.000 francos a la agencia y 25.000 francos al candidato. La *Cour* casó ambas sentencias al entender que la modificación llevada a cabo en el contrato por la agencia constituyó una contraoferta, no aceptada por la propietaria de las vallas.

Con todo, la doctrina se cuestiona si realmente la contraoferta conlleva la extinción de la oferta inicial, o, por el contrario, el destinatario de ésta (el contraoferente) puede más adelante aceptarla. Se pueden encontrar básicamente dos posturas:

---

(17) *1è Chambre civile de la Cour Cassation*, 26 de noviembre de 1962. D. 1963. 61. Véase la reseña de Gérard CORNU. *Jurisprudence en matière de droit civil*. 61 *Revue trimestrielle de droit civil* (1963). pp. 364 y ss.

(18) Cfr. MARTY/RAYNAUD. *Droit Civil. Les Obligations* (n. 10). § 114. pp. 111 y ss.; WEILL/TERRÉ. *Droit Civil. Les Obligations* (n. 10). § 146. pp. 153 y ss.; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. *Leçons de Droit Civil* (n. 10). § 138. pp. 128 y s.; GHESLIN. *Traité de Droit Civil* (n. 10). § 226-1. pp. 246 y ss.

(19) *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*. 12 de marzo de 1985. *Bulletin Civil*. I-1985. n.º 89, pp. 82 y ss. Puede verse la recesión de Jacques MESTRE. *Jurisprudence en matière de droit civil*. 85 *Revue trimestrielle de droit civil* (1986). pp. 100 y ss.

1. Unos consideran que la contraoferta, al implicar un rechazo de la oferta, conlleva automáticamente su terminación (20). Es una postura influida por la jurisprudencia del *Common Law*, y ha sido criticada con base en dos argumentos: (a) no tiene apoyo jurisprudencial, pues ninguna de las sentencias que citan sus defensores establece esa afirmación, y (b) ¿porqué dos ofertas no pueden coexistir al mismo tiempo?;

2. Otros entienden que una contraoferta no impone la terminación de la oferta inicial (21). Únicamente permite al oferente retirarla; mas si no lo hace, el contraoferente puede posteriormente aceptar la primera oferta (que se mantiene durante un tiempo) y formar el contrato. Otra razón que se añade es que en el complejo proceso negociador moderno hay varias propuestas y contrapropuestas que se suceden, y todas ellas se entienden en vigor durante las negociaciones, salvo que explícitamente se hayan revocado.

#### 4. Resumen

El contrato se forma aunque oferta y aceptación no coincidan en su totalidad, siempre que los añadidos de la aceptación no sean objetivamente esenciales o así no los hayan considerado las partes. La introducción de dicho elemento subjetivo ha hecho que lo que parecía ser una superación del análisis tradicional haya quedado en un pequeño avance.

### C. Soluciones en el Derecho Comparado: Gran Bretaña

#### 1. Criterio tradicional

En este supuesto (22) tradicionalmente ha regido la *mirror-image rule*. La aceptación que no coincidía plenamente con la oferta se consi-

---

(20) Cfr. AUBERT. *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats* (n. 10). § 297. pp. 274; WEILL/TERRÉ. *Droit Civil. Les Obligations* (n. 10). § 146. pp. 153 y ss., texto y nota 19; Marcel PLANIOL/Georges RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. Tome VI. *Obligations*. 1.ª parte (2e ed., por Paul ESMEIN). Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1952. § 139. p. 160.

(21) Cfr. principalmente GHESTIN. *Traité de Droit Civil* (n. 10). § 226-2, *in fine*. pp. 247 y ss.

(22) Las obras de referencia para el derecho contractual en este ordenamiento son: G. H. TREITEL en *Chity on Contracts*. Vol. 1. *General Principles* (26th ed). London. Sweet and Maxwell. 1989. §§ 56 y ss.; pp. 46 y ss.; G. H. TREITEL. *The Law of Contract* (8th ed). London. Stevens & Sons. 1991. pp. 13 y ss.; A. G. GUEST. *Anson's Law of Con-*

deraba como un rechazo de la misma y a la vez una contraoferta. Al ser un rechazo de la primitiva oferta, el contraoferente (que era el destinatario de aquélla) no podía posteriormente aceptarla. Esta doctrina quedó asentada, en 1840, en *Hyde v. Wrench* (23). El vendedor, *Wrench*, ofreció al comprador, *Hyde*, una granja por £ 1.000. Este, en su respuesta, aceptó pero por £ 950. Como el vendedor rechazase tal precio, el comprador accedió a pagar £ 1.000. Ante la negativa de *Wrench* de vender, *Hyde* interpuso una demanda solicitando el cumplimiento del contrato perfeccionado. La *Court of Appeal* (24) no dio lugar a la misma, considerando que ningún contrato se había formado, en tanto en cuanto la declaración de voluntad de comprar a £ 950 fue un rechazo de la primitiva oferta, seguida de una contraoferta (no deseo comprar a £ 1.000, ofrezco hacerlo a £ 950).

Con el tiempo, la rigidez de esta regla ha sido atemperada con base en un serie de criterios jurisprudenciales. Así, si los términos añadidos en la aceptación expresan lo que de todas maneras está implícito en la ley, tales adiciones no impiden la formación del contrato. De la misma manera, si los términos adicionales benefician exclusivamente al oferente, o no tienen contenido sustantivo (por ejemplo, son simples peticiones de mayor información), tampoco previenen el contrato. Para dirimir tales conflictos, los tribunales utilizan como criterio el de si una persona media consideraría que tal aceptación contiene términos añadidos o no.

Una aplicación moderna de esta regla, en el supuesto concreto de contratación mediante formularios, es el caso *B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd.* (25). El demandante, *B.R.S.*, entregó una remesa de whisky al demandado, *Crutchley*, para su almacenamiento. El transportista del primero facilitó una nota de entrega en la que, en términos impresos, se proponía que el contrato se rigiese por sus condiciones de transporte. Esta fue tamponada por el demandado con las palabras «[r]ecibido bajo nuestras condiciones», y devuelta al transportista, quién depositó su carga en el almacén. La *Court of Appeal* resolvió a

---

*tract* (26th ed). Oxford Clarendon Press. 1984. pp. 32 y ss.; P. S. АТТЯН. *An Introduction to the Law of Contract* (4th ed). Oxford. Clarendon Press. 1989. pp. 70 y ss.; *Halsbury's Laws of England*. Volume 9 *Contracts* (4th ed). London. Butterwoeths. 1974 (contiene *Cummulative Supplement* hasta 1991). En general, una buena introducción al derecho inglés en Philip S. JAMES. *Introduction to English Law* (12th ed). London. Butterwoeths. 1989.

(23) *Hyde v. Wrench*. 3 Beavan 334 (1840) Rolls Court.

(24) La *Court of Appeal* es la última instancia de apelación en el ordenamiento inglés en materia civil y penal, sin perjuicio que en algunos supuestos se pueda acudir a la *House of Lords*, siempre que el asunto sea de general importancia pública [cfr. JAMES. *Introduction to English Law* (n. 22). pp. 40 y ss.].

(25) *B.R.S. y Arthur V. Crutchley Ltd.* 1 All England Reports (1968), pp. 811 y ss.

favor del demandado, considerando que al estampar éste sus condiciones, la propuesta se había convertido en contraoferta, aceptada por el demandante desde que entregó los bienes. Por lo tanto, los términos que se incorporaban al contrato eran los del demandado y no los del demandante.

Aunque efectivamente dicho análisis tradicional es atractivo por su simplicidad, ha recibido también críticas parecidas a las de otros ordenamientos: fomentar el intercambio de formularios y favorecer al vendedor (en contra del comprador), por ser el que generalmente pronuncia la última palabra (*last shot*).

## 2. Propuesta de modificación

El análisis tradicional de la *mirror-image rule* se intentó modificar en 1977, en una decisión en la que uno de los tres jueces sugirió un nuevo criterio. El caso fue *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* (26) El juez, Lord Denning, MR (*Master of the Rolls*) (27). Como respuesta a una petición de la compradora. *Ex-Cell-O*, el vendedor, Butler, le envió una oferta de venta de una máquina por £ 75.535. Esta iba expresada en términos impresos, los cuales prevalecerían sobre cualquier cláusula y condiciones expuestas en el pedido de la compradora. Junto a ello incluía una cláusula de variación del precio, según la cual la cantidad a pagar por la compradora se hacía depender de los precios existentes en la fecha de la entrega. El formulario de la compradora —aceptación— contenía también términos impresos, que modificaban sustancialmente la oferta: mientras el formulario de la vendedora nada decía de los costes de entrega e instalación, el de la compradora estipulaba que éstos se entendían incluidos en el precio acordado; mientras el segundo le permitía rechazar los bienes si tenían algún defecto, o resolver el contrato si se demoraba la entrega,

---

(26) *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* 1 Weekly Law Reports (1979). (Appeal Court). pp. 401 y ss.; 1 All England Law Reports (1979) . pp. 965 y ss. Puede encontrarse también en H. G. BEALE/W. D. BISHOP/M. P. FURMSTON. *Contract. Cases and Materials*. London. Butterworths. 1985. pp. 147 y ss. A la vez, véase dos comentarios de esta sentencia que también tratan en general del problema del *battle of the forms*: a) Rick RAWLINGS. Case note: The Battle of Forms. 42 *Modern Law Review* (1979). pp. 715 y ss., en concreto, pp. 717 y ss.; b) John ADAMS. Note: The Battle of the Forms. 95 *Law Quarterly Review* (1979). pp. 481 y ss.

(27) El MR es el Presidente de la *Court of Appeal*. Su origen data de la Edad Media, cuando el *Master of the Rolls* era el principal representante del Canciller en la *Courts of Chancery*. En la actualidad su oficio es puramente judicial. El nombre viene del hecho que el MR era originariamente el Custodio de los Archivos y Registros Reales (*rolls*) [cfr. JAMES *Introduction to English Law* (n. 22). pp. 40 y ss.].

el primero nada decía al respecto. A su vez el formulario de aceptación contenía una cláusula por la que establecía que el precio acordado era fijo, en claro desacuerdo con la del oferente. El formulario de la compradora incluía una hoja de confirmación que debía firmar la otra parte —*Butler*— que estipulaba «[a]ceptamos su pedido en los términos y condiciones allí establecidos». La vendedora efectivamente la firmó, pero la devolvió junto con una carta en la que manifestaba que estaban dando cumplimiento a su pedido en las condiciones de su propia oferta (la de la vendedora).

La máquina se fabricó, pero antes de la entrega la vendedora quiso acogerse a la cláusula de variación del precio alegando el incremento habido en los costes, por lo que el precio había aumentado £ 2.892. La compradora se negó, por cuanto el contrato se había perfeccionado en sus términos, luego el precio era fijo.

El Tribunal revocó la decisión apelada y dio la razón a la compradora. Sin embargo, siendo unánimes en el resultado, no lo estuvieron respecto a la manera de llegar a él, y éste es el punto que interesa.

Por un lado, los jueces Lawton y Bridge adoptaron la regla tradicional según la cual la respuesta de la compradora fue una contraoferta aceptada expresamente por la vendedora al firmar la nota confirmatoria. La carta que la acompañaba tan sólo se refería a la primitiva oferta, como una manera de identificar la máquina y su precio básico, pero nada más.

Por otro lado, Lord Denning aceptó que éste sería el resultado que se seguiría del análisis tradicional, pero opinaba que en muchos casos dicho análisis quedaba anticuado. Su propuesta se basaba en distinguir entre la formación del contrato y la determinación de su contenido (28). El contrato quedaría formado si las partes se ponían de acuerdo en todos los aspectos o términos materiales, aunque hubieran otros elementos del contrato en los que difirieran. La determinación del contenido del contrato sería el paso siguiente. Para ello, Lord Denning sugería tres vías:

a) una primera, que sería la tradicional, considerar que la última contraoferta o el último formulario enviado (*last shot*) había sido aceptado de manera expresa o implícita por la conducta de la otra parte;

b) una segunda, en el caso que la aceptación contuviera diferencias tan sustanciales que pudieran afectar al precio. En este supuesto se consideraba que el aceptante no podía gozar de tanta ventaja frente al oferente, excepto si claramente le manifestaba a éste tal diferencia. Sal-

---

(28) *Butter Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* 1 Weekly Law Reports (1979). pp. 402 y ss.

vo en este caso, los términos que prevalecerían serían los del oferente (*first shot*);

c) finalmente una tercera, en el supuesto que los formularios difirieran, pero sin llegar a afectar el precio. Los términos del contrato deberían construirse a la vez entre los dos conjuntos de términos propuestos (los del oferente y los del aceptante). Si era factible conseguir un resultado armonioso, bien. Si no fuera posible, pues las diferencias eran irreconciliables (posteriormente porque se contradijeran), dichos términos deberían ser sustituidos por otros más razonables.

Siguiendo este análisis, Lord Denning consideró que el vendedor había aceptado la contraoferta del comprador. Sin embargo, su propuesta —que realmente modificaba el análisis tradicional— fue rechazada por los otros dos jueces (29).

También ha sido criticada por la doctrina, la cual, sin dejar de reconocer los méritos de tal propuesta superadora, ve en ella más inconvenientes que ventajas (30). Las principales críticas son tres: (1) no desincentiva el infinito intercambio de formularios; (2) el requisito de manifestar expresamente a la otra parte la diferencia sustancial que puede afectar al precio es poco práctico, pues prácticamente cualquier término puede afectar al precio; (3) la categorización de las tres diferentes clases de términos (31) es arbitraria y posiblemente produciría mayor litigiosidad.

En definitiva, en el derecho contractual inglés se sigue la doctrina tradicional. Si la aceptación no coincide con la oferta, se entiende que se rechaza ésta y aquélla se convierte en contraoferta.

---

(29) Uno de ellos, el Juez Lawton sostuvo categóricamente que «las reglas relativas a *battle of forms* tienen vigencia desde los últimos ciento treinta y tantos años» (*rules relating to a battle of ... [forms] have been known for the past 130-odd years*). *Butter Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* 1 Weekly Law Reports (1979), p. 405.

(30) Cfr. RAWLINGS. Case note: The Battle of Forms (n. 26). pp. 718 y ss, quien es partidario de continuar con la *mirror-image rule*. Otros tratan de salvar la rigidez de esta regla proponiendo una división entre términos fundamentales y no fundamentales, dependiendo unos y otros de las circunstancias individuales del caso [cfr. ADAMS. Note: The Battle of Forms (n. 26). p. 484].

(31) La primera clase son aquellos términos sustanciales en los que las partes se han puesto de acuerdo (*material points*), lo cual es necesario para que el contrato se haya formado. La segunda clase son aquellos términos entre los cuales hay diferencias sustanciales que pueden afectar al precio (*material differences*): para la formación del contrato se necesita un acuerdo sobre los mismos, pero la aceptación no los puede incorporar al contrato al menos que expresamente de cuenta de su existencia a la otra parte. La tercera clase son aquellos términos residuales que no están incluidos ni en la primera ni en la segunda: no es necesario para la formación que haya acuerdo sobre ellos, ni se exige dar cuenta de los mismos. Pueden ser sustituidos por otros más razonables.

## D. Soluciones en el Derecho Comparado. Alemania

En este ordenamiento (32), como ya se ha apuntado, el giro lo ha dado la jurisprudencia, y de una manera progresiva. En dicha evolución se pueden diferenciar tres períodos o gradaciones (33):

### 1. Postura tradicional

Hasta los años setenta se siguió el análisis clásico en los problemas de oferta y aceptación (34). Por ello, una aceptación que alterase los términos de la oferta no perfeccionaba el contrato, sino que se consideraba una contraoferta que podía ser aceptada por el oferente. En definitiva, prevalecía la doctrina del *last shot*, el último que manifestaba algo. Esta postura se basaba en el parágrafo 150.II BGB: «[u]na aceptación con ampliaciones, limitaciones, u otras alteraciones será considerada como un rechazo a la vez que nueva oferta».

---

(32) Para una introducción al derecho alemán, en lengua inglesa, véase Timothy KEARLEY/Wolfram FISCHER. *Charles Szladits's Guide to Foreign Legal Materials; German* (2d ed). New York. Oceana Publications. 1990.

(33) Seguimos aquí, básicamente, a Arthur Taylor VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View. 38 *American Journal of Comparative Law* (1990). pp. 265 y ss., pp. 290 y ss.; Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Tomo II. *Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg/New York. Springer-Verlag. 1965. §37.3, pp. 672 y ss.; *Münchener Kommentar-Kötz* (2. Auflage). München. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1984. §2 AGBG, n.º 31. Debido a mis escasos conocimientos del idioma alemán, he acudido a dos fuentes distintas, una personal y otra material, para tratar la cuestión en este ordenamiento. Respecto de la primera, el profesor Pablo SALVADOR CODERCH me ha facilitado un resumen personal de los capítulos del manual de Werner FLUME que tratan de la oferta y la aceptación, a la vez que me ha hecho sugerentes comentarios, no ya en este punto, sino de todo el trabajo; y Hans Günther ULLRICH (Dr. iur.) ha tenido la amabilidad de conversar conmigo sobre la situación de las diferentes cuestiones de las que trata el trabajo en el derecho alemán, a la vez que se ha prestado a revisar los borradores y ha contribuido a la selección de la bibliografía: a ambos mi agradecimiento. Respecto de la segunda, me he valido de diversos artículos doctrinales en inglés, principalmente el antes citado.

(34) Si bien es cierto que ya en los treinta surgieron críticas hacia dicho modelo. VON MEHREN (*ibidem*. p. 290, nota 78) cita a Ludwig RAISER [*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt. 1935 (reeditado en 1961). pp. 224 y ss.], quien propuso que se considerase el contrato formado en los términos en que las partes hubieran concordado, y en los que no, que fueran provistos por los términos supletorios previstos por la ley.

## 2. Ruptura con el análisis tradicional

Ya en los setenta dicho análisis no podía aguantar más los embates de la contratación moderna. El primer paso hacia su resquebrajamiento se dio con la sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH: Tribunal Supremo alemán) de 26 de septiembre de 1973 (35). Los hechos fueron como siguen: las partes negociaron la compra de un silo. El 1 de diciembre de 1969 el comprador, demandado, envió el pedido mediante formulario, en el que especificó como fecha de entrega el 15 de abril de 1970. Además, una de sus cláusulas establecía que «[c]ualquier término distinto en el formulario del aceptante no es válido si nosotros no lo hemos confirmado por escrito».

Un mes después de recibir el pedido, el vendedor, demandante, envió su aceptación mediante una carta de confirmación (formulario). Entre otras cosas preveía que: (1) la entrega del silo se efectuaría en la segunda quincena de abril de 1970, con la advertencia que dicha fecha era aproximada y en ningún caso vinculante; (2) se excluía cualquier responsabilidad por daños derivados del retraso en la entrega.

El 22 de abril de 1970 el comprador envió una carta al vendedor en la que le reclamaba la entrega antes de final de mes, y le advertía que en caso contrario le demandaría por incumplimiento y le exigiría una indemnización. Este le contestó que efectuaría la entrega lo más pronto posible y le recordó la exclusión de cualquier responsabilidad por el retraso.

Finalmente, en junio del mismo año, el comprador recibió el silo y lo comenzó a utilizar, pero tan sólo pagó parte del precio. La otra restante la retuvo como resarcimiento de los daños ocasionados por el retraso. Disconforme con esta actitud, el vendedor le demandó reclamándole el pago total del precio.

El Juez de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación dieron la razón al demandante. Sin embargo, el BGH revocó ambas sentencias y devolvió el caso al Tribunal de Apelación para que determinara si el vendedor debía responder o no por el retraso. El BGH consideró que la carta de confirmación del aceptante divergía de los términos de la oferta, por lo que, según el § 150.II BGB, era una contraoferta. Pero ésta, a diferencia de lo que había sostenido los tribunales inferiores, no podía considerarse aceptada por el inicial oferente a resultas de su omisión de objetar rápidamente los términos en los que no estaba de acuerdo, o de haber recibido el silo y utilizarlo. Primero, porque, en principio, el silencio no constituye aceptación, y el vendedor no podía presumir con buena fe que el silencio del comprador significase la aceptación de sus términos (los del vendedor), por cuanto éstos se habían diferenciado

---

(35) BGH 26 septiembre 1973. 61 *BGHZ*. pp. 282 y ss.



significativamente de los de la oferta. Segundo, porque para que la recepción y uso de los bienes se entienda como aceptación de los términos del vendedor, éste tiene que dejar bien claro que la entrega tan sólo se efectuaría según sus propias condiciones. Y el vendedor no lo hizo al entregar el equipo. De esta manera el BGH echó por tierra las bases en las que se apoyaba la doctrina clásica del *last shot*.

Pero entonces el problema pasó a ser otro: *si la contraoferta no fue aceptada, qué ocurría con el contrato, ¿existía o no?, ¿había surgido alguna relación contractual entre las partes?* Así lo entendió el BGH, en tanto en cuanto el § 150.II debía aplicarse en clave de buena fe: las partes demostraron con su conducta —entrega y aceptación— que su desacuerdo en algunos términos no evitaba la formación del contrato.

En conclusión, con esta sentencia el *Bundesgerichtshof*: (1) dejó de lado la doctrina del *last shot*, (2) separó las cuestiones de formación del contrato de las de su contenido, (3) sin embargo, no formuló los criterios a seguir para establecer los términos de un contrato en estas situaciones conflictivas.

### 3. Nuevas soluciones

#### a) *Oberlandesgericht Köln*

La sentencia del *Oberlandesgericht* (OLG) de Colonia de 19 de marzo de 1980 (36) fue más allá del análisis anteriormente visto e inició una línea jurisprudencial que fue ratificada años más tarde por el BGH. La disputa versó sobre la eficacia de una cláusula de elección de foro contenida en los términos de una parte y no en los de la otra. El OLG sostuvo que de la aceptación por parte del comprador de los bienes, sin hacer ninguna objeción, no se podía deducir la aceptación a la vez de los términos del vendedor. Por contra, debía entenderse como una manifestación de la intención de dejar esos puntos de fricción no resueltos, para evitar así el riesgo de, por querer negociar esos aspectos, no llegar a realizar el contrato. Además, cualquier parte podía haber pedido a la otra una aclaración de sus términos; como ninguna lo hizo, ninguna podía exigir los suyos propios.

Ahora bien, el hecho que las partes no se hubieran puesto de acuerdo no significaba que el contrato no se hubiera formado. El contrato existió. Los términos en los que las partes estaban de acuerdo entraron

---

(36) OLG Köln 19 marzo 1980. *Betr* 1980. pp. 924 y ss.

a formar parte del mismo. Y en los que no, se incorporarían de manera supletoria las normas que el Código hubiera previsto.

b) *Bundesgerichtshof*

La sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de marzo de 1985 (37) aceptó el análisis de la OLG de Colonia. Una empresa, mediante un formulario de pedidos, solicitó una serie de relojes de horno. Una de las cláusulas establecía que la aceptación de la oferta implicaba también la de los términos del formulario, y para que cualquier modificación fuera efectiva era necesario que la aceptase expresamente y por escrito el comprador.

El vendedor aceptó la oferta mediante una carta de confirmación, que contenía una serie de condiciones generales impresas, dos de las cuales parecían contradecir en algo la oferta: una contemplaba una reserva de la propiedad de los bienes a favor del vendedor una vez entregados y hasta su pago efectivo, la otra establecía que el contrato se regiría por sus cláusulas.

Los relojes se enviaron, pero entre el momento de recibirlos y la fecha de pago la compradora tuvo dificultades económicas. Para tener ventaja sobre el resto de acreedores en el cobro del crédito, el vendedor intentó hacer valer la cláusula de reserva de propiedad.

El BGH consideró que dicha cláusula no llegó a formar parte del contrato. Al ser un término sin contraparte en el otro formulario no se pudo llegar a un acuerdo. Por ello, serían las normas del Código las que de manera supletoria se aplicarían a la cuestión. Y como dichas normas no preveían tal reserva de la propiedad una vez entregados los bienes, esa cláusula no era aplicable y el vendedor no quedaba delante del resto de acreedores.

En resumen, en el derecho alemán primero se aceptó la regla del trato hecho (*deal-is-on rule*), y posteriormente se establecieron las soluciones a los problemas que podía originar (38). Estas parten de dos premisas: (1) las partes pueden acordar vincularse contractualmente aunque sospechen o sean conscientes que existe un desacuerdo respecto a una serie de elementos materiales; (2) tales contratos son tratados como incompletos o indefinidos, en los que las normas supletorias se aplican a los aspectos en los que no hay acuerdo.

---

(37) BGH 20 marzo 1985. 38 *Neue Juristische Wochenschrift* (1985). pp. 1838 y ss.

(38) Cfr. VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). pp. 294 y ss., quien considera que son muy similares a las adoptadas en el derecho de contratos norteamericano (*Uniform Commercial Code*).

## E. Soluciones en el Derecho Comparado: Estados Unidos de América

El ordenamiento de este país forma parte del *Common Law*, lo que significa que es un derecho de creación jurisprudencial. El derecho de contratos norteamericano no se consolidó como disciplina autónoma hasta mediados del siglo XIX, y alcanzó su edad de oro durante la primera mitad del siglo XX (39). Es entonces cuando aparecieron dos de los tratados más influyentes de ese ordenamiento (40), junto con las dos sistematizaciones más importantes de la materia, el *Restatement of Contracts* (41) y el *Uniform Commercial Code*(UCC) (42).

(39) En general, para una historia del Derecho Norteamericano véase Lawrence M. FRIEDMAN. *A History of American Law* (2d ed). New York. Simon and Schuster. 1985. También, aunque más breve, Grant GILMORE. *The Ages of American Law*. New Haven/London. Yale University Press. 1977. Para adquirir unas nociones básicas sobre su funcionamiento, es útil E. Allan FRRANSWORTH. *An Introduction to the Legal System of the United States* (2d ed). London/Rome/New York. Oceana Publications, Inc. 1983.

(40) a) Samuel WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts*. 8 Vol. (3.ª ed. a cargo de Walter H. E. JAEGER, con *commulative supplement* hasta 1990). New York. Baker, Voorhis and Co./Lawyers Cooperative Publishing. 1957-1979. La primera edición data de 1920 y la segunda de 1936. En la actualidad se está llevando a cabo una cuarta edición, a cargo de Richard A. LORD, de la que, por el momento (1991), tan sólo ha sido publicado el primer volumen, que llega hasta la terminación de la oferta. Aquí se utiliza la tercera edición;

b) Arthur Linton CORBIN. *Corbin on Contracts*. 13 Vol. (2d ed) (1st ed 1950). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1963 (contienen un *cummulative supplement* hasta 1982, actualizado por Colin Kelly KAUFMAN). En 1952 se publicó en un sólo volumen, dejando de lado algunos capítulos y la inmensa mayoría de la copiosa jurisprudencia citada [*Corbin on Contracts* (One Volume Edition). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1952]. Esta edición es la que se utilizará en este trabajo.

(41) Los *Restatements of the Law* están considerados como una autorizada obra de la doctrina. Son promovidos por el *American Law Institute* (ALI, fundado en 1923), con la finalidad de sistematizar una serie de áreas generales del *Common Law*, incluyendo también aspectos desarrollados por las decisiones judiciales, formulando los principios generales de cada una de estas áreas, para así poder uniformar el derecho [pero no codificarlo, pues sus iniciales impulsores eran hostiles a cualquier intento de codificación: tan sólo deseaban salvar el *Common Law*, reduciendo sus reglas a una forma más sencilla pero a la vez más sistemática (cfr. FRIEDMAN. *A History of American Law* (n. 39). p. 676)]. A pesar de no tener fuerza de ley, gozan de gran autoridad moral, hasta el punto que pueden ser citados y utilizados en los juicios como argumentación. Y en no pocas ocasiones sus criterios han sido seguidos. La razón es que sus autores, miembros del ALI, son, o han sido, los más distinguidos jueces, abogados y profesores de derecho del país.

En la actualidad hay publicados nueve *Restatements*, que afectan a las áreas de *Contracts*, *Torts*, *Agency*, *Trusts*, *Conflict of Laws*, *Judgement*, *Property*, *Security Transactions* y *Restitution*. Cada uno de ellos está dividido por secciones (el equivalente en nuestro ordenamiento a los artículos). Estas empiezan con la declaración de un principio general, a continuación uno o varios comentarios, después una serie de ilustraciones que aclaran el sentido de la sección, y finalmente una nota del redactor (*Reporter's Note*), donde deja constancia de los autores y sentencias en que se ha basado y apoyado para redactarla. Todos los *Restatements* han alcanzado ya su segunda serie, y algunos van por la tercera.

(42) El UCC tiene su primitivo origen en la *Uniform Sales Act* de 1906, auspiciada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL). Esta

El derecho contractual se ha caracterizado de manera tradicional por haberse desarrollado al son de las decisiones judiciales, más que de las aprobaciones legislativas. Por ello, no es de extrañar que la doctrina considerase esa disciplina como un derecho judicial, donde lo importante son los casos, para extraer entonces de ellos una regla general. Ambos tratados son el resultado de ese esfuerzo. A su vez, el *American Law Institute* emprendió la tarea de reducir la ingente masa de derecho judicial (*case law*) a un cuerpo de reglas accesibles y claras, en la forma de un *Restatement of the Law*. Uno de los primeros en ser completados fue el *Restatement of Contracts* (43), en 1932. Respecto al UCC, su origen más remoto se encuentra en el derecho de los mercaderes que

---

fue creada a finales del siglo XIX por la *American Bar Association*, con la finalidad de sacar adelante una serie de estatutos (*statutes*) que codificasen diferentes áreas del derecho mercantil. En una veintena de años llegaron a redactar media docena de ellos, siendo el arriba reseñado uno de los más importantes. Sin embargo, a finales de los años treinta todas esas *Acts* quedaron obsoletas.

Por eso, en 1940, la NCCUSL junto con la ALI concibió la idea de redactar un código de comercio que modernizase y relevase las viejas *Acts*. El profesor Karl Nickerson LLEWELLYN (1893-1962) fue nombrado principal redactor (*Chief Reporter*). El primer texto oficial del *Code* fue publicado en 1952 como *1952 Official Text*. En 1957 se publicó un nuevo texto, el *1957 Official Text* con numerosos cambios respecto al anterior. De entonces hasta ahora, dos han sido los textos oficiales más importantes: el *1972 Official Text* y el *1978 Official Text*.

Con todo, en la primavera de 1988, el *Permanent Editorial Board UCC* y el ALI, de acuerdo con la NCCUSL, decidieron revisar el Artículo 2, y para ello se erigió un Grupo de Estudio con el objetivo de identificar los principales problemas y proponer sus soluciones. En la actualidad se está trabajando en ello, y los principales problemas y las reformas recomendadas han sido publicados en *PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report* [Philadelphia (Penn.). Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code. 1990].

En 1990 estaba en vigor en todos los Estados menos en el de Louisiana (donde tan sólo lo está parcialmente) uno de los *Official Text* del UCC. En este trabajo todas las referencias serán al *1978 Official Text*.

Conviene advertir que el UCC ha sido aprobado Estado por Estado, por ello no forma parte del Derecho Federal (no rige como consecuencia de una aprobación y promulgación del Congreso de los Estados Unidos). De hecho, conseguir una aprobación federal nunca fue la intención de sus promotores, aparte que sería constitucionalmente discutible.

(43) *Restatement of Contracts* (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. St. Paul, Minn. American Law Institute Publishers. 1932). Su principal redactor (*Chief Reporter*) fue Samuel WILLISTON (1861-1963), profesor de la *Harvard Law School* desde 1890 hasta 1938, y su principal ayudante y corredactor Arthur CORBIN (1874-1967). Este *Restatement* es, por tanto, un reflejo de sus ideas y manuales, sobre todo de las de WILLISTON. En 1962 el ALI decidió revisarlo y ponerlo al día, pues en algunos aspectos estaba ya desfasado y en otros carecía de regulación: en cuarenta años la sociedad había corrido mucho. Finalmente, en 1981, se publicó el *Restatement (Second) of Contracts* (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. St. Paul, Minn. American Law Institute Publications. 1981). Sus redactores fueron Roberts BRAUCHER y, principalmente, E. Allan FARNSWORTH.

se aplicó en Inglaterra hasta el siglo XVII. Dichas normas evolucionaron y fueron codificadas por la *British Sale of Goods Act*, de 1893, que fue utilizada como modelo para la norteamericana *Uniform Sales Act*, de 1906, la cual fue el punto de partida del actual UCC, aprobado en 1952, y cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la compraventa de bienes (*sale of goods*).

Así pues, el derecho contractual norteamericano (44) no es un derecho codificado, sino que está plenamente inmerso en el derecho común de contratos, donde hay tantas reglas como casos. La única excepción, e importante, es la compraventa de bienes [*sale*, tal como está definido en § 2-106 (1); *goods*, tal como está definido en §2-105 (1)], regulada en el Artículo 2 UCC.

Por lo que respecta al estudio de nuestro tema, deberemos hacerlo desde dos perspectivas distintas: una según las normas del *Common Law* en materia de contratos, y otra según las reglas del UCC para los contratos de compraventa de bienes.

### 1. Criterio tradicional: § 59 Restatement (Second) of Contracts

En el derecho de contratos del *Common Law*, el análisis tradicional del proceso de negociación ha desarrollado una distinción entre contratos *unilaterales* y *bilaterales*. Un contrato es bilateral cuando

---

(44) La bibliografía básica de referencia es la siguiente:

a) Clásicos: WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts* (n. 40); CORBIN. *Corbin on Contracts* (n. 40). Dos tratados que ningún investigador de la materia puede dejar de lado.

b) Manuales: E. Allan FARNSWORTH. *Contracts* (2d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company. 1990; John D. CALAMARI/Joseph M. PERILLO. *The Law of Contracts* (3d ed). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1987; John Edward MURRAY, Jr. *Murray on Contracts* (3d ed). Charlottesville (Virginia). The Michie Company. 1990.

c) Manuales UCC: imprescindible, James J. WHITE/Robert SUMMERS. *Handbook of Law under the Uniform Commercial Code* (3d ed). St. Paul, Minn. West Publishing, Co. 1988.

d) Casebooks: el mejor, Fiedrich KESSLER/Grant GILMORE/Anthony T. KRONMAN. *Contracts, Cases and Materials* (3d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company, 1986; también, sobre todo para UCC, Richard E. SPEIDEL/Robert S. SUMMERS/James J. WHITE. *Sales, Teaching Materials* (n. 5).

e) Análisis económico del Derecho de Contratos: Richard A. POSNER. *Economic Analysis of Law*. Capítulo 4. *Contracts Rights and Remedies* (3d ed). Boston/Toronto. Little, Brown and Company, 1986. pp. 79 a 125; Robert COOTER/Thomas ULEN. *Law and Economics*. Capítulos 6 y 7. Glenview (Illinois)/London. Scott, Foresman and Co. 1988. pp. 212 a 325; Avery KATZ. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. 89 *Michigan Law Review* (1990). pp. 215 y ss.

ambas partes efectúan una promesa; el oferente busca un compromiso del aceptante (el comprador promete pagar el precio treinta días después de la entrega, en respuesta de la promesa del vendedor de entregarle los bienes). Por contra, es unilateral cuando sólo una parte efectúa una promesa: el oferente realiza una promesa contenida en la oferta, y busca el cumplimiento del aceptante, no su compromiso (A ofrece a B —agente de la propiedad inmobiliaria— una comisión si encuentra comprador de su casa: lo que le interesa no es la promesa de B, sino su cumplimiento) (45). En otras palabras, y a los efectos que aquí interesa, la oferta puede buscar una promesa o un cumplimiento.

Entrando ya en materia, *en el derecho común de contratos*, fuera del Artículo 2 UCC, parece que *la mirror-image rule es la regla dominante*, aunque no con la rigidez de sus inicios (46). Así pues, la aceptación debe ser en todo igual a la oferta, debe ser clara, positiva, inequívoca, y satisfacer lo buscado por la oferta: si un acto, que sea el requerido, si una promesa, en los términos precisos, ni más ni menos. Por ello, cualquier término o elemento añadido en la aceptación y no previsto por el oferente conlleva el rechazo de la oferta (47), la no per-

---

(45) De ahí se deriva una de las tradicionales discusiones en el derecho contractual del *Common Law*: sobre la revocabilidad de la oferta que busca un cumplimiento, cuando este cumplimiento ha empezado a llevarse a cabo. El supuesto de hecho que tradicionalmente se explica en las facultades de derecho es el de la cucaña: A ofrece a B todo lo que se encuentre arriba si consigue subir por el madero; B empieza a subir, y cuando está a mitad, A revoca su oferta. ¿Tiene B algún derecho contra A? Y si a pesar de la revocación, B continúa subiendo y llega hasta arriba, ¿tendrá en este caso algún derecho?

Según la *doctrina contractual tradicional*, B no tiene opción alguna contra A, pues en tanto en cuanto aquél no acaba de cumplir, no surge la obligación (únicamente si A se hubiera beneficiado de alguna manera cabría la posibilidad de pedir restitución, pero no con base en las reglas del contrato, sino en las del enriquecimiento injusto). Tradicionalmente se ha intentado evitar el rigor de esa doctrina: (1) considerando que la oferta buscaba una promesa y no un cumplimiento, (2) entendiendo que la oferta buscaba una serie de aceptaciones mediante sucesivos cumplimientos.

El *Restatement of Contracts* atacó frontalmente el problema, y propuso una regla diferente (la actual § 45 *Restatement (2d) Contracts*): desde el momento en que el aceptante confía en la promesa y empieza a cumplir, la oferta deviene irrevocable. Donde con mayor frecuencia se dan estos problemas es en las transacciones inmobiliarias mediante corretaje. Ver, en general, FARNSWORTH. *Ibidem*. § 3.24. pp. 189 y ss. Con el tiempo, el UCC y el *Restatement (2d) Contracts* han abandonado esta distinción.

(46) Cfr. WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts* (n. 40). § 72. pp. 235 y ss.; CORBIN. *Corbin on Contracts* (n. 40). § 82. pp. 130 y ss.; FARNSWORTH. *Ibidem*. § 3.13. pp. 148 y ss.; MURRAY. *Murray on Contracts* (n. 44). § 48. pp. 155 y ss.; CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44). § 2-20 (e). pp. 98 y ss.; *Restatement (2d) Contracts* § 59.

(47) Esta es la opinión mayoritaria [cfr. WILLISTON. *Ibidem*. § 77. pp. 25 y ss.; MURRAY. *Ibidem*. §§ 42(D) y 48(B). pp. 110 y ss., 155 y ss.; FARNSWORTH. *Ibidem*. §

fección del contrato, y vale como contraoferta, siempre que reúna los requisitos de una oferta (48).

Por supuesto, el oferente puede fijar en su oferta cuantas condiciones quiera (por ejemplo, lugar, tiempo y modo en que se efectuará la aceptación), y a ellas deberá ajustarse el aceptante si quiere concluir el contrato.

Hasta aquí el criterio básico. Sin embargo, y a la vista de la realidad de los hechos, se ha admitido una cierta flexibilidad. Para su estudio, veremos por separado en qué casos se ha entendido la aceptación como apta para perfeccionar el contrato y en qué otros no.

---

3.21. p. 170]. CORBIN discrepa, aunque reconoce que ésta ha sido la regla tradicional y que ha sido poco criticada. Esa discordancia la basa en dos argumentos: (1) la contraoferta difiere del rechazo en la forma: con éste último se acaban las negociaciones, se llega a un punto final, mientras que la primera es sólo un paso más en el proceso que conduce al contrato; (2) la contraoferta difiere del rechazo en su efecto legal: aquélla da lugar a una nueva posibilidad de aceptación, mientras que ésta no, pues no concede una alternativa [*Ibidem.* § 90. pp. 138 y s.]. También el *Restatement (2d) Contracts*, en su § 39, contiene la regla que la contraoferta equivale a rechazo de la primitiva oferta, pero ya con mayor flexibilidad, pues prevé la posibilidad que el oferente o el aceptante manifieste su intención contraria, y por tanto la oferta primera siga vigente. *Restatement (2d) Contracts* § 39:

(1) A counter-offer is an offer made by an offeree to his offeror relating to the same matter as the original offer and proposing a substituted bargain differing from that proposed by the original offer.

(2) An offeree's power of acceptance is terminated by his making of a counter-offer, unless the offeror has manifested a contrary intention or unless the counter-offer manifests a contrary intention of the offeree.

También fue el criterio del *Restatement of Contracts*. Su § 60 decía así:

A reply to an offer, though purporting to accept it, which adds qualifications or requires performance of conditions, is not an acceptance but is a counter-offer. [La contestación de una oferta, aunque pretenda aceptarla, que añada elementos o requiera el cumplimiento de condiciones, no es una aceptación sino una contraoferta].

Luego, como el § 38 establecía que una contraoferta equivalía a un rechazo de la primitiva oferta (*Restatement of Contracts* § 38: A counter-offer by the offeree, relating to the same matter as the original offer, is a rejection of the original offer, unless the offeror in his offer, or the offeree in his counter-offer states that in spite of the counter-offer the original offer shall not be terminated), quedaba cerrado el circuito: una aceptación que difiriese de los términos de la primitiva oferta se entendería contraoferta y, por tanto, rechazo de aquélla.

(48) Sobre los requisitos de la oferta, véase FARNSWORTH. *Ibidem.* §3.10. pp. 135 y ss.

a) *Supuestos de aceptación válida*

En todos estos supuestos se ha entendido que esas aceptaciones son valederas, con base en el criterio que no modifican la oferta de manera sustancial o esencial. Esos casos son:

— *Cuando el aceptante, por precaución, inserta en su declaración una condición que únicamente expresa lo que de todas maneras se entiende implícito con base en los hechos, los usos o la ley.* Por ejemplo, sería válida la aceptación de una oferta de venta de lana condicionada a la validez del título de propiedad, pues se entiende implícito en la negociación que el oferente es el verdadero propietario. Ahora bien, ¿puede la aceptación rechazar algunos de los efectos legales del contrato, no expresados en la oferta pero que, por estar previstos en la ley, deben ser entendidos implícitos? Parece que no, en tanto en cuanto equivaldría a una modificación de la oferta;

— *Cuando el oferente busca una promesa como aceptación y el aceptante, sin alterar ni añadir ningún término, acepta mediante el cumplimiento.* Pareciera que no sería válida, pues el oferente ha exigido expresamente una promesa, más su validez se justifica con base en que el cumplimiento actual es más valioso que la mera promesa;

— *Cuando el aceptante asume todos los elementos de la oferta pero establece que no tendrá efecto hasta que suceda, o deje de suceder, un evento futuro.* Esto es fruto de una distinción (49) entre la aceptación que añade un nuevo elemento no previsto en la oferta, y por tanto que la invalida, y la que únicamente añade un elemento que suspende su efecto. En este caso, la declaración queda a la espera del cumplimiento de la condición, y entonces se perfeccionará el contrato; mientras tanto, ambas pueden revocarse;

— *La respuesta que indica insatisfacción o descontento con la oferta, pero que aún así manifiesta un equívoco e incondicional consentimiento, vale como aceptación (gumbling acceptance);* por ejemplo, el empleado que declara «no me gusta su oferta, no creo que sea correcta; mas con todo, la acepto»;

— Por último, *si el destinatario de la oferta la acepta inequívocamente y a la vez propone nuevos términos (típicamente, acepta la oferta y sugiere un medio de pago) o modifica algunos, pero sin condicionar su respuesta a la aceptación de los mismos, el contrato se ha*

---

(49) Originaria de WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts* (n. 40). § 77A. pp. 256 y ss.



formado, y los términos sugeridos constituyen una nueva oferta (50); de todas maneras, ha de quedar claro que esta nueva oferta es totalmente independiente de la aceptación.

b) *Supuestos no considerados como aceptación*

— *La aceptación condicional*: toda respuesta que pretenda ser una aceptación, pero que está expresamente condicionada a un requisito no especificado en la oferta. El *Restatement (2d) Contracts* § 59 recoge ese principio:

La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero que está condicionada al consentimiento por parte del oferente de los elementos adicionales o diferentes establecidos por la misma, no será una aceptación sino una contraoferta (51).

— *La respuesta que indique un mero conocimiento o recepción de la oferta*; por ejemplo: «hemos recibido su amable oferta y la someteremos a consideración»;

— *Cualquier respuesta a una oferta que modifique sus términos*, siempre que no esté comprometida en uno de los supuestos descritos en el apartado anterior.

En resumen, la doctrina tradicional en materia de aceptación ha sido que ésta no varía en nada los términos de la oferta. Tan sólo es válida una divergencia en la aceptación que no modifique de manera cuali-

---

(50) En el mismo sentido, § 61 *Restatement (2d) Contracts*. Se nota, como se ha apuntado antes, la influencia del *Uniform Commercial Code*, y en concreto de su § 2-207, pues el *Comment* (a) del § 59 establece la posibilidad de separar, en el caso de la aceptación con nuevos elementos, por un lado la aceptación pura de la oferta, y por otro esos nuevos elementos, y convertirlos en oferta independiente.

(51) *Restatement (2d) Contracts* § 59:

A replay to an offer which purports to accept it but is conditional on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered is not an acceptance but is a counter-offer.

Como puede observarse, la sección ha cambiado por completo, tanto respecto del texto como de los *Comments* y las *Illustrations*. Sin embargo, su filosofía de fondo permanece, aunque algo más flexible, seguramente también por influencia del § 2-207 ICC. Véase THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Contracts. Tentative Draft No. 1*. Philadelphia. The American Law Institute. 1964. § 60. pp. 252 y ss.

tativa la oferta, pues sería insustancial o no esencial. Y eso entendiéndolo de modo restrictivo.

## 2. Criterio innovador: § 2-207 Uniform Commercial Code (52)

### a) Introducción

El principal propósito del § 2-207 (53) es permitir a las partes seguir adelante en su acuerdo —quedar vinculadas— a pesar de las discrepancias existentes entre un acuerdo oral y su confirmación escrita, o entre una oferta y su confirmación escritas.

La Sección dice así:

1. Una definitiva y tempestiva expresión de aceptación o una confirmación escrita enviada en un tiempo razonable vale como aceptación aunque contenga elementos adicio-

---

(52) El UCC está dividido en once Artículos, y a su vez cada uno de ellos en Partes, las cuales se subdividen en Secciones. Éstas están numeradas de manera que indican a la vez el Artículo y la Parte a la que pertenecen. Así, la Sección 2-207 pertenece al Artículo 2 (que es el que regula la compraventa de bienes) y a su Parte 2 (que disciplina la formación del contrato). El dígito anterior al guión señala el Artículo, el posterior la Parte y los dos últimos la Sección. El sistema a primera vista resulta extraño para quien está familiarizado con el *Civil Law*, pero tiene su lógica: situar inmediatamente una Sección determinada en su lugar y localizar la temática que trata.

El texto oficial incluye a su vez unos comentarios a cada Sección (*Official Comments*). Sin embargo, no tienen fuerza de ley, pues no han sido promulgados como tales por los Estados. A pesar de ello, en la práctica son influyentes, pues los tribunales acuden a ellos al aplicar y, en su caso, interpretar una sección determinada.

(53) Para un estudio del § 2-207, véase WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). § 1-3. pp. 28 y ss.; FARNSWORTH. *Contracts* (n. 44). § 3.21. pp. 170 y ss.; MURRAY. *Murray on Contracts* (n. 44). §§ 49 y 50. pp. 157 y ss.; CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44). § 2-21. pp. 101 y ss. También John E. MURRAY. The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions. 39 *Vanderbilt Law Review* (1986). pp. 1307 a 1385; John L. UTZ. More on the Battle of the Forms: The Treatment of «Different Terms» Under the Uniform Commercial Code. 16 *Uniform Commercial Code Law Journal* (1983). pp. 103 a 118; Caroline N. BROWN. Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work. 69 *North Carolina Law Review* (1991). pp. 893 a 944. Una crítica de la Sección y defensa de la *mirror-image rule* en Douglas G. BAIRD/Robert WEISBERG. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-107. 68 *Virginia Law Review* (1982). pp. 1217 a 1262.

El § 2-207 es una de las Secciones del UCC que más literatura jurídica ha desarrollado. Una exhaustiva lista de la misma (sólo artículos de revista) puede encontrarse en *Uniform Commercial Code (Uniform Laws Annotated)*. Volume 1. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1989. § 2-207. pp 376 y ss.

nales o diferentes de aquellos ofrecidos o acordados, a menos que la aceptación esté expresamente condicionada al asentimiento de dichos elementos adicionales o diferentes.

2. Los elementos adicionales deben estar construidos como propuestas de adición al contrato. Entre comerciantes tales elementos pasan a ser parte del contrato a menos que:

- a) la oferta limite expresamente la aceptación a sus elementos;
- b) éstos modifiquen sustancialmente la misma;
- c) ya haya sido comunicada la objeción a los mismos o lo sea en un tiempo razonable una vez se haya recibido noticia de ellos.

3. La conducta por ambas partes que reconozca la existencia de un contrato es suficiente para establecer un contrato de compraventa aunque los escritos de las mismas no lo establezcan. En tal caso los elementos de ese contrato serán aquellos en que las partes coincidan, junto con cualquier elemento supletorio incorporado con base en cualquier otra disposición de este Código (54).

La § 2-207 tiene un ámbito limitado a los acuerdos en los que al menos una de las partes utiliza un formulario. Esta distinción no está explicitada en el texto, pero así se entiende generalmente. Donde no se utilizan formularios, se aplican las reglas generales del *Common*

---

(54) La versión original del §§ 2-207 UCC dice así:

1. A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

2. The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

- (a) The offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
- (b) They materially alter it; or
- (c) Notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

Law en materia de contratos [*Restatement (2d) Contracts* y § 2-204 UCC].

Por ejemplo, si el aceptante añade un nuevo término y el intercambio no ha sido mediante formularios, sino por medio de télex, fax, telegrama, ..., es claro que no tiene valor de aceptación sino de contraoferta (55).

## b) *Funcionamiento*

Vamos a estudiar seguidamente la aplicación de esta sección, siguiendo de manera ordenada las tres subsecciones.

b.1. § 2-207 (1). Esta subsección ofrece dos procedimientos posibles para formar el contrato. El primero se basa en la § 2-207(1), antes de la coma. El segundo se basa en la § 2-207(1), después de la coma.

a) *El primer procedimiento* refleja el principio general de esta sección: aunque existan discrepancias entre el contenido de la oferta y el de la aceptación, hay contrato, y éste se regirá por los términos de la primera (más adelante se estudiará la discusión respecto a los efectos de los términos adicionales o diferentes). De esta manera, se anulan los dos principales vicios de la regla tradicional: 1.º la rigidez de la regla del espejo queda suavizada, 2.º de la *last-shot* se pasa a la *first-shot rule* (56) (el primero que se pronuncia es el que controla).

b) *El segundo procedimiento*, por su parte, resguarda la tradicional regla del espejo (57). De esta manera, el aceptante transforma la aceptación en contraoferta cuando la condiciona expresamente al asentimiento por parte del oferente de los elementos adicionales o diferentes de la misma. Los tribunales aplican dicho procedimiento de manera muy restrictiva, con la idea de prevenir la sorpresa del primer oferente que seguramente no ha leído el formulario de la aceptación-contraoferta. Por ello, *exigen para su aplicación que la contraoferta esté muy clara*. En caso contrario, la conducen por el primer procedimiento [§ 2-207(1), antes de la coma]. Y, como último recurso, por un tercero, con base en la § 2-207(3) (que se verá más adelante (58)). Esto es fruto de una política *anti-last-shot*: evitar que la aceptación del

---

(55) Cfr. BROWN. Restoring Peace un the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work (n. 53). pp. 899 y ss.

(56) Como normalmente la oferta consiste en el pedido del comprador [cfr. FRANSWORTH. *Contracts* (n. 44). § 3.10. pp. 135 y ss.], la ventaja ha pasado del vendedor al comprador.

(57) Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 38 y ss.

(58) Ver p. 40.

vendedor pase a ser una contraoferta, aceptada por el comprador mediante recepción y uso de los bienes, y que por tanto el contrato se forme en los términos del primero (del originalmente aceptante y posterior contraoferente).

El cambio radical que supuso esta sección, la dificultad de asimilación que encontró en los tribunales, y su defectuosa redacción quedaron plasmados en el conocido caso *Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Barlett & Co.* (59). La demandante, *Roto-Lith*, era una compañía de Nueva York que se dedicaba a fabricar bolsas de celofán para empaquetar hortalizas. La demandada, *Barlett*, era una empresa de Massachussets que construía tambores de emulsión, los cuales utilizaba la demandante para conseguir que el celofán fuera adhesivo. En octubre de 1959, *Roto-Lith* envió a *Barlett* un pedido de un tambor. Esta lo aceptó por medio de una carta de confirmación, que únicamente se diferenciaba de la oferta en que contenía una renuncia de garantías (de tal manera que el comprador asumía las consecuencias del uso de tales bienes). A la vez se establecía: «si esos términos no son aceptables, el comprador debe notificarlo al vendedor». La compradora nada objetó. Tiempo después la vendedora le envió el tambor de emulsión, y la compradora lo pagó y usó. Sin embargo, resultó defectuoso, pues las bolsas no se adherían. Entonces *Roto-Lith* demandó a *Barlett* por incumplimiento de la garantía, y ésta se opuso con base a la renuncia de las mismas contenida en el formulario de aceptación; en otras palabras, que no era responsable del tambor defectuoso. Según la doctrina tradicional, hubiera prevalecido esta postura, pues la carta de confirmación sería una contraoferta —al contener un término nuevo— aceptada por *Roto-Lith* con su utilización. Pero precisamente la § 2-207 había modificado este criterio con el fin de evitar esos resultados, con lo cual debería prevalecer la postura de la compradora, pues la contestación constituía aceptación sin el término nuevo. Sin embargo, el Tribunal dio la razón a la vendedora: ésta no había consentido sino que había emitido una contraoferta, aceptada por la compradora al pagar y usar el tambor. Entendió la confirmación de *Barlett* como si hubiera estado expresamente condicionada al consentimiento de la renuncia de garantías por parte de *Roto-Lith* [§ 2-207 (1), después de la coma], y como ésta no lo hizo, no hubo aceptación (60).

---

(59) *Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co.* [297 F. 2d 497 (1st. Cit. 1962)]. Se cita prácticamente en todos los libros norteamericanos sobre contratos. Una buena síntesis puede verse en KESSLER/GILMORE/KRONMAN. *Contracts. Cases and Materials* (n. 44). pp. 260 y ss.

(60) *Roto-Lith* fue la primera aplicación relevante del § 2-207, y como algún autor ha afirmado, «el Tribunal fue incapaz de asimilar el cambio radical previsto por la § 2-207» [MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»*: Solutions (n. 53). p. 1330].

Sin embargo, esa aplicación no tuvo continuidad. *Dorton v. Collins & Aikman Corporation* (61) es un ejemplo de ello. Entre 1968 y 1970 *Dorton*, empresa minorista de alfombras, llevó a cabo una serie de operaciones con *Collins*, fabricante de las mismas. Descontento con el producto, puesto que las alfombras eran de mala calidad y tenían defectos de fábrica, *Dorton* demandó al fabricante solicitando una indemnización de 450.000\$. Durante el proceso, la demandada solicitó la paralización de la causa y acudir al arbitraje, por cuanto en el reverso de los formularios de toma de conocimiento que ésta envió como aceptación a *Dorton* constaba la siguiente cláusula: «[1]a aceptación de su oferta está sujeta a todos los términos y condiciones del anverso y reverso de la presente, incluido el arbitraje». El Tribunal consideró dicha contestación como una aceptación válida, y no aplicó el procedimiento derivado de la § 2-207 (1), después de la coma. Esta se aplicaría, en su opinión, sólo cuando la aceptación revelase *claramente* que el aceptante no quiere llevar adelante la transacción a menos que esté seguro del consentimiento del oferente a los términos adicionales o diferentes incluidos. Y la expresión arriba entrecomillada no expresaba suficientemente claro dicho consentimiento (62).

Supongamos ahora que la respuesta del aceptante es claramente una contraoferta (y por lo tanto sería conducida por el segundo procedimiento) y envía los bienes. El comprador puede aceptar los términos de la contraoferta; en ese caso los términos del contrato serán los del vendedor. Pero el comprador puede también recibir y aceptar los bienes sin aceptar expresamente los términos de la contraoferta. ¿Qué ocurrirá entonces? La mayoría de los tribunales consideran que tal aceptación por conducta no constituye la propia del § 2-207 (1), después de la coma, sino que el contrato quedaría formado en base a la subsección (3) —ter-

---

(61) *Dorton v. Collins & Aikman Corporation* [453 F. 2d 1161 (6th Cir. 1972)].

(62) Véase también esta situación en *C. Itoh & Co. (American) v. The Jordan International Co.* [552 F. 2d 1228 (7th Cir. 1977)]. *Itoh* envió un pedido de bobinas de acero a *Jordan*, sin ninguna previsión respecto al arbitraje. Por contra, la aceptación de ésta contenía una cláusula de sometimiento al arbitraje y otra que especificaba que si *Itoh* estaba en desacuerdo respecto de algún término, debía notificárselo. Las bobinas resultaron defectuosas, e *Itoh* demandó a la vendedora, quien opuso la cláusula de arbitraje, y solicitó la paralización del proceso y acudir a aquél. El Tribunal consideró que la especificación en el anverso de que se condicionaba expresamente tal aceptación al asentimiento del deudor de los términos adicionales o diferentes era lo suficientemente clara como para considerarla una contraoferta, la cual no había sido aceptada por *Itoh*. El contrato se formó —según opinando el tribunal— con base en § 2-207 (3), y los términos no coincidentes serían suplidos por los que previese el UCC. Como éste no preveía como término supletorio el arbitraje, éste no se entendió incorporado al contrato. Una buena exposición del caso puede verse en Robert S. SUMMERS/Robert A. HILLMAN. *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine and Practice*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1987. Chapter 4. pp. 496 y ss.

cer procedimiento—, y los términos no concordantes se reemplazarían por las reglas supletorias del Artículo 2 del UCC (63).

Un ejemplo de este último supuesto es *Diamond Fruit Growers, Inc. v. Krack Corporation* (64). La demandada *Krack Corp.*, se dedicaba a fabricar congeladores y frigoríficos. Los tubos que utilizaba se los suministraba mediante pedidos anuales *Metal-Matic, Corp.*. Esta incorporaba a sus formularios de aceptación una cláusula de renuncia de garantías y exclusión de responsabilidad por posibles daños. Durante los diez años de relación comercial que llevaban entre sí esas dos empresas, en alguna ocasión *Krack* había intentado que *Metal* cambiase esa cláusula, pero ésta se había negado. A pesar de ello, aquélla continuó aceptado los bienes suministrados. En una de sus muchas operaciones, la demandada vendió a *Diamond Fruits* una cámara frigorífica para conservar fruta. Pero a consecuencia de un defecto en el sistema de congelación, producido por un tubo suministrado en mal estado, se perdió toda ella. Por ello *Diamond Fruits* demandó a la vendedora de la cámara y solicitó indemnización. A la vez, ésta exigió de *Metal-Matic* responsabilidades, quien se opuso alegando la cláusula de renuncia y exclusión. El Tribunal entendió que dicha cláusula no había pasado a formar parte del contrato, por cuanto *Krack* no la aceptó expresamente, sino simplemente recibió los tubos. Por ello no era aplicable la subsección (1) sino la (3). En definitiva, *Metal-Matic* debía indemnizar.

b.2 § 2-207 (2). Una vez dilucidado en la subsección (1) [y eventualmente en la (3), si aquélla no funciona] si existe o no contrato, la subsección (2) nos indica cuáles son los términos del mismo. Ello se hace depender de dos variables: a) si las partes son comerciantes o no, y b) si los términos añadidos por el aceptante son adicionales o diferentes.

a) *Comerciantes o no comerciantes. Modificación sustancial.* Cuando alguna de las partes no es comerciante (*merchant*) (65) se

---

(63) WHITE está de acuerdo con esa solución, porque de esta manera las normas supletorias «neutras» del UCC controlarían los términos del contrato. También SUMMERS, pero considera que en algunos casos la solución tendría que ser la prevista en la subsección (1); sobre todo cuando la pretendida aceptación es claramente una contraoferta, y el inicial oferente es consciente de la misma y aún así acepta los bienes. Este es el supuesto del caso seguidamente expuesto, cuya solución considera lamentable. Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). p. 40.

(64) *Diamond Fruit Growers, Inc. v. Krack Corporation* [794 F. 2d 1440 (9th Cir. 1986)]. Un estudio comparativo de estos cuatro casos últimos (*Roto-Lith, Dorton, Itoh y Diamond Fruit*) puede verse en MURRAY. The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions (n. 53). pp. 1330 y ss. (para los tres primeros) y p. 1342, nota 133 (para el último).

(65) Para el concepto de comerciante en el UCC, ver § 2-104(1).

aplica la primera parte de la subsección (2): «[l]os elementos adicionales deben estar contruidos como propuestas adicionales al contrato». Es decir, dichos términos constituyen una petición de modificación de un contrato ya existente, y, por tanto, forman parte del mismo sólo si el oferente los acepta. Como regla general, el silencio del oferente no es aceptación.

Cuando *ambas partes son comerciantes*, los términos adicionales pasan a formar parte del contrato, a menos que el oferente haya limitado expresamente la aceptación a los términos de la oferta [§ 2-207 (2)(a)] (66), o que los términos adicionales la modifiquen sustancialmente [§ 2-207 (2)(b)], o que el oferente objete expresamente tal adición [§ 2-207 (2)(c)].

Aquí se plantea el problema de *cuándo se produce una modificación sustancial*. Esa es una cuestión compleja (67), que los *Comments* 4 y 5 del § 2-207 nos pueden ayudar a resolver. Establece el *Comment* 4 que las cláusulas que en un principio modifican sustancialmente el contrato son aquellas que, incorporadas sin expreso conocimiento de la otra parte, pueden resultarle sorprendentes o gravosas (por ejemplo: cláusula de renuncia de garantías; cláusula que estipula un período de reclamación más corto de lo acostumbrado o razonable, ...).

Por su parte, el *Comment* 5 recoge ejemplos de aquellas cláusulas que, al no conllevar un elemento de sorpresa irrazonable, se consideran que no modifican sustancialmente el contrato: cláusulas de exclusión de la responsabilidad por causas de fuerza mayor; cláusulas que fijan un tiempo razonable para reclamar, dentro de los usos del sector; cláusulas que prevean intereses para el caso de facturas o deudas retrasadas; cláusulas que limiten la posibilidad de demandar por cumplimiento defectuoso, siempre que las mismas se incluyan en el ámbito de lo tolerado según los usos y costumbres.

En la práctica, la mayoría de estos conflictos han surgido cuando el aceptante ha incluido en su declaración una cláusula de arbitraje, mientras el oferente nada ha dicho al respecto. Por lo general, los tribunales han considerado que dicha cláusula modifica sustancialmente el contrato, y por tanto no pasa a formar parte del mismo (68).

Se ha dicho, no sin faltarles razón, que este problema tiene una fácil solución en la práctica: cuando las partes están litigando en ape-

---

(66) La contrapartida a este poder del oferente de limitar la aceptación se encuentra en la subsección (1) post-coma, donde el aceptante puede condicionar su aceptación al asentimiento por parte del oferente de sus nuevos términos. FRANSWORTH opina que el § 2-207 concede mucho al oferente en la subsección (1) y poco al aceptante en la (2) [cfr. *Contracts* (n. 44), p. 176].

(67) Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44), p. 38.

(68) Pueden verse varios ejemplos en CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44), p. 109.



lación o casación sobre si un término modifica o no de forma sustancial el contrato, lo más probable es que efectivamente lo haga. Porque si no, no litigarían (69).

b) *Términos adicionales o diferentes*. Esta es la cuestión más discutida de la Sección 2-207, y una de las grandes polémicas del UCC. Por ello merece se dedique la atención a este punto de manera algo más excepcional. Se verá primero qué es un término adicional y uno diferente, y los problemas que plantea; a continuación se examinará el origen de la controversia; y finalmente se estudiarán las soluciones que se han propuesto para ambas clases de términos.

b.1) *Concepto de término adicional y diferente*. Un término *adicional* es aquel que se refiere a aspectos sobre los que la otra parte nada ha dicho. Y término *diferente* es el contrario a uno o varios términos ya regulados o establecidos por la otra parte. Es decir, mientras que el adicional añade sobre lo nada dicho, el diferente se opone a lo dicho.

El problema reside en si esta análisis debe hacerse con respecto a los términos explícitos en la oferta, o también se deben incluir los implícitos. En otras palabras, si cuando el oferente realiza la oferta, su contenido está formado por los términos explicitados en ella, o también hay que incluir los supletorios del *Code* previstos para los casos en los que no se diga expresamente nada al respecto. De hecho, éste fue el caso de *Roto-Lith* (70), pues el oferente nada dijo en su oferta referente a las garantías, mientras que el aceptante renunció a ellas. ¿Es esta cláusula adicional o diferente, teniendo en cuenta que la sección 2-314 UCC prevé una garantía implícita en todos los contratos? No es una cuestión pacífica. Unos opinan que será diferente, por cuanto la oferta hay que evaluarla en su conjunto (71). El problema es que de esta manera se reduce mucho el ámbito de los términos adicionales, pues la mayoría de los términos que añaden algo a lo dispuesto en la oferta se enfrentan con alguna regulación supletoria del *Code*. Otros opinan que será adicional, mediante un argumento *a contrariis*: si es diferente, y éstos no tienen aplicación en el § 2-207(2), esta sección tendrá muy escasa aplicación en la práctica; sólo en el raro caso que la aceptación contenga un elemento respecto al cual la oferta nada haya dicho, acerca

---

(69) Cfr. WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). p. 38.

(70) Ver nota 59 y texto que la acompaña.

(71) Cfr. BAIRD/WEISBERG, *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207* (n. 53). p. 1242, y WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 36 y ss.

del cual el *Code* no prevea un término implícito o supletorio, y sin que los usos del tráfico ni las negociaciones lo regulen (72).

b.2) *Origen de la controversia*. La polémica reside en que mientras la subsección (1) permite que una aceptación sea operativa aunque contenga términos adicionales o diferentes, la subsección (2), que es la que especifica los términos que pasarán a formar parte del contrato, no habla para nada de los términos diferentes, sino que tan sólo se refiere a los adicionales.

b.3) *Soluciones a los términos diferentes*. Básicamente, las soluciones que se han propuesto han sido dos: (b.3.1.) considerar que merecen un trato semejante a los adicionales, (b.3.2.) entender que si el *Code* no los ha incluido será por algo; pero entonces el problema radica en qué hacer con ellos.

b.3.1.) *Términos diferentes iguales a los adicionales*. Los autores que defienden esta postura se basan principalmente en la historia de la redacción de la sección 2-207 (73). En el borrador del texto de junio de 1951 se incluía la expresión «o diferentes» en las subsecciones (1) y (2), mientras que en el borrador final de noviembre de 1951 la referencia a los términos diferentes de las subsección (2) desapareció. Lo que ocurrió —opinan esos autores— fue que tal referencia se perdió como consecuencia de un *error tipográfico o de imprenta*.

En resumen, esta postura aboga por un trato común entre ambos términos. De tal manera que el § 2-207 (2) UCC se aplique tanto a los adicionales como a los diferentes. Y así, se evita el problema de qué hacer con los términos diferentes, cuestión que tendrán que abordar los que se oponen a ese trato parejo (74).

---

(72) Cfr. UTZ. *More on the Battle of the Forms: The Treatment of «Diferent Terms» Under the Uniform Commercial Code* (n. 53). pp. 116 y ss. («*Interesting!*», termina diciendo este autor con ironía); VON MEHREN, *The «Battle of the Forms»: A Comparative View* (n. 33). pp. 285 y ss.

(73) Cfr. MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53). pp. 1365 y ss.; UTZ. *Ibidem*. pp. 110 y ss. En contra, tomando también como base la historia de la redacción de la Sección, BAIRD/WEISBERG. *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207* (n. 53). p. 1240, nota 61.

(74) No todos los partidarios de esta solución están convencidos de la solidez de sus argumentos. MURRAY (cfr. *Ibidem*. pp. 1355 y ss.), por ejemplo, es consciente que la historia legislativa —mejor dicho, la historia de la redacción— no es derecho positivo, y que el *Comment 3* no forma parte del *Code*, pues, al igual que los restantes, no han sido promulgados por los diferentes Estados.

En contra de esta postura, BAIRD/WEISBERG (*Ibidem*. p. 1240, nota 61), quienes precisamente opinan que la redacción de dicha sección manifiesta con claridad que la palabra «diferente» fue suprimida intencionadamente del borrador final, para evitar que tales términos fuesen regulados por esa subsección.

b.3.2.) § 2-207 *no aplicable a términos diferentes*. Los partidarios de esta postura tienen como principal baza la literalidad del texto (75). Ahora bien, el problema que se les plantea es *qué hacer con los términos diferentes*.

La solución no es pacífica. De hecho, los mismos WHITE y SUMMERS polemizan entre sí. El primero defiende la *knock-out rule* en virtud de la cual los términos contrarios se cancelan mutuamente. El segundo opina que los términos de la aceptación diferentes quedan fuera del contrato, al no serles aplicable la subsección (2), y prevalecer sobre ellos los de la oferta (es decir, si el oferente establece A y el aceptante B, el primero prevalece sobre el segundo).

La principal crítica que WHITE efectúa contra este último análisis es que siguiendo esta postura se concede al primero que envía el formulario una ventaja indebida, gratuita, no merecida (pues sus términos siempre pasarán por encima de los del aceptante).

La defensa de SUMMERS se basa en que dicha ventaja no es del todo gratuita, pues el destinatario de la oferta (aceptante) siempre puede objetar su contenido. Su posición se fundamenta en dos argumentos: (a) cree que es más desleal para el oferente la postura de WHITE que para el aceptante su análisis, pues el oferente tiene más razón de esperar que sus términos controlen el contrato que no el aceptante, ya que éste es consciente que los dos formularios no coinciden casi nunca; (b) el análisis de la § 2-207 se hace a partir de los términos de la oferta, a los que pueden añadirse otros, pero siempre que pasen por el filtro de la subsección (2).

La postura de estos dos autores ha influido en no pocas sentencias, y la mayoría de ellas han seguido la postura de WHITE, aplicando la *knock-out rule* (76). Un caso importante fue *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* (77). Recordemos, *Pennwalt* contenía en su oferta una cláusula que limitaba la garantía a un año, mientras que *Daitom*, en su aceptación se remitía a las garantías previstas en la ley (cuatro años).

El Tribunal abordó dos aspectos de la problemática, aunque tan sólo se analizará el segundo: los términos diferentes (78).

(75) WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 31 y ss.; CALAMARI/PERILLO. *The Law of Contracts* (n. 44). p. 104; BROWN. *Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work* (n. 53). pp. 930 y ss.

(76) Véase un elenco de las mismas en MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53). p. 1356.

(77) *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* [741 F. 2d 1569 (10th Cir. 1984)]. Ver en nota 5 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos.

(78) El primero trataba del proceso de formación, en concreto de la aplicación del procedimiento basado en la 2-207(1), después de la coma, y adoptó la línea interpretativa restrictiva (siguió la doctrina de *Dorton*).

El principal argumento de la demandada era que había limitado la garantía a un año, de acuerdo con la sección 2-725 (1) UCC que lo permite. Y como la demandada nada había dicho al respecto, debía entenderse que la reducción seguía en pie. Por lo tanto, la acción era extratemporal.

El Tribunal rechazó ese argumento y acogió el recurso de *Daitom*. Consideró que en este caso los términos eran diferentes, pues la oferta contenía una limitación de las garantías a un año, mientras que la aceptación se remitía a las garantías concedidas por la ley [la § 2.725 (1) UCC establece un plazo general para reclamar de cuatro años]. ¿Cuál era la solución? Decidió que la mejor solución a esos casos era la *knock-out rule*. Por lo tanto, ambos términos se anulaban entre sí, y ese aspecto pasaba a ser regulado por el *Code* mediante sus normas supletorias: las §§ 2.725 (1), 2-313, 2-314 y 2-315 le llevaron a la conclusión que el plazo era de cuatro años, y por tanto la acción no había prescrito (79).

(b.4) *Soluciones a los términos adicionales*. Al respecto hay que diferenciar dos supuestos.

(b.4.1.) *Términos (adicionales) que se encuentran en la oferta y no en la aceptación*. Parece claro que los términos contenidos en la oferta y no contravenidos en la aceptación pasan a formar parte del contrato. Constituiría un caso de aceptación por silencio, a pesar que, efectivamente, se concede una ventaja gratuita para el oferente.

(b.4.2.) *Términos (adicionales) que se encuentran en la aceptación y no en la oferta*. En este supuesto, según la subsección (2), dichos términos se incorporan al contrato siempre que no se den las excepciones contenidas en la misma. El punto más conflictivo es dilucidar si una modificación es o no sustancial.

Todo ello debe enjuiciarse desde la perspectiva que los términos diferentes no son aplicables a la subsección (2). Si se defendiese lo con-

---

(79) «Incluso si un término eliminado mediante la *knock-out rule* es reintroducido por medio de los términos supletorios del UCC [como es el caso aquí contemplado: § 2-725 (1)], dicho resultado no es una manifestación de la debilidad de dicho análisis. Al revés, por lo menos el término reintroducido tiene el mérito de ser uno que los redactores del UCC consideraron adecuado» [*Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F. 2d 1569 (10th Cir. 1984). SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Sales. Teaching Materials* (n. 5). p. 106].

La sentencia tuvo una opinión disidente (*dissenting opinion*), a cargo del Juez BARRET. Sostuvo que en este caso no había términos diferentes, pues en el pedido de *Daitom* no había ningún elemento que contradijera los términos de *Pennwalt*. Por lo tanto, la *knock-out rule* no era aplicable al caso [cfr. SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Ibidem*. p. 108].

trario, el análisis de los términos adicionales y el de los diferentes sería el mismo.

b.3. § 2-207 (3). Antes se ha hecho referencia a los dos procedimientos posibles de formación del contrato según la subsección (1), el anterior y el posterior a la coma (80). Existe un tercero, que es el que recoge esta subsección. Esta regula el contrato de hecho: aquella conducta de las partes que reconoce la existencia de un contrato aunque de sus escritos no se derive el mismo. Para su aplicación es requisito necesario la existencia de escritos entre las partes. Si se diese una oferta por escrito y una aceptación mediante un comportamiento (enviar pedido y entregar bienes), no sería de aplicación la § 2-207 (3), sino las §§ 2-204 y 2-206.

¿En qué supuestos no se deriva de los escritos el contrato? Pues en todos aquellos casos vistos en las subsecciones (1) y (2) en los que no se ha concluido contrato: (a) aceptación condicionada expresamente al consentimiento por parte del oferente de los términos adicionales o diferentes —§ 2-207(1), después de la coma—; (b) términos diferentes en la aceptación, siempre que no se siga la *knock-out rule*; (c) término en la aceptación demasiado diferente respecto de la oferta (que afecta al precio, cantidad, ...); (d) en general, cualquier supuesto en el que la presunta aceptación no sea válida como tal.

Los términos de ese contrato, según sigue diciendo la subsección, son aquellos en los que las partes han coincidido, más los términos supletorios del *Code* incorporados en su caso. Estos pueden ser de diverso tipo (81), por ejemplo:

1. los derivados de las negociaciones previas [§ 1-205 (1)], de los usos del tráfico [§ 1-205 (2)], o de las prácticas entre las partes [§ 2-208 (1)];
2. los referentes a las condiciones de entrega [por ejemplo, §§ 2-309 y 2-503];
3. los referentes a las condiciones de pago [por ejemplo, §§ 2-310, 2-507 ó 2-511];
4. los referentes al precio [§ 2-305];
5. los referentes a la cantidad, sobre todo en los contratos de suministro (*requirements contracts*) [§ 2-306].

De alguna manera, esta subsección es una «cláusula de cierre» de los diferentes recorridos encaminados a la formación del contrato. La filosofía que subyace es que si las partes cumplen, hay contrato, aun-

---

(80) Cfr. p. 32.

(81) Un buen desarrollo de esa temática véase en WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). § 3. *Terms of the Contract*. pp. 119 y ss.

que de sus documentos no se desprenda tal consecuencia. Eso sí, los términos serán «neutros»: el contenido del contrato estará formado por aquellos elementos en que las partes estén de acuerdo, más los supletorios del *Code* (estén disconformes o hayan dicho nada respecto a éstos). Esta es también la idea que se desprende del *Comment 7* de la § 2-207, que explica el propósito de la subsección (3) (82). Sin embargo, alguna sentencia y algún autor ha defendido que los términos del contrato deben extraerse del comportamiento de las partes y no supletoriamente del *Code* (83).

Con todo, los jueces y comentaristas han abusado de esta subsección, utilizándola como una solución a todo tipo de casos difíciles de resolver bajo la subsección (1). Las razones de ello han sido dos: a) libera al juez de la aparente complejidad y confusión generada por la poco afortunada redacción de la subsección (1), b) es útil para, con base en la idea de la equidad, rechazar cualquier ventaja basada en la posición de las partes a la hora de establecer los términos que regirán el contrato (84).

b.4 *Confirmaciones*. Hasta ahora hemos estudiado la § 2-207 en términos de «aceptación que varía los términos de la oferta». Sin embargo, esta sección también tiene aplicación al caso de la «confirmación que varía». Es decir, aquellos casos en que se ha llegado a un acuerdo oral o informal, y posteriormente una o varias de las partes envían un formulario de confirmación que incluye términos diferentes o adicionales a los previamente acordados. A estos casos se les aplica el mismo régimen que el ya estudiado para la aceptación que varía la oferta. La única diferencia reside en los términos diferentes, en los que sí es de aplicación la *knock-out rule*, pues así lo prevé el *Comment 6* (85).

Un buen caso fue *American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association* (86). Las partes inicialmente llegaron a un acuerdo oral,

---

(82) El *Comment 7* fue añadido en 1966 en respuesta a *Roto-Lith* para evitar esa interpretación, ya que el problema, en última instancia, debió ser resuelto acudiendo a la subsección (3), y nunca como se hizo.

(83) Un resumen y crítica de esta postura, en Brad. A. LEVIN, *Applying the UCC's Supplementary Terms to Contracts Formed by Conduct under Section 2-207(3)*. 24 *Uniform Commercial Code Law Journal* (1992). pp. 210 y ss.

(84) Cfr. BROWN, *Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work* (n. 53). pp. 923 y ss.

(85) Este era precisamente uno de los argumentos de SUMMERS para oponerse a dicha regla en el caso de una aceptación en formulario con términos diferentes: el hecho que el *Comment 6* establezca dicha solución (la *Knock-out rule*) sólo para las confirmaciones, y no también para las aceptaciones.

(86) *American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association* [8 Michigan Appeal 156, 154 N.W. 2d 5 (1967)] Véase en Arthur ROSSET, *Contract Law and its Application* (4th ed). New York. The Foundation Press, Inc. 1988. pp. 513 y ss.

pero posteriormente el vendedor envió un formulario de confirmación que contenía todos los elementos del contrato, más una cláusula de arbitraje. A la vez, establecía que tal formulario controlaría el contrato «si el comprador aceptaba la entrega de todos o parte de los bienes aquí descritos». El comprador rehusó aceptar parte de los bienes, y el vendedor acudió al arbitraje. Pero aquél trató de suspenderlo, o cuanto menos, paralizarlo. Ante esa actitud, el vendedor quiso acudir a juicio. El Tribunal le negó tal posibilidad y le obligó a atenerse al arbitraje. Dos fueron sus afirmaciones relevantes: (a) según la subsección (1), un formulario de confirmación podía constituir una aceptación, aunque hubiera habido anteriormente una oferta y aceptación oral; (b) los términos adicionales de la aceptación —confirmación— podían ser incluidos retroactivamente en el acuerdo oral previo, en base a la subsección (2).

Con todo, para entender la subsección (1) debería eliminarse la expresión «confirmación escrita» de su articulado, pues no se entiende como una confirmación de un contrato ya perfeccionado puede valer como aceptación.

**b.5 Resumen.** Sintetizando el funcionamiento de esta sección 2-207, cuando la aceptación o la confirmación de un acuerdo previo (oral o informal) difieran de la oferta o de ese acuerdo, por cuanto existan términos adicionales o diferentes en estas últimas, el contrato puede formarse mediante tres procedimientos distintos: 1.º con base en § 2-207 (1), antes de la coma: la aceptación con términos adicionales o diferentes vale como tal; 2.º con base en § 2-207 (1), después de la coma: aceptación condicionada al asentimiento por el oferente de los términos adicionales o diferentes; luego dicha aceptación tiene valor de contraoferta; 3.º con base en § 2-207 (3): la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de un contrato, aunque éste no se deduzca de los escritos.

Posteriormente, la subsección (2) y la segunda parte de la (3) señalan los términos que pasan a formar parte del contrato:

1. en el caso que se haya formado según la § 2-207 (1), será de aplicación la subsección (2): a) si una de las dos partes o ambas no son comerciantes, el contrato se forma con los términos comunes de la oferta y la aceptación, más lo términos adicionales, que serán meras propuestas que tendrá que aceptar el oferente; b) si ambos son comerciantes, tales términos adicionales pasan a formar parte del contrato, a menos que el oferente haya limitado la aceptación a los términos de la oferta u objeto dichos nuevos términos, o que éstos modifiquen sustancialmente el contrato:

2. en caso de formación según la § 2-207 (3), los términos de ese contrato serán aquellos en que coincidan las partes, más los supletorios que regule el *Code*.

### c) *Conclusión*

Aunque la regla de la § 2-207 ha supuesto un avance en la adecuación de la teoría de contratos a la práctica de la segunda mitad de siglo, no ha estado exenta de críticas, surgidas de dos vertientes diferentes: por su *mala redacción*, o por *haber abandonado la regla clásica*.

La mayor parte de ellas reprobaban su *redacción*, pues ha generado nuevos problemas. De hecho, las cuestiones que se han estudiado anteriormente tienen su origen en expresiones desafortunadas, imprecisas u oscuras (modificación sustancial, adicionales o diferentes, aceptación condicionada expresamente, etc.). La doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en esas críticas (87).

La causa de ese defectuoso funcionamiento de la sección reside en su ambigüedad (88). Todo análisis de la problemática de la aceptación no coincidente con la oferta, y en concreto, de la *battle of the forms*, parte de la base que el oferente y el aceptante deben manifestar su intención de asumir la obligación. Pero dicho requisito puede entenderse de dos maneras: (1) según la teoría clásica, se requiere un completo acuerdo en todos los puntos, y los desacuerdos deberán resolverse antes de perfeccionar el contrato, dando a una parte el poder de controlar (*last shot*, etc.); (2) según las posturas innovadoras, no es necesario el acuerdo total, pues es suficiente que las partes convengan que el trato está hecho (*deal-is-on*), mas en este caso ningún término se impone sobre el del otro, sino que se acude a los términos «neutrales» previstos supletoriamente por el ordenamiento. Pues bien, un ordenamiento jurí-

---

(87) BAIRD y WEISBERG consideran que «2-207 is a statutory disaster whose every word invites problems in construction» (Rules, Standards. and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207 (n. 53). p. 1224). Grant GILMORE la trata de abominable, miserable, embarrullada (*bulgled*) y chapuza (*patched-up job*) [carta de GILMORE a SUMMERS, de 10 de septiembre de 1980, reproducida en SPEIDEL/SUMMERS/WHITE. *Sales, Teaching Materials* (n. 5). pp. 93 y ss.]. WHITE y SUMMERS la comparan a un tanque anfibia preparado para luchar en pantanos, y que al final se envía al desierto, con el inconveniente adicional que la oreografía del mismo no es lineal sino muy variada [*Uniform Commercial Code* (n. 44). pp. 29 y ss.]. Para VON MEHREN «[s]ection 2-207 has risen to many complications and difficulties» [The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). p. 278]. En *Southwest Engineering Co., Inc. v. Martin Tractor Co., Inc.* [205 Kansas 684, 473 P. 2d 18, 25 (1970)] el Tribunal la calificó de «lóbrego pedacito de prosa» (*murky bit of prose*). Y *Roto-lith* (n. 59) la consideró «no muy afortunadamente redactada» (*not too happily drafted*).

(88) Cfr. VON MEHREN. *Ibidem*. p. 295.



dico debe optar entre uno de estos dos análisis, pero no existe un camino intermedio. Y ahí fue donde fallaron los redactores de la § 2-207: trataron de acogerse a los dos a la vez, y se quedaron a medias: mientras la subsección (1) permite que en lo que las partes no se hayan puesto de acuerdo sea el juez quien supla los términos, la subsección (2) parece permitir que una parte controle los términos del contrato. Debido a esta ambigüedad, la § 2-207 puede ser interpretada más o menos hacia el lado que a uno le interese (89).

Pocos son los que critican la Sección por *haber abandonado la tradicional mirror-image rule*. Dos de ellos han recogido las tres críticas principales a esta regla y las han intentado rebatir, con el objetivo de demostrar la conveniencia de volver al criterio tradicional frente a la regla actual contenida en el UCC (90):

a) la primera crítica sugiere que dicha regla fomenta el efecto «ping-pong», pues las partes se irán enviando formularios, cada uno de ellos algo diferente al anterior, lo que conlleva una sucesión de contraofertas sobre contraofertas. Los autores refutan dicha idea considerando que la realidad no es tal, pues ante una parte que insiste tercaamente en unos términos la otra deja de contratar con ella y busca una tercera;

b) la segunda crítica observa que dicha regla permite a las partes no cumplir con su obligación aduciendo que el contrato no se ha formado. También la rechazan con base en la práctica judicial norteamericana *pre-Code*, que era muy estricta en estos temas y no dejaba fácilmente que se llevara a cabo dicho fraude;

c) la tercera, y quizás la más importante, se refiere a que una parte, normalmente el comprador, queda obligado por los términos de la otra, aunque no tenga ningún conocimiento de los mismos; por ello, dice la crítica, la regla del espejo favorece el que las partes inserten en sus respectivos formularios términos que tan sólo les favorezcan a ellos, y no también a la otra parte. Los autores responden que precisamente es a la inversa, pues esa regla incentiva al vendedor a moderar los términos del formulario para reflejar el mutuo interés de las partes en esa transacción, ya que si el vendedor no redacta el formulario con base a ese interés mutuo, nadie querrá contratar con él o quien contrate se volverá atrás. Por ello, el formulario siempre será equidistante a los intereses de las dos partes.

---

(89) Se han propuesto nuevas redacciones para esta Sección. Por ejemplo MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53). pp. 1372 y ss., o BARRON/DUNFEE. *Two Decades of 2-207: Review, Reflection and Revision*. 24 *Cleveland State Law Review* (1975). pp. 171 y ss.

(90) Cfr. BAIRD/WEISBERG. *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207* (n. 53). pp. 1252 y ss.

En definitiva, siguen diciendo esos autores, bajo la *mirror-image rule* ambas partes, a la hora de redactar sus formularios para un particular tipo de contrato, tienen el incentivo de hacerlo hipotizando los términos que habrían acordado ambos (pues tiene en cuenta ambos intereses). Esto lleva a que tales términos sean más convenientes para algunas transacciones que los previstos como supletorios por el *Code*.

Como se apuntaba al principio de este capítulo, el Artículo 2 UCC está en *proceso de revisión*. El Grupo de Estudio, en su *report*, sugirió una profunda revisión de la § 2-207 con base en los siguientes criterios (91):

- La nueva sección debe redactarse en estrecha relación con las disposiciones de la parte 2 del Artículo 2, particularmente la § 2-204;
- La fórmula de la subsección (3) debe ser enfatizada, pues tiene mucha importancia en la práctica;
- Las partes deben poder excluir esta sección de su regulación contractual;
- Las cuestiones de tiempo derivadas del uso de los formularios deben ser irrelevantes.

En concreto, el Grupo de Estudio rechazó de manera explícita adoptar la solución prevista por el artículo 19 del Convenio de Viena (92) y recomendó que se tomara en consideración la propuesta del profesor Murray (93) según la cual debe darse relevancia al contrato de hecho y a los términos supletorios previstos por la parte 3 del Artículo 2, dejando de lado la disputa entre los términos adicionales o diferentes.

#### d) La Sección 2-207 UCC y el correo electrónico

El correo electrónico (en su acepción original, *Electronic Data Interchange* —EDI—) es el procedimiento por el cual los documentos e informaciones del tráfico comercial pueden transmitirse entre ordenadores por medio de un soporte electromagnético y en formatos estandarizados (pedidos, reclamaciones, comunicaciones de envío, etc.), en sustitución de los tradicionales documentos en papel.

---

(91) Cfr. *PEB Study Group UCC Article 2. Preliminary Report* (n. 42). pp. 67 y ss.

(92) Cfr. *PEB Study Group UCC Article 2. Ibidem*. p. 68, nota 36.

(93) Propuesta contenida en MURRAY. *The Chaos of the «Battle of the Forms»: Solutions* (n. 53).

Debido a la importancia que este fenómeno estaba tomando en la práctica contractual, el comité para asuntos relacionados con el UCC del colegio de abogados norteamericano (*American Bar Association's Committee on the Uniform Commercial Code*) encargó a un comité la tarea de evaluar el impacto de las nuevas tecnologías electrónicas en la formación y ejecución de los contratos. Este estudio concluyó a finales de 1989, recomendando el establecimiento de acuerdos marco entre las partes que regulasen las sucesivas operaciones, y proponiendo ellos mismos un *modelo de acuerdo* (glosado por una serie de comentarios y precedido de un informe), cuyo ámbito de aplicación coincidiría con el del *Article 2 UCC* (93 bis).

Por lo que al objeto del trabajo se refiere, la experiencia norteamericana de la contratación mediante correo electrónico muestra que sus usuarios no han dejado de lado el uso y la aplicación de las cláusulas impresas en los reversos de los formularios. Por eso, una implantación con éxito de ese procedimiento debe considerar la interacción entre el uso del correo electrónico y los términos y condiciones que conforman el contenido del contrato.

El modelo de acuerdo resuelve esta cuestión presentando tres situaciones posibles:

a) *las partes, antes o a la vez que suscriben el modelo de acuerdo, firman un convenio marco* en el que han tenido oportunidad de negociar los términos y condiciones aplicables a cualquier transacción.

b) *las partes firman este acuerdo marco después de haber suscrito el modelo de acuerdo;*

c) *las partes llevan adelante sus transacciones mediante el correo electrónico sin ningún tipo de acuerdo sobre el tema.*

En este tercer supuesto, el realmente conflictivo, la § 3.1 del modelo de acuerdo requiere a las partes para que escojan la manera de prever las cláusulas adicionales, presentándoles tres alternativas:

---

(93 bis) Véase MICHAEL S. BAUM, AMELIA H. BOSS, THOMAS J. MCCARTHY, PHILIP V. OTERO, JEFFREY B. RITTER. The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report and Model Trading Partner Agreement. 45, *The Business Lawyer* (1190), pp. 1647 a 1749. El uso del correo electrónico tiene varias *ventajas*: a) reduce la utilización y manejo de papel; b) reduce la posibilidad de error en la entrada de datos (entre otras razones porque debido a la rápida transmisión de los mismos la otra parte puede advertirlo de inmediato); c) reduce los costes administrativos y de procesamiento; d) reduce las necesidades de almacenamiento, pues el correo electrónico facilita el conocimiento inmediato de los pedidos y la fabricación de los productos según la demanda (el llamado método de producción *just in time*). También tiene sus *limitaciones*, y una de ellas es que se necesita un cierto volumen de transacción para utilizar eficientemente el correo electrónico, pues los costes de instalación y puesta en marcha son altos.

a) la primera opción exige una *negociación y acuerdo sobre los términos y condiciones adicionales*. De esta manera se consigue el nivel máximo de certeza, pero es más caro;

b) la segunda opción *permite incorporar formularios ya impresos al contrato formado mediante proceso electrónico*. No se alcanza un nivel de certeza tan alto, pero es más barato. En caso de surgir un conflicto entre ambos formularios, se aplica la solución prevista en la § 2-207 UCC. Esto ha sido objeto de críticas pues perpetúa en el medio electrónico norteamericano uno de los aspectos más conflictivos del actual derecho de contratos. Pero el grupo de trabajo ha hecho frente a estas objeciones argumentando que ésta es la manera como en la práctica se forman la mayoría de contratos, y que sería negar la realidad pretender eludir ese problema, a la vez que supondría una temeridad intentar establecer una manera propia de resolverlo, pues muchas veces se ha intentado y todavía no se ha encontrado una manera satisfactoria de decidir qué han acordado las partes cuando han concluido un contrato sobre las bases de un intercambio rutinario de clausulados no negociados;

c) la tercera opción propone *incorporar a cada contrato la manera por la cual la ley aplicable determine esos términos y condiciones no acordados*.

Ciertamente, todo ello no deja de ser una propuesta, sometida a la discusión doctrinal y al crisol de la práctica; pero mientras ellos discuten el derecho del próximo siglo, nosotros arrastramos todavía una regulación del siglo pasado.

## II. LA REGLA DEL ESPEJO EN ESPAÑA

### A. Estado de la cuestión y propuesta

Por lo general, las cuestiones sobre formación del contrato no han sido tratadas con excesiva amplitud ni profundidad por nuestra doctrina, salvo algunas excepciones concretas (94). Y de ello uno adquiere conciencia cuando acude a otros ordenamientos, y observa el volumen de los trabajos al respecto.

---

(94) La mayoría de trabajos se insertan en manuales de ámbito más general. La bibliografía de referencia es la siguiente: Manuel ALBALADEJO GARCÍA. *Derecho Civil*. Tomo II *Derecho de Obligaciones*. Vol. 1.º *La obligación y el contrato en general* (8.ª ed). Barcelona. Librería Bosch. 1989. pp. 404 y ss.; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I (2.ª ed). Madrid. Tecnos. 1983. pp.

## 1. *La doctrina*

Se entiende por *oferta* aquella declaración de voluntad dirigida a un sujeto particular o al público en general, por la que se propone la realización de un determinado contrato. Esta declaración de voluntad debe reunir una serie de requisitos para ser considerada como oferta propiamente dicha: completa, definitiva y con seria intención de vincularse contractualmente. Así lo entiende unánimemente la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase, por ejemplo, las siguientes sentencias:

a) *Sentencia de 28 de mayo de 1945 (95)*: durante la Guerra Civil, el Sr. Angel Gamón, actuando como apoderado de Industrias Cinematográficas Españolas, S.A. (ICESA), ingresó en su caja social 230.000 pts., con la intención de aplicarlas a la suscripción de acciones de dicha entidad. Finalizada la contienda, en diciembre de 1939, la Junta General no aceptó tal suscripción, con base en que el Consejo de Administración no llegó a fijar sus términos ni se anunció al público. En vista de la negativa del Sr. Gamón a aceptar el acuerdo, ICESA interpuso demanda suplicando, entre otras cosas, se declarase sin eficacia en derecho tal suscripción.

---

204 y ss.; José Luis LACRUZ BERDEJO/Agustín LUNA SERRANO/Jesús DELGADO ECHERRÍA/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II *Derecho de Obligaciones*. Vol. II *Teoría General del Contrato* (2.ª ed). Barcelona. Librería Bosch. 1987. pp. 88 y ss.; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/Antonio GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II (6.ª ed). Madrid. Tecnos. 1989. pp. 69 y ss.; José PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. 1.º (3.ª ed). Barcelona. Librería Bosch. 1988. pp. 167 y ss.

Los estudios monográficos son escasos, mas sirvan de referencia los siguientes: Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ. «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil». *La Ley* (1989-2). pp. 1135-1154 (publicado posteriormente en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia. 1989. pp. 395-422, en este trabajo será citado según su publicación en *La Ley*); Miguel COCA PAYERAS. *Comentarios del Código Civil, Artículo 1262* (dirigidos por Cándido PAZ-ARES/Luis Díez-PICAZO/Rodrigo BERCOVITZ/Pablo SALVADOR). Tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia. 1991. pp. 446 y ss.; Bernardo MORENO QUESADA. *La oferta de contrato*. Barcelona. Colección Nereo. 1963 (este trabajo fue publicado originariamente en *12 Revista de Derecho Notarial* (1956). pp. 107-211, y *13/14 Revista de Derecho Notarial* (1956). pp. 213-253); Alberto DE ROVIRA MOLA/Alberto PALOMAR BARO. «Problemas de la contratación entre personas distantes». *11 Anuario de Derecho Civil* (1958). pp. 177 a 223; Carlos ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. *La Ley* (1982-4). pp. 1253-1271. Merece especial atención el capítulo que Jesús ALFARO dedica al tema en cuestión, por la utilización de criterios de la doctrina alemana y por las propuestas que efectúa; véase *Las condiciones generales de la contratación* (n. 3) § 14. pp. 275 a 282.

(95) Sentencia de 28 de mayo de 1945 [(Ponente: Sr. José MÁRQUEZ CABALLERO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil. Mayo 1945. n.º 102. pp. 1038 a 1073]. *Aranzadi* (1945). 692.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, de 2 de junio de 1942, dio lugar a la demanda declarando la ineficacia. La Audiencia Territorial de Madrid, en sentencia de 21 de octubre de 1943, confirmó la apelada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. En sus considerandos estableció que los requisitos de la oferta eran: a) declaración de voluntad que manifieste de modo inequívoco el propósito de vincularse contractualmente, b) consentimiento —capacidad—, c) objeto, y d) causa. En este caso, por tanto, no hubo oferta porque no concurren todos los requisitos: el Consejo de Administración no llegó a fijar (lo cual era indispensable según los Estatutos) los términos de la suscripción, ni el capital a desembolsar por las nuevas acciones, ni se anunció al público la misma.

b) *Sentencia de 10 de octubre de 1980 (96)*: entre el Sr. Jaime Ojeda y la sociedad Ibérica de Comercio, Minas e Industrias, S.A. (Ibercominsa) se cruzaron una serie de cartas de las cuales se deducía la existencia de un contrato de compraventa de unos terrenos. Posteriormente la vendedora, Ibercominsa, se desdijo, por lo que el Sr. Ojeda la demandó solicitando el cumplimiento del contrato. La demandada se opuso al entender que el contrato no se había formado. El Tribunal Supremo dio la razón al demandante.

Afirmó en el segundo considerando que los requisitos de la oferta eran: a) contener los elementos necesarios para el futuro contrato (*essentialia negotii*), que en el caso de la compraventa eran la cosa y el precio; b) manifestación de la voluntad completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de vincularse contractualmente. Los primeros serían requisitos objetivos, mientras que los segundos subjetivos.

Hasta aquí la oferta. Por su parte, la *aceptación* es aquella declaración de voluntad dirigida al oferente, manifestando su conformidad con la oferta y su intención de obligarse. La doctrina, de manera general, considera como requisitos de la aceptación (97): recepticia, coincidencia absoluta con la oferta, expresar la intención de contratar y efectuarse en tiempo oportuno. *Considera de manera unánime que la aceptación ha de ser totalmente coincidente con la oferta*, de tal manera que

---

(96) Sentencia de 10 de octubre de 1980 [(Ponente: Sr. Jaime CASTRO GARCÍA). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil. Septiembre-octubre 1980. n.º 292. pp. 334 a 355]. *Aranzadi* (1980), 3623.

(97) Cfr. LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 89; PUIG BRUTAU. *Fundamentos* (n. 94). pp. 172 y 182; ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). p. 415; Díez-PICAZO. *Fundamentos* (n. 94). p. 210.

si se da cualquier *modificación* en sus términos, o *añadido*, ya no se trataría de *aceptación*, sino de *contraoferta* (98).

Respecto a la *aceptación condicional*, sin embargo, la doctrina no se pone de acuerdo en cómo debe considerarse jurídicamente:

a) una parte considera que el sometimiento de la aceptación a una condición es una *contraoferta* (99). El argumento que aducen es que el contenido de la aceptación no coincide con el de la oferta, con lo que el contrato no puede perfeccionarse.

b) sin embargo, otro sector estima que la aceptación condicionada no conlleva una *contraoferta*, aunque tampoco se produce realmente tal aceptación, sino que ésta se deja pendiente de la condición (100). De esta manera, si la condición se verifica, la aceptación deviene definitiva —y se concluye el contrato—, mientras que si no se cumple, nunca habrá existido.

También se ha planteado la cuestión de *si la contraoferta hace desaparecer la oferta primitiva o ésta se mantiene vigente*. El problema puede establecerse en los siguientes términos: un vendedor A ofrece una finca a un eventual comprador B por diez millones de pesetas. Este emite su declaración de voluntad de aceptación, pero fija el precio en nueve millones seiscientos mil. El vendedor le comunica que no acepta su *contraoferta*. Entonces B le manifiesta a A que acepta su oferta primitiva (es decir, acepta comprar por diez millones). Si entendemos que la *contraoferta* hace desaparecer la oferta primitiva, A puede negarse a considerar como formado el contrato, pues ésta se extinguió. Ahora bien, si se mantiene vigente aún con la *contraoferta*, la aceptación de B es eficaz y el contrato formado. La mayoría de la doctrina es partidaria de la primera postura, «pues es la que parece más acorde con la libertad individual y menos gravosa para las partes» (101). Mas, con todo, el destinatario de la oferta puede, sin rechazarla efectuar una *contraoferta*. Por ejemplo: «manteniendo en pie su oferta, le ofrezco comprarla

---

(98) Cfr. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos* (n. 94). pp. 210 y ss.; ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). pp. 405 a 407, 415 y ss.; LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). pp. 89 y ss.; LALAGUNA. «Sobre la perfección...» (n. 94). p. 1149; PUIG BRUTAU. *Fundamentos* (n. 94). pp. 172 y ss.; MORENO QUESADA. *La oferta de contrato* (n. 94). pp. 146 y ss.; COCA PAYERAS. *Comentario del Código Civil, Artículo 1.262* (n. 94). pp. 450 y ss., quien defiende la posibilidad que la aceptación que añade un nuevo elemento no sea *contraoferta*, sino acuerdo contractual en lo que coinciden, más nueva oferta por parte del aceptante.

(99) Cfr. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN *Sistema* (n. 94). p. 71, nota 1 *in fine*; MORENO QUESADA. *La oferta de contrato* (n. 94). p. 147.

(100) ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). p. 405, nota 1; LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 90, nota 6. El primero habla de que hay una *falta* de aceptación.

(101) Cfr. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos* (n. 94). p. 211. En el mismo sentido, ALBALADEJO. *Ibidem* (n. 94). p. 405 y MORENO QUESADA. *La oferta de contrato* (n. 94). p. 148.

por nueve millones seiscientos mil». Ahora bien, en ese caso habría que indicar con claridad que no se trata de un rechazo.

## 2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

La tesis que se defiende en este trabajo para nuestro ordenamiento, y que se tratará de apoyar con el estudio de las sentencias del Tribunal Supremo que aquí se exponen, es que *la doctrina tradicional de contratos no responde a la idea moderna de que la contratación actual es sobre lo básico del contrato*, dejando de lado los temas puntuales redactados, en la mayoría de los casos, en cláusulas impresas. Y lo que es más, el Tribunal Supremo ha ido aplicando este criterio a lo largo de los años, con base en consideraciones de justicia material; de tal manera que, en la práctica, ha reconocido la validez de contratos cuya existencia no se derivaba, a la luz de la doctrina tradicional, de los escritos de las partes, pues la aceptación no era fiel reflejo de la oferta. Y a la vez, en otras ocasiones ha aplicado con rigor esa doctrina, porque de los hechos se deducía la falta de acuerdo entre las partes, pero contradiciéndose entonces con declaraciones suyas anteriores. Así pues, veamos primero las resoluciones, todas ellas de la sala primera:

— *Sentencia de 9 de marzo de 1929* (102): la Junta Directiva del Ateneo Mercantil de Valencia sacó a concurso público el arriendo del servicio de Café de dicha entidad. Una de las bases del mismo establecía que la citada Junta se reservaba la plena libertad de aceptar la proposición que tuviera por más conveniente o rechazarlas todas. A tal concurso se presentó el Sr. Baldomero Carrillo, siendo su propuesta adjudicada provisionalmente, a la espera de una serie de referencias y garantías que debía proporcionar. Pero éstas le fueron desfavorables, pues no poseía capital propio, carecía de recomendaciones y tenía deudas, por lo que la Junta decidió adjudicar el arriendo a otra proposición. El Sr. Carrillo demandó al Ateneo por incumplimiento de contrato.

La sentencia del Juez de Primera Instancia del distrito del Mar de Valencia, de 22 de octubre de 1925, absolvió a la demandada. La Audiencia Territorial de Valencia, en sentencia de 29 de octubre de 1927, la confirmó. Y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

En esta sentencia el Tribunal afirmó que para que se perfeccionase el contrato era necesaria la conformidad exacta entre las partes; mas en este caso no se pasó del período preparatorio, pues el acuerdo fue pro-

---

(102) Sentencia de 9 de marzo de 1929 (Ponente: Sr. Saturnino BAJO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (marzo 1929). n.º 46. pp. 263 a 271.



visional, a la espera de una serie de puntualizaciones, que al no ser satisfechas conllevaron la ruptura de los tratos.

— *Sentencia de 3 de noviembre de 1955* (103): nueve sociedades del sector farmacéutico afianzaron a principios de 1936 a la entidad Kandyel-Sevilla, S.A., con el fin que obtuviera un crédito del Banco Popular Español. En el momento de la firma (aceptación) de la fianza, tres de ellas, las *demandadas*, limitaron la garantía hasta el 31 de diciembre de 1936. En 1941, al no devolver la sociedad deudora el crédito en su totalidad, el banco acreedor, *demandante*, requirió a los fiadores el abono de sus correspondientes cuotas. Esas tres entidades se negaron al pago aduciendo que la limitación de la garantía a un plazo determinado significó una contraoferta, y al no haber sido aceptada por el acreedor no se perfeccionó el contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, de 18 de enero de 1947, absolvió a las demandadas. La Audiencia Territorial de Sevilla, en sentencia de 1 de marzo de 1950, revocó la anterior y condenó a las demandadas al pago de la fianza. El Tribunal Supremo no dio lugar a recurso.

Estimó que la modificación en la aceptación respecto al tiempo de garantía no era una contraoferta, pues *esa modificación no era sustancial, sino una limitación temporal que al no afectar a los términos esenciales del contrato no lo dejaba sin perfeccionar*. En este caso, los magistrados utilizaron este argumento con el único fin de impedir que las sociedades demandadas escapasen del pago de la cofianza, seguramente porque creyeron que su comportamiento no se debería considerar relevante a la luz de la inestabilidad política del país. Pero lo que interesa remarcar es que, en este caso, los magistrados hacen caso omiso al criterio tradicional de perfecta identidad entre la oferta y la aceptación porque no consideraron justo que las demandadas escapasen a su obligación.

— *Sentencia de 30 de enero de 1965* (104): Carlos F., arrendatario de un local de negocio, notificó (*oferta*) a la arrendadora, María R., su intención de traspasarlo y el precio que había convenido con el futuro comprador, conforme establecía el artículo 35 LAU. Esta ejerció su derecho de tanteo y así se lo comunicó a Carlos (*aceptación*), pero añadiendo que la entrega se efectuaría en día determinado. Posteriormente cambió de opinión, y decidió no ejercitarlo. Ante ello,

---

(103) Sentencia de 3 de noviembre de 1955 [(Ponente: Sr. Joaquín DOMÍNGUEZ DE MOLINA). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (noviembre 1955). n.º 3. pp. 19 a 34]. *Aranzadi* (1955), 3564.

(104) Sentencia de 30 de enero de 1965 (Ponente: Sr. Antonio PERAL GARCÍA *Aranzadi* (1965), 1803.

Carlos la demandó solicitando al Juez que la obligase a llevar adelante el tanteo, por haberse perfeccionado el contrato. Esta se opuso alegando que la estipulación en la aceptación de un día concreto de entrega debía considerarse como una contraoferta, la cual debía ser aceptada por el arrendatario oferente, cosa que no hizo. Luego no existía contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla no dio lugar a la demandada. La Audiencia Territorial de Sevilla la confirmó. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso, obligando a la arrendadora a llevar adelante el derecho de tanteo.

De nuevo, los magistrados hicieron caso omiso a la necesidad de total identidad entre la oferta y la aceptación, esta vez con base en el argumento que la determinación por parte de la arrendadora, María R., del momento de la entrega, constituía «un momento de la fase ejecutiva del negocio», por lo que no afectaba a la perfección del contrato. Pero la verdadera razón fue que les pareció incorrecto dejar a Carlos F. sin posibilidad de traspaso el local sólo porque la propietaria se retractase de su inicial aceptación (que conllevó la pérdida de la opción de traspaso que tenía ya apalabrada Carlos con un tercero) con base en el simple argumento que la estipulación de un día concreto conllevaba que la aceptación pasase a ser contraoferta.

— *Sentencia de 14 de marzo de 1973* (105): Industrias Lácteas Cacerseñas, S.A. envió a Germán Marcos, S.A. un pedido de dos autoclaves rotativas y otros aparatos. Debido a un accidente en el montaje de uno de los dos autoclaves, la vendedora, Germán Marcos, S.A., ofreció a la compradora la posibilidad de resolver el contrato (con devolución de las máquinas suministradas, más pago de 250.000 pts) o seguir con él adelante. La compradora optó por la resolución, pero condicionada a que Germán Marcos, S.A. reconociese su incumplimiento y le pagase una fuerte indemnización. Esta no contestó, por lo que no se llegó a ningún acuerdo, luego el primitivo contrato siguió en pie, y por lo tanto también la obligación de Industrias Lácteas Cacerseñas, S.A. de pagar las máquinas. Ante el incumplimiento de su obligación, Germán Marcos, S.A. interpuso la demanda solicitando el pago (866.000 pts). Por su parte, la demandada formuló reconvencción y solicitó la resolución del contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torrelavega, de 14 de septiembre de 1971, absolvió a la demandada y estimó en parte la reconvencción, declarando resuelto el contrato. La Audiencia Territorial de Burgos, en sentencia de 15 de mayo de 1972, la revocó, y con-

---

(105) Sentencia de 14 de marzo de 1973 [(Ponente: Sr. Federico RODRÍGUEZ-SOLANO Y ESPÍN). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil. Marzo 1973. n.º 129. pp. 319 a 327]. *Aranzadi* (1973), 981.

denó a la demandada a pagar las máquinas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso, al entender que la aceptación era una contraoferta, por estar condicionada y contener nuevos elementos.

En este supuesto, el Tribunal Supremo dejó claro en sus considerandos (sobre todo en el segundo) que no hubo un acuerdo entre las partes respecto de las propuestas y contrapropuestas. Germán Marcos, S.A. puso pegas a la propuesta de resolver el contrato o seguir con él adelante, y tan sólo aceptó la primera si la vendedora «reconocía haber incumplido sus compromisos y pagaba una fuerte indemnización por gastos, daños y perjuicios». Y para ello solicitó del notario que «requiriera [a Industrias Lácteas Cacereñas, S.A.]... para que acepte la resolución del contrato por la causa expresada» (apartado F de la carta de contestación de Germán Marcos, S.A.). De donde se desprende que esperaba una respuesta afirmativa, que no llegó. Parece claro, por tanto, que ambas partes no se pusieron de acuerdo (al menos, esa sería la conclusión que extraería un hombre medio), luego la aplicación que hicieron en este caso los magistrados de la regla del espejo no merma en nada la tesis que se defiende.

— *Sentencia de 15 de febrero de 1974* (106): «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» solicitó un pedido a «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» mediante carta, en cuyo reverso contenía una serie de cláusulas impresas, una de las cuales hacía repercutir sobre el proveedor la penalidad que le pudiera ser impuesta por el retraso en el plazo de entrega. La carta de aceptación de «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» también contenía en el dorso un condicionado, donde se rechazaba todo tipo de penalizaciones por incumplimiento del plazo previsto. A causa de un suministro defectuoso, «Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A.» demandó a «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.», quien se opuso y formuló reconvencción. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia, que condenó a la demandada a abonar 951.168 pts. en concepto de deuda, al no considerar la respuesta de la suministradora como una aceptación sino como una contraoferta, aceptada por «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.» al utilizar los materiales.

Esta es la única sentencia que se ha encontrado donde el Tribunal Supremo afronta un problema de *battle of the forms*, y lo solucionó acudiendo a las clásicas reglas del espejo y de la última palabra. De sus antecedentes no se desprende con claridad si las cláusulas contradictorias de sendos reversos estaban mecanografiadas *ad hoc* o formaban parte de un condicionado general impreso en un formula-

---

(106) Sentencia de 15 de febrero de 1974 (ver en n. 7 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos).

rio modelo utilizado por las partes en sus transacciones. Con todo, parece más probable y razonable la segunda posibilidad. Y por ello también parece desafortunada la solución adoptada (107). Seguramente los magistrados, al enfrentarse con los hechos, no debieron ver ningún desequilibrio injusto (*unfair*) entre las partes y, por tanto, procedieron a aplicar sin escrúpulo dichas reglas. Pero probablemente sea más correcto considerar que ambos términos se anularon entre sí, y acudir entonces a las reglas del Código Civil para resolver la situación. Porque en caso contrario, si invertimos las posiciones, llegaríamos a la solución contraria: los términos del contrato serían los de la aceptación (formulario de «Industrias Mecánicas de Tudela, S.A.»); es decir, el proveedor se haría responsable de las penalidades consecuencia de su retraso en la entrega. ¿Y por qué razón la solución es tan diferente dependiendo de qué formulario constituya la oferta y cuál la aceptación? No parece haber lógica alguna en ello (siempre que se parta de la base que los términos no han sido negociados, como parece lo más probable).

— *Sentencia de 19 de junio de 1980* (108): es el caso con el que se inicia este trabajo, a saber, contrato de arrendamiento entre unos particulares y la Administración pública, quien, en el momento de formalizar el contrato como futura arrendataria, pretende realizarlo tan sólo respecto a la quinta parte del objeto inicial y pactado.

Recordemos que el motivo de la retirada de la oferta fue el desfase económico producido por el retraso del expediente (16 meses), pues en ese período las rentas aumentaron un 200% y los costes de la construcción un 300%. Y éste fue el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo dio la razón a los propietarios.

— *Sentencia 7 de junio de 1986* (109): el 7.9.81 la sociedad Gosa S.L. envió un pedido de compra de unas máquinas a Mayor Hermanos, S.A., donde exponía también el precio y fórmula de pago. Sin embargo, el 9.9.81 lo anuló mediante conversación telefónica, lo cual fue confirmado el 11.9.81 por medio de una carta certificada. El mismo 9.9.81, la sociedad Mayor Hermanos envió una carta a Gosa, S.L. por la cual acusaba recibo del pedido, daba conformidad al mismo, e informaba: «hemos situado en turno de entrega para proceder a su suministro».

---

(107) Por su parte, ALFARO considera correcta la resolución al entender que los términos fueron negociados realmente. Cfr. *Las condiciones generales de la contratación* (n. 3). pp. 277 y ss., notas 192 y 195.

(108) Sentencia de 19 de junio de 1980 (n. 1).

(109) Sentencia de 7 de junio de 1986 [(Ponente: Sr. Jaime SANTOS BRIZ). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1986 (2.º trimestre). Consejo General del Poder Judicial/Boletín Oficial del Estado. n.º 357. pp. 1140 a 1146]. *Aranzadi* (1986), 3296.

tro». El 23 de septiembre de 1981 Mayor Hermanos remitió carta con acuse de recibo en la que anunciaba la resolución del contrato con petición de daños y perjuicios (500.000 pts.). Ante la negativa de pago de Gosa S.L., que consideraba que no había habido ningún contrato, la actora le demandó y reclamó dicha cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 16 de abril de 1983, estimó la demanda y condenó al pago de la indemnización. La Audiencia Territorial de Pamplona, en sentencia de 28 de noviembre de 1983, estimó el recurso, revocó la sentencia y absolvió al demandado. El Tribunal Supremo la confirmó, no dando lugar al recurso.

Entendió que *la contestación dada por Mayor Hermanos, S.A.*, «no remitiendo las máquinas pedidas sino aplazando su entrega y colocando simplemente el pedido en turno de entregas, sin señalamiento del plazo y sin contar con el asentimiento de la peticionaria» (Gosa S.L.), no era constitutiva de aceptación, sino que *suponía una modificación o alteración de la oferta (tercer fundamento de derecho)*. Sin embargo, no es un argumento convincente, pues descentra el problema. No convence porque el colocar el pedido en turno de espera no es en absoluto una alteración de la oferta, sino un uso corriente en el tráfico empresarial. Y lo descentra porque basa la argumentación en la falta de aceptación, cuando el verdadero núcleo del problema se encontraba en la eficacia o ineficacia de la revocación de la oferta (oferta el día 7, revocación telefónica el día 9 y por carta dos días más tarde —el 11—, aceptación por carta fechada el 9 y certificada el 11). En definitiva, la verdadera razón jurídica por la cual no había contrato fue que la revocación fue tempestiva.

Como se puede observar, en este caso, con base en criterios de justicia material, el Tribunal Supremo resolvió de manera contraria a otras ocasiones (cfr. Sentencias de 3 de noviembre de 1955 y 30 de enero de 1965), pues también el supuesto añadido en la aceptación constituiría una modificación accidental y nunca una contraoferta.

La doctrina (110) ha criticado algunas de estas resoluciones que han considerado como válidas, y por tanto perfeccionado el contrato, aquellas aceptaciones que modificaban la oferta contractual, siempre que esas modificaciones no fuesen esenciales o se refiriesen a la ejecución del negocio formado (en concreto, las sentencias de 3 de noviembre de 1955 (111) y 30 de enero de 1965 (112)). Hay quien ha opinado que tal desviación puede deberse al acogimiento de principios como el

---

(110) LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 90; ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). pp. 406 y ss.; DíEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil* (n. 94). p. 71, nota 1; COCA PAYERAS. *Comentario del Código Civil, Artículo 1.262* (n. 94). p. 450.

(111) Sentencia de 3 de noviembre de 1955 (n. 103).

(112) Sentencia de 30 de enero de 1965 (n. 104).

de efectividad o de conservación del negocio jurídico, pero la ha criticado al entender que los llamados elementos accidentales del negocio pasan a ser esenciales respecto al contrato concreto al que han de incorporarse (113). Otro autor considera que la única manera de entender válida esa jurisprudencia sería el considerar la oferta aceptada plenamente y la modificación introducida configurarla como una contraoferta: si el oferente la acepta, se rectifica o complementa el contrato ya formado; sino, queda vigente éste (114). Con todo, la cuestión sigue abierta.

### 3. Propuesta

*La tesis que aquí se defiende no rechaza, en absoluto, la necesidad del consentimiento de ambas partes para perfeccionar el contrato.* O, si se prefiere, afirma que si una de las partes no está de acuerdo respecto de algún elemento —por insignificante que sea— contenido en la propuesta contraria, no puede haber contrato. Este criterio funcionaba bien en una economía tradicional, principalmente agraria y de industria poco desarrollada y local, donde el consumidor adquiría directamente del fabricante. Mas hoy en día la realidad económica es totalmente diferente: el consumidor no tiene relación directa con el fabricante o persona que introduce en el mercado los bienes, la mayoría de los contratos no son personalizados, sino en masa, donde las partes no tienen ocasión de modificar gran parte del clausulado y donde lo realmente negociado es mínimo: el objeto, la cantidad, y en algunos casos, el precio. Y, sin embargo, muchos llevan anejos un extenso y complejo clausulado (un ejemplo de ello, los contratos de seguro), que en realidad no ha sido negociado. Y ese es el punto de arranque de la tesis: hoy en día, *el acuerdo contractual debe versar sobre lo realmente negociado*, de tal manera que aunque la oferta y la aceptación no coincidan, siempre que esa disconformidad se base sobre elementos no efectivamente negociados por las partes, el contrato se forma (115).

Así pues, tenemos que sobre los términos no negociados no es necesario un acuerdo contractual. Y en caso de falta de coincidencia en-

---

(113) Cfr. LUNA SERRANO. *Elementos* (n. 94). p. 90.

(114) Cfr. ALBALADEJO. *Derecho Civil* (n. 94). pp. 406 y ss.

(115) En el mismo sentido, ALFARO [*Las condiciones generales de la contratación* (n. 3). p. 278], quien tacha de artificial la solución de estos problemas en términos de oferta/aceptación (regla del reflejo y de la última palabra). Acertadamente opina que sólo será admisible este análisis en dos casos: cuando se produzca una auténtica negociación sobre los términos y cuando haya evidencia que una parte no hubiera contratado de no incluirse sus condiciones generales en el mismo.

tre la oferta y la aceptación, la solución será la *nulidad parcial* (116): el contrato es válido, pero las cláusulas del condicional general en que falta la coincidencia no pasan a formar parte del contrato. Esta solución es también la que establece con carácter general para las condiciones generales en los contratos de consumidores el artículo 10.4 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Esta solución es considerada la más adecuada por las siguientes razones (117):

- a) evita las consecuencias negativas que supondría la nulidad del contrato entero para el adherente, cuando es precisamente éste el sujeto para cuya protección se dicta la norma que provoca la nulidad;
- b) las soluciones alternativas se revelan incongruentes con la finalidad protectora del derecho de las condiciones generales;
- c) el Tribunal Supremo ya había venido manteniendo la validez del contrato cuando declaraba la ineficacia de alguna condición y no la consideraba incluida en el mismo.

De todas maneras, quizá el paso más difícil sea el que queda por dar: averiguar cuál es el *contenido del contrato*. Ante todo, el autor de estas líneas no es partidario de regular casuísticamente la cuestión, sino que considera preferible aceptar que se puedan formar contratos sin una exacta coincidencia entre la oferta y la aceptación, y a la vez prever unos criterios con base en los cuales deba resolver el Juez. De esta manera, éste goza de un mayor margen de maniobra, que le permite alcanzar la solución más justa con base en los hechos concretos del caso. A fin de cuentas, dilucidar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es una cuestión de interpretación. Estos criterios podrían ser (118):

- a) el juez *no* debe tratar de encontrar un *denominador común* para eliminar las contradicciones, pues ello redundaría en beneficio del que haya establecido en sus condiciones generales una regulación más amplia;
- b) el juez tampoco puede sustituir a las partes y compensar unas cláusulas por otras tratando de equilibrar la relación;
- c) las cláusulas contradictorias se sustituyen por el derecho dispositivo, como en cualquier otro caso de nulidad parcial;

---

(116) Cfr. en el mismo sentido ALFARO. *Ibidem*. pp. 279 y ss. En el marco de las condiciones generales, DE CASTRO. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes* (2.ª ed). Madrid. Cívitas. 1985. pp. 87 y ss.

(117) Cfr. ALFARO. *Ibidem*. § 19. pp. 341 y ss.

(118) Los tres primeros tomados de ALFARO. *Ibidem*. pp. 280 y ss.

d) la parte beneficiada por los términos debe haber observado el *principio de la buena fe en su conducta y en el cumplimiento de sus deberes de información* hacia la otra parte;

e) se debe tener en cuenta los *usos del sector*.

Algunos de esos criterios ya son utilizados por la jurisprudencia; por ejemplo, con relación al contrato de seguro, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina confirmada en un buen número de sentencias según la cual las cláusulas limitativas de derecho del asegurado deben ser aceptadas de manera expresa y por escrito (119).

En resumen, los *principales puntos de la propuesta* son los siguientes:

1. aunque la aceptación no coincida con la oferta, el contrato se forma siempre que los términos diferentes no hayan sido negociados;

2. determinar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es una cuestión de interpretación, con base en los criterios arriba expuestos;

3. las cláusulas contradictorias entre sí no forman parte del contrato, pasando a ser reguladas por el derecho dispositivo;

4. las cláusulas adicionales (contempladas por una de las partes) deben considerarse como condiciones generales y aplicarles el control sobre su contenido, pues de lo contrario se incentiva que las partes regulen todas las cuestiones posibles, y, por consiguiente, aumenta la posibilidad de nuevos conflictos.

## **B. La solución prevista en el nuevo derecho común: Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías**

En la últimas décadas dos han sido los Convenios Internacionales que han afrontado el problema de la validez de la aceptación que se separa de la oferta. Y lo han hecho distinguiendo básicamente entre

---

(119) Véase por ejemplo, sentencia TS (2.ª) de 9 de mayo de 1991 [(Ponente: Sr. José Augusto DE VEGA RUIZ). *La Ley* (1991-3), pp. 598 y ss.; *Aranzadi* (1991), 3616]; Vicente I. T. conducía un vehículo alquilado (asegurado a todo riesgo por la empresa de alquiler propietaria) cuando invadió la calzada contraria y colisionó con un ciclomotor conducido por el joven Jorge B. P., que cayó al suelo, sin que Vicente se detuviera para prestarle ayuda. Los daños corporales fueron cuantiosos. El contrato de seguro contenía una cláusula que excluía su cobertura en caso de omisión del deber de socorro. El Tribunal Supremo condenó al pago a la aseguradora, la Mutua Nacional de Autoescuelas, por no constar la aceptación expresa de la cláusula limitativa por parte del asegurado.



términos sustanciales y no sustanciales. El primero es el Convenio de La Haya sobre la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1964 (120). El segundo es el Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, comúnmente conocido como Convenio de Viena de

---

(120) Conocido también en la literatura jurídica como ULFC: *Uniform Law of the Formation of Contracts*. Firmado el 1 de julio de 1964 junto con el Convenio sobre la Venta Internacional de Mercaderías, entró en vigor en 1972, al ser ratificado por Bélgica, Gambia, República Federal de Alemania, Israel, Italia, Luxemburgo, Holanda, San Marino y Reino Unido. Ambos fueron fruto de la Conferencia de La Haya, que tuvo lugar del 2 al 25 de abril del mismo año, cuyos textos oficiales, en francés e inglés, pueden consultarse en 834 *United Nations Treaty Series* (1972), para el primero de ellos, pp. 169 y ss., y para el segundo, pp. 107 y ss.

La disposición que regulaba el aspecto que interesa era el artículo 7, que establecía:

(1) La aceptación que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones será considerada como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) Sin embargo, la respuesta de una oferta que pretenda ser una aceptación pero que contenga términos adicionales o diferentes que no alteren materialmente los términos de la oferta constituirá una aceptación a menos que el oferente objete prontamente la discrepancia; de no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Así pues, mientras el artículo 7(1) establecía como principio general la tradicional regla del reflejo (total coincidencia entre oferta y aceptación), el apartado (2) preveía una excepción. Ésta se basaba en el criterio de la sustancialidad o no de la modificación; es decir, si los términos distintos contenidos en la aceptación modificaban o no sustancialmente los de la oferta.

Dos problemas se han hecho notar respecto de este artículo [cfr. VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). pp. 275 y ss.]: a) el primero hace relación a lo que haya que entenderse por modificación sustancial: aunque el Convenio no lo dice expresamente, parece que dicha sustancialidad habrá que medirla en términos objetivos, lo cual permite una interpretación más amplia del artículo; b) el segundo se deriva de una laguna del Convenio: qué ocurrirá si con base en el artículo 17(1), una aceptación se convierte en contraoferta y el primitivo oferente la acepta al recibir los bienes y pagarlos, pero sin consciencia de los nuevos términos de la contraoferta. El Convenio nada dice al respecto, por lo que parece que se seguirá la *last-shot rule*, que es la solución tradicional.

De todas maneras, la importancia de ese Convenio ha sido escasa. Las razones de su fracaso pueden resumirse en cuatro: 1) escasa participación de los países del Tercer Mundo en la preparación de ambos textos; 2) su carácter exclusivamente dispositivo (ambos Convenios permitían la exclusión expresa o tácita de su aplicación); 3) las soluciones incorporadas: conceptos vagos, ámbito de aplicación excesivamente amplio,...; 4) la prelación de los usos sobre la ley [cfr. Carlos A. ESPLUGUES MOTA. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980. 47 *Revista General de Derecho* (1991). p. 59].

Puede consultarse, en general, Jorge BARRERA GRAF. *La Reglamentación Uniforme de las Compraventas Internacionales de Mercaderías*. México. 1965; John O. HONNOLD

1980 (121). Forma parte de nuestro ordenamiento desde el 1 de agosto de 1991, de conformidad con lo establecido en su artículo 99 (2). Por esta razón se dedica más adelante un apartado al estudio de su ámbito de aplicación y se ha remarcado su carácter dispositivo.

## 1. Génesis del Convenio de Viena

Para estudiar y comprender el Convenio de Viena (122) es muy importante conocer su elaboración (123). Y para ello, cuanto menos se ha de partir de 1964. Efectivamente, una vez adoptados en ese año

---

ULIS: The Hague Convention of 1964. 30 *Law & Contemporary Problems Law Quarterly* (1965). pp. 326 y ss.; y Muna NDULO. The Vienna Sales Convention 1980 and the ague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis. 38 *International and Comparative Law Quarterly* (1989). pp. 1 y ss.

(121) España depositó su Instrumento de Adhesión el 24 de julio de 1990, publicado en el BOE de 30 de enero de 1991. Según su artículo 99 (2), el Convenio entró en vigor respecto a España el 1 de agosto de 1991. El texto puede encontrarse en el mismo BOE o en cualquiera de los comentarios citados a continuación. Puede consultarse también en *Conference on Contracts for the International Sale of Goods*. U.N. Documents A/CONF. 97/19 (1980).

(122) La literatura sobre el Convenio es abundante, aunque escasa en nuestra lengua. Para su estudio son fundamentales cuatro obras: a) Peter SCHLECHTRIEM. *Einheitliches UN-Kaufrecht*. Tübingen. Mohr (Siebeck). 1981 [existe una traducción al inglés llevada a cabo por Richard Hyland, Profesor de Derecho en Norteamérica: *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Wien. Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung. 1986, que es la que se utilizará aquí]; b) John O. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (2d ed). Deventer (Netherlands)/Boston. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1991 [existe una traducción al castellano de la primera edición (1981): *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid. EDERSA. 1987]; c) Ernst VON CAEMMERER/Peter SCHLECHTRIEM (coordinadores). *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1990; y d) Cesare M. BIANCA/Michael Joachim BONELL (coordinadores). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan. Giuffrè. 1987.

En cuanto a la bibliografía, los cuatro contienen unas buenas y completas recopilaciones, aunque indiscriminadas. También puede verse: (a) Peter WINSHIP. A Bibliography of Commentaries on the United Nations International Sales Convention. 21 *The International Lawyer* (1987). pp. 585 y ss.; del mismo autor, Bibliography. 22 *The International Lawyer* (1988). pp. 605 y ss., que completa la del año anterior; y también del mismo, Bibliography. 24 *The International Lawyer* (1990). pp. 307 y ss.; (b) Michael T. WILL. *Internationale Bibliographie zum UN-Kraufrecht* (3d ed). Saarbrücken. Universität des Saarlandes, Europa-Institut. 1991.

(123) Para ello son indispensables dos herramientas de trabajo: a) UNCITRAL. *Yearbook* (diez volúmenes, que recogen los años 1968 a 1979). New York. United Nations. 1971-1981, b) John O. HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*. Deventer (Netherlands). Kluwer Law and Taxation Publishers. 1989. También puede ser útil cualquier introducción al Convenio contenida en alguna de las obras

los dos Convenios de La Haya, el UNCITRAL (124) decidió en 1968 crear un Grupo de Trabajo que los reformase y redactase sendos borradores. El objetivo era conseguir unos articulados que aunaran las distintas soluciones adoptadas por los diferentes sistemas legales, sociales y económicos en relación con la compraventa de mercaderías, y que de esta manera fueran ampliamente aceptados por la mayoría de los Estados.

Así pues, el Grupo de Trabajo presentó un borrador de un nuevo Convenio sobre ventas internacionales de mercaderías al UNCITRAL, quien lo trasladó a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta decidió convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios con el objeto de estudiarlo y aprobarlo. Esta se llevó a cabo en Viena del 10 de marzo al 11 de abril de 1980. En virtud de la aplicación de su artículo 99 (1), el Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1988 (125).

Aunque el Convenio de Viena formalmente no sea una revisión de los dos anteriores de La Haya, sí que tiene una intención clara de reemplazarlos para llegar a ser en el futuro el único instrumento que regule las compraventas internacionales de mercaderías a nivel mundial (126). Por ello dispone expresamente en su artículo 99 que los Estados que son parte de los Convenios de La Haya de 1964 deben denunciarlos en el momento de adherirse al nuevo.

---

de referencia de la nota anterior, por ejemplo, HONNOLD. *Ibidem* pp. 47 y ss.; o M. J. BONNELL. «Introducción to the Convention», en BIANCA/BONNELL. *Ibidem*. pp. 1 a 20. En castellano, Manuel OLIVENCIA, La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual. 201 *Revista de Derecho Mercantil* (1991), pp. 385 y ss.

(124) *United Nations Commission on International Trade Law*. Creado en 1966 con el objetivo de promover «la progresiva armonización y unificación del Derecho del Comercio Internacional», sobre todo «coordinando el trabajo de organizaciones activas en ese terreno y fomentando su cooperación entre ellas» y «promoviendo una mayor participación en los Convenios Internacionales existentes» [Resolución 2.205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas].

(125) En la actualidad (principios 1991), forman parte del Convenio: República Democrática de Alemania, República Federal de Alemania, Argentina, Australia, Bielorrusia (República Socialista Soviética), Bulgaria, Checoslovaquia, Chile, República Popular de China, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Ghana, Hungría, Irak, Italia, Lesotho, Méjico, Noruega, Países Bajos, Polonia, Singapur, Siria, Suecia, Suiza, Ucrania (República Socialista Soviética), URSS, Venezuela, Yugoslavia y Zambia. En total, 34 países.

(126) Cfr. BONNELL. Introduction to the Convention, en BIANCA/BONNELL. *Comentary* (n. 122).

## 2. Ambito de aplicación del Convenio de Viena

Estos aspectos (127) son regulados por los artículos 1 a 6 del Convenio. Los tres primeros identifican las *transacciones* que quedan sujetas al Convenio, el 4 y el 5 definen los *aspectos* a los que les es aplicable, y el artículo 6 establece su *carácter dispositivo*.

### a) *Transacciones sujetas al Convenio*

El Convenio se aplica a las *compraventas internacionales de mercaderías* (128), y el criterio básico para determinar la internacionalidad es que el comprador y el vendedor tengan su *establecimiento* —o, en su caso, su residencia habitual [art. 10 (b)]— *en Estados diferentes*. Tanto es así, que aunque el contrato se haya formado y ejecutado en un único Estado, e incluso aunque ese Estado no sea contratante, si ambas partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, el contrato es internacional. Por *establecimiento* hay que entender el lugar permanente y regular donde una parte lleva a cabo sus negocios normalmente. Si una de las partes tuviera *más de un establecimiento*, el relevante será aquel que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento [art. 10 (a)].

Pero ésto sólo no es suficiente para que el Convenio sea aplicable, sino que es necesario que exista además una *relación entre la transacción internacional y uno o más Estados contratantes*. El Convenio fija en los apartados 1 (a) y 1 (b) del artículo 1 dos clases de relaciones, cualquiera de ellas suficiente:

a) que ambas partes tengan su establecimiento o residencia habitual en *sendos Estados contratantes* [art. 1.1 (a)];

b) *que las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley en un Estado contratante* [art. 1.1 (b)]. Al respecto se pueden dar tres situaciones:

---

(127) Véase, en general, HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). §§ 39 a 84. pp. 75 a 134; Erik JAYME/Warren KHOO/M. J. BONELL. «Article 1 to 6», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). pp. 27 a 64. SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). pp. 24 a 36.

(128) El Convenio no define el concepto de mercaderías, pero puede elaborarse con base en algunas exclusiones del artículo 2 y otras disposiciones. Así, está claro que las mercaderías deben ser *cosas tangibles, corporales*, quedando fuera de este concepto los derechos inmateriales, la electricidad (no así el gas y el aceite), la tierra, etc. [cfr. HONNOLD. *Ibidem*. § 56. pp. 100 y ss.].

1. *Intervención de dos Estados*: los convenios sobre ley aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías más importantes prevén, en la mayoría de las situaciones, que la ley aplicable será la del establecimiento del comprador o del vendedor (129). Estas son las situaciones más normales: el vendedor tiene su establecimiento en el Estado A, que es contratante; el comprador tiene su establecimiento en el Estado B, que no lo es. Este demanda a aquél ante los tribunales del Estado A, cuyas reglas de derecho internacional privado prevén la aplicación de la ley del Estado A: el Convenio se aplica.

2. *Intervención de tres Estados*: la cuestión se complica más al aparecer en escena un tercer Estado, ante cuyos tribunales se presenta la demanda. El criterio es acudir a la ley que prevean las reglas de derecho internacional privado del foro (del tercer Estado). De nuevo, lo normal será que prevean la aplicación del derecho del Estado del comprador o del vendedor; luego, aunque ese tercer Estado no sea contratante, se aplicará igualmente el Convenio.

3. *Las reservas*: el artículo 92 (2) permite efectuar una reserva respecto de la Parte II ó III del Convenio; y el artículo 95 permite excluir la aplicación del artículo 1 (1) (b). Estas reservas pueden generar algunas dificultades a la hora de delimitar la aplicación del Convenio a un caso concreto, mas como no es éste el objeto propio de este trabajo y España no ha efectuado ninguna, tan sólo dejar constancia de ello (130).

La nacionalidad de las partes o las clasificaciones tradicionales de algunos ordenamientos entre contratos o sujetos civiles o mercantiles son irrelevantes a la hora de determinar la aplicabilidad de la Convención [artículo 1 (3)].

Por su parte, el artículo 2 *excluye* del Convenio seis categorías específicas: las tres primeras están basadas en la *naturaleza de la transacción* [párrafos a), b) y c)], mientras que las tres restantes en la *naturaleza de las mercaderías* [párrafos d), e) y f)]. Estas son: a) mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico: en definitiva, las compras de consumidores; el objetivo es asegurarse que las leyes domésticas de protección a los consumidores no queden afectadas por el Convenio (131); b) compraventas en subasta; c) compraventas judiciales; d) valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) buques y embarcaciones; f) electricidad.

---

(129) Convenios de La Haya de 15 de junio de 1955 y 22 de diciembre de 1986.

(130) Para un estudio de mayor amplitud y profundidad, HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). §§ 44 a 48. pp. 80 a 94.

(131) Cfr. SCHELECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Covention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 28.

Por último, aborda dos situaciones específicas: a) *mercaderías que han de ser manufacturadas*: se consideran compraventas a menos que la compradora proporcione una parte *sustancial* de los materiales necesarios [art. 3 (1)]; b) *contratos mixtos* (transmisión de bienes más servicios personales o profesionales): el criterio básico radica en determinar la *parte preponderante o de mayor peso* en el contrato; así, si predomina la transmisión de bienes será de aplicación el Convenio, y en caso contrario, la ley doméstica.

#### b) *Materias reguladas por el Convenio*

La Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. De esta manera, cualquier cuestión ajena a ambos aspectos queda regulada por la ley doméstica. En particular, el Convenio especifica de manera expresa que no se aplicará a:

— cuestiones referentes a la *validez del contrato*: aspectos como la capacidad de las partes para contratar, o las consecuencias del error, fraude, o desequilibrio de las prestaciones, son ajenas al Convenio [art. 4 (a)];

— *los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas*;

— *la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías* (art. 5): la finalidad es excluir de la aplicación del Convenio la compleja cuestión de las responsabilidades del fabricante (*product liability*). A la vez, restringir el alcance del artículo 74, según el cual el vendedor que incumple el contrato es responsable de todos los daños previsibles sufridos por el comprador como consecuencia de su incumplimiento (132).

#### c) *Carácter dispositivo del Convenio*

El artículo 6 establece que las partes podrán *excluir* la aplicación del Convenio, establecer *excepciones* a cualquiera de sus disposiciones o *modificar* sus efectos. En otras palabras, es una regulación de *carácter dispositivo*. Lógicamente, el presente grado de libertad de las partes fue posible al excluir del Convenio ciertas transacciones y cuestiones (consumidores, responsabilidad del fabricante, validez, etc.).

---

(132) Cfr. KHOO. Article 5, en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). pp. 49 y ss.

Este artículo se refiere únicamente a la exclusión o modificación del Convenio, mas no hay ninguna disposición que regule la cuestión de la posible aplicabilidad voluntaria del Convenio a las transacciones excluidas del ámbito de los artículos 1 a 5. Con todo, parece que la respuesta es afirmativa (133).

Una vez visto el ámbito de aplicación del Convenio, y en consecuencia, el grado de incidencia en nuestro ordenamiento, pasamos a estudiar la solución prevista al tema de estudio.

### 3. *Elaboración del artículo 19 del Convenio de Viena*

Dicho artículo, que trata de la aceptación que de alguna manera modifica la oferta (134), fue uno de lo más polémicos y controvertidos del Convenio. Ya desde el principio se produjo una división entre tradicionalistas y reformistas, entre los sistemas legales de cariz socialista y los occidentales (135).

El borrador de 1977 del nuevo Convenio reproducía en su artículo 13, con algunas modificaciones, el artículo 7 ULFC (1964):

(1) *La respuesta a una oferta* que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones será considerada como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) Sin embargo, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación pero que contenga términos adicionales

---

(133) Véase un extenso análisis de la cuestión en HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). §§ 78 y ss. pp. 129 y ss.

(134) Sobre este artículo véase SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). pp. 154 a 57; HONNOLD. *Ibidem*. §§ 165 y ss. pp. 227 a 239; FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Commentary* (n. 122). pp. 175 a 184; SCHLECHTRIEM. Artículo 19, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM. *Kommentar zum Einheitslichen UN-Kaufrecht* (n. 122). pp. 159 y ss.; François VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 33 *American Journal of Comparative Law* (1985). pp. 233 a 258, pp. 234 a 239; y Richard HYLAND. Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, en Peter SCHLECHTRIEM (hrsg.) *Einheitsliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*. Baden-Baden (Deutschland). Nomos Verlagsgesellschaft. 1987. pp. 305 y ss.

(135) FARNSWORTH [*Ibidem*. p. 175 y ss] señala que la discordia se dio entre tradicionalistas y reformistas, pero sin especificar qué países conformaban cada uno de los dos bandos. Por su parte, VERGNE [siguiendo al que fuera Presidente de la Conferencia de Viena, el profesor húngaro Gyula EORSI. A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 31 *American Journal of Comparative Law* (1983). pp. 333 a 356. pp. 333 a 341] traza la línea divisoria entre países con sistema legal de corte socialista y de corte occidental [*Ibidem*. p. 234 y ss.].

o diferentes que no alteren materialmente los términos de la oferta *constituyen* una aceptación a menos que el oferente objete la discrepancia *sin demora*. De no hacerlo así, los términos del contrato *son* los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación (136).

Ya en el Grupo de Trabajo creado por el UNCITRAL surgieron disputas. Aunque se presentaron enmiendas para suprimir el párrafo (2) del artículo 13 (la razón dada era que de esta manera se evitaban las dificultades de interpretación sobre qué modificaba y qué no modificaba sustancialmente los términos de la oferta), finalmente fueron rechazadas.

Durante los meses de mayo y junio de 1978 se celebró en Nueva York la 11.ª sesión de UNCITRAL. En la discusión del artículo 13 del borrador surgieron de nuevo los problemas. Los reformistas defendieron la redacción actual del artículo, mientras que los tradicionalistas eran partidarios de una cierta reelaboración del mismo para así aumentar la certeza en su aplicación. Para salvar ese escollo se decidió organizar un Grupo de Trabajo *ad hoc* que llegarse a una formulación de este artículo aceptable por todos. El Grupo propuso retirar el párrafo (2), porque se contradecía con el principio general del (1) y era muy difícil definir de una manera satisfactoria qué constituía una alteración sustancial de una oferta. Mas como esa propuesta no fue aceptada por UNCITRAL, se llegó al compromiso de mantener el párrafo (2), y como contrapartida, añadir un tercero, que trataría de reducir la ambigüedad del término «modificación sustancial» dando una lista no exhaustiva de las mismas:

(3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, entre otros, al precio, el pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran materialmente los elementos de la oferta, *a menos que el aceptante, en virtud de la oferta o de las circunstancias particulares del caso, tenga motivos para creer que son aceptados por el oferente* (137).

---

(136) Cfr. A/CN.9/142. IX Yearbook (1978), pp. 76 y ss. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (n. 123). §§ 213 y ss. pp. 308 y ss. Los subrayados son nuestros e indican las modificaciones introducidas por el borrador de 1977.

(137) El texto en inglés dice así:

(3) Additional or different terms relating, inter alia, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent



También se introdujo un añadido en el párrafo (1), insertando después de la quinta palabra («oferta») la frase «que pretenda ser una aceptación y». La finalidad era dejar claro que una respuesta que tan sólo hiciese sugerencias o indagara sobre la posibilidad de introducir elementos diferentes o añadidos no sería considerada como contraoferta (138).

En la Conferencia de Viena de marzo y abril de 1980 la discusión rebrotó (139). Los causantes fueron Bulgaria y Reino Unido, al proponer la retirada de los párrafos (2) y (3) con base en el argumento de la certeza y seguridad de las relaciones comerciales internacionales, y de manera subsidiaria, en caso que no se aprobase, la retirada de la última frase del párrafo (3). Se aceptó tan sólo esta última (140), y de esta manera consiguió su fisonomía definitiva. A la vez se produjo una reenumeración del articulado, correspondiéndole a éste primero el número 17, y posterior y definitivamente el 19.

Un autor ha señalado, como se ha reseñado antes, que respecto a este artículo se produjo una división entre países socialistas (tradicionalistas) y occidentales (reformistas). Las razones de esta postura las resume en dos (141): a) el interés en la seguridad de las transacciones contractuales, como reflejo de los requisitos de una economía planificada; y b) el hecho que todos los países de Europa del Este que estaban implicados en la preparación del Convenio fueran miembros del COMECON (142). Estos, desde 1951 habían establecido entre sí un entramado de acuerdos bilaterales estipulando la aplicabilidad de un

---

of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially, unless the offeree by virtue of the offer or the particular circumstances of the case has reason to believe they are acceptable to the offeror.

El subrayado es nuestro. Indica el trozo del párrafo que fue posteriormente retirado en la Conferencia.

(138) Cfr., en general la discusión en UNCITRAL, A/33/17, Anexo 1. IX *Yearbook* (1978). §§ 163 y ss. p. 43. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (n. 123), p. 377.

(139) Cfr. las discusiones en *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Viena, 10 March-11 April 1980, Official Records*. U.N. Document No. A/CONF.97/C.1/SR 10. §§ 23 a 53. pp. 284 y ss. En HONNOLD. *Ibidem*. pp. 505 y ss.

(140) SCHLECHTRIEM lamenta esta decisión, pues de la otra manera se hubiera llegado a la solución regulada por el § 150.II del BGB. Cfr. SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 56. Decir, con todo, que la enmienda fue rechazada por un apretado 22 a 20.

(141) Cfr. VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (n. 134). pp. 237 y ss.

(142) Consejo de Asistencia Económica Mutua (CMEA: *Council for Mutual Economic Assistance*): organización de cooperación económica intergubernamental entre Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Mongolia, Polonia, República Democrática de Ale-

conjunto de reglas denominado «Condiciones Generales sobre la Entrega de Mercaderías» (143). Estas preveían normas rígidas para la formación de los contratos. Por ello, esos países deseaban para el Convenio unas reglas lo más parecidas posible a las de sus Condiciones Generales.

Sin embargo, a la luz de los debates de la Conferencia, esta interpretación parece algo simplista, pues entre las delegaciones que defendieron la retirada de los párrafos (2) y (3) se contaba también un buen grupo de países de corte occidental (144). Y a la inversa, entre las que sostuvieron su mantenimiento se contaban a su vez países de corte socialista (145).

Aparte de la disputa general arriba expuesta, se produjeron dos más, pero sin consecuencias prácticas.

La primera tuvo su origen en la propuesta de aplicar el párrafo (2) a las confirmaciones: si después de concluir el contrato de compraventa, una parte enviase una confirmación que modificase los elementos de aquél, aquellos términos de la confirmación que no modificasen sustancialmente el contrato pasarían a formar parte del mismo, a menos que el destinatario de la confirmación objetase dicha modificación. Aunque recibió cierto apoyo, finalmente fue rechazada (146).

La segunda se basó en la propuesta francesa de reducir los supuestos del párrafo (3) a tres (precio, cantidad y calidad) sin eliminar el carácter ejemplificativo de esa enumeración. Esa enmienda se

---

mania, Rumanía y la URSS, que nació en 1949 como reacción al Plan Marshall. En la actualidad tiene sus días contados. El 5 de enero de 1991 se firmó en Moscú su disolución. Las causas han sido el abandono de la planificación central y la estampida hacia la economía de mercado, lo que la ha dejado sin sentido.

(143) *General Conditions of Delivery of Goods between Organizations of the Member Countries of the Council for Mutual Economic Assistance* (1968). Reproducido en *Register of Texts of Conventions and other Instruments Concerning International Trade Law*. Volumen I. *Sales and International Payments*. New York. United Nations. 1971 (E.71.V.3). También puede encontrarse en K. ZWEIGERT/J. KROPHOLLER. *Sources of International Trade Law*. Vol. I. *Private and Commercial Law*. Leiden. Sijthoff. 1971.

(144) No hay que olvidar que esta propuesta la presentaron tanto Bulgaria como Reino Unido, y expresadamente la defendieron Argentina, Grecia, Checoslovaquia, España, Brasil, Irlanda e Italia. La República Federal de Alemania y Bélgica parecieron también inclinarse por esta postura, aunque no definieron su posición.

(145) Así lo hicieron constar de manera explícita Australia, Francia, la República Democrática de Alemania, los Estados Unidos de América, China, Finlandia, Noruega, Japón, Ghana, Chile y Dinamarca.

(146) Cfr. A/CN.9/128. VIII *Yearbook* (1977). §§ 104 y ss. p. 82. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*. (n. 123). p. 283. Y fue discutida y rechazada en A/CN.9/142. IX *Yearbook* (1978). §§ 213 y ss. pp. 76 y ss. En HONNOLD. *Ibidem*. pp. 308 y ss.

basaba en tres razones: a) la enumeración anterior era demasiado extensa, b) las restantes materias no eran realmente elementos esenciales del contrato, c) el artículo 14 del Convenio sólo nombraba las dos primeras como determinantes de la oferta. Con todo, también fue rechazada (147).

#### 4. Estudio del artículo 19 del Convenio de Viena

Así pues, el artículo 19 quedó redactado de la siguiente manera:

(1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

(3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, el pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran materialmente los elementos de la oferta (148).

---

(147) Cfr. *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Viena. 10 March-11 April 1980. Official Records.* U.N. Document No. A/CONF.97/C.1/SR 10. §§ 62 y ss. pp. 286 y ss. En HONNOLD. *Ibidem.* pp. 507 y ss.

(148) Esta es la versión oficial en castellano. La inglesa dice así:

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of deli-

a) *Parágrafo (1) del artículo 19 del Convenio*

Este párrafo, al igual que el artículo 7 (1) CFC, aunque con algunas modificaciones, refleja la regla tradicional según la cual la aceptación debe asentir todos los elementos de la oferta sin variación ninguna. Si se diese algún tipo de alteración, la respuesta del aceptante equivaldría a un rechazo de la oferta y se convertiría en contraoferta (*mirror-image rule*). El Convenio zanja de paso, y en sentido afirmativo, la discusión sobre si la contraoferta comporta o no la revocación de la oferta primitiva: ésta quedará extinguida en el momento en que la contraoferta (la aceptación alterada) llegue al oferente (149). Por lo tanto, desde ese momento el contraoferente no podrá retractarse y aceptar la primera oferta.

Merece la pena detenerse por un momento en las palabras «la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación». Este «pretende» es susceptible de varias interpretaciones:

a) aclarar que esa respuesta *nunca* ha sido jurídicamente una aceptación, en tanto en cuanto no reúne los requisitos necesarios para ello: desea serlo pero no lo es;

b) explicitar que no toda respuesta a una oferta constituye una aceptación, sino que caben constataciones cuya única finalidad sea sondear la posibilidad de cambios en algunos de los elementos de la oferta (generalmente el precio), *sin que ello signifique el rechazo de la primitiva oferta*;

c) dejar constancia de la importancia de la intención (elemento subjetivo) en el proceso de formación del contrato según el Convenio (150); aunque no haya rebasado, ni mucho menos, al elemento objetivo (151).

---

very, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

(149) Cfr., artículos 17 y 19 (1) del Convenio. De todas maneras, ese tema tampoco estuvo exento de discusión en el Grupo de Trabajo. Finalmente, en su 9.<sup>a</sup> Sesión se aprobó el artículo 17. Cfr. A/CN.9/142. IX *Yearbook* (1978). §§ 217 y ss. p. 77. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (n. 123). p. 309.

(150) Cfr. con artículos 14(1) y 18(1), en relación con la oferta y la aceptación, respectivamente. Artículo 14(1): «[I]a propuesta de celebrar un contrato... constituirá oferta si es... precisa e indica la *intención* del oferente de quedar obligado...». Artículo 18 (1): «[t]oda declaración u acto del destinatario que *indique* asentimiento a una oferta constituirá aceptación». Cfr., a su vez, con el artículo 8.

(151) En la discusión del artículo 8, los redactores tuvieron que hacer frente y conciliar las dos teorías contrapuestas acerca de la naturaleza del proceso contractual. Según una de ellas, la *subjetiva*, lo relevante es la intención, de tal manera que la declaración contractual debe interpretarse según esa voluntad (*meeting of the minds*). La otra, la *objetiva*, sugiere apartarse del sentido que la parte quiso dar a sus palabras y fijarse en

Por otro lado, el término «respuesta» debe entenderse en un sentido amplio, por cuanto la oferta puede modificarse mediante palabras o actos. No parece correcto sostener que el artículo 19 (1) se circunscribe sólo a las contestaciones orales o por escrito, sino también a *todo acto del destinatario que pretenda indicar asentimiento*. Y ello porque: a) el párrafo (2) del artículo 19, que trata de las modificaciones, vuelve a utilizar la misma expresión, y cabe que esas alteraciones sean consecuencia de un acto (como veremos más adelante), y b) respuesta es tanto la contestación a una carta o pregunta, como la acción con que uno corresponde a otro (152).

Hacer notar, por último, que el texto del Convenio utiliza la expresión «respuesta», que es un término neutral, para evitar con ello el error en el que cayó la § 2.207 UCC, que habla de «aceptación».

#### b) *Parágrafo (2) del artículo 19 del Convenio*

Este párrafo contiene una excepción al principio general del párrafo (1), y a su vez una contraexcepción a aquélla. *Principio general*: cualquier aceptación que modifique de alguna manera la oferta constituye una contraoferta. *Excepción*: si la modificación no altera sustancialmente los elementos de la oferta y el oferente no objeta (u objeta tarde sin justificación) vale como aceptación. *Contraexcepción*: si el oferente objeta sin demora injustificada, no se forma el contrato.

Para exponerlo de manera más gráfica, en el supuesto que la aceptación no coincida con la oferta, para que aquélla perfeccione el contrato debe superar dos obstáculos: no modificar sustancialmente la oferta y no ser objetada por el oferente.

Con todo, este párrafo sugiere dos puntos de estudio:

#### a) *Silencio del oferente*

Pongamos un ejemplo. Una azucarera envía una oferta de venta de 1.000 bolsas de azúcar, a un precio determinado, y se compromete a entregarlas el 1 de diciembre. La oferta incluye una cláusula que dispone «la mercancía será empaquetada en bolsas *seguras*». Una empresa

---

el sentido que una persona razonable habría dado a las mismas. Los redactores optaron por incluir ambas posturas: la subjetiva en el párrafo (1) y la objetiva en el (2), para el caso que el anterior no fuera aplicable.

(152) Cfr. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española* (21.ª ed). Madrid. Real Academia Española/Espasa Calpe. 1992. p. 265.

de caramelos acepta la oferta y para ello envía un pedido con los mismos datos, salvo una de las cláusulas, que establece «... entrega en bolsas *nuevas*». No se producen más comunicaciones. Antes del 1 de diciembre se produce una fuerte caída del precio del azúcar, y la dulcería cancela el pedido con base en que la azucarera no había aceptado su contraoferta (153).

Para resolver correctamente estos supuestos a la luz del Convenio debe distinguirse entre:

1. *Modificación sustancial*: la respuesta no constituye aceptación, sino que es un rechazo y nueva contraoferta;

2. *Modificación no sustancial*: en un principio vale como aceptación, pues la redacción del parágrafo (2) así lo da a entender («la respuesta... que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación...»). Con todo, la respuesta debe superar el segundo obstáculo: la no oposición del oferente, quien goza para ello de un plazo indeterminado pero corto, como se verá más adelante.

Si, con todo, la respuesta vale como aceptación, los términos del contrato serán los de la nueva oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación (si el nuevo elemento de la aceptación es adicional, se añade a los de la oferta; si es diferente, desplaza al contrario de la oferta). Y eso es importante, porque los redactores del Convenio podían haber optado por regular el contrato sólo con los términos de la aceptación, y ambas soluciones no son equivalentes. Si se escoge la segunda, la oferta puede contener términos que son silenciados por la aceptación, con lo que estos términos no formarían parte del contrato. Mas si se opta por la primera, el acuerdo contractual recoge tanto los términos de la oferta como los modificativos de la aceptación, pero sin desplazar los que contiene la primera y silencia la segunda. Por esto, parece más acertada esta segunda fórmula: ya en ocasiones puede ser gravosa al oferente la solución del artículo 19 (2) como para que encima el aceptante, con su silencio, pueda eliminar algunos de sus términos.

#### b) *Objeción del oferente*

Volvamos al ejemplo anterior y supongamos que al recibir el pedido, la azucarera envía un fax a la dulcería y le comunica que no puede

---

(153) El ejemplo se ha tomado de HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 167. pp. 229 y ss.

servirle el pedido en bolsas nuevas, sino que será en bolsas seguras pero de segunda mano. Sin demora, la empresa de caramelos le contesta insistiendo en que las bolsas deben ser nuevas, y la azucarera le vuelve a comunicar su negativa.

Tres aspectos se van a estudiar al respecto:

1. *Términos del contrato*: en este caso el contrato no se ha formado, pues la azucarera objetó la modificación introducida por la respuesta a su oferta, con lo que ésta se convierte en contraoferta, que no es aceptada.

2. *Tiempo para objetar*: el oferente goza de un plazo indeterminado, pero corto. Así es como parece que debe de interpretarse ese punto. El parágrafo (2) preceptúa que la objeción debe efectuarse «sin demora injustificada». ¿Cómo debe entenderse este requisito? En primer lugar, del texto se deduce un límite claro, a saber, el momento de la entrega de la mercancía: no puede objetarse el elemento adicional o diferente una vez se han recibido los bienes (pues en todo caso estaríamos ante un caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso). Luego este plazo de tiempo dura hasta que se cumple el contrato. En segundo lugar, el juicio acerca de la tardanza o dilación de la objeción del oferente es difícil efectuarlo *a priori*; por ello es preferible que se haga en cada caso concreto, pero con una pauta hermenéutica clara: *la interpretación debe ser restrictiva*. Las razones en este sentido son dos:

1. *Principio de conservación del contrato*: el parágrafo (2) del artículo 19 establece que la pretendida aceptación que contenga elementos modificativos que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación. Y a continuación recoge una excepción a esa afirmación general, a saber, cuando el oferente objete sin demora justificada. Y como toda excepción, debe interpretarse de manera restrictiva.

2. *Principio de la buena fe*: el artículo 7 (1) prevé que la Convención se interpretará teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Y es claro que en el ámbito del Convenio [compraventa internacional de mercaderías que no sean para consumo particular (cfr. artículo 2)] el principio de la buena fe impone la rapidez en las comunicaciones.

Y no se diga que el artículo 18 contraría esta solución, pues precisamente el artículo 19 (2) es un supuesto especial de aquél: el Convenio presume *iure et de iure* que si el oferente no objeta indica que acepta.

3. *Diferencias con § 2-207 UCC*: en este punto, la solución del *Uniform Commercial Code* es diferente que la del Convenio. Según el parágrafo (1) de la § 2-207 UCC, la respuesta a una oferta vale como aceptación a pesar de que contenga modificaciones («a ... expresion of acceptance... operates as an acceptance even though it states terms... different...»), a menos que la otra parte objete dicha alteración, en cuyo caso el contrato se formará pero sin esos elementos nuevos [cfr. § 2-207 (2) (c)UCC].

Para centrar la discusión, sirve el ejemplo anterior: la azucarera propone servir el pedido en bolsas seguras, mientras que la empresa de caramelos requiere bolsas nuevas. La primera le contesta e insiste en que las bolsas serán seguras, pero usadas. Y la segunda no acepta. Precisamente una de las mayores discusiones de la § 2-207 UCC se refiere a si los términos añadidos a la oferta han de ser adicionales o también pueden ser diferentes (154):

1. *§ 2-207 (2) UCC admite tanto términos adicionales como diferentes*: en este caso el elemento es diferente al de la oferta (nuevo-seguro), y el oferente le ha notificado la objeción a su modificación [§ 2-207 (2) UCC], luego ese elemento diferente no se incluye en el clausulado contractual, pero las partes quedan vinculadas por un contrato cuyos términos son los de la oferta; en otras palabras, el azúcar deberá ser enviado en bolsas seguras, pero no necesariamente nuevas, a pesar de la insistencia del comprador en este último aspecto (155).

2. *§ 2-207 (2) UCC no incluye términos diferentes*: en este supuesto se pueden dar dos soluciones, (a) que los términos diferentes queden fuera del contrato, con lo que los términos que lo rigen son los de la oferta (entrega en bolsas seguras) (156); (b) que ambos términos diferentes se anulen entre sí (*knock-out rule*), con lo que el contrato se ejecutará sin especificar si las bolsas serán nuevas o seguras (157).

---

(154) Cfr. p. 36.

(155) Esta ha sido una de las consecuencias de la § 2-207 UCC que ha recibido mayores críticas por parte de la doctrina norteamericana.

(156) Solución propuesta por SUMMERS, en WHITE/SUMMERS. *Uniform Commercial Code* (n. 44). Chapter 1. § 1-3. pp. 38 y ss., en especial, p. 40.

(157) Solución propuesta por WHITE, en WHITE/SUMMERS. *Ibidem*. Chapter 1. § 1-3. pp. 38 y ss., en especial, p. 40.



En resumen, en estos casos la § 2-207 UCC concede al oferente la posibilidad de objetar los términos modificativos, pero el contrato se forma de todas maneras, no con ese término objetado, aunque sí contrariamente a la voluntad de una de las partes. Y eso fue precisamente lo que los redactores del Convenio quisieron evitar. Por eso, si surge cualquier objeción a esa modificación, el proceso contractual queda trabado y el contrato no se forma (158). Así pues, en el ejemplo antes expuesto, la solución que se deriva de aplicar el *Uniform Commercial Code* es diferente de la del Convenio, pues en la primera existiría contrato mientras que en la segunda no.

### c) *Parágrafo (3) del artículo 19 del Convenio*

Este párrafo pretende aclarar cuándo una alteración es sustancial, mas no define lo que se entiende por tal, sino que incluye, a título de ejemplo, un listado de aspectos en los cuales cualquier modificación es sustancial. Estos cubren la mayoría de los elementos del contrato, por lo que muchos casos quedará probablemente incluidos en la regla tradicional del párrafo (1).

(a) *Carácter del párrafo (3)*: es claro que tiene una índole únicamente ejemplificativa, no taxativa. Y si la versión castellana puede ofrecer dudas al respecto («en particular»), la versión inglesa nos saca de ellas (*among other things*: «entre otras cosas») (159). Dicho carácter refleja, por otra parte, el subjetivismo que impregna este artículo, consecuencia de una idea fija: evitar la formación de un contrato sin el consentimiento total de ambas partes. Por eso, éstas pueden elevar a elementos esenciales cualquier aspecto del contrato, lo cual está en consonancia con el párrafo (2), que traba la formación del contrato a la más mínima objeción. Esto hace que el artículo 19, a pesar de las apariencias, esté anclado en la más tradicional doctrina contractual, pues requiere un total acuerdo de las partes, aun de aquellos elementos no negociados realmente por ellas (160).

---

(158) Cfr. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 168, pp. 231 y ss.

(159) Por otra parte, al aprobar en el 11.ª Sesión el borrador definitivo del texto propuesto para la Conferencia de Viena, el UNCITRAL indicó expresamente que esa lista no era exhaustiva. Cfr. A/33/17, Anexo 1. IX *Yearbook* (1978). § 167. p. 43. En HONNOLD. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (n. 123). p. 377.

(160) Y es lo que ha llevado a algún comentarador del Convenio a caracterizar este artículo como «extraordinariamente tradicional» [FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). p. 179 (*remarkably traditional*). Véase también HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 169. pp. 232 y ss.

(b) *Interpretación del párrafo (3)*: algún autor ha defendido que la frase final «alteran sustancialmente los elementos de la oferta» demuestra que el *test* de la sustantividad no se refiere a si un término modifica una materia que *en sí es sustancial*, sino a si ese término altera, en ese caso concreto, los elementos de la oferta (161). La interpretación es ingeniosa, pues frena la expansión del párrafo (3) al *hacer pivotar el juicio de la sustantividad no en si la alteración afecta a unas materias que de por sí son sustanciales, sino en si en ese caso concreto ese término ha alterado sustancialmente los elementos de la oferta*. De tal manera que la sustancialidad se predica del término concreto y no de la materia afectada. Esto, forzando un poco la interpretación, permite también descongelar de esa sustantividad incluso las materias incluidas en este párrafo, pues ya no serían sustantivas e intocables, sino que dependería, en cada caso, del grado de modificación. Con base en ello, se podría defender, por ejemplo, que en un contrato de compraventa cuyo precio ascendiera a varios millones de pesetas, la diferencia de 5.000 ó 10.000 pesetas en el precio propuesto por las partes no evitaría la formación del contrato. Y esa interpretación se fundamentaría también en la necesidad de «asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional» [artículo 7 (1)]. En definitiva, se propugna una interpretación laxa del artículo 19, y en concreto de su párrafo (3) (162).

#### d) *Contrato de hecho*

El 15 de junio un empresario envía un pedido de maquinaria especializada para un tren de montaje que está instalando en una nueva fábrica. En dicho formulario se incluyen una serie de cláusulas: 1) precio, 20 millones de pesetas; 2) entrega, 30 de septiembre; 3) daños, el vendedor se hace responsable de los causados por los defectos de la maquinaria; 4) disputas, cualquiera que surja se arreglará acudiendo al arbitraje.

El 26 de junio el vendedor devuelve la confirmación del pedido, también en un formulario. Ambos coinciden en todo salvo en lo referente a los daños: el vendedor se responsabiliza de reparar los defectos que pudieran aparecer en la maquinaria, mas no los daños causados por ellos.

Ninguna de las partes alega nada. La maquinaria se envía y se instala. Cuando lleva funcionando una semana, se produce un accidente,

---

(161) HONNOLD. *Ibidem*. § 169, nota 6, p. 232.

(162) Interpretación así deseada por buena parte de los comentaristas: FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL, *Commentary* (n. 122). pp. 182 y ss.; HONNOLD. *Ibidem*. § 169. pp. 232 y ss.

causado por un defecto en la construcción de los rodetes, con daños corporales y materiales. El vendedor arregla el desperfecto pero no se hace cargo de los daños.

El artículo 19 no incluye de manera expresa una solución a este problema. No hay duda de que contrato existe, pues, en caso contrario, el vendedor no hubiera enviado la maquinaria y el empresario no hubiera consentido en su instalación y uso. El problema que se plantea en estos supuestos es dilucidar qué términos contiene el contrato, pues las partes no están de acuerdo. Para afrontar este análisis hay que distinguir de nuevo entre elementos que alteran sustancialmente la oferta y que no. En el supuesto de estos últimos, no se plantea ningún problema, pues con base en el párrafo (2) del artículo 19 ese término diferente introducido por el aceptante se incluye en el contrato y desplaza a su contrario contenido en la oferta («los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación»). La cuestión surge cuando el elemento altera de manera sustancial.

En estos casos (intercambio de prestaciones con aceptación que altera sustancialmente la oferta) los comentaristas se dividen en dos posturas:

a) *Last-shot rule* (163): con base en el juego entre el párrafo (1) y (2) entienden que la pretendida aceptación pasa a ser una contraoferta, aceptada por el inicial oferente mediante su cumplimiento. En el ejemplo antes expuesto, el vendedor de la maquinaria sólo estaría obligado a reparar los defectos (164).

b) *Gap-filling rule* (165): esta postura, en vez de plantearse la necesidad de escoger entre los términos de una de las dos comunicaciones en conflicto, entiende que se ha producido una laguna (166). En este caso el contrato ha dejado sin resolver un aspecto en relación al cual ha surgido una disputa. Y ésa, cubrir esas lagunas, es básicamente la

---

(163) FARNSWORTH. *Ibidem*. p. 179; SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Contention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 56.

(164) HONNOLD critica esta postura con base en tres argumentos: a) parece poco adecuado imponer la carga de prestar especial atención a los términos al que recibe la respuesta que pretende ser una aceptación y que crea esa ambigüedad, pues del artículo 8 (2) se puede extraer el principio general según el cual la duda se resuelve en contra de la parte que ha creado la ambigüedad; b) esta postura puede fomentar la falta de claridad en las respuestas; c) es una solución algo artificial [cfr. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 170.3. pp. 237 y ss.].

(165) HONNOLD. *Ibidem*. § 170.4. pp. 238 y ss.; VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 38). pp. 276 y ss.

(166) Implícitamente adoptan la *knock-out rule* sostenida por WHITE para el *Uniform Commercial Code* (ver *supra* n. 75): se anulan entre sí los términos contrarios y el aspecto queda desregulado.

función de las reglas contractuales, luego utilicémoslas. En el ejemplo, podemos acudir al conjunto de reglas que la Convención incluye para los casos de incumplimiento de contrato (artículos 45 a 52 para las acciones y derechos del comprador, y artículos 61 a 65 para el vendedor), y, en especial, a la regla general para la determinación de los daños y perjuicios del artículo 74. Esta regla establece que la parte que incumple será responsable de aquellos daños previsibles como consecuencia de su incumplimiento (167).

### e) *Resumen*

En resumidas cuentas, a primera vista parecería que el párrafo (2) introduce una modificación importante a la regla tradicional del (1), pues permitiría considerar perfeccionados contratos en los que no se de una coincidencia total entre la oferta y la aceptación. Pero el párrafo (3) malogra dicha posibilidad. Sin éste, el artículo 19 podía dar lugar a expectativas reformadoras en la doctrina tradicional, pues en última instancia dependería de lo que se entendiera por «no alteren sustancialmente los [elementos] de la oferta». Ello sería susceptible de una interpretación amplia. Pero con la introducción de este párrafo, el (2) ha quedado prácticamente vacío de contenido, por dos razones: primera, porque la lista de modificaciones que considera que «alteran sustancialmente los elementos de la oferta» abarca las usadas en la mayor parte de los formularios. Y segunda, porque esta lista no es exhaustiva, por lo que caben modificaciones que no estén ahí contempladas y que sean sustanciales. En definitiva, el párrafo (2) queda reducido a modificaciones insustanciales, a errores tipográficos, etc., es decir, situaciones en las que, generalmente por error o por cláusulas de estilo, la aceptación no concuerda perfectamente con la oferta, pero dicha diferencia es del todo ínfima y sin importancia. Y en estos casos ya se encargaban los tribunales de dar por bueno el contrato (168).

---

(167) El Convenio incluye dos reglas específicas para la determinación de los daños y perjuicios en caso de resolución del contrato por incumplimiento (artículos 75 y 76). Los supuestos típicos para esta resolución son: a) el vendedor no entrega los bienes o los entrega seriamente defectuosos y b) el comprador no paga el precio. La regla del artículo 74 se aplica básicamente a los casos de daños causados por bienes defectuosos o entregados tardíamente, no incluibles en el ámbito de los artículos 75 y 76: maquinaria que no acaba de funcionar bien, suministro de materia defectuosa que tara algunos productos, retraso de algunos días en la entrega del pedido,...

(168) Las vías utilizadas pueden verse descritas en HONNOLD. *Uniform Law for International Sales* (n. 122). § 167. pp. 229 y ss., y en FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). p. 178.

Algunos ejemplos nos ayudarán a comprender el funcionamiento de ese artículo (169). En ellos se parte de la hipótesis que el comprador inicia la negociación enviando un pedido en respuesta de un catálogo o lista de precios del vendedor.

*Ejemplo 1.* El comprador envía al vendedor el pedido (formulario) ofreciendo comprar 100 kilos de papel. Este le contesta mediante una carta de confirmación (también formulario) en la que acepta la oferta, repite los términos de la misma, y añade una cláusula de arbitraje no contenida en la oferta. El comprador no objeta. A consecuencia de un repentino aumento del precio del papel, el comprador no accede a recibir el pedido. El vendedor le reclama una indemnización por daños como consecuencia de haber incumplido el contrato. Según el Convenio, el comprador no es responsable, pues su artículo 19 (3) establece que las cláusulas relativas a la resolución de controversias «alteran sustancialmente los elementos de la oferta». Por ello, el parágrafo (2) no es aplicable al caso. Y con base en el parágrafo (1), la pretendida aceptación del vendedor es un rechazo de la oferta y a la vez una contraoferta, que no ha sido aceptada, luego no hay contrato.

*Ejemplo 2.* Los mismos hechos que en el ejemplo 1 pero supongamos que el comprador recibe y paga el precio, y posteriormente reclama al vendedor que el papel no era de la calidad prevista, mas se niega a dirimir el conflicto mediante el arbitraje. El comprador está obligado por un contrato en los términos de la carta de confirmación del vendedor, y por tanto se debe someter al arbitraje. Efectivamente, con base en el parágrafo (1), la aceptación del vendedor es una contraoferta. Pero al aceptar el comprador el pedido, acepta con su conducta la contraoferta según el artículo 18 (1), y por tanto queda ligado a los términos de la misma, incluida la cláusula arbitral.

*Ejemplo 3.* Supongamos los mismo hechos que en el ejemplo 1 pero con una diferencia: en la oferta el comprador establece que el pedido se enviará en el barco «Estrella de la Mañana», mientras que el vendedor dispone en su formulario que el envío se efectuará en el «Lucero de la Noche». El vendedor es responsable por incumplimiento de contrato, al no acceder a recibir el pedido. El término diferente de la aceptación no es de los previstos en el parágrafo (3), ni se puede considerar que altere materialmente los elementos de la oferta. Por ello, la excepción del parágrafo (2) se aplica, y como el comprador no ha objetado la aceptación diferente, el contrato se forma.

---

(169) Ejemplos que, con algunos retoques, han sido tomados de FARNSWORTH. *Ibidem.* pp. 180 y ss.

## 5. Logros del artículo 19 del Convenio

Los principales logros de este artículo son su facilidad de aplicación y su certeza (170). El primero, porque introduce como criterio de perfección la sustantividad (alteración sustancial o no sustancial de la oferta). El segundo, porque el parágrafo (3), a pesar de parecernos que vacía de contenido el parágrafo (2), favorece de alguna manera la seguridad jurídica (aunque sea mediante una cierta rigidez).

Pero no todo son alabanzas para el mismo. También tiene sus defectos y críticas.

## 6. Críticas al artículo 19 del Convenio

Las críticas efectuadas contra este artículo ha sido varias, y reflejan una realidad de fondo: el intento de reformar el derecho de contratos tradicional en el terreno de su formación, y su neutralización. Y en este forcejeo han quedado cabos sueltos.

La *principal crítica* hace referencia a la distinción entre términos que alteran sustancialmente los elementos de la oferta y los que no (171). Sobre todo, qué otros términos no recogidos en el parágrafo (3) pueden considerarse que alteran sustancialmente el contrato. Se ha sugerido el caso de aquellas cláusulas que prevén que las negociaciones previas no modificarán o suplirán los acuerdos escritos del contrato. O el de las cláusulas de no modificación oral, por las que se veta la posibilidad de novar un contrato mediante un acuerdo verbal posterior.

Una *segunda crítica* reside en el alcance que haya de darse a algunas expresiones del parágrafo (3) (172). Por ejemplo, una cláusula de limitación de la responsabilidad tiene que ver con el «grado de responsabilidad de una parte respecto a la otra». Pero ¿qué ocurre con una cláusula que excluya la responsabilidad en caso de fuerza mayor? No hace referencia al *grado* pero sí a la *existencia* de la responsabilidad. Y lo mismo puede ocurrir con una cláusula arbitral, que tiene relación con «la solución de las controversias». ¿Qué ocurre con una cláusula de elección de ley aplicable, pues no hace referencia a la *solución* de disputas pero sí a las reglas bajo las cuales las mismas serán dirimidas?

---

(170) Cfr. VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (n. 34). pp. 253 y ss.

(171) Cfr. FARNSWORTH. «Article 19: Modified Acceptance», en BIANCA/BONELL. *Comentary* (n. 122). p. 182, y VERGNE. *Ibidem*. p. 256. Este último considera que, en general, el artículo 19 contiene conceptos demasiado vagos para llegar a uniformizar las soluciones judiciales.

(172) Cfr. FARNSWORTH. *Ibidem*. p. 183.

Antes esto, como hemos dicho antes, parece preferible dar una lectura restrictiva de los supuestos de este párrafo. Así se consigue mayor flexibilidad en la aplicación del artículo 19, y también se conserva un ámbito de aplicación del párrafo (2), alcanzando un equilibrio entre tradicionalistas y reformadores.

Una *tercera crítica* se refiere a las lagunas que ha dejado este artículo por cubrir, sobre todo respecto a aquellas situaciones contractuales de hecho.

Una *cuarta crítica* se basa en la falta de solución concreta al supuesto de las modificaciones en formularios o cláusulas impresas (*battle of the forms*), aunque comprende la dificultad de llegar a un acuerdo ante la falta de unanimidad respecto a la mejor solución a aplicar (174).

### C. Conclusión

En las páginas anteriores se ha estudiado una cuestión que en nuestro ordenamiento y en nuestra doctrina ha pasado desapercibida, a saber, la falta de adecuación de nuestra doctrina tradicional de contratos a las necesidades de las transacciones modernas, y en concreto de lo anticuado del requisito de la perfecta identidad entre la oferta y la aceptación.

Y se ha estudiado a la luz del derecho comparado, para mostrar, primero, que la realidad económica ha dado lugar a la necesidad de regular ese aspecto, y segundo, cómo se ha solucionado la cuestión. Una voz autorizada (175) ha afirmado que ante el fenómeno del desacuerdo de una parte respecto de algún elemento sustancial o esencial, las modernas regulaciones contractuales han intentado solucionarlo con base en tres principios:

- a) el contrato se forma si las partes han manifestado su intención en este sentido, aunque algunos de sus términos difieran, siempre que conozcan o debieran conocer esa contradicción;
- b) en esos casos, ninguna declaración de las partes referente a ese aspecto se impondrá sobre la otra;

---

(173) Cfr. VERGNE. The «Battle of the Forms» Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (n. 134). pp. 256 y ss.; VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). pp. 276 y ss.

(174) Cfr. SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (n. 122). p. 56.

(175) Cfr. VON MEHREN. The «Battle of the Forms»: A Comparative View (n. 33). p. 277. Profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Harvard.

c) los tribunales completarán el contrato acudiendo al derecho supletorio, a los usos y a lo que ellos consideren justo y equitativo.

El hecho que ya desde los años cincuenta esta problemática se haya regulado en los Estados Unidos de América, que el Convenio de Viena también incluya un artículo sobre la cuestión, y que la jurisprudencia alemana haya elaborado una doctrina sobre la misma, junto con otros fenómenos comparados de los que se ha dado cuenta a lo largo de esta páginas, demuestra hasta qué punto es necesario introducirlo en nuestro ordenamiento. Ciertamente, parece haberse demostrado que el Tribunal Supremo, a lo largo de los años, y cuando ha sido necesario por motivos de justicia material, ha flexibilizado el rígido criterio tradicional. Pero es necesario dar un paso más, y afrontar esa modificación de manera sistemática. En definitiva, eso es lo que se ha pretendido con este trabajo: hacer añicos el espejo.

## APENDICE JURISPRUDENCIA CITADA EN EL TEXTO

### a) Francia

- *Cassation Civil*, 3.2.1919.
- *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 26 de noviembre de 1962.
- *3è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 17 de julio de 1967.
- *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 30 de octubre de 1979.
- *Cour d'Appel de París*, *1è Chambre*, sentencia 13 de diciembre de 1984, *Société Sofracima c. Isabelle Adjani*.
- *1è Chambre civile de la Cour de Cassation*, 12 de marzo de 1985.

### b) Gran Bretaña

- *Hyde v. Wrench* (1840) *Rolls Court*.
- *B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd* (1968) *Appeal Court*.
- *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* (1979) *Appeal Court*.

### c) Alemania

- BGH 26 septiembre 1973.
- OLG Köln 19 marzo 1980.
- BGH 20 marzo 1985.



d) *Estados Unidos de América*

- *Roto-Lith. Ltd. v. F.P. Bartlett & Co.* (1st. Cir. 1962).
- *American Parts Co. Inc. v. American Arbitration Association* (Michigan Appeal, 1967).
- *Southwest Engineering Co. Inc. v. Martin Tractor Co. Inc.* (Kansas Appeal, 1970).
- *Dorton v. Collins & Aikman Corporation* (6th Cir. 1972).
- *Bolin Farms v. American Cotton Shippers Association* (W. D. La. 1974).
- *C. Itoh & Co. (America) v. The Jordan International Co.* (7th Cir. 1977).
- *Daitom. Inc. v. Pennwalt Corp.* (10th Cir. 1984).
- *Diamont Fruit Growers. Inc. v. Krack Corporation* (9th Cir. 1986).

e) *España*1. *Tribunal Supremo. Sala Primera.*

- *Sentencia de 9 de marzo de 1929 (Baldomero Carrillo c. Ateneo Mercantil de Valencia).*
- *Sentencia de 28 de mayo de 1945 (Industrias Cinematográficas Españolas, S.A. c. Angel Gamón).*
- *Sentencia de 3 de noviembre de 1955 (Banco Popular c. Kandyel-Sevilla, S.A., Unión Farmacéutica Levantina, S.A. y J. Uriach y Cía., S.A.).*
- *Sentencia de 30 de enero de 1965 (Carlos F.P.A. c. María R.M.).*
- *Sentencia de 14 de marzo de 1973 (Germán Marcos, S.A. c. Industrias Lácteas Cacerseñas, S.A.).*
- *Sentencia de 15 de febrero de 1974 (Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A. c. Industrias Mecánicas de Tudela, S. A.).*
- *Sentencia de 19 de junio de 1980 (Abogado del Estado c. José María y Antonio Fernández Díez y Palmira Díez Tascón).*
- *Sentencia de 10 de octubre de 1980 (Jaime Ojeda c. Ibérica de Comercio, Minas e Industrias, S.A.).*
- *Sentencia de 7 de junio de 1986 (Mayor Hermanos, S.A. c. Compañía Mercantil Gosa, S.L.).*

2. *Tribunal Supremo. Sala Segunda.*

- *Sentencia de 9 de mayo de 1991.*

## Jornadas sobre la reforma del Derecho privado y la protección del consumidor. Avila 1992

MARIA JOSEP BARCO I BALLBE

Prof. Derecho civil. Universitat de Girona

Los días 5, 6 y 7 del pasado mes de marzo de 1992 se celebraron en el Centro Asociado UNED de Avila las «Jornadas sobre reforma del Derecho privado y protección del consumidor», organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y la Fundación Cultural Santa Teresa de Avila, con la colaboración del Instituto Nacional del Consumo, siendo su Director, D. Eduardo Galán Corona y su Coordinador, D. José Antonio García-Cruces González, profesores ambos de la Universidad de Salamanca, que también participaron como ponentes.

El primer día, tras la inauguración oficial, se iniciaron las Jornadas con una magnífica exposición introductoria sobre el Derecho del Consumo del profesor A. Bercovitz Rodríguez-Cano con el título «Problemática general de la defensa y protección de los consumidores: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». A partir de un análisis de la actual situación del mercado —masificación, ampliación territorial, despersonalización, difícil determinación del grado de satisfacción de los consumidores, cierto anonimato de los operadores económicos, marcas, publicidad en TV—, se llega a la necesidad de una efectiva protección de los consumidores, a un reforzamiento de su poder efectivo, no tan sólo en relación a los derechos individuales sino en favor de todos los consumidores. Por ello, —siguió el ponente— debemos analizar el derecho de los consumidores. Este no existe como rama del derecho con exigencias técnico-jurídicas propias, sino que se trata de un principio de

nuestro derecho, un principio constitucional con diversa manifestación: como base de interpretación de los textos preconstitucionales y postconstitucionales y como fuente de nuevas regulaciones específicas en este orden concreto. Podemos destacar en este ámbito la protección de los intereses económicos, verdadera novedad ya que hoy se interrelacionan de forma sistemática con una nueva perspectiva integradora. El problema que destacó el prof. Bercovitz fue la dificultad de respeto real a estos derechos: en muchas ocasiones la protección individual en casos de poca entidad económica no compensa el trámite de reclamación o enjuiciación, pero en términos macroeconómicos sí es un gran problema para el buen funcionamiento del mercado. De ahí la necesaria intervención tuitiva de la Administración pública por un lado y por otro, el contrapoder dentro del mercado que representarán los propios consumidores organizados, educados e informados. Ambos sistemas coexisten en nuestro país.

A continuación se refirió a las distintas nociones de consumidor en relación a la norma aplicable (consumidor en abstracto = ciudadano; consumidor en concreto = cliente o consumidor final, distinguiéndose a su vez entre consumidor final jurídico y consumidor final material), y al interés de los consumidores. Este interés no es un valor absoluto, no se antepone sino que coexiste con los otros intereses imperantes en el mercado —defensa de la libre competencia, comercio interior, protección de las PYME— o con los propios intereses divergentes de los propios grupos de consumidores.

Pasó ya, en la recta final de su exposición, a realizar una breve caracterización de la normativa existente a nivel estatal, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) y las normativas autonómicas. Destacó que no difieren sustancialmente a pesar de la rica conflictividad que genera el ejercicio de las competencias de defensa del consumidor y usuario en ambos niveles, y apuntó una posible inconstitucionalidad en la Ley de Consumidores de Andalucía que, al definir el concepto de consumidor a los efectos de protección mediante dicha norma, incluye a los empresarios que adquieren productos para entregarlos como liberalidad a sus empleados, lo que a todas luces parece manifiestamente incongruente con el principio informador que analizamos. En relación a los conflictos competenciales Estado/CC.AA. mencionó la trascendental STC 15/1989 que, analizando la LGDCU y las competencias autonómicas, establece dos aspectos fundamentales en la materia: uno, que determinados artículos de la LGDCU no son aplicables a determinadas CC.AA. con competencias exclusivas y, dos, que el Estado debe garantizar las condiciones básicas de igualdad de los consumidores. Asimismo afirmó taxativamente el Prof. Bercovitz que las CC.AA. sólo poseen competencias en el ámbito del derecho administrativo y no en materia de derecho privado.

Por último, una breve mención al derecho comunitario. El principal problema se plantea en la trasposición al derecho interno de las Directivas que se realiza con total discrecionalidad por parte de los Estados miembros mediante ley especial, sin el adecuado ajuste con la normativa existente y sin solucionar los conflictos competenciales internos sobre quién ostenta la competencia para dicha incorporación. Con estas cuestiones y el turno de preguntas posterior finalizó la primera ponencia de la jornada.

A continuación el Prof. J. A. García-Cruces expuso su ponencia titulada «La protección del consumidor en el derecho comunitario». En ella expresó de modo claro y conciso el contenido y principales características de las más importantes Directivas comunitarias relativas a la protección de Consumidores y Usuarios: la Directiva 450/84 sobre Publicidad Engañosa, la Directiva 374/85 sobre Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, la Directiva 577/85 sobre ventas fuera de establecimientos comerciales y la Directiva 192/87 sobre Crédito al Consumo.

En relación a la primera de ellas, Directiva 450/84, resaltó la importantísima definición de publicidad engañosa que se realiza y los siguientes rasgos definidores de la regulación: la irrelevancia del medio publicitario empleado; la no necesidad de la falacidad estricta de la publicidad, puesto que la publicidad abstractamente exacta puede ser engañosa en su difusión en el mercado; la no necesidad de producción de un daño, basta con la posible inducción a error; la inversión de la carga de la prueba; y la no inclusión expresa de la publicidad engañosa por omisión pero que debe considerarse incluida en la amplia definición inicial.

De la Directiva 374/85 destacó: contenido rígido o cerrado, lo que significa poca movilidad para los Estados miembros, pero este contenido deberá ser revisado por la Comunidad y ampliado con nuevas normas si es necesario; sistema de responsabilidad objetivo: la víctima debe probar el daño, el defecto y la causalidad entre ambos, siendo innecesaria la culpabilidad del productor. Las únicas causas de exoneración son: daño por culpa exclusiva de la víctima, daño por culpa de un tercero, daño derivado de los riesgos del desarrollo —si se ha excluido de la regulación estatal—. Pasó a caracterizar brevemente el concepto de producto (cosa mueble, exceptuando los productos agrícolas y caza si no se han transformado industrialmente), de producto defectuoso (el que no ofrece seguridad excluidos los defectos de utilidad debida) de víctima (no hay, se habla de «el perjudicado» o «el demandante»: protección más allá del mero consumidor, cualquiera que resulte dañado) y de daños (corporales siempre, materiales según los requisitos del art. 9).

En relación a la Directiva 577/85 expuso la voluntad de ésta de no alterar la libertad de los Estados miembros en este tema y su fina-

lidad armonizadora para obtener una aproximación en las legislaciones internas. El supuesto de hecho que contempla el texto es la venta realizada fuera del establecimiento comercial (art. 1 y 3), la oferta y consumación de la venta y la adquisición por parte del consumidor. Se dan dos tipos de exclusiones: cuantitativas (franquicia mínima 60 ECUS) y materiales (art. 3.2). Es básico el derecho de desistimiento del consumidor —irrenunciable— y su resolución unilateral del contrato con el período mínimo de reflexión de 7 días (art. 5, 6).

Sobre la Directiva 192/87 expuso que su ámbito de actuación se refiere a: crédito para bienes de consumo, utilización de tarjetas de crédito, anticipos y descubiertos en c/c y cualquier otro contrato de crédito. Las normas comunes para todos los supuestos: forma escrita del contrato, entrega de copia al consumidor, deben figurar las condiciones esenciales del crédito y deben ser redactadas con claridad y concreción las mencionadas esenciales —básicamente el coste del crédito—. Los Estados miembros tienen tres puntos fundamentales a desarrollar: condiciones de recuperación del bien en perjuicio del consumidor —no al enriquecimiento injusto del acreedor, posible el pago anticipado, el consumidor conserva sus acciones frente al tercero al que se ha cedido el crédito. La Directiva mereció ciertas críticas por parte del ponente: omisión de un período de reflexión (existe en el derecho comparado), problema de la vinculación del suministrador en supuestos de producto defectuoso, garantías, etc., ya que sólo podrá dirigirse contra terceros de una forma muy relativa y el tema de los títulos valores transmitidos en el que la Directiva se remite a la decisión de los Estados miembros.

Por último examinó concisamente el grado de ejecución de estas Directivas en nuestro Derecho interno. El resultado es una trasposición parcial en materia de Publicidad Engañosa y Ventas fuera de establecimientos comerciales (problemas en cuanto a su adecuación material) y en relación a la responsabilidad por productos defectuosos y el crédito al consumo no se ha dado ejecución del derecho comunitario, puesto que la LGDCU es anterior y no recoge el sentido de la Directiva y una OM y una Circular del Banco de España no pueden considerarse ejecución formalmente correcta del derecho comunitario en materia de crédito al consumo, así como tampoco en relación a su ámbito material ya que ambas normas no contemplan multitud de aspectos básicos.

¿Cuál es, por tanto, la incidencia de estas Directrices no incorporadas a nuestro derecho interno? Los particulares no pueden invocarlas directamente en principio, sí si se cumplen determinadas condiciones según doctrina del TJCEE. Al haber transcurrido el plazo para su incorporación parece que sí deberían poder invocarse, pero este efecto directo es sólo para el Estado, sólo sirve en las relaciones verticales. ¿Qué pasará en las horizontales? El Estado podría tener la

obligación de indemnizar al particular dañado por la falta de ejecución de la normativa comunitaria, pero en último caso, puesto que en primer término los Tribunales internos deberán interpretar el derecho estatal de acuerdo con la Directiva de que se trate, como ha destacado la Sentencia del TJCEE «Marleasing» o la reciente «Marcovitz».

La tercera ponencia de la Jornada, primera de la sesión de la tarde, corría a cargo del profesor J. I. Font Galán. Pero éste por enfermedad, tuvo que ser sustituido por el Director de las Jornadas, D. E. Galán Corona. Su ponencia mantuvo el título inicial de «La competencia en el mercado y la protección del consumidor». Habló el ponente de los recientes estudios sobre el mercado, la estrategia empresarial y el consumidor, interrelacionando estos sujetos económicos, citando especialmente la obra de N. Reich. El dogma de la soberanía del consumidor no es tal puesto que el marketing permite anticipar y manipular la decisión de éste. El consumidor se encuentra, por tanto, en una posición pasiva frente a la posición de predominio de los empresarios. Un ejemplo paradigmático: las condiciones generales de la contratación que producen una perversión del criterio de la autonomía de la voluntad al someter una voluntad a la otra. El supuesto soberano pasa a ser el súbdito o bien deja de consumir. El sistema de libertad de competencia, de decisión empresarial, coloca al consumidor en situación de subordinación estructural; el tope a esta actuación es que este proceder empresarial no sea abusivo, caso en que el Ordenamiento Jurídico deberá intervenir para proteger mejor al consumidor y suplir estas deficiencias del mercado. El sistema de mercado es el reconocido por nuestra Constitución en su art. 38, sistema que debe funcionar en base a la competencia. De ahí las regulaciones existentes sobre Defensa de la Libre Competencia y en Contra de la Competencia desleal que persiguen idénticos objetivos: tutelar la competencia empresarial y los intereses privados colectivos de competidores y de consumidores y los intereses individuales. El éxito en el mercado debe conseguirse con la eficiencia empresarial y no por otros factores, como la conducta desleal, comportamientos que afectan al correcto funcionamiento de la economía de mercado y a los consumidores. Y en este último caso, no como reflejo de la tutela de los empresarios, sino que el buen funcionamiento de la competencia influye directamente en la defensa de consumidores y usuarios. Y esta interrelación entre la economía de mercado y los consumidores aparece expresada en la propia LGDCU: la tutela del consumidor es un factor más de este carácter social de nuestra economía de mercado, de nuestro Estado social de derecho.

Abundando algo más en el análisis de la regulación de la libre competencia, comentó el ponente que el derecho español y el derecho comunitario son muy similares en este sector. En estas regulaciones no se habla de consumidores pero, como destacó una vez más el prof.

Galán, subyace en el propio articulado como consecuencia directa el axioma de que cuanto más satisfacción de los consumidores, más competencia y viceversa. Sobre qué puede considerarse conducta abusiva empresarial, se afirmó que el concepto de abuso es de difícil concreción. En el ámbito de la defensa de consumidores y usuarios es evidente la prohibición de abuso de posición dominante, abuso con graves consecuencias para los consumidores. Sobre la normativa contra la competencia desleal, se comentó la reciente Ley de 1991, que abunda en la misma orientación: la relevancia de esta regulación para el buen funcionamiento del mercado y, por tanto, también para los consumidores. Cuando se da una lesión a la competencia correcta, un ejercicio de la libertad de empresa contrario a la buena fe (con la denigración de un competidor, por ejemplo), no tan sólo se trata de proteger los derechos subjetivos de los competidores, sino que esta conducta desleal impedirá a los consumidores ejercer su función de «arbitro» en el mercado que sí sucederá en los supuestos de buen funcionamiento de éste. Por eso la Ley permite a los consumidores emprender acciones si se ven perjudicados o amenazados por actos desleales (art. 19). Evidentemente debe tratarse de una conexión directa causa/efecto entre perjuicio o amenaza y actos desleales. Y esta legitimación es individual y colectiva, las Asociaciones de Consumidores podrán ejercerlas también. Las acciones posibles se recogen en el art. 18 de la Ley citada. Y finalizó su intervención repitiendo la idea de base ya enunciada: las normas sobre defensa de la competencia protegen a los consumidores y usuarios al posibilitar el correcto funcionamiento del mercado. Se trata de una protección más indirecta pero también necesaria y debe orientarse más en esta línea en el futuro.

La siguiente ponencia estuvo a cargo de la profesora M. C. Gómez Laplaza con el título «Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores», que procedió en primer lugar a plantear las bases del sistema contractual decimonónico cuyos pilares eran la autonomía contractual en base a la palabra dada y la justifica conmutativa, principio de autonomía de la voluntad casi ilimitado, algo ilusorio casi desde un principio. La aparición de nuevas figuras contractuales rompe este paradigma tradicional. Hoy el tráfico de masas, el lucro, la simplificación, llevan a la necesidad de la elaboración de contratos-tipo, formularios, cuyo objeto suelen ser productos de primera necesidad o en todo caso, necesarios. De ahí la perentoria adhesión por una de las partes de esa relación, adhesión que se dará en multitud de ocasiones, por lo que las condiciones generales de la contratación son hoy absolutamente relevantes e imprescindibles para conseguir una racionalización del tráfico jurídico. Sus caracteres esenciales, generalidad, predisposición y rigidez, llevan a la posibilidad de abusos por parte del predisponente: no deben evitarse las condiciones generales, sino su uso abusivo.

A continuación expuso la ponente la evolución de las técnicas de protección en el derecho comparado ante esta situación contractual, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como legislativo. En una primera fase se trataba del control de inclusión de las condiciones generales, un control externo y preventivo: el adquirente debe conocer que hay condiciones de este tipo. En una fase posterior se añade a éste el control de contenido: se establecen listas «negras» o «grises» de condiciones generales consideradas abusivas. Estos controles se encomiendan normalmente a los Tribunales ordinarios aunque también se da el control previo administrativo y a otros niveles. En el caso español la Jurisprudencia aplicaba los artículos del CC referentes a la interpretación de los contratos (1281 y ss.) y en especial el 1288 para encontrar soluciones de justicia material al caso siempre con el apoyo de la buena fe (art. 1258 CC). Pero esta solución era insuficiente, no obstante lo cual no se llega a una primera regulación sobre el tema directamente hasta 1980 con la Ley del Seguro, art. 2 y 3, regulación algo conflictiva por extender ultra partes las STS y asimismo limitada a ese sector concreto.

La LGDCU sí entra en el tema en profundidad en su art. 10 y la Prof. Gómez Laplaza procedió a un análisis de esta regulación destacando sus características y procediendo a una revisión crítica de éstas, interesantísima. Analizó así: generalidad de aplicación, redacción previa, inevitabilidad, condiciones en contratos y en avisos y comunicaciones sobre exenciones de responsabilidad, controles administrativos y judiciales, redacción, contenido, criterios (buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones), enumeración no exhaustiva de las condiciones más corrientes a través de un listado absolutamente desigual. Las consecuencias de la inclusión de condiciones generales abusivas (o no claras en su redacción, por ejemplo, en base a los requisitos del propio art. 10) será su nulidad de pleno derecho y que se tendrán por no puestas (art. 10.4), es decir, una nulidad parcial imperativa. Esta solución se estima como totalmente adecuada puesto que no se trata de ineficacia total del contrato, lo que perjudicaría los intereses del consumidor al que interesa conservar el negocio pero contratando equilibradamente. Lo difícil es la «recomposición» de este negocio con nulidad parcial ya que el CC no lo regula. Deberá verse la voluntad de las partes sobre la continuación del contrato después de la amputación, interpretación subjetiva que puede favorecer al predisponente, por lo que debe irse a la interpretación objetiva en base a la buena fe obteniendo una situación equitativa para ambas partes, siempre con la protección de los consumidores como marco necesario de actuación. El art. 10.4, 2º es una solución in extremis a utilizar con cautela desde esta perspectiva de protección. Por último, la ponente destacó la problemática del régimen de ineficacia consagrado por el art. 10: nulidad/anulabilidad y los intereses en juego.



Procedió por último en su completa exposición a perfilar el Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación existente. Destacó su ámbito de protección (consumidores y usuarios y pequeños y medianos empresarios), su acentuación del control judicial del contenido, su concepto de condiciones generales que supera alguno de los problemas de la LGDCU, su listado de condiciones abusivas, la solución también de nulidad parcial con idéntica problemática a la analizada para la LGDCU, legitimación para impugnar más amplia, y su intento de posibilitar la eficacia ultra partes de las sentencias anteriores lo que puede resultar muy interesante para el consumidor.

La segunda Jornada se inició con la ponencia de la profesora D<sup>a</sup> M. Verguez con el título «La protección del consumidor frente a ciertos tipos de ventas especiales». Abrió su exposición hablando de las ventas agresivas, una práctica comercial actual en la que la lucha entre empresarios conlleva la situación del consumidor como víctima en el mercado. Hay muchos tipos de ventas agresivas y a falta de regulación específica deberán integrarse con las normas del CC y CCom. Sobre una de estas ventas sí existe legislación especial, la reciente Ley de noviembre de 1991 sobre venta fuera de los establecimientos mercantiles, que incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 85/87 de 20 de diciembre sobre venta fuera de los establecimientos comerciales (incorporación también llevada a cabo en Alemania y Bélgica). Debe destacarse que en nuestro derecho interno antes de la citada Ley ya existía regulación sobre el tema en la legislación autonómica (Cataluña y Comunidad Valenciana, por ejemplo).

Los objetivos económicos actuales, la gran producción en masa, las nuevas grandes superficies comerciales, la necesidad de hacer beneficios, llevan a la aparición de técnicas nuevas de venta: a domicilio, por correo, por teléfono ... son supuestos agresivos de venta, técnicas de acoso constante al consumidor, por lo que debe procederse a una regulación del tema en base a dos puntos: defender a la parte más débil de este contrato fruto de nuevas estrategias comerciales y hacerlo con normativa sustantiva sobre el contrato, no con normas administrativas —como han hecho las CC.AA.—. Por ello, regulación estatal, la Ley de 1991 ya citada.

Esta Ley se compara a continuación por la ponente con la Ley francesa de 1972 sobre *demarchage* y venta a domicilio y la Directiva Comunitaria. Destacan tres aspectos básicos de la Directiva: es una Directiva de mínimos, lo que significa que los Estados miembros pueden ampliar el ámbito de protección o prohibición; realiza una acertada definición y características de estos contratos; su régimen jurídico es muy correcto. En su trasposición a nuestro derecho, nuestra Ley ha optado por el control de estas técnicas, no por su prohibición, solución razonable puesto que se trata de instrumentos econó-

micos existentes pero que deben controlarse de forma proporcionada según los intereses en juego. La Directiva define los sujetos, las circunstancias concretas de estos contratos (art. 2: celebrados en excursiones, visitas, en el domicilio del consumidor o en el de otra persona, sitios no escogidos por el consumidor) y los supuestos excluidos (art. 3: contratos excluidos por su objeto o por circunstancias incompatibles con los supuestos anteriores, contratos sobre productos alimenticios de consumo corriente en el hogar, contratos que no lleguen a una determinada cantidad económica). Del análisis de la Ley española se deduce su gran similitud con la Directiva en cuanto a exclusiones (la cantidad mínima para poder reclamar es de 8.000 pts.), pero su fracaso en cuanto núcleo central de aplicación de la Ley (art. 1), unas definiciones de los supuestos de celebración de estos contratos agresivos erróneas, contradictorias entre sí, incongruentes con el espíritu de la norma en su redacción primitiva (en la que la ponente colaboró) y con el objetivo de la Directiva. El tratamiento jurídico de estos contratos se centra básicamente en el derecho de renuncia para el consumidor: plazo mínimo de 7 días a partir de la notificación formal del empresario sobre este derecho (igual que en la Directiva), notificación que debe constar en la documentación formal del contrato. Para ejercitar este derecho no hay que alegar causa alguna y su ejercicio no puede implicar gastos para el consumidor. Comentó a continuación la ponente algunos de los problemas que plantea este derecho de revocación: entrega del producto antes de este período de reflexión, conservación de éste por parte del consumidor, ¿se trata de un contrato perfecto a anular (solución de la Ley) o de un contrato todavía no perfecto hasta que pase el período de reflexión? Debería ser una declaración de voluntad del comprador no perfecta lo que es congruente con la idea de revocación, afirma la Prof. Verguez. Además ha habido transferencia del objeto, pero del riesgo no, situación propia del contrato no perfecto, aunque la remisión de la Ley al CC (art. 1303 y ss) lleva al régimen de anulación, a un contrato perfecto impugnabile. Debería establecerse una solución similar a la de la venta *ad gustum* del CCom. Finalizó la exposición con una breve referencia al régimen de responsabilidad que es de solidaridad (art. 8).

La segunda ponencia corrió a cargo del Director de las Jornadas Prof. D. E. Galán Corona. Su título: «La protección del consumidor como usuario de servicios bancarios». Todos somos usuarios de servicios bancarios: créditos, tarjetas, cobro de nóminas, pago de recibos... abundantemente son contratos predispuestos por el Banco o Caja y el consumidor no puede hacer nada al respecto, se encuentra poco informado y posee poco poder de decisión. La intervención legislativa en este tema se traduce en normas de distinta jerarquía, por lo que podemos destacar: la LGDCU, la OM de 12-12-1989 y la Circular del Banco de España de 7-9-1990. En relación a la normativa

de consumo se ha pretendido su inaplicabilidad a las operaciones bancarias, afirmando que no hay consumidor en el sentido de la LGDCU, pero es evidente que sí será consumidor el que contrate con la Entidad Bancaria para obtener efectos traducibles en su ámbito familiar, no si el préstamo obtenido, por ejemplo, se integra en el flujo financiero. Aquí debe matizarse puesto que la suma de dinero que obtiene el prestatario-consumidor se integra en ocasiones al mercado como resultado natural sin quererlo directamente éste. Y un último argumento directo sobre la aplicabilidad de la LGDCU: su art. 10 habla de las condiciones abusivas del crédito, por lo que cae de pleno en la defensa de consumidores y usuarios. En relación al depósito bancario se dice que el depositante no sería consumidor porque no hay consumidor destinatario final en sentido estricto, pero este depositario a la vista busca obtener intereses sí, pero también un servicio de custodia y de reintegro, además de la obtención de determinados servicios por parte del Banco, por tanto es un usuario de servicios bancarios que debe quedar protegido también por el derecho de consumo.

Sobre las competencias para regular estos temas, es muy fácil excluir a las CC.AA. en base a la unidad de mercado y las actividades económicas como materia exclusiva estatal. Pero esta respuesta para decir que no es materia de defensa de consumidores y usuarios no nos vale: debe verse el juego delicado de repartición de competencias teniendo en cuenta que la materia de defensa del consumidor y usuario es competencia exclusiva de algunas CC.AA. El derecho del consumo es plurisectorial y ello debe tenerse muy en cuenta.

Examinando en concreto las dos regulaciones citadas, OM y Circular del Banco de España, expone el ponente en primer lugar el problema de su legitimidad para regular estos temas, siendo normativa de jerarquía inferior. En base al art. 48.2 y a la DA 8ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en relación a competencias más generales, habilitación en virtud de la Ley de Organos Rectores del Banco de España, puede predicarse de ambas regulaciones su validez formal. Sobre su contenido, la cuestión principal es si regulan materias contractuales o son normas disciplinarias obligatorias para las Entidades de Crédito. El primer supuesto no es absolutamente rechazable, pero la materia contractual suele ser regulada por ley o mediante previa habilitación en caso de normativa inferior, por lo que la segunda posición es la más correcta: son normas de ordenación y disciplina, de control de las autoridades administrativas sobre las Entidades Bancarias, aunque tal regulación repercute evidentemente en los contratos celebrados por éstas y, por ello, en mejores condiciones de servicio para el consumidor. No se trata de normas relativas a contratos sino de ordenación administrativa que busca la transparencia en las actividades crediticias, por lo que su in-

cumplimiento provoca una infracción administrativa a sancionar por el Banco de España. Por eso su incidencia en el mundo del consumo precisa una integración absolutamente necesaria con la LGDCU y las normas generales de obligaciones y contratos.

Pasó el Prof. Galán a enunciar las obligaciones que se imponen en estas regulaciones a las Entidades Bancarias sobre información, publicidad, entrega de documentación, contenido del contrato prefijado, etc. Estas obligaciones cuando se incumplan producirán diversas reacciones: infracción administrativa interna para el Banco o Caja, responsabilidad frente a los consumidores lesionados que deberá integrarse con las normas generales sobre contratación y con la LGDCU, prevaleciendo la solución más beneficiosa para el cliente en base a esta normativa (casos citados: tipos de interés fijado en el contrato más alto que el expuesto en el tablón de anuncios, comisiones superiores a las que constan en el folleto visado por el Banco de España, condiciones abusivas del contrato, depósito y problemas sobre el tipo de interés que da, ausencia de mención a comisiones y gastos, modificación del tipo de interés pactado por las partes...).

Además de la interpretación favorable para el consumidor en base a la aplicación conjunta integrada, puede utilizarse por el cliente lesionado el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, después de reclamar la propia Entidad en cuestión lo que permite al cliente seguir la vía contencioso-administrativa además de la vía de Tribunales Ordinarios.

Terminó su exposición el ponente afirmando que es necesaria una regulación concreta sobre los más frecuentes contratos bancarios, y que un relativo optimismo puede tenerse en este campo debido a la necesaria incorporación de la Directiva Comunitaria sobre Crédito al Consumo que debe realizarse y a la, parece, próxima promulgación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La sesión de la tarde se inició con la ponencia del Prof. D. J. M. Embid Irujo «La protección del consumidor como asegurado». En el tema de los sujetos asegurados concurren multitud de planteamientos correctores. Desde el punto de vista del consumo, el principal es si podemos considerar al asegurado como un consumidor en todos los casos. Para solucionarlo debemos tener en cuenta la Ley de Contrato de Seguro y la LGDCU. Cabe por ello hablar de un asegurado que es consumidor como destinatario final del servicio del seguro (así la Ley Sueca de 1980 de protección al consumidor en el seguro). Se tratará por tanto de quién es el titular del interés asegurado y el que disfruta en exclusiva del ámbito asegurado. Si la tutela es para un ejercicio empresarial no será subsumible, puesto que se tratará de un consumo empresarial. El problema principal se debe a la complejidad de situaciones en el seguro: asegurado, tomador, beneficiario, terceros. ¿Caben en la noción de consumidor el tomador y el beneficia-

rio? El planteamiento acostumbra a ser restrictivo: el único considerado consumidor es el asegurado, el que propiamente «consume» el seguro. Pero, ¿y el beneficiario del seguro de vida? Su derecho deriva del contrato, es un derecho propio, no sucesorio del asegurado ni ex lege, por ello es conflictivo.

En relación a su ámbito material, otros problemas: ¿es aplicable la Ley del Seguro a otros seguros con normativa propia (seguro marítimo, aéreo)? La opinión bastante formada por la Jurisprudencia está en línea a la exclusión, sólo con carácter supletorio puede aplicarse la Ley 50/80. Y el Reaseguro, ¿cabe la defensa del empresario reasegurado dentro de la LGDCU? Respuesta tajante: no.

La normativa aplicable al derecho protegido desde esta perspectiva nos lleva a la concurrencia de las normas del seguro y de defensa de consumidores y usuarios. ¿Cómo resolver posibles interferencias cuando hay regulación en las dos normativas (por ejemplo, condiciones generales, art. 3 Ley Seguro y art. 10 LGDCU)? Según el art. 7 LGDCU esta regulación prevalece respecto a las normas civiles o mercantiles. Pero debe tenerse en cuenta la prioridad del derecho del consumidor, principio *pro consumatore*, ver qué norma es más protectora, no necesariamente la LGDCU. Además debe tenerse en cuenta que existen títulos competenciales autonómicos sobre ordenación de los seguros. Debe buscarse lo más favorable para el consumidor respetando la repartición de competencias.

Pasó el ponente a continuación a analizar la protección contractual del asegurado, básicamente el tema de las condiciones generales de la contratación. En este tema debe destacarse el control legislativo sobre las condiciones generales del contrato de seguro mediante un conjunto de normas imperativas (mientras que en el CCom eran dispositivas). El criterio general de imperatividad es que se entenderán válidas para el asegurado las cláusulas beneficiosas, sean las imperativas favorables o las pactadas favorables (sistema semi-imperativo). Estas cláusulas perjudiciales se tendrán por nulas (art. 19: prohíbe asegurar el dolo y su sanción es la nulidad absoluta, pero en otros casos se dará nulidad relativa). En todo caso, nulidad parcial, sólo de las cláusulas, no de todo el contrato. También destaca el Prof. Embid la voluntad de que se dé un mejor conocimiento de las cláusulas para el asegurado: redacción clara y precisa, simplicidad, lenguaje fácilmente comprensible. Mención a los diferentes idiomas oficiales del Estado Español: si se trata de materia mercantil no se podrá hacer en otras lenguas diferentes del castellano, pero hay que tener en cuenta la competencia sobre «ordenación del seguro» autonómica. Es un tema calificado por el ponente de conflictivo. Otra cuestión es la delimitación del carácter lesivo de las cláusulas, no sólo las generales, sino también las particulares mientras que sean lesivas, a no ser que se acepte por escrito cada una de ellas, siendo redactadas de forma clara

y destacada. Estas clazoles limitativas ¿son también lo que protege el seguro y lo que excluye de su ámbito de cobertura? Hay Jurisprudencia en sentido afirmativo (STS 9 de noviembre de 1990, 4 de noviembre de 1991). En relación al control de estas condiciones generales en el contrato de seguro, se mencionó que el administrativo es de mera vigilancia y no de autorización detallada, que el control judicial es relativo, puesto que sirve para las cláusulas impugnadas y no para las cláusulas idénticas del sector, de ahí el art. 3.2 Ley Seguro que presenta problemas de inconstitucionalidad. El resultado del TS deberá ser aplicado por la Administración a los casos idénticos, pero tal actuación es difícil y restrictiva, no siendo realizada hasta el momento, no hay STS.

Debe tenerse en cuenta también en este sector la Ley del Seguro Privado de 1985 y su Reglamento, y las Reformas posteriores en base al Derecho Comunitario.

La siguiente ponencia estuvo a cargo del Prof. I. Quintana Carlo y tuvo por título «La protección del consumidor como turista». Destacó el ponente la obra de Von Hippel, básica para este sector del derecho del consumo, y empezó su exposición destacando diversas situaciones jurídicas que corresponden al consumidor-turista: el contrato de viaje combinado, contrato de transporte, contrato de alojamiento... en definitiva, multitud de servicios que adquiere este especial consumidor, definido como hombre con dinero para gastar en lo superfluo. Debe protegérsele porque está fuera de su domicilio, incluso fuera de su país y es tendente al consumo, un consumidor que compra fuera de su domicilio lo que favorece que sea fácilmente engañado. En definitiva, es consumidor de productos y usuario de servicios. Este tema preocupa a las instancias comunitarias y referente al turista como adquirente de servicios debemos mencionar la Propuesta de Directiva sobre daños causados por servicios. El turista es un ciudadano que invierte su tiempo de ocio en actividades que le resultan placenteras y esta ponencia se centra en los servicios que contrata éste: viajes, transportes, alojamientos, mencionando especialmente el contrato de viaje combinado o «a for fait» que incluye todos estos temas, y el tema del «overbooking» hotelero o en transportes. Sobre los viajes debe mencionarse la Directiva Europea sobre viajes combinados, y en relación a la denegación de embarque en los transportes aéreos, el Reglamento Comunitario de 1991. En nuestro país estos contratos no están directamente regulados, no están determinados los derechos y obligaciones de las partes, sino que tan sólo existe regulación administrativa: RD de 25 de marzo de 1988 y OM de 14 de abril de 1988 sobre Agencias de Viajes, y regulación autonómica sobre turismo allí donde esta competencia es exclusiva, como por ejemplo en Baleares. El derecho español existente hasta el momento no se adapta a la regu-

lación comunitaria, por lo que debe procederse a su integración y modificación.

La Directiva sobre Viajes Combinados establecer normas sobre los derechos existentes antes de la contratación, sobre requisitos del contrato, sobre derechos y obligaciones derivados del contrato, sobre responsabilidades, etc. Así establece la veracidad publicitaria (de acuerdo con la Directiva sobre publicidad engañosa); la obligación del organizador de la entrega de un folleto «legible» al turista (letra en tamaño normal, claridad y concisión); la integración publicitaria del contrato; la descripción detallada del viaje, de sus condiciones, anexos... en la propuesta de contrato y en el contrato, así como formalización de éste por escrito o por cualquier otra forma accesible por el consumidor (por ejemplo, medios informáticos, como el sistema MINITEL en Francia para viajes). En estas cuestiones puede aplicarse nuestra LGDCU en espera de una legislación específica. Sobre los derechos y deberes derivados del contrato de viaje se plantean problemas diversos: la cancelación de la reserva del viaje, la cesión de la reserva, el aumento de precios debido al lapso temporal entre reserva y celebración efectiva del viaje. En nuestras normas administrativas no hay regulación. En relación a la cesión afirma el ponente que si tomamos el caso del transporte aéreo, el billete es nominativo y no puede cederse, pero la Directiva sí permite la cesión de la reserva si se reúnen las condiciones necesarias para viajar a ese país (visado, por ejemplo). Sobre la alteración de las circunstancias esenciales del contrato, entre ellas el precio, afirmar que no puede producirse a no ser que se haya pactado expresamente tal posibilidad para casos específicos (por ejemplo, incremento del precio por el aumento del precio de los carburantes).

Otra cuestión básica se plantea en sede de responsabilidad ante un viaje no prestado o prestado de forma defectuosa. Existen dos tipos de agencias de viajes, las mayoristas y las minoristas o intermediarias entre los usuarios y las mayoristas. ¿Quién responde? Las minoristas comercializan un producto de la empresa mayorista, son mediadores, comisionistas, por lo que si actúan con la diligencia usual quedan exoneradas. Pero la agencia mayorista no siempre es responsable de todos los servicios que presta —los aviones no son propios o alquilados por esta empresa, los autobuses tampoco, ni los hoteles...— sino que ha buscado servicios de otros empresarios y los ha englobado en un «paquete turístico». De ahí que el usuario se enfrente a la dificultad de encontrar un responsable: la compañía con la que contrató no queda obligada por ser mero comisionista, las mayoristas reenvían al prestador del servicio defectuoso o incumplido en cuestión, que es un tercero para el turista (reclame a la Cia de aviación, al hotel, al restaurant que organizó la barbacoa). Esta es la postura tradicional. Pero este planteamiento debe cambiar: la empresa con la

que concertó el viaje combinado el turista no se presentaba como comisionista ante éste, sino que se ofrecía a dar un resultado concreto al cliente, los elementos del contrato de comisión no se dan en la mayoría de supuestos ya que el cliente acepta la propuesta de la agencia y no al revés. En definitiva es un contrato de resultado y no de medios, por lo que deberá responder ante sus clientes también por los servicios de terceros. Así lo incorpora hoy la Directiva (art. 5): producido el incumplimiento, el usuario podrá dirigirse contra la agencia con la que contrató, con independencia de que ésta ejecutara o no el servicio defectuoso, y también contra el mayorista. El derecho español deberá decidir quién responde: el detallista o el mayorista, o ambos indistintamente, sin duda la elección debe inclinarse hacia la solidaridad como mejor solución (sin perjuicio de su derecho de repetición contra los terceros verdaderos responsables). Nuestra regulación parte de la situación fuerte de los empresarios del sector en un país turístico como el nuestro (incluso se plantearon problemas por parte de España cuando se negociaba la Directiva), las empresas de viajes deben depositar una fianza ante la Administración para responder de posibles responsabilidades, pero frente a ésta, no frente a los usuarios. Por eso se intentó establecer en la Directiva la obligatoriedad de un seguro o un fondo de garantía que cubriese los daños de los usuarios hasta ciertos límites, pero no se consiguió. La Directiva tiene más de declaración de buenas intenciones que deberán ser concretadas por los Estados miembros para proteger a los consumidores que de verdadera regulación en este tema, y deberá introducirse la Directiva mediante Ley en nuestro país.

Sobre el «Overbooking» expuso el Prof. Quintana que se trata de una práctica habitual de las empresas de transporte aéreo, en primer lugar para dar mejor servicio al usuario por ser un sistema de reserva flexible que no precisa anulación anticipada para evitar la sanción, pero que provoca problemas para los usuarios. Se trata de preveer un % de pasajeros que no se presentan con lo que se vende el 120 % de plazas de avión para optimizar recursos. El problema se produce cuando todos los que reservaron se presentan y alguien tiene que quedarse en tierra por una denegación de embarque en base a una regla muy sencilla de prioridad: tiene plaza el primero que llega. Para lo que no pueden viajar habiendo reservado se establece un régimen de indemnizaciones de hasta un 50% del precio del billete más la manutención si hay que pernoctar... Este es el caso de un billete de Iberia, por ejemplo, en base a un RD de 1980. Pero desde abril de 1991 existe un Reglamento Comunitario que regula el tema de forma radicalmente diferente: establece indemnizaciones mínimas según kilometraje (+ ó - de 3.500), se subastará la plaza y el que pierde será compensado. Terminó así la exposición dando lugar a un interesante debate en el que se mencionaron las normas españolas de la década



de los 60 (Ley de Competencias Turísticas de 1963 y Estatuto de 1964), derecho turístico que fue pionero en Europa, así como la existencia de unas normas de unificación de la UNIDROIT en materia de hospedaje que España no ha ratificado.

Se terminó la interesante y completa sesión de la segunda Jornada con el Prof. D. M. A. Domínguez García que expuso el tema «La protección del consumidor frente a los daños ocasionados por productos». Su estudio se centró básicamente en los arts. 25 a 31 de la LGDCU. Realizó inicialmente una introducción sobre las razones de política jurídica inspiradoras de estas regulaciones sobre derecho de daños: la progresiva evolución del principio *neminem non leadere*, de la culpa aquiliana reprobable civilmente a una responsabilidad por riesgo con independencia de que la conducta haya estado presidida por dolo, culpa o negligencia. Se da una responsabilidad por riesgo en determinadas actividades ya desde el s. XIX (caza, ferrocarriles, accidentes de trabajo) y a partir de la producción en masa, ésta actividad se ha considerado también de riesgo. La duda es ¿hacia quién desviar ese riesgo: hacia el fabricante, el vendedor, el que sufre el daño? Respuesta: hacia el que ostente la posición más fuerte. Debe tenerse en cuenta en este sector la democratización del derecho privado anudado al concepto de estado social, así como la «erótica» del análisis económico del derecho (eficiencia-coste-equidad de los accidentes), lo que producirá un desplazamiento de ese coste para la empresa que deberá pasar por el trámite de un Seguro de responsabilidad civil, y por la repercusión de ese coste en el consumidor por costes de transacción. No hay socialización de riesgos, sino de gestión de riesgos. La responsabilidad es sin culpa, objetiva e incluso sin acto (para las empresas aseguradoras).

Entrando ya en el análisis de la LGDCU, se plantea con carácter previo si es normativa civil o mercantil. Mercantil desde el punto de vista de la *vis atractiva* del empresario, pero en opinión del ponente es en realidad civil, civil dentro de la órbita del mercado. Se analizan tres ámbitos en esta regulación: material, subjetivo y espacial.

Sobre el ámbito material se trata de la responsabilidad por productos defectuosos, responsabilidad civil, patrimonial del agente, y responsabilidad extracontractual porque no se trata de recomponer el *status quo ex ante* (contractual) por incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sino de indemnizar el daño efectivamente sufrido. El régimen de responsabilidad es doble: por culpa con inversión de la carga de la prueba, o por riesgo. Y es una responsabilidad solidaria, pero no legal en el sentido de que responden solidariamente con independencia de la imputación del daño, sino solidaria por imputación o *in solidum*. El doble régimen de responsabilidad existente puede caracterizarse de general y especial. El general es el coincidente con el art. 1902 CC con inversión de la carga de la prueba. La víctima debe pro-

bar en todos los casos, aunque la Jurisprudencia podrá decidir que sea un mero principio de prueba. El empresario, en sentido amplio deberá probar la relación entre el producto y el demandado, y el nexo causal entre el producto y el daño, tema que no es fácil de probar que ha obrado con la debida diligencia para exonerarse. La responsabilidad especial es la objetiva o por riesgo (art. 28 LGDCU). No se requiere elemento culposo o negligente: el que se beneficia de una actividad peligrosa (*per se* o por sus destinatarios) o que produce riesgos, debe cargar con ellos, lo que se traduce en una tutela amplia para el consumidor. Pero comporta un elevado costo económico para la sociedad que veremos si puede soportar. Se analizó a continuación el concepto de producto: básicamente bienes muebles (industriales, materias primas, o *in natura* —pesca, caza, también el gas y la electricidad—) y producto defectuoso: el que en el momento de la puesta en circulación o en el mercado no reúne el standard mínimo objetivo de seguridad (en base a la conciencia social colectiva). El producto debe usarse conforme a su uso razonable previsto. Expuso por último los distintos tipos de defectos (de diseño, de fabricación, de instrucción o información, de conservación).

Sobre el ámbito subjetivo: dos vertientes, la activa —el legitimado para actuar es el dañado, noción de consumidor en la propia LGDCU— y la pasiva —el responsable legal—. Problemas principales en la vertiente activa: se olvida al consumidor intermedio, excluye a los que integren el producto a su proceso productivo o comercial, el bystander, por todo ello debe irse a una noción funcional de consumidor, más allá de la noción estricta. Análisis de la vertiente pasiva: el responsable legal es la empresa en base al criterio de la actividad, aunque sea ocasional. El elenco de eventuales responsables legales se encuentra en los arts. 26 y 27: cualquiera que haya tenido relación con ese producto que se someterá luego al juicio de imputación para determinar al responsable. Un problema que se plantea es el del tenedor, y el de otros productores anónimos aparte de los de a granel.

En relación al ámbito espacial: el territorio español, con lo que podrá ser aplicada la LGDCU a empresarios extranjeros por daños causados en España.

El ponente procedió a continuación a analizar en profundidad los aspectos fundamentales de la responsabilidad de la LGDCU, como los elementos subjetivos —imputabilidad del defecto, dolo, culpa, inversión prueba, prueba de la diligencia, requisitos reglamentarios— y los elementos objetivos —puesta en circulación, resultado dañoso en bienes materiales, lesiones físicas, muerte, daños morales, nexo de causalidad producto-daño, causas de exoneración por ruptura del nexo causal o no reunión de los elementos de hecho— incluidos en el régimen general (art. 26), y en el régimen especial (art. 28), régimen muy riguroso, ya que se incluyen incluso los riesgos del progreso, ex-

poniéndose también sus elementos subjetivos —imputabilidad por la mera puesta en circulación— y objetivos —el daño como lesión del bien jurídico, reducción de las causas de exoneración, no al caso fortuito, amplitud del régimen especial por niveles muy altos de control técnico y un amplio listado de productos—. En este régimen no se trata de una conducta socialmente reprobable, sino del desplazamiento de riesgos para el fabricante por política legislativa y por ello se limita la cuantía.

Para concluir habló el ponente de las consecuencias jurídicas: por la responsabilidad civil extracontractual se da una indemnización pecuniaria ilimitada en el régimen general y limitada en el régimen especial (a no ser que sea por culpa o negligencia, caso en que rige el sistema general), y también es posible que se produzca una sanción administrativa. ¿Será por tanto una sanción doble? Y con esta pregunta concluyó la última ponencia de esta segunda Jornada.

La última Jornada se inició con la ponencia de la Prof. D<sup>a</sup> M. J. Herrero García con el tema «La protección del consumidor como adquirente y arrendatario de vivienda». El tema de la vivienda reconocido a nivel constitucional es uno de los que plantean una creciente insatisfacción a los consumidores y usuarios en base a dos circunstancias: el consumidor carece de información adecuada sobre las gestiones para la adquisición y sus características, y además no adquiere lo que quiere sino lo que puede pagar —lo que lleva a las problemáticas de los créditos hipotecarios—. En el sector inmobiliario se han dado grandes fraudes y estafas por la compra sobre plano, la publicidad es engañosa, hay defectos en la construcción... Todos estos problemas provocan una insatisfacción grave, por lo que se han ido realizando medidas de defensa de los consumidores adquirentes de vivienda: la Ley de 29-7-1968 sobre percepción de pagos a cuenta, la LGDCU en sus arts 10.1.c) y 13.2, el RD 515/1989 de 21-4 sobre información al usuario en la adquisición o arrendamiento de viviendas, además de otros textos legales. Los principales problemas que encuentra el consumidor de vivienda son: su inexperiencia y la publicidad engañosa, las condiciones generales del contrato, la falta de correspondencia entre la descripción, el contrato y la realidad, los vicios de la construcción, y para el caso de arrendamiento, la inestabilidad, la corta duración del contrato tras el conocido popularmente como Decreto Boyer.

La ponente pasó a continuación a analizar el RD 515/1989. Este RD desarrolla normativamente lo establecido en el art. 13.2 LGDCU. Su incorporación del arrendatario de vivienda es un acierto pero su efectiva regulación es incompleta puesto que el RD piensa fundamentalmente en la compra. Esta regulación quiere incidir en la fase previa al contrato —información—, pero también repercute en la fase de celebración de éste en algunos aspectos, como las condiciones ge-

nerales. Su ámbito es reducido, porque no abarca los arrendamientos fuera de la LAU ni las viviendas de protección oficial que poseen su propia normativa; su aplicación será por tanto supletoria en estos casos y también para las CC.AA. con competencias en el tema. Analizando su contenido, establece el principio de veracidad en la promoción, oferta pública, como exigencia esencial para los vendedores o arrendadores y como prohibición de la publicidad engañosa, incluso por omisión. Este deber de información y de que la publicidad no puede inducir a error, nos lleva a la aplicación conjunta de la LGDCU art. 8 y la Ley General de Publicidad de 1988, y a la integración publicitaria del contrato exigible por los compradores en la fase de cumplimiento (art. 8.2 LGDCU). Resalta la ponente la necesaria indicación del estado de la vivienda, si está ya construida o en construcción, la situación más peligrosa para el adquirente en este derecho a la información. En el art. 4 del RD se establecen las obligaciones de quienes vendan o arrienden de forma completa o detallada (más que el art. 13 LGDCU), pero tampoco en su totalidad, puesto que los arrendamientos de viviendas amuebladas no parecen quedar incluidos, aunque habrá que estar a una interpretación integradora al menos en los mínimos: como dijimos, el texto habla de comprador y de arrendatario, pero la mayoría de artículos se refieren al primero lo que deja muchas cuestiones incompletas. Destacó la Prof. Herrero los arts. 5 y 6 del RD que hablan de algunas de las cuestiones más importantes en relación a la compraventa: forma del contrato, gastos de éste y de titulación, pero se plantea un problema básico y es que se refiere sólo a primera venta ¿qué ocurre con las posteriores hechas también por el promotor? ¿Y con las promociones de viviendas rehabilitadas? La DT las recoge. Sobre el precio debe darse una información especialmente clara, se prohíbe la inclusión de cláusulas que omitan datos del pago a plazos, del crédito..., y debe ser una información previa, que permita al adquirente decidir mejor. Para ello deben incluirse todos los conceptos relacionados con el precio total, destacándose la regulación del supuesto de subrogación en crédito pactado con anterioridad —aunque no recoge todos los casos posibles de subrogación, puesto que el texto sólo piensa en edificio en construcción sin división registral de las diferentes viviendas—. Otro problema se plantea en relación a las garantías que deberá constituir el consumidor en caso de pago aplazado: su regulación es escueta y deja fuera algunas posibilidades muy corrientes en este tipo de casos —venta con pacto de reserva de dominio hasta el pago de la totalidad; condición resolutoria explícita por la falta de una mensualidad del pago más cláusula penal que hace perder todo lo ya pagado—, cláusulas abusivas que la DGRN demuestra habituales. El art. 7 trata en concreto de las viviendas en construcción, reforzándose el sistema de información previa y de perfección del contrato. Si no se cumple la

obligación de entrega de toda la documentación, inexistencia de todos los elementos del contrato: nulidad, desaparición del contrato. Solución demasiado radical: deberá irse a normas interpretativas en base al equilibrio de las prestaciones y siempre prevalece lo más favorable para el consumidor. Una novedad en este ámbito es que no pueden repercutirse incrementos sobre el consumidor aunque no pudieran preverse: los adquirentes deberán ser informados y deberán consentir, deberá haber nuevo acuerdo entre las partes por circunstancias sobrevenidas.

Otra cuestión trascendental es la diferencia entre lo pactado y lo entregado, los defectos o vicios de construcción, tema que ni el RD ni la LGDCU regulan en profundidad, por lo que habrá que estarse a la aplicación del CC por vicios, ruina, responsabilidad solidaria (art. 1464, 1591).

Por último una precisión más en el tema del arrendamiento: el RD no soluciona gran cosa específicamente, deberá aplicarse lo establecido para el comprador que sea aplicable. El mayor problema con el que se enfrenta el arrendador de vivienda es la duración del contrato con la no aplicación forzosa de la prórroga, y las condiciones generales que pueden ser clasificadas de abusivas en algunos casos. La ya planteada necesidad de reforma de la LAU supone una esperanza de obtención de más protección para el arrendatario.

Y la última ponencia de las Jornadas tuvo por protagonista a D. A. Sánchez Andrés cuyo tema era «La protección del consumidor como adquirente de valores». Empezó el ponente su exposición con una explicación de las acciones edilicias en sus orígenes. Pasó a afirmar que no se equiparan a las *class actions* del derecho americano y que se tiene en cuenta la diferente posición de las partes en relación con la información —riesgo de información asimétrica—. Se precisa una protección contractual para la parte más débil que no siempre será el consumidor (por ejemplo, en el contrato de seguro puede agravarse el riesgo para la compañía por no conocerlo, lo que podría suponer una protección privilegiada).

Otras de las ideas principales que emitió el ponente: por definición lo que se consume es capital o renta, ¿cómo explicar que se considere consumidor al que utiliza su ahorro o capital como medio de producción, no como consumo?. Consideraciones sobre la Bolsa: es un Casino, un puro juego de azar. En un principio podía ser de este modo puesto que el tráfico se daba sobre bienes y mercados que adolecían de madurez, por lo que se realizaban operaciones erráticas, desproporcionadas en mercados embrionarios con gran riesgo, lo que plantea el problema del riesgo sistémico, turbulencias del ciclo económico. Poco a poco va dándose una mejor organización y una progresiva profesionalización. Las Bolsas de Valores que se presentaban como clubs elitistas y cerrados, como nidos de iniciados en los que los

intermediarios funcionan en base a la confianza del cliente, a un sistema autodisciplinario y a ser un trabajo a comisión, van rompiendo su hermetismo: se publican listas de valores, precios de éstos... hay más transparencia. Y se da una mayor credibilidad en las Bolsas ante el creciente capitalismo financiero imperante en el sistema anglosajón y europeo.

Por todos estos factores el ciudadano va pudiendo intervenir en este mercado de valores. Debe tenerse en cuenta que a partir del s. XIX se emiten títulos en serie, acciones y obligaciones, de forma masiva y desde este punto de vista sí parece que inversor se aproxima a consumidor, además de que este inversor en títulos emitidos en masa lo hace mediante contratos de adhesión. El concepto de inversor: cualquier persona que invierte su dinero en, por ejemplo, deuda pública, y cada vez más en multitud de productos: opciones o futuros sobre esos mismos valores o sobre los índices de cotización elaborados en base a cestas previas. (Debe mencionarse la Ley de régimen Fiscal de Activos Financieros de 1985). Hoy se dan en este mundo nuevos epifenómenos de 3ª ó 4ª generación, nuevas formas de inversión para quienes poseen excedentes sin grandes riesgos: el más elemental sentido común parece alejar a estos personajes «avisados» del débil consumidor, sujetos que responderán a la imagen de un especulador en bolsa o un intermediario. Pero no todos los inversores reúnen los mismo parámetros; hoy la inversión en valores está bastante extendida entre las familias de clase media, lo que hacen necesarias nuevas regulaciones con una doble finalidad o *policy*: asegurar la posición del inversor y asegurar un mercado más coherente y honesto. Para que esta «regulación de seguridad» entre en juego, debe abrirse al público en general ya que el destinatario de la protección nunca será el perito, sino el público, el hombre de la calle. Pero de todos modos, igualar esta situación a la del consumidor es difícil. ¿Es el consumidor el *average investor*? ¿llegará a éste la información de Bolsa? Seguramente no, igual que los prospectos farmacéuticos. Se busca la plena transparencia informativa pero el tema en cuestión es complejo y si simplificamos la información omitimos información. Se da así la paradoja de que a más información más lejos del consumidor medio queda. Y es que los riesgos y costes de la compra o venta de acciones no están al alcance del gran público.

Buceando en el sistema americano nos expone el ponente que la terapia no se establece en base a remedios *a posteriori* de derecho privado (resarcimiento o resolución), caso en que sólo se protege al contratante y no a los intereses difusos en juego, sin que deba irse a una protección preventiva: entrega de folleto con indicaciones esenciales sobre el tema, acompañado de piezas de convicción y de registro que acredite que todos los requisitos establecidos se han cumplido. No es un control de contenido de esos contratos en favor del

colectivo, sino que se da un previo control administrativo, imperativo. Sin impedir posibles acciones civiles individuales o colectivas (exLGDCU o sistema tradicional por responsabilidad contractual o extracontractual), la legislación del tema busca unos planteamientos de base, de organización del mercado en su conjunto, lo que produce un efecto reflejo de protección de quienes arriesgan sus ahorros en él. Lo que debe evitarse son los fraudes a los pequeños ahorradores. La experiencia demuestra que la transparencia informativa obligatoria sólo tiene un efecto reflejo de protección pero ha ido sin duda *in fluyendo* en que los daños sean más remotos.

Y de este modo llegamos a la clausura de las Jornadas que contaron con una amplia participación, una correcta documentación y un buen nivel de especialización de los ponentes en el complejo mundo del naciente y creciente Derecho de Consumo.

# INFORMACIÓN LEGISLATIVA (\*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH  
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

## I. DERECHO CIVIL

### *1. Parte General*

**1. EXTRANJEROS. Se regula la entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de las Comunidades Europeas**  
**Real Decreto 766/1992, de 26 de junio. «B.O.E.» del 30).**

La presente disposición viene a desarrollar la incidencia de la normativa comunitaria en el régimen jurídico de la entrada y permanencia en nuestro país de nacionales de otros Estados miembros, contemplando además las medidas aplicables en la materia en atención a especiales consideraciones de orden, seguridad y salud públicos.

**2. CONTRABANDO. Se establecen supuestos de delito en materia de exportación de material de defensa o de doble uso.**  
**Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril («B.O.E.» del 1 de mayo).**

En el estudio de los distintos supuestos de nulidad contractual siempre ha revestido singular interés la problemática relativa a los contratos que recaen sobre bienes o servicios cuyo tráfico está sometido a rigurosos controles y autorizaciones administrativas, muy en especial cuando el incumplimiento de tales requisitos conlleva la relevancia jurídico-penal de la actividad desarrollada y la consiguiente confiscación de las cosas u objetos del delito.

---

(\*) Referente a las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el segundo trimestre de 1992.



En este sentido, resulta especialmente relevante la norma presentada, por cuanto viene a tipificar como delito la exportación, sin autorización administrativa o con autorización obtenida por medios ilícitos, del denominado material de defensa o de doble uso, procedimiento en la medida de lo posible a dar una definición legal de tales conceptos, y remitiendo su desarrollo a las correspondientes normas reglamentarias, con lo cual se otorga la necesaria cobertura legal a las disposiciones administrativas vigentes hasta el momento sobre el particular.

Contempla también la ley el régimen aplicable a las autoridades para la exportación de tales materiales, previéndose además la posibilidad de que la Administración pueda retener, en determinados supuestos, el material de defensa o de doble uso en tránsito por territorio español.

## *2. Derecho de Obligaciones*

### **3. INDEMNIZACION DE DAÑOS. Regulación del derecho de las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.**

**Real Decreto 673/1992, de 19 de junio. («B.O.E.» del 30).**

El presente Real Decreto constituye el desarrollo reglamentario del artículo 64 de la ley 33/1987, con las modificaciones introducidas en el mismo por las leyes de presupuestos generales del Estado para 1991 y 1992.

— En relación con la definición de los daños resarcibles, tiene interés la ampliación de la cobertura indemnizatoria a los daños materiales sufridos por la vivienda habitual de las personas físicas, operada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 y ya comentada en estas páginas, la cual, aún situando a nuestro ordenamiento jurídico todavía lejos de aquellos que contemplan incluso la indemnización de los daños corporales experimentados como consecuencia de delitos comunes, supuso cierto avance, a pesar de lo indeterminado del concepto de vivienda habitual utilizado. Continuando con las disposiciones comunes a daños corporales y materiales, se regula la incidencia de la sentencia penal en el pronunciamiento que en torno al nexo causal resulte del expediente administrativo instruido al efecto, así como el procedimiento administrativo a seguir y la competencia para resolver las solicitudes indemnizatorias.

— En cuanto a las normas relativas a la indemnización de los daños corporales, resulta discutible la regulación reglamentaria de los titulares del derecho al resarcimiento. Dejando aparte el insuficiente rango de la norma presentada, con el objeto declarado en el preámbulo de otorgar esa titularidad a quienes resulten afectados, se olvida sin embargo por completo a la persona que, sin ser cónyuge, estuviera ligada con el fallecido por una relación marital de hecho, además de establecerse una relación de beneficiarios que se excluyen entre sí. Se ignora de este modo toda la jurisprudencia y las construcciones doctrinales existentes en torno a la titularidad de la indemnización por la pérdida de la vida entendida como bien jurídico.

Se desarrollan también los criterios para determinar el alcance de la indemnización y el «dies a quo» para el cómputo del plazo de un año establecido como término de prescripción de la acción correspondiente, así como las normas relativas a los pagos a cuenta y el pago definitivo de la indemnización.

— En relación con los daños materiales sufridos en la estructura o elementos esenciales de la vivienda habitual, se contemplan las normas relativas a los daños materiales resarcibles y al importe de la indemnización, regulándose con detalle el supuesto específico de imposibilidad de reparación, en relación con el cual se diferencian las cuantías indemnizatorias, según el ocupantes fuera propietario, arrendatario o titular de un derecho real de usufructo o habitación.

En cuanto al procedimiento, plazo de prescripción y concurrencia con otras indemnizaciones, el Real Decreto toma en consideración algunas especialidades concurrentes en la indemnización de los daños materiales, matizando así ligeramente el sistema general establecido para los daños corporales.

### 3. Derechos Reales

#### **4. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de las Reservas Regionales de Suelo y otras Actuaciones Urbanísticas Prioritarias en Cantabria.**

**Ley de la asamblea Regional de Cantabria 4/1992, de 24 de marzo («B.O.E.» del 23 de mayo).**

##### **A) Exposición:**

La presente disposición otorga a la Comunidad Autónoma Cántabra una serie de instrumentos para la constitución de reservas regionales de suelo, como medio idóneo para lograr el efectivo establecimiento de usos industriales, residenciales y dotacionales, así como la consecución de diversos fines sociales dentro de su ámbito territorial. Entre tales potestades administrativas, destacan las siguientes:

1. Posibilidad de proceder a expropiaciones urbanísticas para la constitución o ampliación de reservas regionales de suelo o para la obtención de terrenos destinados por el planeamiento a diversos usos de interés social. En el caso de expropiarse con tales finalidades terrenos no urbanizables, la ley establece además la necesidad de que el Ayuntamiento afectado proceda a la modificación de su planeamiento, recalificándolos en el plazo que la Comunidad Autónoma determine.

Se contempla asimismo la posibilidad de que el justiprecio se abone en especie, mediante parcelas edificables, quedando tal decisión al arbitrio de la administración autonómica.

2. Delimitación de áreas en las cuales las transmisiones onerosas de terrenos y edificaciones queden sujetas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto en favor de la administración autonómica, de forma análoga a la contemplada en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo en favor de los ayuntamientos.

3. Además se contempla un modelo de ordenación, de procedimiento abreviado y materializado a través de Planes Parciales y Especiales, cuya aprobación inicial, provisional y definitiva, corresponden a la administración autonómica. Tal modelo, posible en áreas de reservas regional de suelo o cuya titularidad corresponda a la Diputación Regional, requiere la previa declaración de Actuación Prioritaria.

### **B) Observaciones:**

Cada vez resulta más difícil incardinar la posición jurídica del titular del suelo frente a la Administración Pública dentro de la figura del derecho de propiedad. La ampliación de la «causa expropriandi», prácticamente hasta comprender cualquier finalidad social, con todo lo indeterminado que el propio concepto de finalidad social resulta, así como la concurrencia de diversos patrimonios públicos, correspondientes a las diversas Administraciones, y de las correlativas facultades expropiatorias e inevitables derechos de tanteo y retracto establecidos en favor de esas distintas Administraciones, vienen a configurar un entramado complejo de cauces, establecidos además tanto por normas estatales como autonómicas, a través de los cuales se pueden perseguir los más diversos objetivos. ¿Cómo salvaguardar el derecho de igualdad de todos los propietarios si los más variados organismos públicos pueden expropiar unos terrenos para su inmediata recalificación, en tanto otros se dejan en manos privadas para que sus titulares obtengan las futuras plusvalías? ¿Es que acaso la especulación del suelo desaparecerá permitiendo a las Administraciones Públicas actuar como intermediarias en el proceso edificatorio?. ¿Acaso las plusvalías obtenidas por esas Administraciones Públicas, y la propia gestión del suelo por empresas con participación pública, se justifican en sí mismas por tratarse precisamente de entidades públicas?.

Siendo todas estas preguntas de difícil respuesta, no resulta menos apasionante el debate planteado por la tensión que disposiciones como la presentada plantean entre las competencias autonómicas y la autonomía local. En un ámbito donde tradicionalmente operaba el sistema de competencias compartidas, con un estudiado proceso de formulación y aprobación de planes, donde se venía consiguiendo un difícil equilibrio entre las competencias municipal y estatal, normas autonómicas como la comentada vienen a inclinar la balanza con creciente intensidad hacia las competencias de las Comunidades Autónomas, en detrimento de la actuación de los Ayuntamientos. Cuando el gobierno de una Comunidad Autónoma y de un determinado Ayuntamiento esté en manos de partidos de diversa ideología y en el caso aún más curioso de que los poderes atribuidos a las diversas administraciones públicas sobre el mismo territorio intenten ser ejercidos por ambas simultáneamente, ¿cuál será el criterio para resolver el conflicto?.

### **5. ANIMALES. Leyes autonómicas para su protección.**

#### **Protección de Animales en Cantabria.**

**Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 3/1992, de 18 de marzo («B.O.E.» del 23 de mayo).**

### **Protección de los animales que viven en el entorno humano en las Islas Baleares.**

**Ley del Parlamento de las Islas Baleares 1/1992, de 8 de abril («B.O.E.» del 17 de junio).**

Las dos disposiciones presentadas parten de una sistemática normativa diversa, si bien presentan un núcleo común. Así, en tanto la Ley Cántabra contempla la protección de los animales con carácter general, constituyendo su objeto de estudio tanto los animales que componen la fauna silvestre como los domésticos, subdivididos estos últimos en animales de venta y de compañía en atención a que el destino último de los mismos implique utilidad y beneficio en su venta o la de sus productos, o sea meramente lúdico, la Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares limita su ámbito de aplicación a los animales que viven en el entorno humano, dejando la protección de la fauna silvestre para la normativa referente a la defensa de la naturaleza y la legislación reguladora de las actividades cinegéticas y piscícolas. En consecuencia, las disposiciones contenidas en la norma insular se limitan a los animales domesticados y a los que la propia disposición denomina animales domésticos o salvajes en cautividad. Además, se contienen disposiciones específicas en relación con los animales de compañía, cualificado por el hecho de que su convivencia con el hombre no implica la persecución de lucro por parte de éste.

Como ya venimos afirmando a lo largo del comentario de análogas disposiciones emanadas de otras Comunidades Autónomas, resulta evidente que la evolución humana hacia mayores niveles de sensibilidad parece venir imponiendo un cierto cambio de óptica en la regulación del derecho de propiedad cuando su objeto es un ente viviente con cierto grado de desarrollo. Así, el derecho subjetivo comienza a teñirse de algunas características que lo aproximan en cierta medida al concepto de potestad, reconociéndose obligaciones y deberes a cargo del propietario o poseedor, no ya exclusivamente en atención a la función social de la propiedad, sino derivados más bien de las cualidades concurrentes en su objeto; cuestión distinta es, sin embargo, la fundamentación de la competencia de las Comunidades Autónomas para la regulación de tales materias. Por otro lado, algunos de los «derechos» reconocidos a estos animales, siquiera sea a través de obligaciones y deberes puestos a cargo del propietario o poseedor, reforzados mediante el establecimiento de una tabla de infracciones administrativas, presentan el carácter de mera declaración programática, dada la inviabilidad de que sean efectivamente puestos en práctica los mecanismos sancionadores establecidos para su tutela. En último caso, todas las normas autonómicas excepcionan expresamente de su ámbito de aplicación aquellas actividades que, aún suponiendo sufrimiento o daño para los animales, son legitimadas por la tradición del lugar.

En cuanto a su contenido sustantivo, podríamos destacar que ambas disposiciones regulan las condiciones que han de reunir los establecimientos de venta de animales, prohibiendo su transmisión a menores e incapacitados sin la autorización de quienes los tengan a su cargo, con consecuencias que suponemos habrán de ser meramente sancionadoras. También es nota común a los dos textos presen-

tados la proclamación de la responsabilidad del poseedor de un animal, sin perjuicio de la subsidiaria del propietario, por los daños, perjuicios y molestias que ocasionen a terceros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1905 del Código Civil, siendo criticable en cualquier caso la inclusión de las molestias a terceros como concepto normativo diverso de los daños y perjuicios y supuestamente generador de responsabilidad aquiliana.

**6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.**

**Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio («B.O.E.» del 30).**

El gobierno ha procedido a la promulgación del presente 'Real Decreto Legislativo, en uso de la autorización otorgada por la disposición final segunda de la Ley 8/1990, y rehabilitada por la disposición final quinta de la Ley 31/1991 de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

Las notas más destacables de la regulación contenida en la norma presentada son las aportadas por la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, razón por la cual resultaría inadecuado abordar su análisis en estas líneas. Por ello nos limitaremos a destacar algunos de los aspectos en que el Texto Refundido ha podido, quizá, transgredir el etéreo límite representado por las competencias otorgadas por la Constitución a esta categoría normativa, consistentes, según es sabido, en regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de la refundición.

— Resulta destacable la disposición transitoria primera del texto Refundido, en cuyo apartado número dos se afirma inequívocamente que, en tanto no se establezcan los aprovechamientos-tipo, o cuando dicha técnica no sea aplicable en suelo urbano, el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación será el 85% del aprovechamiento medio, o del atribuido por el planeamiento al terreno en cuestión, según los casos. De esta manera se cierra, en el sentido más favorable a la tesis mantenida por la Administración, el debate doctrinal abierto en torno a la disposición transitoria primera de la Ley 8/90, en la cual se decía que, en tanto en no se hubieran fijado los aprovechamientos— tipo, los aprovechamientos susceptibles de apropiación serían los resultantes del régimen vigente con anterioridad a la propia Ley.

— No menos interesantes resultan las previsiones establecidas en los artículos 198-2 y 199-2-a) del Texto Refundido, relativas a las Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos. Como es sabido la Ley 8/90 creó los Registros Municipales de Transferencias, estableciendo en su artículo 56 la inscripción previa en los mismos como requisito imprescindible para el acceso de tales negocios jurídicos al Registro de la Propiedad. Además, tratándose de terrenos dotacionales, la inscripción en el Registro Municipal de la transferencia del aprovechamiento susceptible de apropiación, producía del aprovechamiento susceptible de apropiación, producía la adscripción automática del terreno al dominio público municipal (art.57-2-a) de la ley 8/90).

Por fortuna, parece ser que han sido tomados en cuenta los lógicos reparos de los registradores ante los problemas que tales previsiones podían originar en relación con los principios inspiradores de la legislación hipotecaria y con la protección de las titularidades inscritas. Es por ello que ahora el artículo 198-2 del Texto Refundido exige, para proceder a la inscripción de la transferencia en el Registro Municipal, la acreditación de la titularidad registral de la parcela o parcelas a que la misma se refiera, así como, en su caso, la conformidad de los titulares de de cargas que graven el dominio de las parcelas.

También por ello, el artículo 199-2-a) establece ahora que es la inscripción del acuerdo de transferencia del aprovechamiento en el Registro de la Propiedad la que produce la adscripción automática al dominio público municipal del suelo dotacional, y no la inscripción en el Registro Municipal.

Evidentemente tales previsiones establecen una indudable mejora en el sistema legal; sin embargo, salvados así algunos de los problemas registrales existentes, no podemos dejar de lado las siguientes consideraciones:

1. Evidentemente no es el Texto Refundido el vehículo idóneo para llevar a cabo una indudable reforma legal. Cuando menos en el supuesto de adscripción al dominio público municipal, la ley 8/90 contemplaba clarísimamente el momento de producirse esta, remitiéndolo a la inscripción en el Registro Municipal; ¿es acaso un tema tan insignificante el momento a partir del cual la entidad municipal responde frente a terceros como titular del dominio público, en tanto el anterior dominus se libera de las obligaciones y cargas que su posición determina, como para que la inseguridad jurídica representada por «tan flagrante vulneración de los límites constitucionales» impuestos al Decreto Legislativo sea despreciable?

2. Nuestro sistema registral no es constitutivo, lo cual conlleva la posibilidad de discordancia entre propietario real y registral. Pues bien, sí se articula un sistema de transmisión de aprovechamiento, habrían de contemplarse expresamente soluciones para aquellos supuestos en que el transmitente no sea el propietario real, cuestión esta ignorada, tanto en la Ley 8/90 como en el Texto Refundido y que resulta aún más importante si se toma en consideración que resulta discutible, según la regulación de la nota marginal destinada a dar a conocer tales operaciones, la aplicabilidad a la misma del principio de fe pública registral.

— Por último nos parece también destacable el hecho de que el Texto Refundido continúe contemplando la figura del Plan Nacional, cuya formulación nunca fue abordada durante la vigencia del Texto Refundido de 1976, con lo cual viene a considerar implícitamente «compatible tal instrumento con el nuevo orden competencial...» derivado de la Constitución.

## **7. EJECUCIÓN HIPOTECARIA. Se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas.**

**Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo («B.O.E.» del 24 de abril).**

El presente Real Decreto viene a introducir una serie de modificaciones en el procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas establecido en el Reglamen-

to Hipotecario, tendentes a lograr su consolidación como una alternativa válida a la ejecución judicial. Básicamente, las reformas introducidas por el texto presentado, que intentan armonizar la agilidad con las necesarias garantías del deudor, vienen a potenciar la intervención notarial, integrando a la vez ciertas lagunas que en algún caso podían producir indefensión o propiciar determinadas conductas estratégicas tendentes a obstaculizar la ejecución extrajudicial. Así, se requiere expresamente la constancia del domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de las notificaciones en la propia escritura de constitución de hipoteca, se impone que el pacto de ejecución extrajudicial conste separadamente del resto de las estipulaciones de aquélla y se resuelve directamente, sin reenvíos a otros textos legales, el problema de la competencia del fedatario público.

Obviamente, el trámite de la subasta notarial es objeto también de exhaustiva atención, acogiéndose soluciones similares a las propias del procedimiento de ejecución judicial, con la finalidad de que se pueda llegar a la efectividad adjudicación de la finca ejecutada. Así ocurre, por ejemplo, en la regulación de la segunda y tercera subastas y del tipo establecido para las mismas.

La norma faculta al adjudicatario para solicitar la posesión de los bienes adquiridos del Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen, lo cual nos sitúa ante un punto delicado en relación con la finalidad perseguida, consistente en agilizar y viabilizar la ejecución extrajudicial como alternativa real a la ejecución judicial hipotecaria. Además se establece, en su única disposición adicional, la necesaria aplicación de las reformas introducidas a las ejecuciones extrajudiciales iniciadas con posteridad a su entrada en vigor, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiera otorgado la escritura de constitución de hipoteca, cuestión que puede implicar algún problema de retroactividad.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### **8. VALORES MOBILIARIOS. Régimen de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores.**

**Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo («B.O.E.» del 2 de abril).**

##### **A) Exposición:**

1. Ambito de aplicación: La regulación que se establece, en desarrollo de la Ley del Mercado de Valores, es aplicable a las emisiones y ofertas públicas de venta de valores negociables realizadas en el territorio nacional.

El alcance de cada concepto se determina de la siguiente forma:

a) Valores negociables son los derechos de contenido patrimonial que sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. Tienen esta consideración las acciones de sociedades anónimas, cuotas participativas de Cajas de Ahorro, obligaciones, letras de cambio o pagarés no meramente

comerciales, títulos hipotecarios y participaciones en fondos de inversión, incluyendo también los valores preparatorios o derivados de los anteriores.

b) Emisiones y ofertas de venta sujetas a esta regulación son sólo las referidas a valores de igual naturaleza que otros de mismo emisor negociables en mercados organizados nacionales y las realizadas públicamente, con difusión, comercialización o publicidad dirigida a los inversores en general o realizada profesionalmente a través de entidades especializadas.

c) La efectiva realización en el territorio nacional de la emisión, oferta, publicidad o difusión determinará la aplicación de esta regulación, que alcanzará sólo a las actividades de que se trate.

Se exceptúan de este régimen los valores contratados en los mercados de futuros y opciones, las participaciones en sociedades limitadas, las cuotas de sociedades colectivas y comanditarias simples, aportaciones y cooperativas, cuotas de sociedades de garantía recíproca y acciones de entidades gestoras del mercado bursátil.

2. Régimen de las emisiones de valores: Estas actividades no estarán sometidas, con carácter general, a la obtención de autorización administrativa (frente al régimen anterior a la Ley del Mercado de Valores), aunque son objeto de control especial por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. No obstante, puede exigirse autorización administrativa en los casos previstos por la citada Ley del Mercado de Valores (art. 25: emisiones con intereses indizados y plurianuales, emisiones en moneda extranjera o realizadas por no residentes) y, por otra parte, ciertas emisiones se exceptúan del régimen general de control, por razones subjetivas (realizadas por las Administraciones Públicas), objetivas (valores de plazo corto negociables sólo entre entidades financieras) o por la naturaleza de la emisión (acciones procedentes de la fundación simultánea de sociedades anónimas, valores resultantes de canjes o conversiones, participaciones en Fondos de Inversión, títulos singulares).

El control de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se materializa en el cumplimiento del siguiente procedimiento:

a) Comunicación previa de la emisión, una vez adoptados los acuerdos necesarios, con aportación de los documentos que expresen los datos del emisor, condiciones y características de los títulos y actuaciones realizadas para tal emisión. La Comisión Nacional podrá denegar el registro de la documentación cuando aprecie «en los acuerdos de emisión infracciones muy graves del ordenamiento jurídico».

El registro de la comunicación será requisito necesario para que la emisión sea objeto de publicidad.

b) Aportación de informes de auditoría y cuentas anuales, para su verificación y registro por la Comisión Nacional. La documentación aportada se pondrá a disposición del público.



c) Elaboración del folleto informativo que contenga los datos necesarios para que los inversores formen un juicio completo y razonado sobre la emisión, sus condiciones y el emisor. El folleto se ajustará a los modelos aprobados por la Comisión Nacional y será objeto de verificación y registro por la misma.

A efectos publicitarios el folleto ocupará una posición central; tanto su versión completa, como los reducidos o parciales que se realicen deberán ofrecerse gratuitamente por el emisor y las síntesis que se utilicen en medios de difusión habrán de contener siempre una referencia al folleto registrado.

d) Realización de la emisión, que deberá iniciarse dentro del plazo de un mes desde el registro del folleto y una vez que se asegure su distribución al público. Los resultados de la colocación habrán de ser comunicados a la Comisión Nacional también.

Finalmente debe indicarse la existencia de reglas especiales que, en unos casos, exceptúan ciertas emisiones del cumplimiento de todos los trámites señalados (por ejemplo: las de escasa dimensión y difusión, dispensadas del informe de auditoría y del folleto, o las realizadas por entes públicos, que no precisan del informe de auditoría) y en otros contienen una regulación particular (emisiones de no residentes y de títulos hipotecarios por personas naturales). En especial las disposiciones reguladoras del folleto informativo serán aplicables a la fundación sucesiva de sociedades anónimas.

3. Régimen de las ofertas públicas de venta de valores: Se aplican estas normas a las ofertas de venta de valores no negociables en un mercado oficial, dirigidas al público en general y desarrollando actividades publicitarias o a través de entidades especializadas en la colocación de valores. Estas operaciones quedan sujetas al cumplimiento de los trámites y requisitos establecidos anteriormente para las emisiones, con las adaptaciones correspondientes. Por ello no deberán repetirse si ya la emisión se realizó cumpliéndolos y antes de haber transcurrido dos años o si previamente se ha tramitado la admisión a cotización en una Bolsa de Valores comunitaria.

4. Otras disposiciones: El presente Real Decreto contiene una remisión final a las obligaciones de información, las normas de conducta y el régimen sancionador previstos por la Ley del Mercado de Valores, sin incurrir en repeticiones no matizaciones improcedentes.

De las disposiciones adicionales, que se dedican a regular algunas modalidades de emisiones u ofertas de venta que revisten especialidades, destaca la encomienda a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que codifique los valores negociables, misión instrumental y absolutamente necesaria para el funcionamiento del sistema de anotaciones en cuenta, recientemente regulado (véase el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, reseñado en este "Anuario XLV II, disposición nº 8 de la información Legislativa).

**B) Observaciones:**

Completando el desarrollo reglamentario de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio), se aborda ahora el llamado «mercado primario» o de las emisiones, objeto del Título III de la misma (art. 25 a 30), así como las ofertas de venta tratadas por el art. 61. Obviamente el régimen que se establece para ambos tipos de operaciones es coincidente pues también es única la finalidad de la regulación, proteger a los posibles inversores, tanto mediante la comprobación de la exactitud de los datos difundidos por los colocadores de emisiones o valores, como asegurando la concurrencia e igualdad de trato en el procedimiento de colocación.

La nueva regulación parte del criterio liberal plasmando como axioma por la Ley: No se requerirá autorización administrativa previa. Pero la obligada tramitación del procedimiento administrativo ante la Comisión Nacional y la verificación por ésta del cumplimiento de los requisitos impuestos conduce a efectos similares; sobre todo si se tiene en cuenta la ahora establecida función calificadora de la Comisión para apreciar «infracciones muy graves del ordenamiento jurídico» (art. 8 p.3). Parece claro que, aquí el desarrollo reglamentario ha sobrepasado su ámbito propio y permite a la Comisión Nacional el ejercicio de funciones cuasi-jurisdiccionales.

**9. SOCIEDADES MERCANTILES. Plazo de adaptación de las mismas a la nueva legislación.**

**Resolución de 18 de marzo de 1992, de la Dirección General de Registros y del Notariado. («B.O.E.» del 7 de abril).**

En la presente Resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que el término final para la adaptación de las sociedades a la nueva legislación, establecido por las disposiciones transitorias de la Ley 19/1989 de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, y del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas, cuyo vencimiento se produjo el 30 de junio del presente año, se refiere solamente a la adopción del acuerdo de adaptación y no a la formalización en el correspondiente documento público e inscripción en el Registro Mercantil, debiendo probarse que el acuerdo fue adoptado dentro del plazo, en el caso de no haberlo sido en presencia de Notario, en la forma prevista por la disposición transitoria primera, apartado 2, del Reglamento del Registro Mercantil.

**10. CONTRATO DE SEGURO. Se regula la mediación en los privados. Ley 9/1992, De 30 de abril («B.O.E.» del 2 de mayo).**

La presente disposición viene a romper con la perspectiva legislativa anteriormente vigente en relación con la actividad mediadora en la contratación de segu-

ros, basada en buena medida en la defensa de intereses profesionales de los agentes de seguros y pensada para un mercado menos competitivo que el que aguarda a este sector en el futuro. Los distintos fundamentos que han inspirado al legislador se orientan hacia la liberalización y flexibilización del sector, intentando tutelar especialmente a los tomadores de seguros y asegurados, salvo en los contratos de reaseguros pactados entre compañías aseguradoras.

— Se procede así a regular la actividad mediadora, clasificándose las personas físicas o jurídicas que la llevan a cabo en agentes o corredores de seguros, según operen en calidad de afectos a una o varias entidades aseguradoras o con absoluta independencia de las mismas, respectivamente.

— Una de las consecuencias de tal clasificación legal será la liberalización de la red agencial de las entidades aseguradoras, eliminándose los requisitos exigidos por la legislación anterior, sobre la base del mayor acercamiento del producto al consumidor que tal solución permite y de la consideración de que la compañía aseguradora ha de tener autonomía para la elección de los sistemas de distribución más adecuados a su estrategia empresarial. El corredor de seguros, sin embargo, al no actuar con el respaldo de las entidades aseguradoras, es objeto de una normativa tendente a tutelar los intereses de los concurrentes a la operación intermediada y, en especial, a garantizar su independencia, conocimientos y responsabilidad.

— La clasificación de los mediadores supone también, coherentemente, un sistema diverso de responsabilidad administrativa. Así, el régimen disciplinario relativo a los agentes se centra en las compañías aseguradoras, en tanto responsables de la actuación de aquellos. Por el contrario, el corredor de seguros o la sociedad de correduría, dada su actuación independiente, constituye centro de imputación autónomo de las eventuales infracciones administrativas en que estos mediadores o sus propias redes de venta pudieran incurrir.

— Es importante destacar la atribución del control administrativo de la actividad mediadora a la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda, así como el carácter voluntario con el que la norma presentada configura la colegiación de los mediadores titulados. En relación con este control administrativo, la ley contempla además el régimen disciplinario aplicable a la actividad mediadora, estableciendo una tipificación de infracciones clasificadas en leves, graves y muy graves, con sus correspondientes sanciones.

— Por último, siendo voluntaria la colegiación de los mediadores titulados, se configuran como fines esenciales de los colegios de mediadores la representación de la actividad y la defensa de los intereses de los colegiados, atribuyéndose al Consejo General de los Colegios de Mediadores, además de las funciones que el ordenamiento vigente les confiere, diversas competencias en relación con la organización de pruebas de aptitud para la obtención del diploma de mediador y con la homologación por la Dirección General de Seguros de cursos organizados por instituciones privadas para la obtención del citado diploma.

**11. CONTRATO DE AGENCIA. Regulación.  
Ley 12/1992, de 27 de mayo (B.O.E. del 29).**

**A) Exposición:**

1. Concepto: Por el contrario de agencia una persona(agente) se obliga frente a otra (empresario) a promover actos de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, actuando de manera continuada y estable a cambio de una remuneración y sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones, salvo pacto en contrario.

2. Caracteres del contrato: Del texto legal, integrado con su exposición de motivos, se deducen los siguientes:

a) Mercantilidad del contrato, que acarrea la aplicación supletoria de las disposiciones del Código de Comercio.

b) Actuación empresarial independiente del agente para distinguir esta figura de todas aquellas que supone una dependencia laboral u organizativa del empresario.

c) Desarrollo de la actividad por cuenta ajena en la conclusión de las operaciones mercantiles, aún sin ser precisa la exclusividad.

d) imperatividad de la regulación legal, que, además, se aplicará a los contratos anteriores a partir del día 1 de enero de 1994.

3. Requisitos: a) Subjetivos: Las posiciones de agente y empresario pueden ser ocupadas por personas naturales o jurídicas, sin que sea preciso ningún tipo de capacidad especial.

El agente podrá emplear a sus dependientes en el desarrollo de su actividad; para utilizar subagentes deberá ser autorizado expresamente.

Como regla general el agente no ostentará la representación del empresario que podrá otorgársele también.

A pesar de no imponerse la exclusividad, que podrá pactarse, en caso de concurrencia entre bienes o servicios de distintos empresarios, al agente precisará autorización de aquél con quien haya celebrado contrato de agencia.

b) Objetivos: El contrato de agencia tiene por objeto la actuación profesional del agente, dirigida a promover la realización de actos de comercio entre la clientela y el empresario. No es preciso que tales actos se refieran a mercaderías, pues incluso los servicios pueden ser objeto de las actividades de promoción.

En caso de ostentar el agente la representación del empresario, también las actividades de celebración o conclusión de los actos de comercio se integrarán en el objeto contractual.

A cambio de su actuación profesional el agente recibe una remuneración, normalmente pecuniaria, que la ley permite sea establecida libremente, sea de manera fija o variable.

c) Formales: No se imponen limitaciones formales a este contrato, pero cualquiera de las partes podrá exigir en cualquier momento su formalización por escrito.

4. Efectos del Contrato: El texto legal distingue con claridad la posición de cada una de las partes contratantes.

a) Obligaciones del agente: Consisten en el desarrollo de las actividades objeto del contrato, debiendo emplear la «diligencia de un ordenado comerciante», que se aplica como modelo de conducta leal. En sus relaciones con el empresario habrá de actuar de buena fe, informándole de cuantos datos conozca relativos a los clientes y las operaciones propuestas, cumpliendo las instrucciones «razonables» que dicte y contabilizando separadamente los actos en que intervenga.

Frente a los clientes está revestido de ciertos poderes representativos del empresario, a efectos de recibir sus reclamaciones. Se prevé expresamente la posibilidad de pactar la prohibición de concurrencia del agente para después de la extinción del contrato de agencia, por un plazo limitado y con un ámbito objetivo y territorial determinado.

b) Obligaciones del empresario: Deberá suministrar al agente todos los efectos e informaciones que le permitan desempeñar su función e incluso comunicarle los hechos sobrevenidos que afecten a su desarrollo.

Ordinariamente el empresario habrá de aceptar o rechazar la conclusión de las operaciones promovidas por el agente y éste no responderá del fin de las mismas.

La regulación más detallada se dedica a la remuneración del agente. Tratándose de comisiones el agente tendrá derecho a percibir la correspondiente a operaciones concluidas con su intervención, a las celebradas con sus clientes y a las realizadas en su ámbito de actuación exclusiva, si así se pactó. En caso de extinción del contrato de agencia antes de la conclusión de las operaciones, el agente mantendrá su derecho a la comisión.

La liquidación de las comisiones se sujeta a plazos fijos que sólo podrán acortarse por las partes.

Finalmente la falta de ejecución de la operación por causa no imputable al empresario supone la pérdida de la comisión para el agente.

5. Extinción del contrato: La ley regula las siguientes causas:

a) Cumplimiento del término pactado, salvo que sea prorrogado o transformado en contrato de duración indefinida.

b) Denuncia de las partes si el contrato es por tiempo indefinido. Deberá realizarse un preaviso con una antelación mínima de un mes por cada año de vigencia del contrato. Sin embargo, no será preciso en casos de incumplimiento contractual o declaración de quiebra o suspensión de pagos de la otra parte.

c) Fallecimiento del agente.

La extinción del contrato puede causar dos tipos de indemnizaciones a favor del agente:

- La indemnización por la clientela o volumen de negocio generado que persista en favor del empresario, y
- La indemnización por gastos realizados y de imposible amortización. El plazo de prescripción de la acción indemnizatoria se fija en un año.

## **B) Observaciones:**

La presente ley incorpora al Derecho español la Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, relativa a los agentes comerciales independientes. Es digno de destacar que tal incorporación no se hace, como tantas otras ocasiones, mediante una simple traslación, a veces traducción, de la norma comunitaria, sino que se ha realizado una regulación completa del contrato de agencia acorde con el ordenamiento mercantil español, introduciendo en ella los principios comunitarios. Este correcto proceder, ajustado a la naturaleza y fines de la Directiva, permite la recepción del Derecho Comunitario sin hacer resquebrajarse el ordenamiento interno vigente.

En el caso que nos ocupa se procede a regular una figura contractual de elaboración doctrinal en el Derecho Mercantil español, pretendiendo una aplicación general a todas las figuras de agencia. Sólo el campo de los mercados de valores escapa a su aplicación pero incluso en este ámbito será preciso atender a sus disposiciones para regular las relaciones entre los miembros de tales mercados y sus colaboradores.

## **12. ENTIDADES FINANCIERAS. Régimen de sus recursos propios y de supervisión en base consolidada.**

### **Ley 13/1992, de 1 de Junio (B.O.E. del 2).**

La presente Ley modifica ampliamente las anteriores reguladoras de la materia:

- Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la parte relativa a recursos propios de las Sociedades y Agencias de Valores y a grupos consolidables.
- Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del Seguro Privado, que regula el margen de solvencia de entidades aseguradoras.

Además se establecen disposiciones específicas con el fin de extender el régimen de control de recursos propios sobre base consolidada a todas las modalidades de entidades financieras.

De las modificaciones que también se introducen en la Ley de Auditoría de Cuentas(19/1988, de 12 de julio) destaca la relativa a su disposición final primera, que ahora impone a los auditores de entidades financieras la obligación de asegurarse de que su informe, señalando irregularidades o situaciones de dificultad financiera, llegue al Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores o Dirección General de Seguros.

#### IV. DERECHO PROCESAL

##### **13. DERECHO PROCESAL. Establecimiento de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.**

**Ley 10/1992, de 30 de abril. («B.O.E.» del 5 de mayo).**

La presente disposición constituye una amalgama de puntuales modificaciones afectantes a diversas normas procedimentales, cuya diversidad hace inútil cualquier intento sistematizador. El hilo conductor de la reforma, y quizá el único común denominador al que la misma puede reducirse, viene constituido por la tentativa de que la justicia se imparta de forma más rápida y eficaz sin incrementar, en la medida de lo necesario y de modo correlativo, los recursos existentes. Obviamente tal objetivo únicamente puede lograrse en alguna medida librando a los órganos jurisdiccionales de parte de la carga que su intervención en algunos procedimientos los ocasiona, o bien eliminándola directamente, esto es, desjudicializando ciertas materias y suprimiendo o limitando el acceso a determinadas instancias; en qué medida el coste de ese pretendido incremento de la rapidez y eficacia en la tramitación de algunos procesos se obtenga a expensas de una disminución del mismo derecho a la tutela judicial efectiva en otros procedimientos es algo que habrá de ser objeto de un más profundo análisis que no puede ser emprendido en estas líneas.

— Incidiendo ya en su contenido material, la reforma abarca principalmente los ordenes jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativo. Centrándonos en el orden jurisdiccional civil, podríamos sintetizar la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo la propia exposición de motivos del texto legal, del siguiente modo:

1. Se procede a reforzar el carácter propio del recurso de casación, intentando evitar su transformación en una tercera instancia pero acentuando al tiempo su progresiva desformalización con la finalidad de que el tribunal pueda efectivamente velar por la correcta aplicación de la Ley. Es destacable en este sentido la desaparición del acceso a la casación con fundamento en el error en la apreciación de la prueba, según la regulación establecida en el artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma de 1984.

2. Se elimina el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, ante la distorsión que los pactos de sumisión ocasionan en las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales.

3. Se procede a liberar a los órganos jurisdiccionales de su intervención en determinados procedimientos, cuya sustanciación puede ser atribuida a otras instancias sin menoscabo de las debidas garantías, regulándose en este sentido una modalidad de declaración de herederos, verificada mediante acta notarial de notoriedad.

4. El juicio verbal pasa a desarrollarse en única instancia, en el supuesto de ejercitarse acciones personales basadas en derechos de crédito. En caso existir posibilidad de apelación en estos juicios, se simplifican los trámites de la segunda instancia.

5. Se actualizan además las cuantías para la determinación de las normas por las cuales ha de tramitarse el proceso.

6. En la vía de apremio se encomienda al Secretario la celebración de la subasta, refiriéndose exclusivamente al ejecutante la posibilidad de hacer postura en calidad de ceder el remate a un tercero. Además se procede a la adaptación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los de la Ley Hipotecaria.

— Sin embargo, el alcance de la reforma en cuanto a las normas procesales civiles, no se limita a los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Muy al contrario, la sección segunda del capítulo primero de la norma presentada incide en el contenido de otras normas procedimentales civiles. En este sentido podríamos destacar las modificaciones introducidas en relación con los siguientes textos legales:

1. La regulación del proceso de cognición, contenida en el Decreto de 21 de noviembre de 1952.

2. Ley de Arrendamientos Urbanos.

3. Ley de Arrendamientos Rústicos.

4. Ley de Demarcación y de Planta Judicial: deja sin contenido su artículo 54.

— Por último, en las disposiciones finales de la ley se establecen determinadas modificaciones puntuales, referidas a diversas disposiciones normativas, entre las cuales, por su interés para el Derecho Privado, destacaremos las siguientes:

1. Ley Hipotecaria: se adaptan sus artículos 14 y 131 a las reformas apearadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Ley de Propiedad Horizontal: se atribuyen al Registrador de la Propiedad las operaciones de legalización de los libros de actas de las Comunidades de propietarios.

3. Ley de Cooperativas: se atribuye a los Registradores Mercantiles la legalización de los libros sociales de las cooperativas.

#### **14. JUZGADO DE MENORES. Reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los mismos.**

**Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. («B.O.E.» del 11).**

La necesidad de adaptar el proceso seguido ante los Juzgados de Menores a las garantías constitucionales, puesta de manifiesto en la sentencia del Tribunal



Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, en virtud de la cual se declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, ha motivado una reforma urgente de la citada regulación procesal.

El nuevo régimen tiende a valorar especialmente el interés del menor, disponiendo que la investigación e iniciativa procesales correspondan al Ministerio Fiscal y estableciendo un límite temporal a la duración de la medida de internamiento, así como la posibilidad de suspender el fallo o revisar las medidas impuestas.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

### **15. CONTRATO DE TRABAJO. Establecimiento de medidas urgentes de fomento del empleo y protección por desempleo.**

**Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril. («B.O.E.» del 7).**

La presente disposición, enormemente discutida por razones tanto de forma como de fondo, intenta obtener el bifronte objetivo de potenciar la contratación por tiempo indefinido y racionalizar el gasto público destinado a protección por desempleo. Para la obtención del primer objetivo, se establecen diversos incentivos tendentes a fomentar la contratación indefinida de determinados colectivos, así como la conversión en relaciones de trabajo por tiempo indefinido de contratos en prácticas y para la formación.

En orden a la consecución de la segunda finalidad apuntada, y entre otras medidas de menor entidad, se amplía a doce meses la duración mínima del contrato temporal de fomento del empleo, estableciendo igualmente en doce meses el periodo mínimo de cotización preciso para acceder a la prestación de nivel contributivo. Además se revisa la relación existente entre periodos cotizados y duración de la prestación al tiempo que se modifican a la baja los tipos aplicables para la determinación de su cuantía.

### **16. SECTOR PETROLERO. Se establecen medidas urgentes para su adaptación al marco comunitario.**

**Ley 15/1992, de 5 de junio. («B.O.E.» del 11)**

La necesidad de consolidar un mercado de productos petrolíferos plenamente competitivo está en el origen de esta norma que viene a modificar las distancias mínimas entre instalaciones de venta de gasolinas y gasóleos, ya reducidas por el Real Decreto-ley 4/1988 de 24 de junio, autorizando a su vez, bajo determinadas condiciones, la segregación de activos afectos a actividades comerciales de CAMPSA y su integración en sociedades beneficiarias participadas mayoritariamente por empresas refinadoras, así como la cesión a estas de una participación adicional en el capital de CAMPSA, dentro del límite establecido para la participación en la misma del sector público.

La regulación presentada se completa con el régimen fiscal de tales operaciones, así como con el establecimiento de una reducción de los honorarios a percibir por Notarios, Fedatarios Mercantiles y Registradores de la Propiedad, por la autorización, formalización e inscripción de los mencionados actos jurídicos, estableciéndose además la subrogación de las sociedades beneficiarias de la escisión en el lugar de CAMPSA, respecto de las concesiones y autorizaciones para la utilización del dominio público ocupado por los activos transferidos, así como en los derechos y obligaciones resultantes de los contratos celebrados por la citada compañía con los propietarios, arrendatarios y titulares de explotación de las Estaciones de Servicio afectadas por la escisión.



# BIBLIOGRAFIA

## Libros

**BALAGUER CALLEJON, M<sup>a</sup> Luisa: «El derecho fundamental al honor», TECNOS, Madrid 1992, 203 páginas.**

La obra se presenta como una reflexión sobre la concepción actual del derecho fundamental al honor, a la luz de la evolución jurisprudencial y doctrinal que surge tras la Constitución de 1978. El punto de partida del presente trabajo es la constatación del predominio de la libertad de expresión sobre el derecho al honor como derecho individual, ligado a ciertos privilegios sociales. Este hecho coincide con el paso del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho, en el que la protección de los intereses colectivos supone, en ocasiones, la lesión de los derechos individuales.

El libro se divide en cuatro partes: la primera se ocupa de la delimitación del concepto de honor respecto de otras figuras afines. La segunda y la tercera analizan, respectivamente, la evolución del concepto de honor y el contenido esencial del mismo desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial. Y la cuarta tiene por objeto el tratamiento que el Tribunal Constitucional realiza del conflicto entre el honor y la libertad de expresión, y su asimilación posterior por jueces y tribunales ordinarios.

En el primer capítulo la autora perfila el ámbito conceptual del honor mediante su diferenciación de otras figuras similares, en concreto, de la imagen y la intimidad (apartado primero) y del desacato (apartado segundo). Ni la legislación sobre el tema ni la jurisprudencia ayudan a delimitar los derechos al honor, a la imagen y a la intimidad: la LO 1/1982 de 5 de mayo regula conjuntamente los tres derechos, sin criterio de distinción alguno. Y por su parte la Jurisprudencia ha generado una mayor confusión, al englobar genéricamente en el honor la imagen y la intimidad. La autora considera como mejor criterio de diferenciación su contenido esencial. Es interesante destacar el lugar que ocupa, dentro de su estudio de la intimidad, el problema actual de la informática y la urgencia de su próxima regulación legal, en la medida en que hoy en día el Estado ha conseguido el monopolio, casi absoluto, de la información y acumulación de datos de la vida privada de las personas.

El apartado segundo de este primer capítulo se centra en el delito de desacato, constituyendo la parte más extensa del libro. La autora aboga por la supresión de este tipo delictivo y afirma, de manera rotunda, su inconstitucionalidad en una sociedad democrática. Comienza con la descripción del bien jurídico protegido en el desacato: el honor de las instituciones o el principio de autoridad, a los que considera valores que, desde la CE, no tienen razón de ser. El apartado encierra, además, un análisis profundo de la regulación de este delito en el derecho positivo y de los conceptos específicos del tipo penal (autoridad, sujetos pasivos, elementos integrantes del contenido material...). Por último, la autora realiza un comentario sobre las posiciones que la Jurisprudencia ha mantenido en relación con la constitucionalidad del desacato.

Antes de adentrarse en la espinosa cuestión del contenido esencial del derecho al honor, el capítulo segundo repasa, brevemente, la evolución de este concepto. Un primer apartado se refiere al período preconstitucional y el segundo a la etapa que se abre a partir de la CE. Especial interés tiene la parte dedicada a juzgar las carencias de la actual LO 1/1982 de 5 de mayo. Ello denota la necesidad de una reforma legislativa, que resuelva ciertas insuficiencias de orden sustantivo (reducción intolerable del honor como tal derecho fundamental al permitir su renuncia a través del consentimiento) e insuficiencias de orden procesal (preferencia de la vía penal sobre la civil).

«El contenido esencial del derecho al honor» lleva por título el tercer capítulo de la obra. La autora comienza con una síntesis de las diferentes teorías sobre el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales. Ni la doctrina ni la Jurisprudencia han llegado a un consenso sobre cuál debe ser el contenido mínimo sin el cual se desnaturalizaría el derecho. Balaguer Callejón propone un concepto contingente e histórico de los derechos fundamentales, ya que para ella el contenido esencial varía en función del momento histórico y de los valores sociales imperantes.

Posteriormente, en una segunda parte, define el contenido esencial del honor como la dignidad de la persona humana en cuanto tal persona. Desde esta perspectiva la constitucionalización del derecho al honor tiene dos consecuencias (que se analizan detalladamente):

1. La titularidad del honor se restringe a las personas físicas.
2. Se admite la eficacia del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen entre particulares («Drittwirkung»).

Un último capítulo recoge y critica la doctrina del tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en cuanto al honor. En un primer apartado señala la adopción por el Tribunal Constitucional de la teoría de la preponderancia del derecho a la información o la libertad de expresión sobre el honor. Esta jurisprudencia constitucional viene a invertir, así, la forma tradicional de resolver el conflicto entre estos derechos. A continuación se enumeran los criterios de ponderación utilizados por el Constitucional y su recepción posterior por jueces y tribunales ordinarios. Dichos criterios son los siguientes: interés público frente a interés privado, interés social de la materia, veracidad, sujetos de la relación informativa y distinción entre hechos y opiniones.

Dos méritos encierra, a mi parecer, la presente obra. El primero consiste en el análisis de las diferentes figuras (así, el desacato) y los derechos fundamentales (honor, libertad de expresión e información) a la luz de la CE de 1978 y, por consiguiente, del Estado Social y democrático de Derecho. El mayor acierto de la autora radica en mantener un equilibrio ante el excesivo desarrollo actual de la libertad de expresión como derecho colectivo, destacando que no pueden prevalecer, de forma injustificada, los intereses colectivos sobre los individuales. El segundo mérito de Balaguer Callejón es su aproximación al concepto de honor, término vago e impreciso, objeto de infructuosos estudios doctrinales. No obstante, quizá hubiese sido deseable una revisión menos exhaustiva del delito de desacato, ya que por este motivo se echa en falta un estudio más pormenorizado de otras cuestiones centrales —como las relativas al contenido esencial del honor— y una mayor profundización jurisprudencial.

ALMA M.ª RODRÍGUEZ GUTIÁN

**BARBER CARCAMO, Roncesvalles.: «El retracto gentilicio», Prólogo del Prof. Dr. Luis ARECHEDERRA ARANZADI, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, 536 páginas.**

La joven Profesora Barber Carcamo ha escrito —y la Editorial Montecorvo publicado— una monografía jurídica que me atrevo a calificar de modélica en su género; y no lo digo —al menos, solamente— en el sentido que tal calificativo puede tener de ponderativo, de alabanza por su categoría y altura, como sinónimo de excelente o superior, sino en el estricto sentido de su función de canon, referencia, *modelo imitable*, de cómo deben ser tratados los Derechos forales y sus instituciones jurídicas, con independencia de que se hallen también recogidas o no en el Código civil y, en su caso, de qué manera lo estén. Siempre he pensado —con ilusión, esa es la verdad— que se podría explicar el Derecho civil (en su conjunto, o en las instituciones que lo integran) *desde cada uno de los Derechos forales*, en este caso el navarro. Lo cual no significa —por supuesto— que se deba prescindir, así, de su perspectiva histórica y de su consideración comparativa, ni siquiera de la especial vinculación que pueda existir con el Código civil. Se trata, simplemente —¡y me parece lógico!— de que, para explicar la categoría conceptual «usufructo», por ejemplo, no es obligatorio, en todo el territorio nacional, partir del artículo 467 del Código civil para remontarnos, desde él, a la viuda romana en matrimonio *sine manu*, a la definición de Paulo (D.7,1,1), a la posterior desnaturalización del concepto inicial, etc.; sin faltar —eso sí— referencias a las *diferencias o divergencias, particularidades, especialidades o singularidades* de los Derechos forales. Yo creo que el estudio y la explicación doctrinal del instituto de que se trate puede hacerse —en el supuesto aludido, el usufructo, seguramente con ventaja— desde la ley 408 del Fuero Nuevo de Navarra, por ejemplo; y, desde ella, acudir a los orígenes romanos; a la evolución posterior; a su plasmación en los restantes Derechos nacionales y en el Derecho comparado; en su caso, a la aplicación supletoria y en qué medida, del Código; etc.

Y es éste, a mi juicio, el primer acierto y el primer mérito de la monografía que me complace recensionar.

\* \* \*

El segundo mérito —en una ordenación puramente convencional, no valorativa— es el que ha puesto de manifiesto, con su peculiar agudeza y originalidad, el Profesor Arechederra en el Prólogo al libro de la doctora Barber: el retracto gentilicio es una institución *no exclusivamente* navarra, ni siquiera *exclusivamente* foral: hasta la promulgación del Código civil, estaba también vigente en el llamado Derecho común; fue el Código quien, al excluirla de su ámbito de vigencia, la *foralizó*. Esto es cierto; mas —a mi juicio— no puede deducirse de ello que el retracto gentilicio carezca de origen y fundamento propio, foral, y constituya, solamente, un fenómeno de subsistencia en el ámbito foral de lo antes común y unitario; tal reducción —que Arechederra no pretende, si le he entendido bien— me parecería temeraria; que el retracto gentilicio se parezca a otros derechos incardinados en distintos ordenamientos jurídicos, no quiere decir que tengan todos ellos el mismo origen y sean, por tanto, el mismo, con lo que la subsistencia en uno de ellos sería residual, pura peripecia histórica consecuenta a su derogación en los demás ordenamientos (que un niño tenga parecido con otro del que no es hermano, no autoriza, de suyo a impugnar la filiación del primero...). Cabe, por otra parte, que la fundamentación del mismo retracto sea más amplia, profunda y compleja —más acorde con sus principios inspiradores— en un ordenamiento que en otro y que ello ayude a explicar (al margen de la formal promulgación/derogación del cuerpo legal que lo contenga) la respectiva subsistencia *versus* decaimiento. En este sentido, me parece que la cuestión de que tratamos no admite solución explicativa solamente en el fenómeno codificador; sino que es necesario profundizar en la acogida o no y, en caso afirmativo, en qué medida, de principios como la troncalidad o la cohesión familiar (1).

Cierto que el fundamento de esta preferencia adquisitiva se halla en la familia; mas no exclusiva y aisladamente. En relación con ella, el origen de los bienes enajenados —su posible *abolitorio*— también la sustenta y, sobre todo, delimita la extensión

---

(1) La inclusión del retracto gentilicio en la Compilación navarra y —en general— el proceso compilador de los Derechos forales se produjo, efectivamente, en el anterior régimen político español; pero no encontré en él iniciativa ni inmediato apoyo; acaso algún inicial recelo. Constituyó un fenómeno absolutamente espontáneo y endógeno. Encarnado el ideal foralista —que no «la cuestión foral» como instrumento político— en el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (con el precedente de las *Semanas de Derecho Aragonés* en Jaca), tuvo su momento germinal en el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza (octubre de 1946), del que nacieron las Compilaciones forales; pues bien en tal Congreso, por razones tácticas, hubo que hacer referencia, siquiera *ad calendas grecas*, a un futuro «Código Civil general»...; y sólo la gallardía de la Delegación navarra, y la elocuencia de don Rafael Aizpún Santafé, evitaron que el Congreso derivase hacia la consecución de ese Código general, que era el *desideratum* de lo que pudiéramos denominar postura oficial. No tuvo nada de instrumento al servicio de una supuesta «enmienda a la totalidad» de la edad contemporánea por lo que a España se refiere; y sí mucho —todo— de adecuación y arraigo al efectivo sentir social —científico y popular— de aquellos años y de tal proceso.

subjetiva de su concesión. Por ello, el tránsito de la llamada *familia patriarcal* a la *familia nuclear* encuentra en la institución su propio mecanismo reductor y no deja sin base ni justificación al retracto gentilicio (2). Yo no creo que, ni social ni jurídicamente la familia haya muerto, como tampoco han muerto el campo o la aldea por muy disparatadamente que hayan crecido la ciudad y la mano de obra industrial no cualificada.

A la *partida de defunción* que el Prólogo extiende de la costumbre y de la familia, no puede oponerse, con verdad, aquello de «los muertos que Vos mataís gozan de buena salud»...; su salud —hay que reconocerlo— no es buena; pero tampoco tan quebrantada como para pronosticar una muerte segura y próxima. Por mi parte, creo que, en las fuentes del Derecho, hay espacio para la ley y para la costumbre; que ésta se halla en el origen y es, en muchos casos, antecedente de aquélla (con su consiguiente valor interpretativo e integrador); y que, en su versión negativa, —la *desuotudo*— su eficacia purificadora sigue siendo venturosamente sana y vigorosa, también en el Derecho del Código civil. Porque la aplicación súbita de una ley en efectivo desuso, puede constituir una flagrante injusticia; podría ser —como lo calificara aquel magistrado inglés— «una chulería judicial». Ello supuesto —hay sitio y función para ambas fuentes— su respectiva anteposición creo que sí tiene sentido, aunque reconozco (hay que jugar limpio) que no siempre para bien; «¿Qué diferencia cabe encontrar en la primacía de la costumbre sobre la ley en Pamplona y la primacía de la ley sobre la costumbre en Madrid?» : pues, aparte otras más saludables, la de que, antes de 1987, desde 1981, en Pamplona se otorgaban, admitían e inscribían los reconocimientos de hijos adulterinos, no válidos conforme a la ley aplicable (su Compilación vigente), sin más apoyo que la costumbre: el poder hacerse en Madrid conforme al Código reformado; por cuanto rige en Navarra —al menos desde 1870, confirmada en 1932— la costumbre contra ley navarra de aplicar los principios e instituciones de la ley común en materia de Derecho personal de familia, en épocas de sustitución violenta y dialéctica de tales principios e institutos (divorcio, equiparación a ultranza de las clases de filiación); la reforma del Fuero Nuevo por ley foral de 1 de abril de 1987 obedeció a esta costumbre, la cual acoge fijando su alcance y sus perfiles.

\* \* \*

Tuve el honor y la ventura de presidir el Tribunal que el 23 de mayo de 1990 juzgó y calificó de apto *cum laude* (después, le fue otorgado el Premio Extraordina-

---

(2) Que la familia sea ahora nuclear podría justificar la reducción del grado de parentesco de los concesionarios del retracto con el enajenante, pero no la supresión del retracto gentilicio. Mas tampoco es éste, a lo que entiendo el caso. El retracto gentilicio no es una institución de la familia, de *la Casa*, sino del parentesco, de la *sangre*... Al palidecer, pues, el ámbito patriarcal de la familia navarra, el retracto concedido a los parientes más lejanos no atiende tanto —en su motivo y justificación— a su vínculo familiar con el enajenante cuando al que existió, compartido con él, con el antiguo titular del bien enajenado. Con ello, me temo que el planteamiento dialéctico «mercado-familia» del instituto quede notablemente relativizado, pues el retrayente tiene más de adquirente por pariente que por familiar; y el parentesco que le otorga preferencia adquisitiva —no restricción enajenativa a su propietario— va referida al bien enajenado, no sólo, ni fundamentalmente, respecto del sujeto enajenante, sino del sujeto de quien procede.



rio) la tesis doctoral que, sobre «El retracto gentilicio» y dirigida por el Profesor Luis Ignacio Arechederra Aranzadi, había presentado Roncesvalles Barber Carcamo. De aquella brillantísima Memoria doctoral procede el presente libro, siquiera sus antecedentes históricos hayan sido objeto de publicaciones independientes<sup>(3)</sup> y de una reducción, en cierto sentido funcional, en el libro. En efecto, ya en su iniciación a la investigación jurídica, la perspicacia de la joven doctora se percató enseguida de que, si bien el modo más generalizado de abreviar el texto de una tesis doctoral para ser publicada como monografía, consiste en sacrificar los antecedentes históricos, éstos no constituyen, empero, un lujo o adorno de la investigación, un capítulo estanco respecto de los dedicados a estudiar y exponer el Derecho vigente; se percató de que, en las instituciones civiles, su pasado es luz que ilumina su presente y ayuda a augurar su porvenir. Por eso el libro —aligerado en casi doscientos cincuenta folios de la Memoria—, por una parte, ha recogido en su Introducción, una suerte de «síntesis de arribada» del estudio histórico; y, por otra, ha colacionado puntual y respectivamente los antecedentes particularmente ilustrativos de las cuestiones estudiadas que más lo requerían. Precisamente, uno de los aspectos en que propongo esta monografía como modelo, es en el empleo del método histórico.

Otro tanto digo del método comparativo interno, en cuanto a los distintos Derechos forales y al Derecho castellano anterior. Y, —como culminación del acierto metódico—, llamo también la atención del lector sobre el cuidado tratamiento dado por la autora a la jurisprudencia.

\* \* \*

Para la exposición del instituto estudiado —el retracto gentilicio— Roncesvalles Barber ha adoptado el método (que goza de mi particular simpatía) de contemplar aquél desde dos perspectivas distintas y sucesivas, cuya conjunción proporciona un conocimiento, en cierto sentido estereoscópico, al atento lector.

Una primera perspectiva estática, analítica, que, suministra las categorías que lo encuadran y definen: concepto y naturaleza, al comienzo; estatuto y finalidad, al terminar; y, entre medio, el *desguace* de su estructura para estudiar por separado cada una de las piezas que la integran y las variedades y particularidades institucionales a que, cada una, puede dar lugar. A saber: un elemento *ocasional*, la enajenación que abre el camino al ejercicio de la adquisición preferente (que no origine el derecho); un elemento *objetivo*, los bienes que se pueden retraer mediante retracto gentilicio; y un elemento *subjetivo*, el titular legitimado para el ejercicio de la preferencia adquisitiva.

Me parece que, con esta perspectiva, se extiende una red metódica de la que difícilmente puede escapar algún aspecto interesante ni cuestión alguna planteable. Así, la existencia y régimen de la fase de *tanteo* (pese a la falta de regulación legal),

---

(3) *Antecedentes históricos del retracto gentilicio (Estudio paralelo de las fuentes castellanas y navarras)* «Revista Jurídica de Navarra», 9, enero-junio de 1990, pp. 99 a 149; y *El retracto gentilicio en la codificación*, «Anuario de Historia del Derecho Español», Tomo LIX (1990), pp. 185-285.

y la subsidiariedad de la de retracto *stricto sensu*, a propósito del concepto. La intransmisibilidad «reforzada» (por serlo también la situación que lo sustenta) de este retracto, así como su legalidad «esencial» (un derecho de adquisición preferente por razón familiar, de origen negocial, no sería retracto gentilicio), a propósito de su naturaleza. La referencia a negocios transmisivos onerosos, como la aportación a sociedad o el acceso a la propiedad agraria, y la exclusión, como regla, de aquéllos que producen subrogación real (la permuta), a propósito de la enajenación que ocasiona su ejercicio(4). La limitación a los inmuebles, y la doble atención —procedencia y título— prestada a los bienes enajenados, a propósito del elemento objetivo. La exigencia de que el parentesco legitimante sea por consanguinidad, lo cual supone concederla al hijo no matrimonial (por equiparación, al hijo adoptivo) y negarla al cónyuge (cuestión de la que más adelante, en su consideración pasiva y referencia objetiva, me ocupo), a propósito del elemento subjetivo. Y tantos otros aspectos y cuestiones.

La segunda perspectiva es dinámica, la que pudiérase denominar *vida jurídica* de la institución: nacimiento, inicio del plazo de la acción, y ejercicio (judicial y extrajudicial). En este estadio final de su vida se comprueba la apreciación subrayada en el concepto, es decir que el retracto gentilicio implica también una primera fase de *tanteo*; es en este sentido en el que me he atrevido a afirmar la naturaleza foral y navarra del retracto gentilicio (además de residual-legislativa); aquéllo es esencia, esto sólo coyuntura.

Lograda así la «estereoscopia», se estudia, en capítulo aparte, la renuncia, que el Fuero Nuevo admite, incluso anticipada, para todo tanteo y retracto legal, aunque con relación a una determinada enajenación; con ello, como observa la autora, se supera el ámbito de la doctrina tradicional, limitada a cuestionar la posibilidad de exigir al pariente una declaración de su voluntad referida al ejercicio del retracto.

Se estudia, en el capítulo siguiente, la legitimación pasiva. Destaco, dentro de él, la inclusión, entre los sujetos pasivamente legitimados, de los parientes por afinidad, con la consecuente legitimación pasiva del cónyuge de un pariente, el cual —éste— estaría activamente legitimado para el ejercicio del retracto; y ello, incluso cuando tal cónyuge adquirente —pariente aún del enajenante y de aquél de quien procede el bien enajenado— lo haya adquirido para la comunidad conyugal; este tratamiento conduce a admitir —y ha servido de argumento jurisprudencial— el retracto ejercitado por el cónyuge consanguíneo —activamente legitimado— frente a su cónyuge —pasivamente legitimado— cuando éste adquiera el bien, sea para sí, sea para la masa común (naturalmente, siempre que el cónyuge pariente consanguíneo no haya sido también, parte en el negocio adquisitivo).

Esta última cuestión lleva a la autora a estudiar, en el capítulo siguiente, la concurrencia del retracto gentilicio con otros derechos de adquisición preferente.

---

(4) Aspecto éste perfectamente matizado por la autora; viene a coincidir, en tales matizaciones, con la fórmula que el Seminario de la Comisión Compiladora Aragonesa había acuñado para el retracto de abolorio: «actos y contratos que suponen transmisión del dominio pleno, útil, o directo, *mediante contraprestación fungible*». La Comisión Compiladora hizo suya la fórmula, pero la Comisión de Códigos volvió a la delimitación del Fuero de 1618 y del Apéndice de 1925: «venta o dación en pago».

Se estudian, después, los requisitos formales; los efectos; y el criterio de interpretación aplicable al retracto gentilicio. En este último aspecto, contrapone a la interpretación —dominante en la jurisprudencia— restrictiva por suponer una limitación del derecho de propiedad, una interpretación extensiva e, incluso, análoga por constituir la institución un instrumento al servicio de la función social —familiar en concreto, tan propia del ordenamiento navarro— de la propiedad.

\* \* \*

Entiende la profesora Barber que la exigencia de parentesco consanguíneo para la legitimación activa conlleva la consideración de extraños a los afines; por tanto, que los bienes pierden su consideración *familiar* al pasar a un afín, lo cual acarrea una doble consecuencia: la procedencia del retracto si la transmisión es onerosa (aspecto del que, referido a los cónyuges, ya me he ocupado); y la no procedencia del retracto cuando el adquirente afín lo enajena a su vez; es decir, que los bienes de abolorio o patrimonio de un cónyuge adquiridos por el otro a consecuencia, por ejemplo, del testamento de hermandad que conjuntamente otorgaron, si lo enajena el viudo afín no pueden ser retraídos por los parientes del premuerto; ni siquiera, cuando el viudo afín los dona a un hijo común y, después éste, los enajena a título oneroso. Y, a propósito de esta última cuestión, entiende con talento la autora que una interpretación fundada en la contemplación global de los principios inspiradores del Derecho navarro, la continuidad familiar de los bienes, y, por tanto, menos ceñida al texto de la ley, pudiera conducir a una solución distinta de la que resulta de la interpretación literal.

Me muestro resueltamente de acuerdo con tal opinión; y me atrevo a añadir estas otras consideraciones:

a) Por una parte, los actos jurídicos no pueden ser clasificados rígida e inexorablemente, todos ellos, en onerosos o lucrativos; esta suerte de *maniqueísmo conceptual* da lugar a resultados artificiosos. Concretamente, el testamento de hermandad, dada la correspectividad de sus disposiciones y lo aleatorio de quien sea causante y quien causahabiende, no es —para todos los efectos y consideraciones— un acto a título gratuito. Tampoco, seguramente, a título oneroso. Es —a los efectos que aquí contemplamos— otra cosa. Por tanto, resulta inadecuado atribuir a tal adquisición la ejercitabilidad, por el titular, del retracto gentilicio (como si fuese adquirido a título oneroso), ni la *desnaturalización* familiar del bien adquirido y su exclusión, por tanto de la posibilidad de ser retraído (como si fuese adquirido por el afín a título lucrativo) cuando éste, a su vez, lo enajene a título oneroso.

b) Por otra parte, nótese que cada cónyuge —pariente afín del titular de quien el bien procede— no es, sin embargo, respecto del otro cónyuge, *pariente*; ni consanguíneo ni afín; es sencillamente, *familiar*; vinculado mediante una comunidad de vida dentro de la cual no cabe apreciar, en las migraciones patrimoniales, *salida* de la órbita troncal. El testamento de hermandad entre cónyuges es como un reforzamiento —despojado de toda cautela y limitación— de los efectos de la *fealdat...*; ni los efectos de ésta ni los de aquél —menos, cuando son herederos fideicomisarios los hijos comunes— suponen *desfamiliarización* de los bienes que eran posible objeto del retracto gentilicio.

A mi juicio, por tanto, si el cónyuge sobreviviente enajena un bien de esta naturaleza, pueden ejercitar el retracto gentilicio los parientes legitimados, como si los hubiese enajenado el cónyuge —consanguíneo de éstos— premuerto; y —con mayor razón— si el afín donó el bien a un hijo común (o éste lo hereda de aquél) y tal hijo lo vende, puede ser objeto de retracto. A estos y tantos efectos, el testamento de hermandad confiere una cierta identidad (solidaridad, al menos) subjetiva en las titularidades patrimoniales.

\* \* \*

La somera e incompleta reseña que antecede, y los juicios estimativos que, con absoluta sinceridad, he formulado, no significan que ninguna de las opiniones de la monografía sean discutibles, ni que queden ya descalificadas todas las opiniones con ella divergentes... Por el contrario, creo que la propia calidad científica del libro es un estímulo en quien lo lee o estudia para seguir pensando por su cuenta en la misma o en diferente dirección. Tales divergencias no serían, pues, un límite sino una confirmación de la categoría científica de la obra.

Roncesvalles Barber estima que los ascendientes del enajenante pueden ejercitar el retracto gentilicio en caso de enajenación de bienes de abolorio o de patrimonio; que el no estar mencionados en la ley 453 del Fuero Nuevo, no supone intención modificativa del Derecho histórico, sino efecto no buscado de sustituir el término histórico «parientes» por el de «colaterales»; y, dentro del propio Fuero Nuevo, reafirma su opinión con la ley 455 que, en caso de concurrencia en igualdad de grado, antepone los ascendientes incluso a los descendientes.

Es muy posible que tenga razón; pero creo que quedan también posibilidades de estimar su exclusión en la exégesis de estos preceptos. A su conclusión y razones que la sustentan, podrían oponerse —en condicional: como mera hipótesis de trabajo—:

a) Que el retracto gentilicio no se ordena al mantenimiento de la Casa; ni siquiera a la integridad del patrimonio familiar, sino que procede del parentesco, y se ordena al mantenimiento *lateral* o *vertical* del bien en distinto patrimonio pero de la misma estirpe; en este caso, la preferencia de los ascendientes puede no estar justificada; los bienes se quedan en el árbol, pero no en el tronco, cambian de rama pero no vuelven al tronco; para ello ya están —en los casos y circunstancias que procedan— los recobros y la reversión sucesoria.

b) Que, incluso, la enajenación de un bien de abolorio a un extraño, es una suerte de falta (de lesa familia) *original* que inficiona toda la rama: nótese que, en algunas manifestaciones, este retracto excluye también a los descendientes.

c) Que es difícil —aunque no imposible— imaginar el supuesto de hecho del retracto ejercitado por un ascendiente: los ascendientes del enajenante, o no serán parientes suyos por la línea de procedencia de los bienes, o se tratará del mismo ascendiente del que procedan (en cuyo caso parece más lógico pactar, para el supuesto, un recobro), o la edad y la condición de sus herederos se volverán contra los fines de la institución; incluso, cabría conculcar la voluntad del causante (es imaginable que el abuelo transmita el bien al nieto y no al hijo *calavera* que, sin embargo, podría retraerlo si lo enajena el nieto).

d) Que, en la exégesis del Fuero Nuevo, no tiene que ceder necesariamente la ley 453 a la 455; cabe también la interpretación —correctora, en su caso— de esta última en el sentido de que su primera proposición, empleo incorrectamente el término «ascendientes»; que, lo que quiso decir, es «pariente del mismo grado pero de generación anterior, de generación *ascendiente* (preferir el tío al biznieto, inficionado de la falta *original* contra la fidelidad parental); es decir, que se trata del mismo criterio de preferencia con que el mismo precepto resuelve el caso de concurrencia sólo de colaterales del mismo grado.

e) La escasa coherencia que la interpretación literal de la ley 455 guarda con la 307, de fundamentación análoga.

No lo sé; la cuestión es oscura y dudosa como lo es también en Derecho aragonés que excluye no sólo a los ascendientes sino también a los descendientes(5). Seguramente, la autora tiene razón. Como ya dije en alguna ocasión, «este derecho —el retracto aragonés de abolorio— nació ocasionalmente referido a los hermanos coherederos cuando, tras la partición, uno de ellos enajenaba bienes de abolorio o de patrimonio; después se fue generalizando sin que los textos forales se cuidasen de precisar otra cosa que el parentesco o la consanguinidad con el enajenante»(6). Referido al Derecho navarro, ello tendría exponente, en cuanto al origen —común al Derecho aragonés—, en el Capítulo 70 (Redacción "D") del Fuero de Jaca-Pamplona; también, en el fragmento —acaso, éste mismo— que re-

---

(5) El Fuero de Jaca se refiere sólo a «los hermanos»; el Fuero 4º *De communi dividundo* a «los hermanos y parientes»; el 5º del mismo título, la Observancia 21 *De generalibus privilegiis* y el Fuero de 1678 *Que tenga lugar el beneficio de la saca*, a «los consanguíneos»; pero la Observancia 21 *De consortibus eiusdem rei*, a «los hermanos, hijos y otros consanguíneos». Con estos datos, BARDAXI y MOLINO entendieron, en su época, que se debía excluir a los descendientes; FRANCO DE VILLALBA y LA RIPA ya les atribuyeron competencia (a los descendientes); también FRANCO Y GUILLÉN; ISABAL, incluso a los ascendientes, pues el término «parientes» que se aplica: «en nuestra lengua a todos los ascendientes, descendientes y colaterales de una familia». El art. 184 del Proyecto de 1899 lo refería a «los parientes por consanguinidad legítima»; y el art. 295 del de 1904, «a los hermanos y cualesquiera otros colaterales hasta el cuarto grado»; la misma fórmula adoptó el Apéndice de 1925 en su art. 76; mas, en la doctrina, DE LA FUENTE PERTEGAZ y VITORIA GARCÉS propugnaron su reforma para incluir a los hijos y descendientes con preferencia, incluso, a los colaterales (cfr. SAINZ DE BARANDA, *El retracto gentilicio*. "Anuario de Derecho Aragonés", Zaragoza, 1946, pp. 223 a 335). En la Propuesta del Seminario de la Comisión Compiladora se atribuía a los descendientes legítimos del enajenante ya los colaterales capaces para sucederle e, incluso, a los ascendientes en cuanto a bienes que hubiesen transmitidos a sus descendientes; la Comisión Compiladora lo refirió a los parientes llamados al recobro sucesorio de liberalidades y a la sucesión troncal; pero la Comisión especial de Códigos y la Compilación, en definitiva, cambió el criterio y volvió al de los colaterales hasta el cuarto grado 1946, pp. 223 a 335)

(6) *Derecho de bienes: Relaciones de vecindad y servidumbres. Derecho de obligaciones: Del derecho de abolorio o de la saca (artículos 143 a 152 de la Compilación)*, conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Zaragoza, dentro del Ciclo organizado con ocasión de la promulgación de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, durante los meses de mayo y junio de 1967.

cogió el Fuero General (3, 12, 15, en flagrante distonía con el 3, 12, 14, cosa no demasiado sorprendente en este tipo de Cuerpos históricos) y Fuero Reducido (4, 9, 13, con reflejo de la misma distonía en otros capítulos del mismo título, como el 29, 30, 34 y 36); en cuanto al inicio de la transición, en los párrafos 39 y 208 del Fuero de la Novenera; y la sucesiva sustitución del término «hermanos» por el de «parientes», en las demás fuentes locales y territoriales, que se ocupan de la institución.

\* \* \*

De todo corazón felicito a Roncesvalles Barber Carcamo; y le auguro un brillante porvenir científico y universitario en la civilística española.

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA  
*Catedrático de Derecho civil*

**DURAN RIVACOBÁ, Ramón: «El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales», Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 1992, 172 páginas.**

Las recientes leyes 11/90, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y 18/90, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, han modificado profundamente el articulado del Código relativo a la vecindad civil, materia fundamental, ya que es el centro de imputación de la naturaleza común o foral del Derecho Privado aplicable a los individuos.

Y la presente obra supone uno de los primeros trabajos monográficos dedicados a la misma, elaborado por el profesor titular de Derecho Civil de la UNED, Durán Rivacoba.

Se trata de un libro de fácil lectura, escrito con un lenguaje claro y preciso, que pretende resaltar los aspectos más importantes de la nueva regulación de la vecindad.

Tras analizar brevemente los antecedentes de las últimas modificaciones del Código en la materia, el autor entra de lleno en los criterios vigentes de atribución de la vecindad.

Según el autor, la vecindad civil sigue inicialmente las pautas del *ius sanguinis*, cuestión que no plantea problema alguno si los progenitores tienen la misma vecindad; el problema radica precisamente cuando los padres tienen distinta vecindad, ya que el principio de igualdad impide conceder preferencia a la vecindad de uno de los progenitores sobre la del otro. Para solucionar el problema, el Código establece en su art. 14.3 una serie de criterios subsidiarios, estableciendo, en último término, que, en defecto de los anteriores, el hijo tendrá la vecindad de Derecho común, solución que critica el autor por la discriminación que provoca con respecto a los Derechos forales. Y le parece más acertado que la regla básica —y no la excepción, como figura en el Código— debería ser, en este supuesto, que los padres pudiesen conceder

al hijo la vecindad de cualquiera de ellos, en los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

A continuación se estudia la relevancia jurídica del matrimonio en la vecindad civil de los cónyuges, en donde se critica el amplio margen concedido a los mismos en el art. 14.4 CC, pues supone «un peligro de corruptelas de difícil prevención y arreglo».

Posteriormente se analizan diversas cuestiones, como el cambio de vecindad civil por residencia efectiva, la distinción entre vecindad civil y administrativa o política (que se sigue manteniendo, a pesar de algún intento de signo contrario), el alcance del *ius soli* tras la reforma, los problemas que plantea la desaparición en el Derecho común (a diferencia del foral) de la unidad familiar (principalmente —aunque no únicamente— en materia de régimen económico del matrimonio),...

Merece la pena destacar el capítulo relativo a la vecindad civil de los nacionalizados, distinguiendo entre los que adquieren la nacionalidad española y los que recuperan dicha nacionalidad.

Con respecto a los que adquieren la nacionalidad, y a pesar de las diversas opciones que permite el art. 15.1 CC, destaca el autor que, de ordinario, regirá el criterio del lugar de residencia. No obstante, tal norma respeta mucho más la igualdad, desde la perspectiva de las relaciones entre Derecho común y los Derechos forales, que las normas relativas a los nacionales.

En cuanto a los que recuperan la nacionalidad, resalta el autor la contradicción existente entre la ley 13 del Fuero Nuevo de Navarra y el art. 15 CC, criticando la presunción contenida en la Compilación, ya que esta última invade facultades claramente sometidas a la esfera del Estado.

Por último trata el autor los problemas que plantea el cambio de vecindad sobre la eficacia de los actos realizados bajo la vecindad anterior (sin que exista una regla básica en el Código que se ocupe de la cuestión, a diferencia de la ley 16 del Fuero Nuevo), para concluir con diversos aspectos registrales de la vecindad civil.

En definitiva, se trata de una obra recomendable para todos aquellos que quieran iniciarse en el estudio del nuevo régimen de vecindad civil.

JUAN POZO VILCHES

**FERNANDEZ ARROYO, Margarita: «La acción de petición de herencia y el heredero aparente». Barcelona 1992, José M.<sup>a</sup> Bosch, editor, S. A., 497 páginas.**

En el presente estudio monográfico, resultado y reflejo del arduo trabajo de investigación que supone la realización de una tesis doctoral, la doctora Margarita Fernández Arroyo, nos presenta «la acción de petición de herencia y el heredero aparente» como tema objeto de análisis.

Ofrece, la autora, una profundización y delimitación de ambas figuras mediante un tratamiento unitario que responde a la íntima conexión con la que, desde su histórico origen, aparecen ligados los dos institutos. Propósito que surge,

como manifiesta en la introducción del libro, ante el vacío legal y doctrinal que en el panorama jurídico español ha reflejado la escasa atención dedicada a esta materia.

Por ello, la obra aborda los numerosos problemas que se plantean, con el ejercicio de la *actio petitio hereditatis*, cuando surge el binomio *versus/falsus heres*, y que se acentúan cuando el heredero aparente actúa en el tráfico jurídico e introduce un sujeto más en la eventual situación, provocada por esa aparente condición de heredero, que puede o no llegar a consolidarse.

Con la aspiración de dar solución a estas cuestiones y otras muchas que se exponen a lo largo de todo el texto, Margarita Fernández Arroyo expone su trabajo siguiendo la técnica de la construcción dogmática y bajo las directrices del método histórico comparado.

Sistemáticamente, la obra se encuentra estructurada en siete capítulos, precedidos de prólogo y de una introducción dividida, a la vez, en dos apartados, que contienen, respectivamente, la «justificación del tema» y una breve y precisa reflexión preliminar denominada «la condición de heredero: perfiles de la distinción entre el heredero y el legatario», en la que se muestra una síntesis de las principales posiciones doctrinales al respecto (objetiva, subjetiva y mixta). Para la autora, dicha cuestión es importante en el sentido de determinar la legitimación activa de la *petitio hereditatis*, pero poco influye en relación al heredero aparente, ya que es considerado, a estos efectos, como un simple poseedor en concepto de dueño que arrogándose la condición de heredero se limita a negarla en el actor.

En este contexto, la autora se decanta, ante la dualidad «intención del testador-expresión utilizada», por reducir el problema a una tarea de interpretación de su voluntad (teoría subjetiva). Con este espíritu, realiza Margarita Fernández un repaso de las figuras del legatario de parte alícuota, el instituido *ex re certa*, el usufructo viudal del cónyuge superviviente, la institución en el remanente o en un determinado grupo de bienes, así como la distribución de toda la herencia en legados y la calificación de los legitimarios.

El capítulo primero comienza el análisis de la *petitio hereditatis* desde su creación histórica, que se remonta hasta el Derecho romano. Su primera sección trata la figura en este Derecho, haciendo hincapié en sus orígenes históricos, finalidad declarativa y fundamentalmente restitutoria, sus caracteres esenciales (universal y real, aunque posteriormente mixta), legitimación activa y pasiva, condición jurídica del heredero aparente, evolución cronológica de dichos institutos y régimen jurídico aplicable a los poseedores de los bienes hereditarios en su doble vertiente: frente al *versus heres*, cuya liquidación de la situación variaba según la buena o mala fe del poseedor, y frente a terceros adquirentes.

La segunda sección de este capítulo nos sitúa en el Derecho histórico español con «algunas observaciones sobre las principales fuentes en materia de *petitio hereditatis*», desde la *Lex Romana Visigothorum* y determinadas legislaciones forales, en especial de Navarra y la Extremadura castellana, pasando por la recepción del Derecho romano en el Fuero Real, Partidas y Costums de Tortosa, hasta llegar a las Leyes de Toro, la Nueva y Novísima Recopilación, para finalizar, en el S. XIX, con el proyecto de Código Civil de 1851 y las novedades introducidas por la legislación hipotecaria.

De «la *petitio hereditatis* en los sistemas legislativos actuales» se ocupa el capítulo segundo en tres apartados. Aborda, el primero, la posición del Código civil es-



pañol a través de los artículos 191.2, 1016 y 1021, en sede de ausencia y de beneficio de inventario. Hace mención, en el ámbito de la institución de la reserva en favor del ausente (primera sección), de sus elementos personales y los derechos eventuales del ausente y reservistas, que se califican de dominicales aún afectados por condición resolutoria en el último caso. La segunda sección, trata la posición jurídica de los herederos del declarado fallecido que reaparece. Esta posición, a pesar de otras opiniones doctrinales, es, a juicio de la autora, la de titularidad plena del patrimonio del ausente hasta que éste se presentare o se probare su existencia, según se desprende del artículo 197 del Código civil. Y es la acción reivindicatoria, sigue opinando Margarita Fernández, la que corresponde al sujeto reaparecido para recobrar sus bienes. La tercera sección recoge las «implicaciones de la aceptación beneficiaria de los artículos 1016 y 1021 del Código civil», que reflejan el carácter universal y restitutorio de los bienes subsistentes en la acción para reclamar la herencia, así como su prescripción, en un plazo de treinta años desde la toma de posesión con *animo suo* por el heredero aparente.

El contenido del segundo apartado de este capítulo remite a la reglamentación que los Derechos forales han elaborado de la materia, en concreto, el catalán y el navarro, y, en la misma línea, en el tercer apartado, examina la autora el Derecho comparado, mediante una clasificación según su menor o mayor densidad en el tratamiento del tema, y, al mismo tiempo, con un criterio de proximidad geográfica. Se refiere, pues, en un primer bloque, al Derecho francés, italiano y portugués, posteriormente, al alemán y suizo, y, finalmente, al hispano-americano (chileno, salvadoreño, argentino y peruano).

En seis apartados se subdivide el capítulo tercero con el estudio de la petición de herencia en el Derecho moderno. Recoge, así, el primer apartado, el concepto y fundamento jurídico de la acción de petición de herencia, origen de múltiples propuestas doctrinales ante la ausencia de concreción legal, y a la que la escritora ha atribuido la doble finalidad declarativa de la condición de heredero (fundamento) y recuperatoria de los bienes hereditarios. La naturaleza jurídica de esta acción, universal, real y prescriptible, aparece defendida en el segundo apartado frente a la tesis personalista, mixta, compleja y de otras posiciones doctrinales. En el tercer apartado aparece contemplada en sus dos vertientes, activa y pasiva, la legitimación para ejercitar la acción en cuestión, con una minuciosa relación de los sujetos incluidos.

El apartado cuarto configura el aspecto meramente procesal, referente a cuestiones de prueba, procedimiento y competencia. Y en el apartado quinto, previo examen del carácter prescriptible de la acción y de su plazo en el estado actual de la legislación, con un breve sondeo por el Derecho comparado, se trata de dilucidar si la prescripción extintiva se convierte también en adquisitiva, para el heredero aparente. Se termina afirmando un plazo de prescripción extintiva de treinta años, aunque en ningún caso con efecto adquisitivo si no es por vía de la usucapión.

El sexto y último apartado de este capítulo realiza una función diferenciadora respecto a figuras afines como la acción reivindicatoria, con la que existen mayores semejanzas; la declarativa de la cualidad de heredero: la determinativa del derecho hereditario, que concreta la función de la anterior; la acción de partición hereditaria y el interdicto de adquirir.

En el capítulo cuarto se manifiesta una atención especial al heredero aparente. La autora destaca el carácter equívoco de su denominación (primer apartado), según

se relacione con el *verus heres* o con terceros adquirentes, las causas que generan su aparición (segundo apartado), y los efectos jurídicos que produce el principio de la buena fe (tercer apartado). Entiende este principio en su concepción unitaria, aún apreciando su doble perfil objetivo y subjetivo, y reconoce la buena fe como elemento equivalente al título en la usucapión ordinaria de bienes muebles (art.464 C.c.). Pero se niega, sin embargo, a admitir este efecto en el supuesto de que el sujeto de la usucapión sea el heredero aparente, ya que en su opinión, la base de su buena fe es el título por el que posee y si éste no existe, aquella no ha podido surgir. Tampoco acepta, Margarita Fernández, que la buena fe equivalga al título, cuando éste hubiese existido pero haya perdido validez tras acceder el heredero aparente a la posesión, aunque este supuesto sí habría podido generar buena fe en el supuesto heredero; y basa su opinión, en este caso, en la existencia de vacío legal al respecto. Sin embargo, sí atribuye efectos a este principio en sede de liquidación del estado posesorio con el heredero real (frutos, gastos y mejoras), cuando la buena fe provenga de un título nulo, justificado ahora por la normativa posesoria. Buena fe que considera incompatible con la culpa grave, a la que reconduce al error inexcusable a pesar del vacío legal que también existe en la materia.

El apartado cuarto cierra el capítulo con la exposición de la legislación hipotecaria (art. 28 L.H) como fundamento de la construcción dogmática de la teoría del heredero aparente, al establecer la suspensión de efectos, en cuanto a tercero, por un período temporal de dos años, de todas aquellas inscripciones con base en un título sucesorio voluntario, desde la muerte del causante.

El capítulo quinto, como su propio epígrafe indica, se dedica a determinar la «suerte de los actos realizados por el heredero aparente en Derecho comparado». Ahonda en el sistema legislativo francés y en las posiciones de la doctrina francesa (primer apartado), para acabar aceptando la teoría seguida por la jurisprudencia que se reduce a la aplicación de la máxima *error communis facit ius*, respecto a la aparente condición hereditaria del enajenante de bienes singulares, de buena fe y a título oneroso, a un tercero que ha de ser también de buena fe.

El segundo apartado se ocupa del Derecho italiano en su evolución legislativa, desde el Codice civile de 1865 hasta el actual de 1942, que acepta la validez de estos actos si concurren determinados requisitos.

El objeto de examen del capítulo sexto, ordenado en cinco apartados, lo constituyen las «relaciones jurídicas existentes entre el heredero real y el aparente», cuando se ha ejercitado con éxito la acción de petición de herencia y se hace necesaria la liquidación de la gestión posesoria.

El régimen jurídico aplicable en este supuesto varía según la buena o mala fe del poseedor, y encuentra su fundamento en el principio del enriquecimiento injusto para el abono de gastos y mejoras, y en la teoría del abuso del derecho, respecto a la responsabilidad por daños pérdidas y deterioros. El título atribuyente de los aprovechamientos influye en la disciplina de la restitución de frutos. Por otro lado, se observa la preeminencia del derecho de propiedad, frente a la posesión, respecto a responsabilidad por enajenación, en la que se incluye el principio de subrogación real.

Por último, el séptimo capítulo encuadra «la dinámica del heredero aparente», calificando previamente su posición jurídica frente a terceros (apartado primero), como titular hereditario con carácter interino por la amenaza temporal de resolución.

El apartado segundo concreta «la suerte de los actos realizados por el heredero aparente» cuando interviene en el tráfico jurídico. Organiza las diferentes clases de actuaciones, según su finalidad de conservación, administración (pagos hechos por y al heredero aparente así como arrendamientos otorgados por éste), y de disposición, diferenciando la enajenación de bienes concretos o de la totalidad de la herencia.

Finalizado el capítulo el tercer apartado, con la negación de efectos de cosa juzgada, frente al verdadero heredero, a las sentencias recaídas en juicios promovidos por y contra el heredero aparente, con objeto de algún bien hereditario.

Concluyen la obra trece conclusiones, cuya distribución responde al orden de exposición en el texto, y una abundante relación bibliográfica.

Asoma, de este modo, a la actual doctrina civilística, una descripción minuciosa y completa de dos elementos tradicionales en dicha disciplina, como son la acción de petición de herencia y el heredero aparente, que responde rigurosamente a la clamante necesidad de un enfoque globalizador de los diferentes aspectos y problemática que plantean.

Se realiza, pues, un pormenorizado análisis del origen, regulación histórica y actual, concepto, fundamento, naturaleza jurídica, legitimación, configuración procesal y prescripción de la acción de petición de herencia, así como de su distinción de figuras afines; y por otro lado, pero siempre en estrecha interrelación, se estudia la complejidad de la figura del heredero aparente, desde el punto de vista de la equivocidad de su denominación, causas de su aparición, condición jurídica según intervenga la buena o mala fe, fundamento legislativo y, esencialmente, respecto a la regulación de las relaciones surgidas entre el heredero aparente y el real, y entre aquél y los terceros que hayan entrado a formar parte del triángulo subjetivo de implicados.

Es este último punto, el que ha despertado mayor interés en la autora y, seguramente, encontrará eco en otros autores porque, como ella misma manifiesta, es el origen de un grave conflicto de intereses y provoca el choque entre dos principios esenciales, «la inviolabilidad de la propiedad, fundamento de la sociedad y del Estado y el principio de la libre circulación de los bienes, representados en la especie por los terceros adquirentes», y reflejado en la categoría de las adquisiciones a *non domino*.

Pero esta perspectiva económica, jurídica y social, no ha sido la única base en la que se ha apoyado la tesis defendida. Aparece completada con el fenómeno de la apariencia jurídica, indisolublemente unido a la realidad con finalidad eminentemente práctica, con el principio de la buena fe y con una serie de apuntes registrales (L.H.) y de legislación especial (L.A.R. y L.A.U.), que facilitan la comprensión de las conclusiones sostenidas.

La pretensión alcanzada de perfilar el régimen jurídico de ambas instituciones, se ha visto arropada tanto por decisiones jurisprudenciales como por un amplio examen de los precedentes históricos y estado actual de la cuestión, en un extenso abanico de Derecho comparado (francés, italiano y alemán, esencialmente, suizo, chileno, salvadoreño, argentino y peruano).

Es de agradecer la precisión de sus conclusiones, la claridad expositiva y la calidad de la renovadora visión propugnada, aunque no se comparte en dos únicos puntos, la unidad conceptual de la buena fe y la inexistencia de buena fe sin título cuando se trata de un heredero aparente.

Por último, tan solo reafirmar, como anuncia en el prólogo el profesor José Luis de los Mozos, que la presente obra ha enriquecido, con una valiosa aportación, el actual panorama de la doctrina civilística.

M.<sup>a</sup> DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO

**GARRETA SUCH, José M.<sup>a</sup>: «La responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades» (Monografías Jurídicas, 2.<sup>a</sup> Edición, 1991, Ed. Marcial Pons), 231 páginas.**

El libro recoge un tratamiento especial no de determinada parte de una rama jurídica sino de un asunto particular en el que convergen la disciplina civil, la fiscal y la penal, incidiendo en el ámbito mercantil.

La monografía se ocupa de la responsabilidad de los administradores de las sociedades y, en concreto, de los de la sociedad anónima. Partiendo de los problemas que se dan en la práctica, se hace un estudio en el que los preceptos de leyes y reglamentos se explican a la luz de la doctrina y jurisprudencia.

El contenido de la obra se ordena en nueve capítulos encabezados por un prólogo de E. Polo. La estructura es la siguiente: un primer capítulo dedicado a los preliminares, seguido de otros cuatro que analizan la responsabilidad de los administradores según la regulación legal de las sociedades anónimas, para dar paso a la perspectiva fiscal de la materia —que abarca tres nuevos capítulos—, dedicándose el capítulo IX y último a la responsabilidad de los administradores en el ámbito del Derecho Penal.

El moderno desarrollo económico; la transformación de la riqueza; la incorporación lenta de estos cambios al derecho positivo; el Derecho Económico como la última cara del capitalismo...; son algunos de los trazos con los que el autor inicia la obra, delimitando los rasgos de las razones de fondo que justifican la transformación del derecho societario y ambientando después con nuevas pinceladas las realidades concretas en que se mueven hoy los administradores: así, la observación de que la sociedad anónima no es una sociedad democrática; el profesionalismo en la administración de las sociedades (o la «managerial revolution»); o la separación entre accionistas y sociedad por la creciente intervención de los directores.

Al adentrarnos en lo referente a la responsabilidad que cabe exigir de los administradores según la Ley de sociedades anónimas, nos encontramos ante la parte más detallada y novedosa de la monografía, novedad impuesta por los cambios operados a raíz del T.R.L.S.A. de 1989. La Ley de 25 de julio de 1989 es ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de sociedades. El T.R.L.S.A. de 22 de diciembre de 1989, aprobado por Real Decreto legislativo, es fruto de dicha adaptación y recoge, a su vez, otras reformas que estaban pendientes de hacerse. En cuanto al órgano de administración, el nuevo T.R.L.S.A. conlleva diversas reformas de mayor y menor entidad que, sin embargo, no implican alteración de las líneas generales con que quedaba estructurada esta institución en la anterior ley de 1951. Entre las reformas de mayor entidad se encuentra la operada respecto al régimen de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores.

La reforma en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades venía, según José María Garreta Such, impuesta «por la insuficiencia de la normativa hasta hoy vigente que no había servido para mucho si atendemos al número de causas judiciales que se habían planteado en demanda de responsabilidad hasta la fecha». A juicio del autor, son dos los aspectos más relevantes de la reforma de la responsabilidad de los administradores: la ampliación de los supuestos de hecho en que se puede incurrir en responsabilidad y «la mejora en el cauce previsto para su exigencia».

Así, el nuevo régimen de responsabilidad se caracteriza por una mayor exigencia, al aplicarse los criterios de la responsabilidad extracontractual del derecho común adaptados a la materia mercantil. De este modo, si bien hasta ahora se podía cuestionar si la diligencia exigible por socios y terceros era la del genérico artículo 1902 C.c. o si, por el contrario, debían seguirse criterios distintos y específicos para el caso de los administradores (el problema se planteaba en la antigua Ley porque sólo exigía responsabilidad en caso de malicia, abuso de facultades o negligencia grave), la nueva Ley resuelve con acierto la cuestión elevando el listón de la diligencia exigible y equiparándolo al de la responsabilidad extracontractual contemplada por el Código Civil («cualquier género de culpa o negligencia»).

Lo referente al carácter solidario o mancomunado de la responsabilidad de los administradores de las sociedades ha quedado resuelto en la actual Ley, que recoge el criterio de la «solidaridad en la culpa» (refiriéndose la responsabilidad solidaria sólo a los administradores culpables). En cuanto a la posibilidad de exculpación de los administradores de las sociedades, es también innovación de la ley la exigencia de una oposición activa al acuerdo lesivo, estableciéndose una presunción de culpa colectiva *iuris tantum*. Los interrogantes sobre la responsabilidad de los ausentes; responsabilidad de los cesados en el cargo; o de la responsabilidad si el acuerdo fue adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General, entre otros, encuentran respuesta en la obra.

En cuanto al cauce para exigir responsabilidad a los administradores, la anterior L.S.A. de 1951 tenía previstas dos acciones: la acción social, cuyos titulares eran la sociedad y subsidiariamente los accionistas y acreedores, tenía como objeto la reconstrucción del patrimonio social reparando el daño causado por determinadas actuaciones de los administradores; la acción individual, de naturaleza extracontractual según diversas sentencias —señala el autor—, era una acción de indemnización de socios y terceros por aquellos actos de los administradores que hubieren lesionado directamente sus intereses. Las acciones previstas por el T.R.L.S.A. de 1989 para exigir responsabilidad a los administradores son las mismas que las de la ley anterior, si bien hay alguna modificación notable cual es la del ejercicio de la acción social por parte de los acreedores. En concreto, la reforma ha suprimido el requisito de que el acuerdo lesivo amenace gravemente la garantía de los créditos, requisito que se exigía en la anterior ley para que los acreedores pudiesen ejercitar la acción social y cuya eliminación es lógica puesto que dicha acción se dirige —como se ha dicho— a reconstruir el patrimonio social, no el del acreedor.

El autor, después de desarrollar ampliamente lo referente a la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades (desarrollo en el que analiza los diversos aspectos de la reforma que afectan a la materia), hace un estudio de las perspectivas fiscal y penal de la materia. Si bien la legislación vigente de las sociedades anónimas se ocupa de la responsabilidad civil de los administradores, en cuestión de

responsabilidad fiscal y penal no ocurre lo mismo, por lo que habrá que acudir, de un lado, a la Ley General Tributaria (y al Reglamento General de Recaudación) y, de otro, al Código Penal.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores en el Derecho Fiscal, señala el autor que aunque puede trasladarse al Derecho Tributario el esquema conceptual de la obligación civil, hay que tener en cuenta que no existe una total identificación entre ésta y la obligación tributaria, ya que la última es una obligación pública, legalmente establecida y el acreedor es un sujeto público y privilegiado: el Estado. Tras una detallada descripción de la figura del responsable en la obligación tributaria y de sus modalidades —responsable solidario y responsable subsidiario— abre un nuevo capítulo dedicado al estudio en general de esta última modalidad que, señala, es el tipo de responsabilidad previsto para los administradores de las compañías mercantiles.

El capítulo VIII es de gran interés. En él se subraya que «el epicentro de la Reforma de la L.G.T. de 1985 (...) fue la lucha contra el fraude fiscal», exigiéndose a los administradores en el ámbito tributario una diligencia mayor que la del ordenado empresario, exigible en el seno de la sociedad. En sus relaciones con la Hacienda Pública se le puede exigir responsabilidad incluso por simple negligencia pero, eso sí, sólo si el patrimonio social es insuficiente. Por tanto, afirma el autor, la responsabilidad subsidiaria del administrador tiene naturaleza de garantía y, a la vez, de sanción. Si son varios los responsables subsidiarios la responsabilidad de los mismos frente a Hacienda será solidaria salvo que la ley disponga expresamente lo contrario (art. 11.4 R.G.R.). Otras cuestiones como la responsabilidad fiscal cuando la inspección se hizo tras la disolución de la sociedad o cuando la titularidad de la empresa se sucede por otra, encuentran solución en la monografía.

La responsabilidad de los administradores en el Derecho Penal se trata brevemente en el último capítulo. En él se declara la necesidad de «una regulación completa y sistemática de los delitos económicos», necesidad que se hace más acuciante debido a los efectos de resaca y espiral que se derivan de estos delitos y que han sido descritos por la doctrina. El autor de la monografía distingue entre la delincuencia económica y la delincuencia societaria, que pueden aparecer unidas en los llamados «delitos de cuello blanco» (E. H. Southerland) o delitos económicos.

Los delitos cometidos por algún órgano de una persona jurídica están previstos exclusivamente por el artículo 15 bis de nuestro Código Penal. De este precepto legal hace el autor de la obra un análisis detallado para llegar a diversas conclusiones, tales como que para exigir responsabilidad penal de los administradores de la sociedad no se requiere que los beneficios obtenidos por el delito se dirijan a éstos sino que basta con que hayan tenido participación directa en el hecho delictivo. Cierra el capítulo una selección de fragmentos de sentencias sobre el tema del mismo.

Por último, cabe señalar el acierto y oportunidad de esta monografía que armoniza los ámbitos del Derecho Civil, Fiscal y Penal que inciden en la materia mercantil de la que se ocupa: la responsabilidad de los administradores. La monografía es —con palabras del prólogo del Doctor Eduardo Polo— ciertamente «un nuevo instrumento que nos ayude a interpretar una de las novedades más relevantes y discutidas que nos ha ofrecido la nueva Ley de Sociedades Anónimas».

**LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja: «Los patrimonios municipales del suelo: sus caracteres y operatividad». Temas de la Administración Local, nº. 45, INAP. CEMCL., Granada, 1992**

Este reciente estudio realizado por Francisco de Borja López-Jurado Escribano viene a esclarecer y a profundizar uno de los instrumentos urbanísticos con el que los legisladores desde el año 1955 han dotado a los municipios españoles: los patrimonios públicos del suelo. Estos mecanismos, colocados en manos de las Administraciones públicas a fin de ser utilizados como medio eficaz de intervención en el mercado del suelo, que garantizara la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos han recibido un último empuje tras la promulgación de la ley 8/90 de 25 de julio, de Reforma del Régimen urbanístico y Valoraciones del Suelo, hoy refundida con otros textos legales en el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio.

En una sistemática clara y concisa aborda globalmente cada uno de los variados aspectos desde los que es preciso considerar esta figura: *real, contractual y financiero*; el autor comienza justificando la oportunidad de su análisis, para, de inmediato referirse brevemente a la historia de los patrimonios públicos municipales. Se remonta por ello a la legislación desamortizadora del siglo XIX, que supuso una nueva dinámica en la utilización de los bienes de las Corporaciones Locales.

En la primera parte del libro relata en qué consisten los patrimonios municipales, detallando los bienes y las vías por las que legalmente pasan éstos a integrarse en dichos patrimonios. Si los bienes de propios incluidos en los Planes Generales de Ordenación, eran a partir del Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 1955 afectados al Patrimonio Municipal, más tarde fue posible formar reservas para adquirir terrenos mediante expropiación con idéntica finalidad. La Ley de 1990 añade nuevos canales de acceso a dichos patrimonios: cesiones y expropiaciones de todo tipo, ejercicio del derecho de tanteo y retracto, al margen de cualquier clase de adquisiciones de suelo urbanizable programado o no urbanizable que se lleven a cabo con esos fines.

En estas páginas no se limita López-Jurado a describir las elaboradas técnicas que la actual legislación urbanística ofrece sino que las incardina en el contexto general dentro del que éstas despliegan su virtualidad, al tiempo que se cuestiona implícitas y tácitas entradas de bienes (modalidades de expropiación de edificaciones ruinosas, remanentes producidos con motivo de las ventas forzosas) o problemas latentes desde siempre en el Derecho Urbanístico como la quiebra de la reserva de ley en materia de propiedad, o el desconocimiento del contenido esencial de este derecho fundamental con las recalificaciones que la ley 8/90 permite operar sobre suelo no urbanizable (en la revisión del programa de actuación de los Planes Generales).

No obstante su visión crítica no le impide constatar como la nueva ley 8/90 no excluye al «establecer» la función social que ha de cumplir la propiedad urbana, las facultades urbanísticas del ámbito de ésta. Observa como simplemente se limita a implantar unos deberes a los que condiciona la adquisición de facultades, cuyo cumplimiento, entre los beneficios y ventajas que reporta, proporciona directamente a las Entidades Locales, bienes con los que engrosar sus patrimonios municipales.

Seguidamente, nos presenta un dato clave: *la naturaleza jurídica* de los Bienes de estos Patrimonios Públicos. Tras un somero examen de la normativa local y de la sempiterna discusión doctrinal que sobre esta cuestión se cierne, este autor se decantará por el carácter no demanial de los mismos. Haciendo caso omiso de los pretendidos regímenes generales omnicompresivos, los resitúa en una escala de demanialidad en la que, sirviendo a una finalidad preponderantemente pública gozan de un menor grado de disponibilidad por su titular, en comparación con otros bienes de los que el Ayuntamiento es propietario.

Esta caracterización de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo como patrimoniales no cuadra, sin embargo, con la naturaleza de *los contratos*, estudiada en la segunda parte del Libro, por la que se cedan o enajenan dichos bienes; a los que califica de contratos administrativos especiales, aludiendo a la interpretación jurisprudencial de los preceptos sobre contratación local y estatal.

Antes de llegar a este apartado, le ha sido necesario desarrollar el destino de estos bienes, tomando como referencia tanto las previsiones de la Ley de 1990, como los numerosos artículos que el Texto Refundido de 1976 dedicaba a esta materia, poniendo especial interés en el destino de las cesiones, derecho de superficie y demás modalidades de gestión de los terrenos que integran los patrimonios públicos: permuta, aportaciones para la constitución de sociedades municipales...

Es destacable, como en numerosas instantáneas a lo largo del libro, reproduce la relevante interacción entre Plan General y Patrimonios municipales, en lo concerniente a su destino y constitución como a la modulación de su volumen y posibilidades de incremento.

El autor acaba concluyendo sobre los dos aspectos más acuciantes de este tema: el destino de los bienes que integran el patrimonio y la naturaleza y fin de los ingresos que los mismos generan.

Particularmente se advierte en la tercera y última parte de su estudio una loable preocupación por la relación entre los patrimonios municipales del suelo y los recursos *financieros* de la Administración local titular de los mismos.

El papel que ha de jugar el patrimonio municipal en este ámbito económico es vital para atender a su adecuada utilización, pues los terrenos, desde el momento en que se decide su urbanización, quedan vinculados a la constitución de Viviendas de Protección Oficial y otros usos de interés social, como López-Jurado resueltamente analiza.

No sería coherente con la promoción del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada que las Entidades Locales usasen esos terrenos de su propiedad con miras puramente lucrativas, contribuyendo así a elevar las tensiones especulativas en lugar de atenuarlas. De ahí se desprende, a juicio de este autor, el hecho de que a pesar de no constituir un patrimonio íntegro separado, los ingresos que genere su gestión estén afectados a un fin determinado: la conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo.

Pero esta obligación de reinvertir no resulta incondicionada, conforme a la línea argumental del trabajo, sino que podrían aplicarse a cualquiera otros gastos de inversión en materia de urbanismo y vivienda.

De cualquier manera, un mecanismo vivo como el de los patrimonios públicos del suelo, una y otra vez es y será revisado. El examen de las vicisitudes de su existencia y de su éxito no pueden entenderse agotadas. Será la práctica urbanística en su concreta realidad cotidiana la que arroje luz sobre la pretendida eficacia y el régimen



jurídico de esta técnica. Por otro lado, la entrada en vigor del Texto (BOE de 20 de junio de 1992) que refunde la Ley del Suelo del 76 y la ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, en su función armonizadora, reguladora y aclaratoria de las hasta ahora vigentes disposiciones ha alterado, aunque no sustancialmente los perfiles de esta figura, desbaratando ciertas afirmaciones, consolidando, que duda cabe, otras.

JULIA ORTEGA BERNARDO

**PARRA LUCAN, María Angeles.: «La protección al medio ambiente», Tecnos, Madrid, 1992, 162 páginas.**

El amplio marco de la protección jurídica del medio ambiente puede analizarse desde la perspectiva del Derecho público —de amplio desarrollo (art. 45 CE; art. 347 bis CP; Ley de Pesca Fluvial; Ley de Montes; Ley de Caza; Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas; Ley del Suelo, etc.)— o bien, del Derecho privado, según sea la esfera de los intereses tutelados en juego. Básicamente, en esta obra, se trata la protección del medio ambiente a través de un estudio «de contraste» de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa del Tribunal Supremo. En general, se analizan los «instrumentos jurídicos de tutela» frente a daños individuales y globales de índole medioambiental haciendo referencia a ambas esferas en los diversos campos abordados (Minería, contaminación de aguas, inmisiones nocivas y perjudiciales). Sin embargo, se destaca como claro objetivo perseguido por la autora, resaltar la importancia «preventiva y defensiva» de la tutela civil a través de la responsabilidad civil, del abuso de derecho y de las relaciones de vecindad.

En el ámbito del Derecho Minero, se recorre sintéticamente su evolución legislativa respecto de la responsabilidad por daños resultantes de la «actividad de explotaciones mineras» o de «beneficios de minerales». Sin embargo, se hace hincapié en la particularidad de cierta normativa —hoy derogada— que consagraba una «doble vía de reparación de tales daños a la agricultura», señalándose que su verdadero alcance fue determinado por la Sala IV del Tribunal Supremo que circunscribió el reclamo administrativo a los daños que afecten «los intereses generales de la agricultura».

A continuación se aborda la cuestión, desde la perspectiva de la contaminación de las aguas continentales. En tal sentido, se hace referencia a los instrumentos de tutela del Dominio Público Hidráulico, consagrados por la Ley de Aguas de 1985 (autorizaciones de vertidos, sanciones, reparación de daños y perjuicios, restitución al estado anterior, canon de vertidos, etc.). La autora no sólo se detiene sobre la importancia del «sistema administrativo de resarcimiento» allí previsto sino además, sobre el consagrado por el Reglamento de Pesca de 1963, (arts. 15 y 16) para tutelar la «riqueza piscícola». Por su parte, la Jurisprudencia transcrita refleja la unánime acogida del Tribunal Supremo a través de la confirmación de las sanciones y resarcimientos administrativos por daños al patrimonio hidráulico y piscícola. Paralelamente, se analiza la jurisprudencia civil del Alto Tribunal, destacando su competencia restringida a las reclamaciones por daños a la propiedad privada sobre la base de

la responsabilidad por culpa (art. 1902). No obstante, al referirse a la contaminación de las aguas marinas, simplemente se resalta el carácter de «mal protector» del Estado español.

Las relaciones de vecindad que son patrimonio exclusivo del derecho privado y de aplicación inadmisibles en la tutela de intereses colectivos se analizan a través de la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> pronunciada con motivo de las reclamaciones por daños derivados de la contaminación por gases, polvos, humos y por vibraciones, trepidaciones y ruidos. En esta vía, se destaca la creación de una «doctrina sobre inmisiones nocivas y peligrosas» —carente de atención legislativa— sobre la base de la buena fe, y de la aplicación analógica de los arts. 590, 1902 y 1908 CC. La autora sostiene con acierto que la fundamentación de las condenas de reparación de daños y perjuicios encuentra su explicación en el «Abuso de derecho» aunque no sean aplicadas sus características técnicas.

El capítulo relativo a «La condena al cese de la actividad dañosa en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo» es el que pone de relieve —en mi opinión— el aspecto de mayor eficacia para la tutela del medio ambiente a través de vía jurisdiccional. Esta condena al igual que la «adopción de medidas necesarias para evitar daños» respecto de actividades reglamentadas, dio lugar a improcedentes planteos sobre cuestiones de Competencia que el Tribunal Supremo resolvió teniendo en consideración el «interés tutelado por la norma» a fin de determinar el Derecho aplicable. Asimismo, cabe destacar que sus vertientes Civil y Contencioso-Administrativa coinciden en aplicar tales condenas por encima de «disposiciones administrativas de carácter general y preventivo» y del «cumplimiento de medidas correctoras» que no eliminen perjuicios ni situaciones de riesgo permanentes, en resguardo de terceros. También en estas cuestiones, se destaca su fundamentación aunque no explícita, en el abuso de derecho.

Por su parte, se analiza especialmente la «acción negatoria» como adecuado instrumento de tutela ambiental individual. No obstante esbozar las teorías relativas a su procedencia, se pone de relieve la más reciente plasmada en la Ley catalana 13/90 en materia de inmisiones que admite una «legitimación» más amplia a efectos de solicitar el cese de la actividad nociva que amenaza de daño a la persona y al patrimonio. También, sostiene la autora que la explicación en que se fundamentan estas cuestiones son los principios de la Teoría del Abuso de Derecho.

Finalmente, Capítulo aparte, ocupan las «acciones interdictales en defensa del medio ambiente». En lo concerniente a los Interdictos de Obra Nueva y de Obra Ruinosa (arts. 1676/7 LEC) se subraya que la doctrina los considera «instrumentos procedimentales idóneos», al igual que el de Recobrar (art. 1658.2 LEC) referido al «enturbiamiento de aguas» (AT Granada 5-12-67) y también, a la «producción de humos» (Prieto Castro).

El verdadero mérito atribuible a esta obra, es la actualidad del tema escogido y su ágil tratamiento metodológico, que evita la reiteración del tratamiento exhaustivo de aspectos normativos y doctrinarios sobre los cuales sólo se formulan las referencias necesarias para esbozar el esquema general de los aspectos abordados de «la protección del medio ambiente».

**«Regards sur le Droit de la Famille dans le monde. Annual Survey of Family Law». Sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi. Edition du C.N.R.S. Centre Régional de Publication de Lyon (Paris 1991), 245 págs.**

Se trata del primer número de la edición francesa del *Annual Survey* que publica *The International Society on Family Law* cada año, formando parte de la revista norteamericana *Journal of Family Law*, y que se pretende aparezca casi-simultáneamente con la edición inglesa bajo la dirección de la prestigiosa Directora del *Centre de Droit de la Famille* de Lyon, Mme. Rubellin-Devichi. La idea es excelente y contribuirá al acercamiento de la Asociación a los familiaristas del mundo latino.

En su momento me hice eco de la publicación del primer *Annual Survey of Family Law* de 1985 (cfr. ADC, 1987, p. 654); a lo allí dicho cabe agregar que bajo la experta mano de su Director, el Prof. Michael Freeman de la Universidad de Londres, el Anuario, en su edición inglesa, ha venido apareciendo puntualmente, ampliando en cada número el espectro de países sobre los que se informa, colmando, de esta manera, las lagunas de que aquél adolecía (así, la crónica de Derecho español ha aparecido en todos los números).

La presente edición francesa corresponde a 1989 (aunque la edición inglesa aparece en el vol. 29, nº. 2, correspondiente al año 1990-1991 del *Journal of Family Law*). [Contiene crónicas de veintitrés países, con mayor presencia ibero-americana (además de España, aparecen las de Chile, Uruguay y Venezuela), amplia representación del mundo anglosajón (Australia, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra y Nueva Zelanda), la habitual europea (Alemania, Austria, Francia, Suiza, Dinamarca y Suecia), además de países comunistas y ex-comunistas (China, Rusia y Polonia); con acompañamiento «residual» de Africa del Sur, Camerún, Israel, Nigeria y Tanzania].

El Anuario se revela como una útil fuente de información sobre novedades legislativas llamativas (por ej. la ley danesa de 7 de junio 1989 que regula la concesión del «certificado de concubinato» a las parejas homosexuales con efectos casi equiparados a los del matrimonio), o de orden jurisprudencial (por ej. las sentencias de la *Cour de Cassation* francesa que, en dirección opuesta, niegan a los concubinatos entre homosexuales los beneficios que la legislación otorga a los heterosexuales) Por ello hay que desear la consolidación de la edición francesa, fruto de los desvelos de la ilustre familiarista de Lyon.

G. GARCÍA CANTERO

## Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRIGUEZ  
M.<sup>a</sup> Paz GARCIA  
Esther GOMEZ CALLE  
Luis MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ  
Pedro PORTELLANO DIEZ  
Isabel SIERRA PEREZ

**SUMARIO:** I. Derecho civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad Civil. 5. Derechos Reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias.—II. Derecho mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares de tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal. Abreviaturas.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. INTRODUCCION

**1. ALBEGGIANI, F.:** «Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio», F.I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3020-3024.

Anotaciones a la ST de la corte constitucional de 14 de junio de 1990, núm. 282 (Aranda/Sierra).

**2. BASSI, U.:** «Corte de giustizia delle Comunità europee.— Rassegna di giurisprudenza— 1.º gennaio-31 marzo 1991», F.I., 1991, núm. 11, parte IV, págs. 388-482. (Aranda/Sierra).

**3. BRADGATE, J. Robert/HOWELLS, G. G., Food Safety - An Appraisal of the new Law, «J. Bus. Law», julio 1991, pp. 320-332.**

La necesidad de acomodar la regulación del sector alimentario, uno de los más innovadores de la economía, con la protección del consumidor ha llevado a que la nueva regulación en materia de seguridad e higiene de los alimentos refuerce, por una parte, las competencias sancionadoras de la Administración y, por otra, elimine ciertas cargas y controles que la experiencia ha demostrado innecesarios. (P.P.D.).

**4. BRUNNER, Georg: «Was bleibt übrig vom DDR-Recht nach der Wiedervereinigung?»; JuS, 1991, págs. 353 y ss.**

Repaso a la situación en que se encuentra la antigua República Democrática de Alemania tras la reunificación alemana, dedicándose uno de los apartados al estado del Derecho privado del extinto país. (E.G.C.).

**5. BURCHI, S.: «Tendenze e orientamenti attuali nel diritto del acque. Un'analisi di diritto comparato», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 2 (aprile-giugno), parte prima, págs. 195-226.**

Estudio sobre la planificación del agua en los distintos países comunitarios; sobre los derechos del agua, administración y tutela. (Aranda/Sierra).

**6. CADOPPI, A.: «Orientamenti giurisprudenziali in tema di "ignorantia legis"». F. I., 1991, fasc. 6, pág. II. 415-421.**

Comentario a la sentencia de la preceptura de Reggio Emilia de 26 de octubre de 1989. (Aranda/Sierra).

**7. CARROZZA, A.: «In tema di "Comunitarizzazione" del diritto agrario nazionale», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. I (gennaio-marzo), parte prima, págs. 3-11.**

Estudio de las características del Derecho agrario y su evolución hasta la introducción del Derecho comunitario en Italia. (Aranda/Sierra).

**8. COSTATO, L.: «Ressegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia agricola», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 3 (luglio-settembre), parte seconda, págs. 299-308. (Aranda/Sierra).**

**9. FEOLA, M.: «Oservazioni sui controllo della legge delega da parte della Corte costituzionale». F. I., 1991, fasc. 7-8, págs. I. 2025-2031.**

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 4 de mayo de 1990, núm. 224. (Aranda/Sierra).

**10. GALGANO, F.:** «L'equità degli arbitri». RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 409-416.

El autor expone la teoría e ideología del arbitraje «irrituale». Continúa señalando el sentido de equidad recogido en el C.c. para integrar el contrato distinto al del C.p.c. a la hora de definir un litigio. Finalmente expone la estructura del juicio según la equidad, igual que el pronunciado según la ley; para acabar con la tendencia jurisprudencial sobre los árbitros de equidad. (Aranda/Sierra).

**11. HOMMELHOFF, Peter:** «Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung»; AcP, 192 (1992), págs. 79 y ss.

En torno a las repercusiones de la armonización jurídica de la Comunidad Europea en el Derecho Civil. (E.G.C.).

**12. IOZZO, M.:** «'Forma scritta' e clausola di deroga alla giurisdizione ai sensi dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles: orientamenti giurisprudenziale», F. I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3132-3144.

Notas a la ST de la Corte de Casación de 25 de marzo de 1991, núm. 3190. (Aranda/Sierra).

**13. KAYE, Peter:** Stay of enforcement proceedings under the european Judgment Convention: factor relevant to the exercise of discretion, «J. Bus. Law», mayo, 1991, págs. 261-271.

Estudio de los arts. 30 y 38 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (P.P.D.).

**14. Kaye, Peter:** The EEC Judgments convention and the outer world: Goodbye to forum non conveniens?, «J. Bus. Law», marzo, 1992, págs. 47-78.

Incidencia del convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el llamado forum non conveniens. (P.P.D.).

**15. KÖTZ, H.:** «Was erwartet dië Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?», JZ, 1992, págs. 20-22.

¿Qué espera el Derecho comparado de la Historia del Derecho? (M.P.G.).

**16. KOZYR, M. I.:** «Política agraria e riforma fondiaria nell' URSS e disciplina giuridica», *Riv. Dir. Agr.*, 1991, fasc. 3 (luglio-settembre), parte prima, págs. 315-330.

Cambio y desarrollo del derecho agrario en Rusia a raíz del progreso de la Perestroika. (Aranda/Sierra).

**17. LUPO, E.:** «Il diritto e l'ambiente nei paesi della CEE», *G. C.*, 1991, núm. 11, parte seconda, págs. 531-546.

Estudio de la normativa legal sobre el medio ambiente, la preocupación comunitaria. Tutela procesal desde la perspectiva penal y civil. Intento de armonización en materia de responsabilidad civil por daños medio ambientales. (Aranda/Sierra).

**18. MAGLIVERAS, D. Konstantin:** Defeating the money launderer - the international an european framework, «*J. Bus. Law*», marzo, 1992, págs. 161-177.

Somero análisis de la regulación internacional y europea sobre el llamado blanqueo de dinero. (P.P.D.).

**19. MAGLIVERAS, D. Konstantin:** The regulation of money laundering in the United Kingdom, «*J. Bus. Law*», noviembre, 1991, págs. 525-535.

Determinación del concepto del llamado blanqueo de dinero y examen de los instrumentos jurídico de que dispone el derecho británico para luchar contra este fenómeno íntimamente ligado al narcotráfico. (P.P.D.).

**20. MARTINO, R.:** «Il giudizio di equità del conciliatore e il suo controllo da parte della Corte di cassazione». *G. C.*, 1991, fasc. 3, págs. II., 193-211.

Tesis sobre el juicio de equidad. Alternativas; principios reguladores del juicio de derecho y de equidad. El control de la corte de casación sobre el contenido de la sentencia. (Aranda/Sierra).

**21. MEDICUS, Dieter:** «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht»; *AcP*, 192 (1992), págs 35 y ss.

Sobre la virtualidad del principio de proporcionalidad en el Derecho Privado y en el Derecho Constitucional. (E.G.C.).

**22. MONNINI, M.:** «Il giudizio d'equità del conciliatore all'esame delle sezioni unite: una volta per tutte si materializza l' "Araba fenice" della c.d. giustizia minore?», *F. I.*, 1991, núm. 10, parte prima, págs. 2718-2724.

Comentario a las Sentencias de la Corte de casación de 15 de junio de 1991, núm. 6794 y 6 de mayo de 1991, núm. 5000. (Aranda/Sierra).

**23. MONTESANO, L.:** «Aspetti problematici del "potere giudiziario" e della giurisprudenza "teorica" e "practica" nell'Italia d'oggi», *RTDPC*, 1991, núm. 3, págs. 665-672.

Aplicación normativa de la jurisprudencia. Remedios a la abstracción. Motivación y valoración de los hechos. Métodos: problemática; derecho escrito y popular; analogía; la interpretación evolutiva. (Aranda/Sierra).

**24. PALADIN, L.:** «Le fonti del diritto nel pensiero di Carlol Exposito», *Riv. Dir. Civ.*, 1992, fasc. I, parte prima, págs. 1-13.

Estudio retrospectivo del pensamiento reflejado en los muchos escritos de Carlo Exposito, en este caso enfocado sobre las fuentes del Derecho. (Aranda/Sierra).

**25. REMIEN, O.:** «Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts». *JZ*, 1992, págs. 227-284.

Ilusión y realidad de un Derecho privado europeo.

El autor analiza la situación actual y las posibilidades de desarrollo del llamado Derecho privado europeo. (M.P.G.).

**26. RÜCKERT, Joachim:** «Savignys Einfluß auf die Jurisprudenz in Deutschland nach, 1900»; *JuS*, 1991, págs. 624 y ss

Sobre la influencia de Savigny en diversos planos del Derecho alemán después del año 1900. (E.G.C.).

**27. SCHOLL, C.:** «Wahrscheinlichkeit, Statistik und Recht». *JZ*, 1992, págs. 122-131.

Probabilidad Estadística y Derecho.

El autor analiza el papel que juega el cálculo de probabilidades y la estadística en las distintas ramas del Derecho. Manifestaciones de su importancia son en el campo del Derecho civil las pruebas de paternidad y el del Derecho penal el índice de concentración de alcohol en la sangre. Mayor relevancia poseen aún en otros



ámbitos del Derecho público para determinar el contenido de conceptos jurídicos indeterminados como el de peligro, así como en el Derecho de seguros. (M.P.G.).

**28. SOBOTA, K.: «Rhetorisches Seismogramm- eine neue Methode in der Rechtswissenschaft». JZ, 1992, págs. 231-237.**

El seismograma retórico. Un nuevo método en la Ciencia del Derecho. (M.P.G.).

**29. TOMBARI, G. F.: «Note in tema di presunzioni legali», RTDPC, 1991, núm. 3, págs. 917-938.**

Falta de elementos justificativos de una unificación de presunciones. Examen de las presunciones legales absolutas y relativas: estructura y ejemplos legales. (Aranda/Sierra).

**30. LA TORRE, M.: «Significati e giudizi morali. Nota per un'etica "reflessiva"», RTDPC, 1991, núm. 3, págs. 879-916.**

Examen del fundamento y justificación de la moral reflexiva o ética fundada en la reflexión del sujeto o en su autonomía de la voluntad. (Aranda/Sierra).

**31. ULMER, P.: «Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?», JZ, 1992, págs.**

¿Del Derecho privado alemán al Derecho privado europeo?

El autor se pregunta si la inminente unidad del mercado europeo va a suponer también la generalizada unidad del derecho privado en el seno de Europa, ocupándose en el artículo de las ventajas e inconvenientes de la armonización del Derecho europeo en el ámbito del Derecho privado y aludiendo también al papel que las Facultades de Derecho pueden asumir en el camino hacia un Derecho privado europeo. (M.P.G.).

**32. VIDIRI, G.: «Il doping tra normativa sportiva ed ordinamento statale». F. I., 1991, fasc. 4, págs. III. 225-230.**

Nota a la Comisión app. federale Figc. de 30 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra).

**33. WIEBEL, M.: «Die senatsinterne Geschäftsverteilung beim Bundesgerichtshof (Zivilsenate)». BB, 1992, págs. 573-575.**

Reparto interno de asuntos en la sección civil del Tribunal federal alemán. (M.P.G.).

**34. ZIMMERMANN, R.:** «Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit». *JZ*, 1992, págs. 8-20.

El ius commune romano-canónico como fundamento de la unidad jurídica europea. (M.P.G.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**35. BARBIERI, L.:** «Dal diritto al principio supremo di libertà religiosa», *DFP*, 1991, núm. 4, págs. 865-871.

Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional de 14 de enero de 1991, núm. 13, sobre libertad religiosa. (Aranda/Sierra).

**36. BORDONALI, S.:** «Libertà religiosa e salvaguardia dei minori dopo la sentenza costituzionale núm. 13 del, 1991», *DFP*, 1991, núm. 4, págs. 1072-1086.

Comentario a la ordenanza de 11 de febrero de 1991 emitida por la Pretura de Torino sobre el derecho constitucional de libertad religiosa. (Aranda/Sierra).

**37. BRET, Jean-Marc:** «La Convention des Nations Unies sur les Droits de L'enfant: un texte applicable et appliqué en France», *G.P.*, tomo bimestral, noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 748-750.

Comentario de la resolución de 30 de abril de 1991, de la Corte de Apelación de Lyon, y en la cual por primera vez se hace aplicación en Francia de la Convención sobre los derechos del niño, declarando admisible la intervención procesal de dos niñas de 8 y 4 años y rechazando la demanda de audición de las mismas en atención al principio del prevalente interés del niño. (L.M.L.F.).

**38. BYK, Christian:** «Le SIDA (Mesures de santé publique et protection des droits individuels)», *SJ*, núm. 50, de 11 de diciembre de, 1991, *Doctrine* 3541, págs. 381-386.

El autor llama la atención acerca de la copiosa legislación generada en los distintos países por la irrupción del SIDA, que, a su juicio, ha contribuido con una intensidad sin precedentes al debilitamiento de la protección dispensada a los derechos individuales. (L.M.L.F.).

**39. BYK, Christian:** «La bioéthique en Europe: un paysage édate?», *SJ*, núm 40, de 2 de octubre de, 1991, *Doctrine* 3526, págs. 293-298.

Planteamiento del panorama existente en Europa en relación con la bioética, en el cual se destacan la puesta en marcha de comités nacionales de ética, la diversidad de políticas legislativas existentes en los países europeos y los esfuerzos de armonización jurídica llevados a cabo hasta el momento. (L.M.L.F.).

**40. CASSESE, S.:** «La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale», *F.I.*, 1991, fasc. 4, págs. V. 213-217.

Relación entre escuela pública y privada en la historia del ordenamiento italiano; libertad de escuela y libertad de enseñanza. El Estado como regulador. (Aranda/Sierra).

**41. CHABERT-PELTAT, Catherine:** «L'expérimentation sur l'être humain», *G.P.*, tomo bimestral, septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, páginas 563-571.

Interesantísimo artículo relativo a la regulación francesa de la experimentación biomédica sobre seres humanos. Resultan especialmente desoladoras las diferencias en cuanto a las medidas protectoras de las personas sanas que se someten a tales ensayos establecidas en la regulación de nuestro país vecino y las contempladas en nuestra vigente Ley del medicamento. (L.M.L.F.).

**42. CHIAROLLA, M.:** «Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto all nome e all'immagine al "right of publicity". Note a Cass. 2 maggio, 1991, núm. 4785», *F.I.*, 1992, fasc. 3, parte I, págs. 831-842. (Aranda/Sierra).

**43. COMOGLIO, L. P.:** «I modelli di garanzia costituzionale del processo», *RTDPC*, 1991, núm. 3, págs. 673-741.

Estudio de Derecho comparado sobre garantías procesales como protección de los derechos fundamentales. El autor se centra en los derechos inglés, norteamericano, socialista e italiano. (Aranda/Sierra).

**44. CRISCUOLI, G.:** «Pensionamento e discriminazione in Inghilterra», *RTDPC*, 1991, núm. 2, págs. 475-477.

Comenta desde la perspectiva del Derecho inglés a la decisión del Haus of Lord de 14 de junio de 1991 sobre el caso James V. Eastleigh Borough Council. (Aranda/Sierra).

**45. CYPIONKA, Bertram: «Fortfall der Entmündigung Volljähriger Auswirkungen auf den Rechtsverkehr»; NJW, 1992, págs. 207 y ss.**

La Ley alemana «para la reforma del Derecho de tutela y curatela para mayores de edad» o Ley de asistencia (*Betreuungsgesetz* = BtG), en vigor desde el 1.1.1992, ha suprimido la incapacitación de los mayores de edad y ha sustituido el sistema doble de tutela y curatela por el instituto único de la «asistencia». Al mismo tiempo, arbitra diversos mecanismos que amplían considerablemente las posibilidades de los afectados para tomar parte en el tráfico jurídico.

El artículo presenta las novedades más importantes de esta reforma y dedica especial atención a los presupuestos y repercusiones de la nueva figura de la «asistencia» en la posición jurídica de los afectados. (E.G.C.).

**46. DAMMACCO, G.: «Riflessioni su ulteriori profili di incostituzionalità dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola elementare», DFP, 1991, núm. 4, págs. 888-899.**

Comentario a la ordenanza de la Pretura (Canosa di Puglia) de Trani de 13 de mayo de 1991 sobre el derecho constitucional de libertad religiosa. (Aranda/Sierra).

**47. DICKMEIS, Franz: «Verfehlt § 33 II FGG seinen Zweck Kindeswohlorientierte Entscheidungen des Familiengerichts und ihr Vollzug»; NJW, 1992, págs. 537 y ss.**

La normativa que afecta a la infancia es un sector ciertamente polémico en Alemania; en conjunto, cabe decir que se persigue siempre el bienestar del niño, pero el logro de ese objetivo suele ser objeto de opiniones encontradas. Una muestra de ello es el § 33 de la Ley sobre la jurisdicción voluntaria (*Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit* = FGG), precepto que —en su nueva versión, en vigor desde 13.4.1990— regula la ejecución de aquellas decisiones de los tribunales de familia que quedan en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y que, a juicio del autor, fracasa en el expresado objetivo. (E.G.C.).

**48. DOGLIOTTI, M.: «Il diritto ad essere di medicanti sulla condizione del minore “noto” e la protezione della sua immagine», G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 2123-3130.**

Comentario a la ordenanza de pretura de Chieri de 3 de enero de 1990 sobre derecho a la imagen del menor. (Aranda/Sierra).

**49. EDELMAN, Bernard: «La recherche biomédicale dans l'économie de marché», RDS, 1991, Chronique XL, págs. 203-208.**

El presente comentario analiza la lógica evolución de una sanidad pública a un mercado de la salud, motivada por la irrupción de las reglas del mercado en el sector de la investigación de nuevos medicamentos. El afán de subordinar el

enfermo a la enfermedad y de considerar la enfermedad como fuente de beneficio y de conocimiento, unidos a la incidencia del SIDA, han producido una reacción liberal en los pacientes, que reclaman su derecho a recibir el nuevo producto lo más rápidamente posible, considerando a firmas farmacéuticas e investigadores como suministradores de bienes y servicios. (L.M.L.F.).

**50. EICHENHOFER, Eberhard: «Das neue Kinder- und Jugendhilfe-recht»; JuS, 1992, págs. 279 y ss.**

El 1.1.1991 entró en vigor en Alemania la Ley de ayuda al niño y a la juventud (*Kinder- und Jugendhilfegesetz* = KJHG). Tras presentar, desde un punto de vista general, los precedentes de la ordenación de esta materia, sus particularidades y su marco constitucional, el autor estudia la nueva Ley, centrándose en los objetivos y la financiación de la ayuda a la juventud. (E.G.C.).

**51. GEISLER, Christiane: «Zur Namensänderung in «Stiefkinderfällen»; NJW, 1992, págs. 1215 y ss.**

A juicio de la autora, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5.3.1991, en la que se pronunció sobre el apellido familiar, ha sido indebidamente extendida en este sentido, entiendo que, mientras el legislador no actúe, no cabe extraer de ella consecuencias para cuestiones jurídicas sobre las que el Tribunal Constitucional no se pronunció; de ahí que critique la decisión de un tribunal (el superior de lo contencioso-administrativo de Mannheim), según la cual la citada Sentencia del TC es aplicable a los supuestos de cambio de nombre de los hijastros. (E.G.C.).

**52. GIAMMARIA, P.: «Tre criteri di costruttivi per i casi di lesione dei diritti della personalità. Nota ad App. Roma 11 febbraio, 1991», G.C., 1992, núm 1, parte prima, págs. 225-229. (Aranda/Sierra).**

**53. GORLA, G.: «U principî generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile italiano del, 1942», F.I., 1992, fasc. 3, parte V, págs. 90-96. (Aranda/Sierra).**

**54. HELDRICH, Andreas: «Der Familienname des Kindes nach dem Beschluß des BVerfG, NJW, 1991, 1602»; NJW, 1992, págs. 294 y ss.**

En Sentencia de 5.3.1991, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional el § 1355 II 2 BGB, según el cual la mujer que se casa toma el apellido del marido si no declara querer conservar el propio; en su lugar, y provisionalmente, la Sentencia mantiene que, salvo expresión en contra, cada cónyuge conserva el que sea su apellido al tiempo de casarse. Esta declaración obligaba al TC a pronunciarse, asimismo, sobre el apellido de los hijos matrimoniales; así,

en la misma sentencia, y como regulación provisional, establece que los representantes legales del hijo pueden, antes del nacimiento, determinar mediante declaración ante el empleado del Registro Civil, si el niño tendrá el apellido de uno u otro progenitor o uno doble compuesto de ambos y en el orden deseado; a falta de estipulación, el hijo tendrá un apellido compuesto por los de los padres en el orden que resulte al azar.

El artículo se centra en el ajuste de esta regulación provisional establecida por el TC a propósito del apellido del hijo matrimonial y la contenida en el art. 220 V de la EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*), que difiere en algunos aspectos (el principal es que no prevé la posibilidad del apellido doble). (E.G.C.).

**55. HOFMANN, H.: «Menschenrechtliche Autonomieansprüche». JZ, 1992, págs. 165-173.**

El derecho de autonomía como derecho humano. Sobre el contenido político de la Declaración de Derechos humanos. (M.P.G.).

**56. HOTTELIER, Michel: «Le nouveau droit de la nationalité suisse», RIDC, núm. 3, 1991, Études, págs. 565-584.**

Estudio de las nuevas disposiciones del derecho de la nacionalidad suizo, cuyo objetivo principal consiste en dar virtualidad al principio constitucional de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. Paralelamente, se aborda el análisis de las características fundamentales del mismo señalando las nuevas perspectivas jurídicas que aún pueden esperarse en este ámbito. (L.M.L.F.).

**57. IUBBONI, S.: «Note in tema di licenziamento nelle organizzazioni di tendenza. Note a Cass. 21 novembre, 1991, núm. 12530». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 661-677.**

Extinción y resolución del contrato. Despido de un profesor de lengua de un colegio religioso con ideario por su matrimonio en forma civil. (Aranda/Sierra).

**58. JUNG, Heike: «Gesetz zum Schutz von Embryonen»; JuS, 1991, pág. 431.**

Reseña sobre la Ley alemana de protección de embriones (*Embryonenschutzgesetz: ESchG*), de 13.12.1990 (E.G.C.).

**59. KÖRNER-DAMMANN, Marita: «Weitergabe, von Patientendaten an ärztliche Verrechnungsstellen»; NJW, 1992, págs. 729 y ss.**

En torno a la violación del deber de silencio de los médicos cuando éstos, al remitir a las cajas de los seguros médicos sus honorarios, adjuntan el historial del paciente atendido. (E.G.C.).

**60. MARIANI, M.:** «Sul licenziamento del dipendente di una scuola privata religiosa. Osservazione a Cass. 21 novembre, 1991, núm. 12530», G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 33-34. (Aranda/Sierra).

**61. MARTINEZ BLANCO, A.:** «La enseñanza de la religión en las escuelas públicas españolas», DFP, 1991, núm. 4, parte segunda, págs. 1179-1219.

Argumentos legales en favor de la enseñanza de la religión en los centros de enseñanza pública. Polémica semejante a la del Derecho italiano. (Aranda/Sierra).

**62. NACCI, P. G.:** «Diritto allo sviluppo e diritto alla vita», Arch. Giur., 1992, fasc. I, págs. 55-83.

Estudio del derecho a la vida. Su reconocimiento internacional en el art. 2 de la Convención europea de Roma de 4 de noviembre de 1950; su establecimiento en las distintas Constituciones. Influencia del factor demográfico de la nación. El desarrollo social creado por el hombre. Inadecuación de las garantías jurisdiccionales. (Aranda/Sierra).

**63. PANZERA, A. F.:** «Sul riacquisto “automatico” della cittadinanza italiana», F.I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3156-3160.

Notas de la ST de la Corte de casación de 7 de marzo de 1991, núm. 2425. (Aranda/Sierra).

**64. PIRAINO LETO, A.:** «Valore della persona e tutela della salute», DFP, 1991, núm. 4, parte segunda, págs. 1089-1101.

Importancia de la ética en el derecho y en la profesión de médico. Tutela de la salud y los deberes médicos. El problema legal de la eutanasia. (Aranda/Sierra).

**65. PONZANELLI, G.:** «I danni da fumo passivo: l'opinione del “non fumatore”», F.I., 1991, fasc. 9, págs. I. 2314-2316.

Comentario a la sentencia del Tribunal constitucional de 7 de mayo de 1991 núm. 202. (Aranda/Sierra).

**66. RAUSCH, Hans y RAUSCH, Jens:** «Betreuung Geschäftsfähiger gegen ihren Willen?»; NJW, 1992, págs. 274 y ss.

La reciente Ley alemana de asistencia (*Betreuungsgesetz* = BtG) pretende mejorar la situación jurídica de los afectados por ella (vid. al respecto *supra*, la reseña al artículo de CYPIONKA, en este Apartado I.2). Sin embargo, puesto que dicha asistencia puede ser ordenada aun contra la voluntad del afectado y

ello sin examinar su capacidad de obrar, podría parecer que lo que hace, realmente, es empeorar aquella situación.

Los autores analizan la nueva regulación en este aspecto, para concluir que ni es inconstitucional ni ha fracasado desde el punto de vista de política legislativa. (E.G.C.).

**67. RIGAUX, François: «La liberté de la vie privée», RIDC, núm. 3, 1991, Études, págs. 539-563.**

El autor señala ael desarrollo tecnológico, el surgimiento de sociedades de masas, la formación de un mercado de intercambio generalizado, del cual los bienes de la personalidad no están ausentes, y el pluralismo de morales y valores, como causas determinantes de la accesión de los bienes de la personalidad a la categoría de bienes jurídicos. Considera además que los bienes de la personalidad no son derechos subjetivos ni tienen una naturaleza exclusivamente extrapatrimonial. (L.M.L.F.).

**68. ROPERS, C. et CONIL, P.: «L'exercice des voies de recours par un mineur non doué de discernement», GP, tomo bimestral, noviembre-diciembre de, 1991, Doctrine, págs. 751-753.**

Estudio del panorama jurídico francés en relación con la capacidad del menor para ser parte en un proceso de apelación. Como punto de partida se toma la resolución de la Corte de Apelación de Rouen, declarando la inadmisión del recurso planteado por el abogado de un menor de dos años con el fundamento de que, pese a la posibilidad legal de que el menor pueda apelar una decisión judicial que le concierte, en el caso concreto y dada la imposibilidad de que el menor pudiera manifestar su voluntad, el ejercicio de sus derechos corresponde a un representante designado por el Consejo de familia. (L.M.L.F.).

**69. SATURNO, A.: «Notorietà della vita e riservatezza della morte: un confronto tra ordinamento spagnolo ed italiano», Riv. Dir. Civ., 1992, fasc. I, parte prima, págs. 71-115.**

El reconocimiento del derecho a la imagen y a la intimidad en España tras la Constitución de 1978 y la ley de 5 de mayo de 1982. El derecho de amparo en materia de derechos de la persona. La reserva de la enfermedad y de la muerte: la legitimación de los herederos a la tutela de los derechos existenciales del difunto. El concepto de intimidad familiar. La titularidad y el interés tutelado. Publicidad de noticias, el lucro de su divulgación. El reconocimiento del daño moral. (Aranda/Sierra).

**70. TAUPITZ, Jochen: «Von der entrechtenden Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz»; JuS, 1992, págs. 9 y ss.**

Análisis de la nueva Ley alemana «para la reforma del Derecho de tutela y curatela para mayores de edad», en vigor desde el 1 de enero de 1992. El autor



resalta la enorme importancia de esta reforma, tanto por sus repercusiones en el resto del ordenamiento alemán (así, en el BGB), como por su incidencia social: la filosofía de la nueva ley ya no es separar de la sociedad a las personas enfermas o impedidas y privarles de derechos, sino su incorporación a la vida jurídica mediante la ayuda precisa. (E.G.C.).

**71. LA TORRE, M. E.: «Repubblicazione di rettifica e (limiti del) potere del giudice», F.I., 1991, fasc. 9, págs. I. 2557-2566.**

Comentario a la sentencia del Tribunal Ordinario de Roma de 2 de octubre de 1989 y de las de la Prefectura Romana de 22 de junio de 1990 y 26 de julio de 1989. (Aranda/Sierra).

**72. TROIANO, O.: «Diritto all'immagine e sfruttamento della celebrità altrui», F.I., 1991, núm. 10, parte prima, págs. 2862-2868.**

Observaciones a las Sentencias de apelación del Tribunal de Milán de 16 de mayo de 1989, del Tribunal de Monza de 26 de marzo de 1990; y a la ordenanza de la Pretura de Milán de 19 de diciembre de 1989. (Aranda/Sierra).

**73. VENTURA, M.: «Sulla procreazione artificiale: un fallimento normativo per la Chiesa cattolica?», DFP, 1991, núm. 4, parte seconda, págs. 1135-1178.**

Esfuerzos de la Iglesia católica por adaptar su doctrina a las nuevas exigencias sociales, esencialmente en materia de procreación artificial. Su postura mediante la «Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación» de 22 de febrero de 1987. (Aranda/Sierra).

**74. WOHLGEMUTH, H.: «Neuere Entwicklungen im Arbeitnehmerdatenschutz». BB, 1992, págs. 281-285.**

Nuevas medidas en materia de protección de datos pertenecientes a los trabajadores en el marco de la nueva legislación surgida tras la reunificación alemana. (M.P.G.).

### 3. PERSONA JURIDICA

**75. GATTA, C.: «Cooperativa di coltivatori diretti per la conduzione unità di terreni e contributi assicurativi», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 2 (aprile-giugno), parte seconda, págs. 200-212.**

Comentario a la ST de la Corte de casación, sección laboral, de 13 de enero de 1989. (Aranda/Sierra).

**76. MARINELLI, F.:** «L'adulterio quale causa di esclusione di un avvocato da uno studio legale associato», G.C., 1991, núm. 11, parte prima, págs. 2705-2708.

Anotaciones a la ST de la Corte de casación, sección I, de 16 de abril de 1991, núm. 4031 sobre contrato asociativo atípico. (Aranda/Sierra).

**77. ORSENIGO, L.:** «L'impugnativa del p.m. ex art. 23 c.c.», G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3073-3077.

Comentario a la ST de la Corte de casación, sección I, de 10 de abril de 1990, núm. 2983, sobre asociaciones no reconocidas. (Aranda/Sierra).

#### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**78. ABELTSHAUSER, Th. E.:** «Verschuldens- oder Gefährdungshaftung für Mikroorganismen?-BGH, NJW, 1989, 2447» JuS, 1991, págs. 366 y ss.

El artículo parte del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 4.7.1989, en que una antigua estudiante demandaba a la Escuela de Veterinaria indemnización por haber sido infectada por unas bacterias con las que, en la época del contagio, se estaba investigando en aquel centro.

El autor estudia si, atendiendo a las circunstancias del caso, podría fundamentarse, además de una responsabilidad por culpa (*ex* § 833 BGB). También una responsabilidad por riesgo (conforme al § 833 inciso 1.º BGB), dado el peligro que para terceros deriva del cultivo de virus y bacterias. (E.G.C.).

**79. AUBERT, Jean-Luc:** «Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation», RDI, núm. 4, 1991, Articles, págs. 427-439.

Redactado, al igual que el del Profesor Brière de L'Ísle, a petición de la Comisión encargada de evaluar la legislación relativa a la vivienda y el urbanismo, este interesante informe contiene, junto al análisis de la legislación francesa en materia de arrendamientos, algunas propuestas de su autor, partidario del mantenimiento, si bien con leves retoques, del *status quo* existente en nuestro país vecino en la materia. (L.M.L.F.).

**80. BÄLZ, U.:** «Ersatz oder ausgleich?», JZ, 1992, págs. 57-72.

El autor estudia la naturaleza de la reparación *in natura* prevista, al lado de la indemnización pecuniaria, en la nueva ley alemana de responsabilidad por

daños en el medio ambiente (UmweltHG). En su opinión la restitución y la compensación sirven aquí a un fin distinto al que es normal en materia de responsabilidad extracontractual, pues no constituyen una indemnización a través de la repercusión de las pérdidas al causante del daño, sino una compensación a través de la absorción de los beneficios alcanzados a costa de otros. (M.P.G.).

**81. BARBIER, Jehan-Denis:** «Baux commerciaux, l'application du statut aux caisses d'épargne et de prévoyance. (Commentaire de la loi du 10 juillet, 1991)», G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 668-669.

Análisis de las consecuencias de la extensión del estatuto jurídico previsto para los arrendamientos de local comercial a las cajas de ahorros, así como de los problemas de derecho transitorio planteados. (L.M.L.F.).

**82. BARONE/PARDOLESI:** «Il fatto illecito del legislatore. Note Corte Giust. CEE, 19 novembre, 1991, cause riunite c.-6/90 y c-9/90», F.I., 1992, fasc. 3, parte IV, págs. 146-150. (Aranda/Sierra).

**83. BARRAINE, Raymond:** «La Convention de Vienne. (Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises)», GP, tomo bimestral julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 418-421.

Se analizan en el presente artículo algunas de las diferencias existentes entre el Convenio de Viena y el derecho interno francés. Se examinan así aspectos entre los que pueden ser destacados la cláusula de exoneración de garantía por vicios ocultos, la delicada cuestión relativa a la indeterminación del precio o la resolución sin intervención judicial. El autor se muestra pesimista en su análisis del porvenir que espera a este texto internacional, debido tanto a las escasas simpatías que le profesan la mayoría de los países que tradicionalmente pueden imponer sus prácticas nacionales, como a que deja sin resolver aspectos de tal importancia como los de la validez de los contratos y sus efectos sobre la propiedad de las mercancías. (L.M.L.F.).

**84. BELLANTUONO, D.:** «Buona fede nell'esecuzione del contratto e acquisto di fondo rustico». F.I., 1991, fasc. 7-8. Págs. I. 2077-2079.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 9 de marzo de 1991, núm. 2503. (Aranda/Sierra).

**85. BELLANTUONO, D.:** «L'levamento dei cavalli da corsa ovvero la corsa ai benefici agricoli», F.I., 1991, fasc. 4, págs. I. 1155-1157.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 24 de septiembre de 1990, núm. 9687. (Aranda/Sierra).

**86. BELLANTUONO, D.: «Indemnizzo ex art. 43 l. 203/82 e cessazione anticipata del contratto di affitto». F.I., 1991, fasc. 6, págs. 1. 1783-1784.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 23 de marzo de 1991, núm. 3157. (Aranda/Sierra).

**87. BENSOUSSAN, Alain: «Contribution théorique au Droit de la Preuve dans le Domaine Informatique: «Aspect Juridique et Solutions Techniques», G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 361-365.**

El autor afirma que la tecnología informática permite obtener una seguridad jurídica superior a la del documento escrito, manifestándose partidario de atribuir pleno carácter probatorio al documento informático en interés de la seguridad del cada vez mayor número de operaciones llevadas a cabo a través de estos recursos técnicos. (L.M.L.F.).

**88. BERNINI, G.: «Il riconoscimento all'estero del lodo arbitrale irrituale», RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 357-371.**

Estudio del laudo arbitral irregular tras la reforma de la ley de 8 de febrero de 1983, núm. 28. Sus inconvenientes frente a la Convención de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de Nueva York de 10 de junio de 1958. La situación en América. (Aranda/Sierra).

**89. BIN, M.: «Singoli contratti», RTDPC, 1991, núm. 3, págs. 959-969.**

Posición jurisprudencial en casos de venta con pacto de retro y pacto comisorio; y, de la fianza «omnibus». (Aranda/Sierra).

**90. BIN, M.: «Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale», RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 373-387.**

El autor analiza su causa o función; efectos; cualificación; regulación y relación con las reglas aplicables al procedimiento jurídico. (Aranda/Sierra).

**91. BOCCARA, Bruno: «Baux Commerciaux et redressement judiciaire: «le refus de l'article 38», SJ, núm. 30-31 de 31 de julio de, 1991, Doctrine 3518, págs. 258-262.**

Básicamente el autor viene a mantener que el mencionado precepto, en tanto impide al arrendador interponer o proseguir una acción resolutoria del arrendamiento por falta de pago de rentas, salvo si se trata de rentas vencidas pasados

más de tres meses desde el comienzo del procedimiento concursal, constituye una derogación al régimen general relativo a los contratos en curso. (L.M.L.F.).

**92. BOVE, D.:** «*La volutazione del'impactanza del inadempimento nel guidizio di risoluzione (in particolare, della locazione)*», G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 2054-3'59.

Comentario a la ST de la Corte de casación, sección III, de 11 de diciembre de 1990, núm. 11775. (Aranda/Sierra).

**93. BOZZA, M.:** «*In tema di condizione unilaterale. Nota a Cass. 23 marzo, 1991, núm. 3185*», G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 508-513.

Condiciones del contrato en interés de uno sólo de los contratantes. Renuncia por parte del contratante más favorecido. (Aranda/Sierra).

**94. BRANDNER, Thilo y MICHAEL, Gerhard:** «*Wettbewerbsrechtliche Verfolgung von Umweltrechtsverstößen*»; NJW, 1992, págs. 278 y ss.

Basándose en la jurisprudencia dominante, el artículo pretende mostrar las posibilidades y los límites del Derecho de la competencia en la protección del medio ambiente y como instrumento para reprimir las infracciones del Derecho medioambiental. (E.G.C.).

**95. BRAULT, Philippe-H.:** «*La révision du loyer des baux commerciaux comportant une clause d'échelle mobile*», LC, núm. 10, 1991, Chronique, págs. 1-3.

El autor analiza las relaciones existentes entre las cláusulas de estabilización contractualmente pactadas y los procedimientos establecidos para la revisión judicial de la renta, así como los respectivos ámbitos de aplicación de los dos procedimientos de revisión previstos por el decreto de 30 de septiembre de 1953. (L.M.L.F.).

**96. BRAUN, B.:** «*Unberlassung von Computerprogrammen an den Anwender als Werkvertrag*». BB, 1992, págs. 154-158.

Cesión de programas informáticos al usuario como contrato de obra.

El autor, partiendo de los consensuados tipos contractuales en los que se ha incluido la cesión de programas informáticos para su utilización, plantea una constelación de supuestos a partir de los cuales trata de abstraer los derechos y obligaciones del cedente y el usuario, así como la mejor forma de salvaguardar unos y hacer efectivos otros. (M.P.G.).

**97. BRIERE DE L'ISLE, Georges: «Rapport relatif a la législation en matière de baux d'habitation», RDI, núm. 4, 1991, Articles, págs. 411-426.**

De especial interés, dada la actualidad de esta temática en nuestro país, es el presente informe, redactado a petición de la Comisión encargada de evaluar la legislación relativa a la vivienda y el urbanismo. Su autor, partiendo de una concepción liberal de la economía y del derecho y tras estudiar la evolución de la legislación francesa, concluye considerando preferible la liberalización total para los arrendamientos concertados sobre viviendas nuevas y netamente mejoradas y la progresiva liberalización de los arrendamientos en curso. (L.M.L.F.).

**98. BÜLOW, Peter: «Grundfragen der Ergüllung und ihrer Surrogate», JuS, 1991, págs, 529 y ss.**

En torno al cumplimiento de las obligaciones (en sus diversas modalidades: por el deudor o por medio de un tercero, a favor del acreedor o a favor de un tercero designado por el acreedor) y a los subrogados del cumplimiento (dación en pago, consignación y compensación). (E.G.C.).

**99. BUSNELLI Y OTROS: «Osservazioni sul disegno di legge “unificato” per la riforma dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore», F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. V. 442-450.**

Observaciones al «disegno Amabile» de 21.11.1990 (Senado) en la valoración del daño a las personas. (Aranda/Sierra).

**100. CANARIS, Claus-Wilhelm: «Der Bereicherungsausgleich bei Zahlung des Haftpflichtversicherers and einen Scheingläubiger», NJW, 1992, págs. 868 y ss.**

Por primera vez el Tribunal Supremo alemán (BGH), en Sentencia de 28.11.1990, se enfrentó a la cuestión de si un asegurador (que había concertado un seguro de responsabilidad) podía exigir a un acreedor aparente del asegurado la devolución de lo que le había abonado, al resultar que, en realidad, no tenía derecho a indemnización de daños y perjuicios. El BGH entendió que sí, criterio que el autor no comparte en este artículo, en el que analiza la problemática aquí suscitada, paradigma de la liquidación del enriquecimiento injustificado en todos los casos de prestación a favor de tercero conforme al § 267 BGB. (E.G.C.).

**101. CARPANI, G.: «La tutela del consumatore: «tendenze della legislazione regionale», RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 511-564.**

El autor comienza con la definición de consumidor y sus intereses; sigue centrándose en los artículos 2, 32 y 41 de la Constitución como principios consti-

tucionales en la tutela del consumidor. La intervención pública de esta tutela: venta y precios. Analiza igualmente la intervención estatal para proteger la salud de los consumidores. Problemática de etiquetado de los productos alimenticios. Finalmente, estudia la tutela regional y su legislación. (Aranda/Sierra).

**102. CARPI, F.: «Il procedimento nell'arbitrato irrituale», RTDPC, 1991, núm, 2, págs, 389-399.**

Relación con la transacción. Su procesalización. Problemas sobre constitución, imparcialidad del árbitro; principio de contradicción; formación de la decisión; motivación del laudo. El problema sobre la admisión de medidas cautelares; influencia en el lenguaje reglamentado. Evolución hacia la procesalización y desde esa perspectiva procesal, tendencia a la unificación. (Aranda/Sierra).

**103. LO CASCIO, G.: «Omologazione del concordato preventivo: «aspetti interpretativi». G.C., 1991, fasc. 3, pág. I. 771.**

Comentario a la sentencia de apelación de Isernia de 2 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra).

**104. LO CASCIO, G.: «Deliberazione del concordato preventivo e revoca del voto contrario». G.C., 1991, fasc. 3, págs. I. 626-629.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 22 de septiembre de 1990, núm. 9651. (Aranda/Sierra).

**105. LO CASCIO, G.: «Ancora un'altra esenzione dall'azione revocatoria fallimentare». G.C., 1991, fasc. 2, págs. I. 388-390.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 31 de julio de 1990, núm. 5051. (Aranda/Sierra).

**106. CASO, F.: «De bello Segratense: «di arbitrari, patti parasociali ed altro ancora». F.I., 1991, fasc. 6, págs. I. 1861-1870.**

Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Roma de 24 de enero de 1991. (Aranda/Sierra).

**107. CASO, F.: «La parabola dei buon notaio e del primo trascrivente men che malizioso», F.I., 1991, fasc. 4, págs. I. 1249-1256.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Catania de 31 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra).

**108. CECHELLA, C.: «L'arbitrato nel diritto agrario», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. I (gennaio-marzo), parte prima, págs. 12.23.**

Estudio del arbitraje en los supuestos de conflicto dentro del Derecho Agrario. Análisis del 409, 2.º del C.p.c. El arbitraje en el problema de conflictos con trabajadores fijos del campo. (Aranda/Sierra).

**109. CENDON Y OTROS: «Responsabilità civile», RTDPC, 1991, núm. 3, págs. 971-1024.**

La responsabilidad civil en diversos aspectos: propiedad intelectual; ocupación de bienes inmuebles; daños biológicos; daños medioambientales; responsabilidad objetiva. (Aranda/Sierra).

**110. CESARO, E.: «Il contratto in genere», RTDPC, 1991, núm. 3, págs. 951-957.**

Estudio de la posición jurisprudencial de 1990 sobre diversos aspectos del contrato. (Aranda/Sierra).

**111. CESARO, E.: «Condizione generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie», RTDPC, 1991, núm. 1, págs. 55-61.**

Las condiciones generales de los contratos representan un sistema. Cláusulas vejatorias a título ejemplificativo, no taxativo (art. 1341, 2.º c.c.). (Aranda/Sierra).

**112. CHAUMET, Francis et DELPOUX, Claude: «Pourquoi et comment les assureurs excluent-ils les dommages au produit livré ou justifications d'une exclusión censurée par le juge», GP, tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 483-486.**

Dos recientes decisiones de la Corte de Casación han venido a declarar inaplicables las cláusulas de exclusión de los daños originados al producto vendido, incluidas en pólizas de seguro de responsabilidad civil del fabricante por los productos defectuosos. El autor se muestra contrario a tal jurisprudencia, partiendo de la imposibilidad de considerar las acciones de saneamiento por vicios ocultos como acciones de responsabilidad civil, además de considerar mínimo el beneficio de hacer pagar a un asegurador por riesgos que manifiestamente no se comprometió a cubrir, en relación con las perjudiciales consecuencias financieras que para el conjunto de los asegurados habrán de seguirse. (L.M.L.F.).



**113. CHIEPPA, M.: «I mezzi anormali di pagamento nella giurisprudenza...», BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, págs. 108-138.**

Estudio del art. 709 del Codice de comercio junto con el estado actual de la doctrina. Se ocupa del pago efectuado con títulos de crédito, el giro bancario, el pago por tercero hecho por delegación simple o en provecho propio. Acaba analizando la cesión de créditos, mandato, cesión de bienes al acreedor, dación en pago, prestación de obra, compensación, etc. (Aranda/Sierra).

**114. CIMAROSSA, S.: «Considerazioni in tema di contratti “riconduzibili” e di contratti “vietati”: «il caso delle soccide convertibili», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 3 (luglio-settembre), parte prima, págs. 387-395.**

Contratos convertibles y reconducibles según el art. 2.4.º de la Ley núm. 29, de 1990 y art. 25 de la ley 203, de 1982. Contratos prohibidos y reconvertibles. (Aranda/Sierra).

**115. CIRULLI, M.: «In tema di occupazione acquisitiva». G.C., 1991, fasc. 3, pág. I. 778.**

Comentario a la sentencia de la apelación de Chieti de 3 de abril de 1990. (Aranda/Sierra).

**116. CLEVER, Denise: «De certaines incidences de L'entrée en vigueur de la Convention de Rome du, 19 juin, 1980 sur le droit de la vente internationale de marchandises». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 410-415.**

El autor se muestra partidario, bien de que Francia denuncie el Convenio de la Haya de 1955, o bien de que las jurisdicciones nacionales hagan prevalecer el Convenio de Roma de 1980, con la finalidad de alcanzar una auténtica uniformidad de los distintos derechos de los países miembros de la CEE y a pesar de que en el artículo 21 de este último tratado se diga expresamente que el mismo no impide la aplicación de los convenios internacionales en los cuales sea parte un estado contratante. (L.M.L.F.).

**117. CONTINO, E.: «I creditori legittimati ad esperire l'azione di simulazione e la prova della simulazione per presunzioni». G.C., 1991, fasc. 2, págs. I. 444-448.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 30 de enero de 1990. núm. 644. (Aranda/Sierra).

**118. CORSINOVI, C.:** «Prestazione de lavoro subordinato, attività di rappresentanza e prescrizione dei crediti retributivi in caso di successivi rapporti con il medesimo datore di lavoro». G.C., 1991, fasc. 3, pág. I. 784.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Milán de 15 de noviembre de 1990. (Aranda/Sierra).

**119. CORTI, C.:** «Anatomía dell'art. 45 sui patti in deroga», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 3 (julio-settembre), parte prima, págs. 358-386.

Estudio del art. 45 de la ley 3 de mayo de 1982, núm. 203 recogiendo distintos trabajos elaborados para la Convención científica del IDAIC del 22 al 24 de noviembre de 1990 sobre contratos agrarios y su reforma. (Aranda/Sierra).

**120. COSENTINO, F.:** «Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilità: «osservazioni in chiave di analisi economica del diritto. Nota a Corte Cost. 22 novembre, 1991, núm. 420», F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs. 647-655. (Aranda/Sierra).

**121. CUKIER, Benjamin:** «I. L'anatocisme. Obsolète et nocif? II. Les prêts d'argent». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 416-417-

En el artículo se aborda el problema representado por la presentación de reclamaciones de cantidad resultantes de deudas pecuniarias y en las cuales no se explica el modo de calcular el importe total adeudado. Ello plantea a jueces y abogados el problema de no saber si se ha producido, y en qué medida, una capitalización de los intereses contraria a la prescripción establecida por el artículo 1154 del Code. (L.M.L.F.).

**122. DANZER, Stephan:** «Nochmals: «Die Pfändung künftiger Rentensprüche», (NJW, 1992, pág. 1026.

Réplica a un artículo de DAVIDS, publicado en la misma revista (NJW, 1991, pág 2615), a propósito de la embargabilidad de las rentas futuras. (E.G.C.).

**123. DELGA, Jacques:** «La Caution indéterminée en Droit civil. Tendances actuelles attachées au Formalisme et Fonction de ce Formalisme». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, págs. 366-368.

Se plantea en el presente artículo, a través de un minucioso estudio jurisprudencial, la función a desempeñar por la forma en la protección del obligado en virtud de fianza indeterminada. (L.M.L.F.).

**124. DERLEDER-P. DEPPE, U.: «Die Verantwortung des Sportarztes gegenüber Doping», JZ, 1992, págs. 116-122.**

La responsabilidad de los médicos deportivos frente al doping.

A través del análisis de la responsabilidad de los médicos deportivos, los autores concluyen que el asesoramiento médico puede desempeñar una función clave en la eliminación de las irregularidades por doping en materia deportiva. (M.P.G.).

**125. DEUTSCH, Erwin: «Das neue System der gefährdungshaftungen: «Gefährdungshaftung, erweiterte gefährdungshaftung und Kausal - Vermutungshaftung», NJW, 1992, págs. 73 y ss.**

En los últimos quince años se han introducido por ley varios supuestos de responsabilidad objetiva en el Derecho alemán, supuestos que —a juicio del autor— sólo en parte encajan en el sistema hasta ahora vigente de responsabilidad por riesgo; así, en ocasiones ya no es necesario que se cree un peligro, y otras veces se refuerza la responsabilidad causal mediante una presunción de causalidad.

Todo ello hace necesario, según DEUTSCH, apartarse del concepto unitario de responsabilidad por riesgo, para reconocer varias formas de responsabilidad objetiva. (E.G.C.).

**126. DONATH, R.: «Rechtsberatungsgesellschaften» ZHR, 156 (1992), págs. 134-173.**

Sociedades de asesoría jurídica.

El autor analiza limitaciones que pesan sobre los abogados a la hora de constituir una unión en forma de sociedad civil. (M.P.G.).

**127. DOUVRELEUR, Olivier: «Quelques remarques sur les sociétés d'exercice libéral». G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, Doctrine, págs. 679-682.**

El autor estudia la adaptación a las sociedades de ejercicio liberal de los mecanismos aplicables a las sociedades limitadas y por acciones, operada por la ley 90-1258 de 31 de diciembre con la finalidad de limitar la influencia de los asociados que no ejerciten su profesión en el seno de la sociedad. (L.M.L.F.).

**128. EMMERICH, Volker: «Das Verbraucherkreditgesetz», JuS, 1991, pág. 705 y ss.**

Breve repaso de las novedades más importantes de la Ley alemana sobre crédito al consumo (*Verbraucherkreditgesetz* = VerbrKrG), en vigor desde el 1.1.1991; en particular, el autor se detiene en los siguientes puntos: ámbito de

aplicación de la Ley, requisitos de forma de los contratos de crédito, derecho de revocación del consumidor, compras a plazos y regulación de algunas de las situaciones que pueden desembocar en un endeudamiento insuperable para el consumidor. (E.G.C.).

**129. EVADE, Jean-Louis:** «La Réparation du Préjudice Résultant de l'état végétatif du blessé». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 339-341.

El autor señala como dos decisiones importantes recientes de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Francés han venido a poner de manifiesto la necesidad de organizar la reparación del daño resultante del estado vegetativo de la víctima en función de su situación e interés, viniendo a replantear las bases sobre las que se fijan las indemnizaciones por los tribunales de instancia. (L.M.L.F.).

**130. FEDI, A.:** «Nesso di causalità: «nuova prospettive della giurisprudenza di cassazione». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3023-3021.

Comentario a la ST de la Corte de casación, sección III, de 7 de enero de 1991, núm. 60 sobre responsabilidad por hechos ilícitos que causan lesión personal. Resarcimiento a los familiares de la víctima. (Aranda/Sierra).

**131. FERRARI, V.:** «Previdenza e solidarietà nell'esercizio della libere professioni». F.I., 1991, fasc.4. págs. I. 1179-1182.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 15 de mayo y 26 de abril de 1990 y del Tribunal de Casale Monferrato de 6 de junio de 1990. (Aranda/Sierra).

**132. FLANDERKA, F./WINTER, B.:** «Die Rücknahmepflicht von Transportverpackungen nach der Verpackungsverordnung». BB, 1992, págs. 149-153.

La obligación de recogida de embalajes según la ordenanza de embalajes.

La ordenanza sobre embalajes trata desde el 1 de diciembre de 1991 de evitar la proliferación de basuras y el reciclaje de los embalajes. La obligación que al efecto impone trae aparejadas consecuencias sobre el soporte del coste económico y la aparición de especiales condiciones de los contratos. (M.P.G.).

**133. FRASCA, R.:** «Inammissibilità dell'appello con riserva dei motivi nelle controversie in materia locativa soggette al rito del lavoro e questioni connesse. Note a Cass. 8 settembre, 1990, núm. 9264». F.I., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 533-539. (Aranda/Sierra).

**134. FRAYSSINET, Jean:** «Le cahier des charges de France Télécom et de la Poste et la protection de la confidentialité des informations échangées ou relatives aux usagers». *SJ*, núm. 42 de 16 de octubre de, 1991, *Doctrine* 3529, págs. 307-311.

Estudio de los pliegos de condiciones generales de France Télécom y de La Poste, empresas públicas francesas gestoras de los servicios públicos de telecomunicación y de correos, respectivamente, en cuanto se refiere a la obligación de respetar la confidencialidad de las informaciones transmitidas y de los datos relativos a los usuarios. (L.M.L.F.).

**135. FRILET, Marc:** «Navire et contrats de la plaisance». *GP*, tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 727-747.

El autor ensaya una serie de soluciones prácticas en relación con la construcción y la utilización de navíos de recreo, haciendo especial alusión a las disposiciones de derecho marítimo que pueden modificar la economía interna de las disposiciones contractuales, llegando en algunos casos a suplantar determinadas cláusulas o anular el contrato dado el carácter de orden público que revisten. (L.M.L.F.).

**136. FRILET, Marc et autres:** «L'investissement des particuliers dans les navires de plaisance». *G.P.*, tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 448.475.

Artículo dividido en dos partes, la primera de las cuales se refiere a la inversión realizada por una sola persona, en tanto la segunda aborda el tratamiento de la pluralidad de inversores y el modo de articular jurídicamente su coexistencia. (L.M.L.F.).

**137. GABRIELLI, G.:** «Il "patto di sovrapprezzo" fra intermediario e venditore». *G.C.*, 1991, núm. 12, parte seconda, págs. 563-568.

Estudio jurisprudencial sobre la licitud del pacto; la actividad del mediador y su normativa. (Aranda/Sierra).

**138. GANDOLFI, G.:** «Per un codice europeo dei contratti». *RTDPC*, 1991, núm. 3, págs. 781-810.

Ponencia elaborada durante los encuentros sobre «Il futuro codice europeo dei contratti» de la Universidad de Pavia de 20-21 de octubre de 1990. El autor señala la necesidad de tal codificación, sus condiciones, caracteres y forma de realización. Mantiene que debe utilizarse como esquema de base el libro 4.º del Codice civile de 1942. (Aranda/Sierra).

**139. GARRIGUES, Brigitte:** «La Contre-prestation du franc symbolique». RTDC, núm. 3, 1991, Articles, págs. 459-473.

La autora parte de la consideración de que la venta por precio simbólico puede corresponder a la estructura de un contrato oneroso atípico o de una donación encubierta. En el primer caso, la contrapartida para el transmitente puede consistir en la misma enajenación de una empresa en grave situación financiera, que al adquirente puede resultar ventajosa, o en la asunción de una serie de compromisos que se desea permanezcan en segundo plano; en ambos supuestos, la indicación expresa de un precio simbólico refuerza la solidez del contrato, esquemmatizando al extremo la posibilidad de acudir a la nulidad por error o dolo, así como la garantía del vendedor por vicios ocultos. Sin embargo, en tanto donación, no puede beneficiarse de la corriente jurisprudencial favorable a la admisión de las liberalidades realizadas bajo la apariencia de actos onerosos, dada la inexistencia de apariencia alguna de precio serio. (L.M.L.F.).

**140. GÄRTNER, R.:** «Zum Standort des Verbraucherrechts». JZ, 1992, págs. 73-79.

La posición del Derecho del consumidor.

El autor se pregunta por el papel a desempeñar por el Derecho del consumidor en la sociedad moderna, concluyendo que se trata de parte esencial y promotor de una determinada filosofía del crecimiento. (M.P.G.).

**141. GAZZONI, F.:** «Babbo Natale e l'obbligo di dare». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 2896-2900.

Comentario a la ST de la sección II de la Corte de Casación de 9 de octubre de 1991, núm. 10612 sobre negocio traslativo atípico. (Aranda/Sierra).

**142. GEISLER, Markus:** «Die Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit (JuS), 1991, págs. 617 y ss.

Tomando como marco de referencia los negocios crediticios que conllevan un riesgo, el autor analiza el papel de la autonomía privada, sus presupuestos jurídicos y éticos, sus límites y su justificación, para acabar exponiendo ciertas reflexiones de política jurídica al respecto. (E.G.C.).

**143. GESTRI, M.:** «Sanzioni economiche contro l'Iraq ed inadempimento di contratti commerciali». F.I., 1991, núm. 10, parte prima, págs. 2922-2928.

Notas a la ordenanza de la Pretura de Massa de 4 de abril de 1991. (Aranda/Sierra).

**144. GIUFFRIDA, M.:** «Il diritto di ripresa dell'equiparato: «solo equivoci e confusione», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 3 (luglio-settembre), parte seconda, págs. 263-269.

Comentario a la ST de la Corte de casación de 14 de julio de 1989, núm. 3300. (Aranda/Sierra).

**145. GRANDI, M.:** «L'arbitrato irrituale in materia di lavoro». RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 417-440.

La consolidación de este tipo de arbitraje en Derecho laboral, fundamentalmente en la contratación colectiva, hace al autor analizar los distintos tipos de experiencia arbitral y la distinta normativa en el tema, acabando con el examen del art. 5, 6.º de la ley 108/1990. (Aranda/Sierra).

**146. GRUBER, Joachim:** «§ 610 BGB und das valutierte Darlehen», NJW, 1992, págs. 419 y ss.

El § 610 BGB da a quien ha prometido un préstamo el derecho a revocar su promesa cuando las circunstancias patrimoniales de la otra parte sufren un sensible empeoramiento, que hace peligrar el derecho a la devolución.

El autor analiza el ámbito de aplicación de este precepto. (E.G.C.).

**147. GRÜNEBERG, Christian:** «Schadensersatzpflicht bei verkehrshindernd abgestellten Kraftfahrzeugen», NJW, 1992, pág. 945 y ss.

Acerca de la posibilidad de reclamar indemnización de daños y perjuicios a quien, aparcando un auto indebidamente en una salida de vehículos, no sólo priva de libertad de movimientos a otras personas, sino que les puede ocasionar pérdidas patrimoniales (E.G.C.).

**148. GRUNSKY, Wolfgang:** «Erstattungsfähigkeit von Kosten für Krankenbesuche - BGH, NJW, 1991, 2340», JuS, 1991, págs. 907 y ss.

Análisis y valoración crítica de la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 19.2.1991, sobre el tema de si el responsable de un daño ha de indemnizar o no —y, caso afirmativo, a quién— los costes generados por el hecho de visitar a la víctima (v. gr., por gastos de transporte, pernoctación y manutención, o por ingresos dejados de percibir por haber permanecido junto al enfermo); el autor se plantea la cuestión tanto en relación con visitas de parientes próximos a la víctima como de otras personas, y tanto si se consideran necesarias desde un punto de vista médico como si no. (E.G.C.).

**149. HAILBRONNER, K.: «Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien». JZ, 1992, págs. 284-289.**

Responsabilidad del Estado por el tardío cumplimiento de una Directiva comunitaria. Sobre la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de noviembre de 1991.

La decisión de 19 de noviembre de 1991 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha condenado a Italia como responsable de los daños causados a trabajadores italianas como consecuencia de que Italia no había cumplido en tiempo oportuno la Directiva 80/987 sobre protección del trabajador en caso de insolvencia del empresario. En el artículo se analizan los fundamentos que han conducido al Tribunal a la aceptación de una responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de la violación por un Estado del Derecho comunitario y se muestran las consecuencias y límites de la nueva jurisprudencia. (M.P.G.).

**150. HANSENS, Heinz: «Die Rechtsprechung zum Anwaltschaftspflichtrecht im Jahre, 1991», NJW, 1992, págs. 1353 y ss.**

Resumen de la jurisprudencia alemana pronunciada en 1991 sobre el tema de la responsabilidad de los abogados, a quienes los tribunales de aquel país imponen la observancia de numerosas obligaciones, que van desde el examen de la situación que se les plantea hasta la información y consejo al cliente, exigiendo un cuidado especialmente riguroso en el campo de las llamadas «obligaciones procesales» (p. ej., cómputo y control de los plazos). (E.G.C.).

**151. HENKE, Horst-Eberhard: «Die Bewältigung des Mitverschuldens - eine anspruchsvolle juristische Technik, JuS, 1991, págs. 265 y ss.**

El artículo analiza la normativa del BGB sobre contribución de la víctima a la causación del daño por ella sufrido; en particular, se centra en las siguientes cuestiones: estructura y ámbito de aplicación de la cláusula general contenida en el § 254 BGB; concepto y presupuestos de la conculpa de la víctima; relaciones entre concurrencia de culpas y concurrencia de causas a la hora de determinar la reducción de la indemnización debida por el dañante; y determinación de la indemnización debida en las hipótesis de conculpa de la víctima, cuando concurren varios dañantes. (E.G.C.).

**152. HENSSLER, Martin: «Grundfälle zu den anspruchsrgrundlagen im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag», JuS, 1991, págs. 924 y ss.**

Tras presentar brevemente la regulación legal de la gestión de negocios ajenos sin mandato (§§ 677 y ss. BGB), el autor se centra en la determinación de los fundamentos de las pretensiones que en estos supuestos pueden ostentar tanto el gestor como el *dominus*. (E.G.C.).



**153. HONSELL, Heinrich y HARRER, Friedrich: «Schaden und Schadensberechnung», JuS, 1991, págs. 441 y ss.**

Tras presentar el estado actual del Derecho de indemnización de daños y sus tendencias de desarrollo, los autores hacen una breve incursión en el concepto de daño, para pasar a la cuestión central del artículo, la de su cuantificación.

A modo de conclusión, destacan la expansión que en la última década ha experimentado el Derecho de daños, ampliándose tanto el presupuesto de hecho como la extensión de la responsabilidad, llegando incluso a indemnizarse daños que en realidad ni se han producido. No obstante, aprecian que últimamente, en alguna medida, se ha comenzado a dar marcha atrás en aquella —a su juicio criticable— tendencia. (E.G.C.).

**154. HUET, Jérôme: «Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées». RDS, 1991, Chronique XXXVII, págs. 181-190.**

Estudio relativo a los problemas jurídicos planteados por el intercambio de datos informatizados. El autor invoca el principio espiritualista como uno de los argumentos decisivos para mantener la ausencia de obstáculos insalvables para el desarrollo de estas operaciones. Se abordan también los medios utilizables para garantizar la seguridad jurídica de las actuaciones verificadas por estos medios, la protección de intereses legítimos de los intervinientes y la adecuada tutela del interés público. (L.M.L.F.).

**155. HUET, Jérôme: «Aspects juridiques du télépaiement». SJ, núm. 39 de 25 de septiembre de, 1991, Doctrine 3524, págs. 287-291.**

El presente artículo lleva a cabo un análisis de los diversos problemas que los sistemas de telepago pueden plantear, subrayando la necesidad de que, a falta de una regulación jurídica completa, se prevean contractualmente soluciones para los mismos, estableciendo por ejemplo la irrevocabilidad del pago, o contemplando pactos sobre la prueba. (L.M.L.F.).

**156. IACCHERI, E.: «Problemi relativi all' esecuzione per relascio del' universitas aziendale conseguenti alla vendita forzata». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3085-3089.**

Comentario al decreto del Tribunal de Pisa de 13 de julio de 1991 sobre adjudicación forzosa de una hacienda o universalidad. (Aranda/Sierra).

**157. IANNONE, C.: «La disciplina della chamata in garanzia secondo la convenzione giudiziaria di Bruxelles, nota a C. Giust. C.e.e. 15 maggio, 1990 (in causa C-365/88)». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 6-8. (Aranda/Sierra).**

**158. INNACCONE, A.: «Sulla garanzia per i vizi del bene oggetto del preliminare di vendita». G.C., 1991, núm. 11, parte prima, págs. 2753-2759.**

Comentario a la ST de la Corte de casación de 27 de noviembre de 1990, núm. 1126, sección II, sobre contrato preliminar. (Aranda/Sierra).

**159. INZITARI, B.: «Obbligazioni». RTDPC, 1991, núm. 3, págs. 939-949.**

Estudio jurisprudencial en materia de cumplimiento; intereses legales (art. 1224, 2.º); cesión de créditos; y, leasing. (Aranda/Sierra).

**160. IZZO, N.: «Prelazione urbana e vendita al parente in regime di comunione legale di beni». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3082-3084.**

Comentario a la ST de la Corte de apelación de Reggio Calabria de 28 de diciembre de 1990, sobre transmisión a título particular de la venta de cosa arrendada. Prelación en favor del pariente. (Aranda/Sierra).

**161. IZZO, N.: «Sfratti speciali per li alloggi di edilizia popolare ed economica: «inapplicabilità della disciplina procesuale ordinaria. Nota a C. Cost., 19 novembre, 1991, núm. 419». G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 315-317. (Aranda/Sierra).**

**162. IZZO N.: «La specificazione analitica del motivo di diniego di rinnovazione della locazioni non abitative: «momento, alternativa, cumulabilità e immodificabilità». G.C., 1991, fasc. 2. págs. I. 401-404.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 21 de abril de 1990, núm. 3352. (Aranda/Sierra).

**163. JAMIN, Christophe: «Une restauration de l'effet relatif du contrat». RDS, 1991, Chronique XLIX, págs. 257-264.**

Comentario de la sentencia de 12 de julio de 1991, de la Asamblea Plenaria de Casación, que viene a afirmar la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del subcontratista frente al dueño de la obra.

El autor defiende la vigencia del principio general de eficacia relativa de los contratos, si bien atemperado por la admisión de la acción directa como correctivo complementador de ese principio general, siempre que concurren los requisitos de transferencia de valor y conexión de obligaciones. (L.M.L.F.).

**164. JEANTIN, Michel:** «L'influence de la Loi du 31 décembre, 1990 sur le statut des sociétés civiles professionnelles». SJ, núm. 32 de 7 de agosto de, 1991, *Doctrine* 3520, págs. 265-268.

El autor considera que la influencia de la ley reguladora de las sociedades de ejercicio liberal en la disciplina legal de las sociedades civiles profesionales, se manifestará, no solamente a través de las modificaciones directas operadas en el estatuto de estas últimas sociedades y que tienden a aproximarlas al derecho común, sino también a través del debate que se abre ahora en torno a la legitimidad de las soluciones adoptadas para las indicadas sociedades civiles profesionales, especialmente en materia de denominación social, arbitraje en conflictos entre asociados y estatuto fiscal. (L.M.L.F.).

**165. KERN, Hans-Günther:** «Ökonomische Theorie der Langzeitverträge», JuS, 1992, págs. 13 y ss.

Análisis económico de los contratos de larga duración. (E.G.C.).

**166. KNÖPFLE, R.:** «Schadensersatz wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers- BGH, NJW, 1991, 2138», JuS, 1992, págs. 373 y ss.

El comentario a la Sentencia del Alto Tribunal alemán (BGH) de 26 de abril de 1991 conduce al autor al estudio del § 463 2.º inciso BGB, en cuanto regula la responsabilidad del vendedor que, al tiempo de la venta, silencia dolosamente un defecto del objeto vendido.

Con el fin de concretar cuándo hay tal silenciamiento, el artículo se centra fundamentalmente en dos cuestiones: en primer lugar, cuándo cabe entender que el vendedor está obligado a informar sobre un determinado defecto; el segundo —y principal— punto de atención es la delimitación del concepto de dolo eventual, a la luz de la jurisprudencia del BGH y desde una perspectiva crítica. (E.G.C.).

**167. KRAMPE, Christoph:** «Wohin mit dem «Leidenden Mensch» (76,50 m x 12 m)?», NJW, 1992, págs. 1264 y ss.

El autor analiza un supuesto (resuelto por Sentencia del *Landesgericht* de Berlín de 5.2.1990) de atípica pugna jurídica entre un artista y una academia de artes; atípica porque el demandante, autor de un cuadro de enormes proporciones (76,50 metros de alto por 12 de ancho) pretendía que se declarase propietaria del mismo a la academia demandada, quien por su parte mantenía la propiedad del pintor; el demandante pretendía, en último término, que la academia se encargase del debido almacenaje y conservación de la obra.

Los problemas jurídicos planteados son, pues, de índole diversa: en primer lugar, la determinación de la propiedad de la obra, ya que, tras varias transmisiones de uno a otro litigante, el cuadro había acabado en los fondos de la aca-

demia; en relación con esto último surgen cuestiones de derecho contractual pues, cuando el cuadro fue almacenado en dichos fondos por última vez, el autor entendió que lo donaba, mientras la academia interpretó que lo recibía en depósito; para el caso de que se considerara celebrado un contrato de depósito, cuáles serían las obligaciones de custodia de la academia; o, en la hipótesis contraria, de estimarse realizada la donación, si la academia donataria estaría obligada a indemnizar al autor en el caso de que la obra sufriera daños, tanto desde la perspectiva de la donación como desde la de los derechos de autor. (E.G.C.).

**168. KOHTE, Wolfhard: «Praktische Fragen der Sozialleistungspfändung», NJW, 1992, págs. 393 y ss.**

Exposicion de las líneas básicas del embargo de prestaciones sociales. (E.G.C.).

**169. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne: «Méthodologie d'Evaluation du Dommage Corporel». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 335-338.**

La autora se muestra en desacuerdo con la tácita asimilación por el derecho común de los sistemas de evaluación de daños corporales derivados de las reglas dictadas por el derecho laboral para los accidentes de trabajo, intentando abordar un método que, partiendo de la tradicional bipartición entre perjuicios patrimoniales y morales, atienda simultáneamente a la reparación integral de las víctimas y a la evitación de su enriquecimiento. (L.M.L.F.).

**170. LANDAU-TOUTAIN, Yvonne: «Limiter les Expulsions en Protégent à la fois Locataires et Propriétaires». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 395-398.**

La autora argumenta la necesidad de adoptar una serie de medidas tendentes, tanto a facilitar el arrendatario la solicitud del plazo para afrontar el abono de las ventas impagadas previsto por el artículo 24 de la ley de 6 de julio de 1989, como a que el fondo nacional de ayuda a arrendatarios en dificultades económicas pueda intervenir a tiempo, consiguiendo así cohonestar los intereses de propietarios y arrendatarios. (L.M.L.F.).

**171. LANGHEID, Theo: «Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsrecht, 1990/91», NJW, 1992, págs. 656 y ss.**

Resumen de la jurisprudencia alemana pronunciada en tema de seguro entre abril de 1990 y junio de 1991. (E.G.C.).

**172. LAPORTE, Marie-Eugénie:** «Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle». SJ, núm. 49 de 4 dediciembre de, 1991, *Doctrine* 3540, págs. 371-380.

Estudio de la naturaleza jurídica y del contenido de este contrato atípico en virtud del cual, según definición de la autora, el productor o distribuidor de una obra audiovisual, autoriza a un organismo televisivo su difusión bajo determinadas condiciones. (L.M.L.F.).

**173. LARROUMET, Christian:** «L'efet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels». SJ, núm. 43 de 23 de octubre de, 1991, *Doctrine* 3531, págs. 313-315.

La Asamblea Plenaria del Tribunal Francés de Casación, al afirmar que el subcontratista no está contractualmente vinculado con el dueño de la obra en su sentencia de 12 de julio de 1991, ha terciado en la divergencia existente entre las corrientes jurisprudenciales de las salas Civiles primera y tercera, en relación con la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad entre las partes extremas en los conjuntos contractuales. El autor, tras plantear con detenimiento cuál era el estado de la cuestión antes del citado fallo, lamenta que el mismo pudiera tener un alcance general, no limitado a los supuestos de subcontratación en materia de construcción, y mucho menos a los supuestos de subcontratación sin transferencia de propiedad de los materiales del subcontratista al contratista y de éste al dueño de la obra. (L.M.L.F.).

**174. LENOCI, V.:** «Sulla responsabilità della banca per danni da rapina subiti dal cliente», F.I., 1991, núm. 10, parte prima, págs. 2803.2809.

Anotaciones a la ST de la Corte de casación de 11 de marzo de 1991, núm. 2555. (Aranda/Sierra).

**175. L'EPEE, P.:** «Problèmes médico-legaux sulevés pour le SIDA». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 575-578.

Una parte del presente artículo estudia determinados aspectos específicos planteados por la indemnización de daños en relación con esta enfermedad, ocupándose además de algunos problemas planteados por la imputabilidad en los supuestos de transfusiones sanguíneas. (L.M.L.F.).

**176. LIPP, Martin.:** «Krankheitsbedingte Schadensdisposition und «psychisch vermittelte» Gesundheitsschaden -BGHZ 107, 359», JuS, 1991, págs. 809 y ss.

Sobre la relevancia, a los efectos de la determinación de responsabilidad, de afecciones patológicas o psíquicas que, siendo padecidas por la víctima, favorecen la producción del daño. (E.G.C.).

**177. DI LORETO, C.: «Vendite per strada e tutela del consumatore», Riv. Dir. Civ., 1992, fasc. I, parte seconda, págs. 21-24.**

Comentario al hilo de una sentencia que ha declarado la nulidad de un contrato de compraventa celebrado mediante un modo preestablecido de adquisición por falta de un elemento esencial del contrato. (Aranda/Sierra).

**178. MARBURGER, Peter: «Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluß der gesetzlichen Regelung zur Produzenten- und zur Umwelthaftung», AcP, 192 (1992), págs. 1 y ss.**

El autor, tras repasar brevemente el contenido de las leyes alemanas de responsabilidad por productos y de responsabilidad por daños medioambientales, y presentar algunos de sus aspectos más discutidos, estudia algunas cuestiones generales del Derecho de daños que se encuentran relacionadas con estas nuevas regulaciones: concretamente, el progresivo desarrollo de la responsabilidad por culpa hacia la responsabilidad por riesgo, el cambio de planteamientos acerca de los fines del Derecho de daños, la ampliación del concepto de daño patrimonial y el problema de la imputación de daños que se causan «a distancia» y por un grupo indeterminado de sujetos (tales como los ocasionados por la contaminación del aire). (E.G.C.).

**179. MARGEAT, Henri: «L'indemnisation des victimes gravement handicapées». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 375-380.**

Estudio global de la compleja problemática relativa a la indemnización de las situaciones de grave invalidez. Partiendo del análisis estadístico de tales situaciones, continúa el autor examinando los problemas jurídicos y económicos planteados por las especiales circunstancias concurrentes en la reparación económica, para concluir con una exposición de las principales medidas a adoptar por los poderes públicos franceses en defensa de estos minusválidos. (L.M.L.F.).

**180. MARGEAT, Henri: «Séropositivité, Sida et jurisprudence». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 579-588.**

Estudio bastante completo de la problemática jurídica planteada por el SIDA, desarrollado a partir de un pronunciamiento de la Sala 1.ª del Tribunal de Grande Instance de París, en el cual se concede una elevada suma en concepto de daño moral al demandante, afectado por el virus a consecuencia de una transfusión sanguínea. Es particularmente interesante el estudio de la jurisprudencia francesa acerca de la relación de causalidad, de la noción jurisprudencial del riesgo de desarrollo en relación con el producto conocido como «factor VIII», del cual los hemofílicos son usuarios habituales, y del nivel de reparación otorgado por los tribunales. (L.M.L.F.).

**181. MARINO, V.:** «Contratto di malattia e giustificato motivo di assenza». G.C., 1991, fasc. 3, págs. I. 662-666.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 6 de julio de 1990, núm. 7114. (Aranda/Sierra).

**182. MARZO, G.:** «Purché non siano percentuali perdita di “chance” e “quantum” del danno risarcibile». F. I., 1991, fasc. 6, págs. I. 1793-1796.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 7 de marzo de 1991, núm. 2368. (Aranda/Sierra).

**183. MATHIEU, Bertrand:** «L'irresponsabilité civile de fait des syndicats et des salariés pour les actes fautifs commis à l'occasion d'une grève». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, págs. 589-592.

Estudio de las decisiones del Tribunal de Casación que, a juicio del autor, tienden a privar de eficacia el derecho a la reparación de las víctimas de una huelga, al convertir en virtualmente imposible la prueba de la relación de causalidad. (L.M.L.F.).

**184. DI MAURO, N.:** «In tema di integrazione legale del contratto ex art. 1339 c.c. Nota a Trib. Lucca 29 aprile, 1991». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 249-251. (Aranda/Sierra).

**185. MEDICUS, Dieter:** «Kaufvertrag und Werkvertrag», JuS, 1992, págs. 273 y ss.

El artículo comienza presentando las diferencias existentes en la regulación de los contratos de compraventa y de obra. El posterior análisis de una serie de supuestos fronterizos —algunos legalmente regulados, otros no—, lleva al autor a constatar que, en la práctica contractual y en la última jurisprudencia, se está extendiendo el ámbito de la ordenación del contrato de obra a hipótesis que más bien deberían someterse a las normas de la compraventa; seguidamente el autor expone las razones que, a su juicio, explican ese proceso.

El artículo concluye presentado las propuestas que, sobre las relaciones entre ambos contratos, se contienen en un informe de una Comisión que el Ministerio de Justicia promovió para la redacción de propuestas de reelaboración del Derecho de obligaciones (E.G.C.).

**186. MERLI, G.:** «Fondo di garanzia r.c.a. impresa cesionaria ed esecuzione forzata. Nota a Cass. 3 aprile, 1991, núm. 3469 e Trib. Roma 15 giugno, 1990». F.I., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 488-500. (Aranda/Sierra).

**187. MIRBEAU-GAUVIN, Jean-Régis: «Le Droit Danois face à la loi du 7 juin, 1989 sur la responsabilité du fait des produits», RIDC, núm. 4, 1991, Études, págs. 837-852.**

Estudio relativo a la ley danesa de 7 de junio de 1989, que viene a trasponer la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985, inscribiéndose además en un proceso más largo tendente a estabilizar los elementos principales de esta responsabilidad empresarial y facilitado por la progresiva afirmación de la responsabilidad objetiva. (L.M.L.F.).

**188. MONTESANO, L.: «Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del, 1983». RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 441-450.**

El problema de este tipo de arbitraje antes y después de la reforma acaecida con la ley de 9 de febrero de 1983, núm. 28. (Aranda/Sierra).

**189. MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian: «Haftungsrecht und gesellschaftsrecht: «Der Maßstab der «diligentia quam in suis» für Geschäftsführer in Personengesellschaften», AcP, 191 (1991), págs. 475 y ss.**

Sobre el papel de la «*diligentia quam, in suis*» como medida de diligencia a observar en la dirección de sociedades personales en el marco del Derecho de daños. (E.G.C.).

**190. NANNI, G.: «Inopponibilità della locazione all'aggiudicatario per viltà del canone». RTDPC, 1991, núm. 1, págs. 341-353.**

Comentario a la ST de la Corte de casación de 4 de abril de 1989, núm. 1615. (Aranda/Sierra).

**191. N'OOKO, Nicole-Claire: «Les mystères de la compensation», RTDC, núm. 4, 1991, Articles, págs. 661-694.**

Estudio relativo a esta forma de extinción de las obligaciones, cuya oscuridad atribuye básicamente la autora a la existencia de una diversa topología de figuras encuadrables bajo tal denominación común; así, es frecuente referirse a compensación legal, judicial, convencional y facultativa, atendiendo a la fuente de la concreta figura estudiada. La autora, entendiendo que es posible reducir todas estas variedades a dos grandes especies: una derivada del modelo legal y otra cuyos efectos se producen sin la concurrencia de los requisitos exigidos por el Code, divide su análisis en el examen sucesivo de la pretendida autonomía de la compensación judicial y de la real autonomía de la compensación entre deudas conexas. (L.M.L.F.).



**192. NAPPI, P.:** «Brevi riflessioni sul'attuale portata del' art. 409, núm. 2, c.p.c.», *Riv.Dir.Agr.*, 1991, fasc. I (gennaio-marzo), parte seconda, págs. 3-17.

Estudio sobre el artículo 9 de la ley de 14 de febrero de 1990, núm. 29 modificando la ley de 3 de marzo de 1982 núm. 203, sobre contratos agrarios. Su relación con el artículo 409 del c.p.c. (Aranda/Sierra).

**193. DE NOVA, G.:** «Nullità del contratto e arbitrato irrituales», *RTDPC*, 1991, núm. 2, págs. 401-407.

Relación y aproximación entre arbitraje libre y no regular. Problema de la nulidad del contrato y de la nulidad de la cláusula compromisaria en el arbitraje no ritual. Supuesto de contrato ilícito o ilegal en este tipo de arbitraje. (Aranda/Sierra).

**194. PAGANO, M.:** «Sulle orme della Consulta: «primo "arrét" della Suprema corte sulla legge sulla responsabilità civile dei magistrati» *F.I.*, 1991, fasc. 6, págs. I. 1826-1830.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 27 de diciembre de 1990 núm. 12170. (Aranda/Sierra).

**195. DI PAOLA, S.:** «Sull'estensione del rischio coperto nell'assicurazione r.c.a.» *F.I.*, 1991, fasc. 7-8, págs I, 1981-1984.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 2 de mayo de 1991, núm. 18. (Aranda/Sierra).

**196. PEDAMON, Michel:** «De l'indemnisation de l'acheteur, selon le droit allemand, pour les dommages causés par la vice ou la non-conformité de la marchandise livrée», *G.P.* tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 593-599.

La problemática de la indemnización del comprador en derecho alemán, objeto del estudio presentado, reúne especial importancia para las relaciones comerciales internacionales por resultar frecuente en los contratos de compra-venta de mercancías importadas de Alemania, la inclusión de cláusulas en virtud de las cuales ese derecho se convierte en la ley aplicable al contrato celebrado. (L.M.L.F.).

**197. PETRONE, P.:** «Sulla insussistence del diritto di prelazione in caso di alienazione di quota di comproprietà di edificio comprendente una unaità

**immobiliare locata ad uso non abitativo», G.C., 1991, núm. 11, parte prima, págs., 2744-2749.**

Comentario a la ST de la Corte de casación, sección III, de 20 de diciembre de 1990, núm. 12088 sobre enajenación de bien arrendado. (Aranda/Sierra).

**198. PIETTE-COUDOL, Thierry: «L'Echange de données informatisé (EDI)», G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 551-559.**

Estudio de los problemas planteados a la ciencia jurídica por la progresiva desaparición del documento escrito que conlleva la utilización de los sistemas informáticos de intercambio de datos. (L.M.L.F.).

**199. PIOMBO, D.: «L'integrazione del canone di locazione prevista dall'art. 23 1.392/78, tra contrasti interpretativi e innovazioni normative», F.I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3124-3128.**

Notas a las Sentencias de la Corte de casación de 29 de marzo de 1991, núm. 3388; y 9 de abril de 1988, núm. 2798. (Aranda/Sierra).

**200. POLETTI, D.: «Cronaca di un incontro annunciato: «il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni», F.I., 1991, fasc. 6, págs. I. 1664-1672.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 15 de febrero de 1991, núm. 87. (Aranda/Sierra).

**201. PONCEBLAN, G.: «L'Art. 37 de la Loi du 25 janvier, 1985 et son Application dans le cadre de la "Déconfiture" des Centres Commerciaux et de leurs Locataires in bonis Titulaires de Baux Commerciaux», G.P., tomo bimestral, julio-agosto de, 1991, págs. 369-370.**

El presente comentario argumenta la imposibilidad de que la declaración de quiebra de un centro comercial permita invocar el artículo 37 de la Ley de 25 de enero de 1985 para desalojar a los arrendatarios de locales del centro. (L.M.L.F.).

**202. PONZANELLI, G.: «"Punitive damages" e "due process clause": «l'intervento della Corte suprema Usa.», F.I., 1991 fasc. 7-8, págs IV. 235-238.**

Comentario a la sentencia de la Corte suprema de Usa de 4 de marzo de 1991. (Aranda/Sierra).

**203. PONZANELLI, G.:** «Equo ristoro e danni da vaccinazione antipolio», F.I., 1991, fasc. 4, págs I. 1239-1242.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 20 de diciembre de 1990. (Aranda/Sierra).

**204. PONZANELLI, G.:** «Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità. Note Corte Cost. 22 novembre, 1991, núm. 420», F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs 643-647. (Aranda/Sierra).

**205. PONZANELLI, G.:** «L'Europa e la responsabilità civile. Note a Corte Giust. CEE, 19 novembre, 1991, causas rium C 6/90 e C 9/90», F.I., 1992, fasc. 3, parte IV, págs. 150-158. (Aranda/Sierra).

**206. QUADRI, E.:** «Vittime della strada e irragionevoli discriminazioni: l'intervento della Corte costituzionale», F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. I., 1984-1989.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 2 de mayo de 1991, núm. 18. (Aranda/Sierra).

**207. REIFNER, Udo:** «Das Zinseszinsverbot im Verbraucherkredit», NJW, 1992, págs 337 y ss.

El autor comienza destacando el continuo proceso de erosión experimentado por la prohibición del anatocismo (tanto en la práctica como en la jurisprudencia, y constatable también en la Ley de crédito al consumo, que por primera vez consagra un derecho al anatocismo expresamente regulado por ley).

El artículo muestra el significado social y económico de la prohibición del anatocismo, así como sus efectos matemáticos, y llega a la conclusión de que el BGB contiene un coherente y gradual sistema de prohibiciones de anatocismo, que no debe abandonarse sin necesidad. También concluye que los nuevos preceptos de la Ley de crédito al consumo se pueden integrar, aún con dificultades, en dicho sistema. (E.G.C.).

**208. REITHMANN, Christoph:** «Neue Vertragstypen des Immobilienerwerbs», NJW, 1992, págs. 649 y ss.

Sobre los nuevos modelos contractuales surgidos en el campo de la promoción inmobiliaria, todos ellos con un objetivo común: la adquisición de inmuebles, a ser posible aprovechando ventajas fiscales. (E.G.C.).

**209. RICATTE, J.:** «La Cour de Justice des Communautés peut-elle invalider certains aspects de la jurisprudence française relative au vice caché

de la chose vendue?», G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs 619-620.

El autor, al hilo de dos cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales franceses ante el Tribunal de Luxemburgo, y relativas a la jurisprudencia de nuestro país vecino en relación con las cláusulas limitativas de responsabilidad del vendedor profesional y con la transmisión al subadquirente de la acción en garantía por vicios ocultos frente al fabricante, llama la atención acerca de la posibilidad de que sea sometida al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial referida a la jurisprudencia de un país miembro. (L.M.L.F.).

**210. RING, Gerhard: «Umgehung der zeitlich begrenzten Zahlungsverpflichtung aus einem Überlassungsvertrag - OLG München, NJW-RR, 1988, 98», JuS, 1991, págs 634 y ss.**

El §162.I BGB da por cumplida una condición cuando la parte a quien su verificación perjudicara hubiera impedido su cumplimiento. El autor, tomando como punto de partida el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 25.9.1987, estudia la aplicabilidad del citado párrafo a la llamada *condicio si volam o si voluero*, cuya nota caracterizadora es que hace depender la validez de un negocio de la declaración de voluntad de una de las partes, a emitir en un momento posterior, acerca de si quiere o no dejar valer el negocio condicionado. (E.G.C.).

**211. RULAND, Franz: «Das neue Rentenversicherungsrecht des SGB VI», NJW, 1992, págs. 1 y ss.**

Exposición de los cambios más importantes introducidos a partir del 1.1.1992 en el Derecho alemán del seguro de pensiones, regulación que ha pasado al Libro VI del Código Social (*Sozialgesetzbuch* = SGB; antes se encontraba en la *Reichsversicherungsordnung* —RVO— y en la *Angestelltenversicherungsgesetz* —AVG—). (E.G.C.).

**212. SCARANO, Jean-Pierre: «Oposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété (Observations de droit comparé et de droit international privé)», «Rev. Tri., dr. comm.», octubre-diciembre, 1990, págs. 535-557.**

La primera parte del trabajo es un estudio de derecho comparado sobre la oponibilidad y sus requisitos de la cláusula de reserva de dominio (con especial referencia a los procesos concursales). En la segunda parte se examina la citada cláusula desde la perspectiva del comercio internacional y los conflictos de leyes en el ámbito del Derecho Internacional privado. (P.P.D.).

**213. SCHEFFLER, Karl F.: «Räumungsklagen bei gewerblicher Zwischenvermietung», NJW, 1992, págs 477 y ss.**

Estudio del entramado de relaciones contractuales que surgen cuando el propietario de un inmueble lo alquila a una intermediaria para que ésta, a su vez, se encargue de alquilarlo a un tercero, el arrendatario final. En particular, el autor se centra en los problemas que plantean los deshaucio en estas hipótesis. (E.G.C.).

**214. SCHMID, Ronal y SONNEN, Bernhard: «Rechtsprobleme bei der Luftbeförderung im Rahmen von Flugpauschalreisen», NJW, 1992, págs 464 y ss.**

Análisis —a la luz de la jurisprudencia de los últimos veinte años— de diversos problemas jurídicos que suscita el transporte aéreo, concretamente en vuelos Charter: entre otros, la aplicabilidad de la normativa del contrato de viaje en este ámbito, la consideración del contrato Charter como contrato en favor de tercero; la utilización de condiciones generales de transporte, cambio de las prestaciones, uso de idiomas extranjeros en los billetes, retraso o aplazamiento del horario del vuelo, escasez de tiempo disponible para hacer conexiones aéreas, over-booking, variación del aeropuerto de llegada, pérdida y retraso del equipaje o deberes de información del organizador del viaje. (E.G.C.).

**215. SCHROTH, Ulrich: «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», JuS, 1992, págs. 1 y ss.**

En torno a las últimas construcciones ensayadas para deslindar las nociones de dolo eventual y negligencia consciente. (E.G.C.).

**216. SCHWARTZ, Rémy: «La responsabilité hospitalière et le juge administratif: «une remarquable évolution», G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 526-529.**

Análisis de la profunda transformación experimentada por la jurisdicción contencioso-administrativa de nuestro país vecino, en relación con la naturaleza de la responsabilidad del servicio público hospitalario desde su inicial fundamentación culpabilística. (L.M.L.F.).

**217. SCHWENKER, Christian: «Die Vollmacht des Vermittlungsagenten beim Abschluß von Versicherungsverträgen», NJW, 1992, págs. 343 y ss.**

Cuando se celebra un contrato de seguro, frente al futuro tomador del mismo y del lado del asegurador, se sitúa usualmente un tercero no integrado en la empresa de seguros, que interviene normalmente como agente mediador. Dicho agente recopila las informaciones deseadas por el asegurador y cumplimenta el formulario de solicitud con los datos del solicitante, quien luego se limita a firmarlo.

Un problema que surge en este ámbito —y que el artículo estudia en primer lugar— es si se han de considerar conocidas por el asegurador las informaciones que el agente le comunicó oralmente (p. ej., sobre enfermedades padecidas por el asegurado) y que no se reflejan en el formulario; ello es importante porque, caso afirmativo, se pierde el derecho a desistir del contrato previsto en la Ley alemana del Contrato de Seguro (§ 16 III); la solución del tema gira en torno a la extensión del poder de representación del agente. En segundo y último lugar, se analiza en qué medida cabe limitar dicho poder de representación mediante formularios o condiciones generales del contrato de seguro. (E.G.C.).

**218. SGARBANTI, G.: «L'accordo collettivo come fonte del diritto agrario», Riv. Dir.Agr., 1991, fasc. 2 (aprile-giugno), parte prima, págs. 124-154.**

Análisis de los artículos 36 de la Constitución y 45 de la ley núm. 203/1982. Función y estructura de los acuerdos colectivos. Su eficacia, sujetos y objeto. El papel de las organizaciones profesionales. (Aranda/Sierra).

**219. SIMONE, R.: «Cessione in garanzia di crediti futuri: «La cassazione ci ripensa», F.I., 1991, fasc. 9, págs. I. 2490-2494.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de casación de 8 de mayo de 1990, núm. 4040. (Aranda/Sierra).

**220. SLEIGH, R. H. P.: «La Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises», G.P. tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs 612-615.**

Estudio basado en la hipótesis de que el Reino Unido se adhiera al Convenio de Viena y relativo a la interrelación entre la regulación convencional y el tratamiento dado por su derecho interno a las cláusulas de exoneración. (L.M.L.F.).

**221. SOTGIU, S.: «Limiti della cumulabilità fra pensione e risarcimento del danno», G.C., 1991, fasc. 2, págs I. 268-269.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 16 de febrero de 1991, núm. 1637. (Aranda/Sierra).

**222. STRANIERI, C.: «Individuazione delle norme applicabili in tema di parziale inesecuzione del'appalto», G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3048-3052.**

Comentario a la St de la Corte de casación, sección II, de 15 de diciembre de 1990, núm. 11950 sobre resolución del contrato de obra por incumplimiento. (Aranda/Sierra).

**223. TARZIA, G.: «Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale», RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 451-460.**

Supuestos de nulidad y anulabilidad de los laudos arbitrales en el arbitraje irritual y transaccional. La posible equiparación de ambos tipos de laudos. (Aranda/Sierra).

**224. TAUPITZ, Jochen: «Aufklärung über Behandlungsfehler: «Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Enrenpflicht?», NJW, 1992, págs 713 y ss.**

Si un médico se da cuenta de que ha tratado incorrectamente a un paciente ¿puede guardar silencio o está obligado a informar de ello al afectado aunque no sea preguntado?. El autor afronta esta cuestión y concluye que, ateniéndose al Derecho alemán vigente, se llega a muy distintas soluciones. (E.G.C.).

**225. DI TILLA, M.: «Canoni differenziati nelle locazioni commerciali», G.C., 1991, núm. 11, parte prima, págs. 2800-2804.**

Anotaciones a la ST de la Corte de casación de 22 de enero de 1990, núm. 326, sección III, sobre arrendamientos de fincas urbanas. (Aranda/Sierra).

**226. DE TILLA, M.: «Cessione di alloggi di edilizia popolare ed economica», G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3063-3066.**

Comentario a la ST de la Corte de casación, sección III, de 13 de agosto de 1990, núm. 8254. (Aranda/Sierra).

**227. DE TILLA, M.: «Alcune osservazioni sulla simulazione nella locazione: «competenza funzionale ed ulteriori questioni controversi. Nota a Cass. 29 maggio, 1991, núm. 6053», G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 142-145. (Aranda/Sierra).**

**228. DE TILLA, M.: «Problemi interpretativi in tema di distinzione tra affitto di azienda e locazione di immobili. Nota a Cass. 4 gennaio, 1991, núm. 30», G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 208-214. (Aranda/Sierra).**

**229. DE TILLA, M.: «Locazioni e nullità parziale ex art. 1419 c.c. Nota a Cass. 4 giugno, 1991, núm. 6308», G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 486-490. (Aranda/Sierra).**

**230. DI TILLA, M.: «Forma scritta e questioni controverse in tema di locazioni stipulate con la pubblica amministrazione. Nota a Cass. 7 giugno,**

1991, núm. 6579», G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 477-484. (Aranda/Sierra).

**231. DE TILLA, M.: «In tema di non uso e rizione della locazione», G.C., 1991, fasc. 3, págs I. 696-700.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 17 de mayo de 1990, núm. 4279. (Aranda/Sierra).

**232. DE TILLA, M.: «Locazione della autorimesse (o posti-auto) e applicazione dell'equo canone.», G.C., 1991, fasc. 2, págs I. 410-417.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 16 de marzo de 1990, núm. 1857. (Aranda/Sierra).

**233. TOMMASEO, F.: «Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta», Riv.Dir.Civ., 1992, fasc. I, parte seconda, págs. 1-20**

Estudio en torno al contrato de garantía autónomo. (Aranda/Sierra).

**234. TORTOLONI, N.: «Scioglimento del contratto di affitto ex art. 50 della legge núm. 203, 1982 in séguito al mutamento della destinazione agricola dei fondi», Riv.Dir.Agr., 1991, fasc. I (gennaio-marzo), parte seconda, págs. 33-38.**

Comentario a la ST de la Corte de casación de 3 de septiembre de 1990, núm. 7294. (Aranda/Sierra).

**235. TUCCI, G.: «Controllo preliminare di non manifesta infondatezza e responsabilità civile dei magistrati», F.I., 1991, fasc. 4, págs. I. 1042-1048.**

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 22 de octubre de 1990, núm. 468. (Aranda/Sierra).

**236. TURNER, George: «Doping und Zivilrecht», NJW, 1992, págs. 721 y ss.**

Análisis de algunos problemas de Derecho civil relacionados con el fenómeno del *doping* en el deporte y que se plantean en las relaciones entre atletas, médicos, entrenadores, equipos, espectadores, organizadores y patrocinadores. (E.G.C.).



**237. VARESE, Vittorio:** «Le Dédommagement de la Personne en cas de lésions successives», G.P., tomo bimestral, julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 371-374.

El autor analiza los problemas planteados por la indemnización cuando el estado de la víctima de un acontecimiento dañoso se ve agravado por un evento dañoso posterior, ya se fundamente este en factores endógenos de la víctima, imprevisibles en el momento de evaluar las consecuencias del primer acontecimiento dañoso, o en un nuevo atentado a su integridad física que modifica la evolución de las secuelas del primero. El interés del trabajo consiste en la exposición de una solución de aplicación general a los diferentes supuestos. (L.M.L.F.).

**238. VARIOS AUTORES:** «Étude comparée des résultats obtenus avec une nouvelle méthode tridimensionnelle d'évaluation et le barème du concours médical dans 124 cas d'experts judiciaires», G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 384-392.

Exposición de un nuevo método de evaluación del alcance del daño corporal. (L.M.L.F.).

**239. VARIOS AUTORES:** «Les Grands Handicapés, Colloque organisé à Bordeaux le 10 mai, 1990», G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 321-334.

Contiene la estructura y las ponencias del coloquio organizado en nuestro país vecino en torno a la singular problemática planteada por la indemnización de daños corporales en relación con las situaciones de gran invalidez. (L.M.L.F.).

**240. VETTORI, G.:** «La prova del pactum difuciae», F.I., 991, fasc. 9, págs. I. 2496-2505.

Comentario a la sentencia del Tribunal de casación de 21 de noviembre de 1988, núm. 6263. (Aranda/Sierra).

**241. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice:** «Mise en oeuvre de la clause résolutoire: «incidence de la suppression des termes “à peine de forclusion” dans l'article 24 de la loi du 6 juillet, 1989», L.C., núm. 7, 1991, *Chronique*, págs. 1-3.

La modificación aludida, que afecta a la regulación del plazo concedido al arrendatario para oponerse a la resolución del arrendamiento, lleva a la autora a exponer la actual perplejidad existente entre la doctrina francesa. En tanto unos autores consideran que el referido plazo es ahora de prescripción, lo cual conlleva la posibilidad de que concurren causas de suspensión o interrupción de la

misma, otras intentan reconducirlo al concepto de plazo preclusivo procesal, tropezando con los inconvenientes de tener que diferenciar esta categoría de la caducidad. (L.M.L.F.).

**242. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice:** «Cotitularité du droit au bail, congé et notification de nouveau loyer», L.C., núm. 11, 1991, *Chronique*, págs. 1-3.

Según el artículo 1751 del Code, los derechos del arrendatario de vivienda pertenecen a ambos esposos. Concluido el arrendamiento antes o después de contraído el matrimonio y firmado el contrato por uno o ambos cónyuges, cada uno de ellos adquiere la cualidad de arrendatario. El autor analiza las consecuencias procesales de tal previsión legal en los supuestos de desahucio y notificación de nuevo arrendamiento. (L.M.L.F.).

**243. WERTHEIMER, Frank:** «Bereicherungsanspruch des Haftpflichtversidcherers wegen Zahlung an vermeintlichen Zessionar - BGH, NJW, 1991, 919», *JuS*, 1992, págs. 284 y ss.

Acerca de la pretensión, por enriquecimiento injusto, de una compañía de seguros contra un sujeto al que pagó una indemnización con base en una deuda que, aparentemente, el asegurado había contraído frente a él (E.G.C.).

## 5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

**244. ANNUNCIATA, M.:** «Comuni sforniti di strumenti urbanistici e distance tra le costruzione». G.C., 1991, fasc. 2, págs. I. 470-472.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 20 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra).

**245. ANNUNZIATA, M.:** «Utilizzazione per finalità di edilizia residenziale di terreno senza provvedimento di esproprio. Osservazione a Corte Cost. 27 dicembre, 1991, núm. 486». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 580-582. (Aranda/Sierra).

**246. BASILE, M.:** «I complessi residenziali». *Riv. Dir. Civ.*, 1992, fasc. I, parte prima, págs. 37-69.

Estudia los complejos residenciales públicos y privados, la aplicación a ellos del régimen de condominio y el consorcio de propietarios. Problemas derivados

de la constitución del consorcio. La fórmula de la multipropiedad. (Aranda/Sierra).

**247. BELLANTUONO, G.:** «Sulla libera raccolta dei tartufi nei terreni non coltivati», *Riv. Dir. Agr.*, 1991, fasc. 2 (aprile-giugno), parte seconda, págs., 191-195.

Comentario a la Sentencia de la Corte constitucional de 13 de julio de 1990, núm. 328. (Aranda/Sierra).

**248. BENINI, S.:** «Il riconoscimento legislativo dell'occupazione appropriativa. Nota a Corte Cost. 27 dicembre, 1991, núm. 486 3 31 luglio, 1990, núm. 384». *F.I.*, 1992, fasc. 4, parte I, págs. 1074-1084. (Aranda/Sierra).

**249. CAPECCI, F.:** «La "pantera rosa" va in pretura». *G.C.*, 1991, núm. 11, parte prima, págs. 2839-2843.

Comentario a la ordenanza de Pretura de Ascoli Piceno de 21 de marzo de 1990 sobre derecho de autor y protección de personajes de fantasía. (Aranda/Sierra).

**250. CASO, R.:** «Noleggio di compact disc e tutela penale del diritto d'autore». *F.I.*, 1991, núm. 11, parte II, págs. 678-682.

Notas a la ordenanza de la Pretura de Torino de 10 de julio de 1991. (Aranda/Sierra).

**251. CASO, R.:** «Criminalità informatica: «Bombe logiche e danneggiamento di software». *F.I.*, 1991, fasc. 4, págs. II. 228-234.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Milán de 29 de noviembre de 1990. (Aranda/Sierra).

**252. DI CERBO, V.:** «Brevetto (chimico) nazionale ed europeo sufficienza della descrizione ed ambito di protezione. Nota a Cass. 16 novembre, 1990, núm. 11094». *F.I.*, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 518-521.

Estudio sobre la insuficiente descripción de la fórmula de un compuesto químico. Descubrimiento químico. (Aranda/Sierra).

**253. CERBO, V.:** «Il "topo di Harvard" ovvero la manipolazione genetica di animali, all'esame dell'Ufficio europeo dei brevetti». *F.I.*, 1991, fasc. 4, págs. IV. 178-182. Nota a Uff. europeo brevetti, comis. ricorso, de 3 de octubre, 1990. (Aranda/Sierra).

**254. COSTANTINO, M.: «La proprietà». RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 655-663.**

Comentario sobre la postura jurisprudencial italiana en materia de expropiación: legislación e indemnización. (Aranda/Sierra).

**255. DELLA CROCE, A.: «L'azione per la rovina di edificio ex art. 2053. c.c.». G.C., 1991, fasc. 2, págs. II. 136-140. (Aranda/Sierra).**

**256. DREIER, Thomas: «La Directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai, 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur», SJ, núm. 47 de 20 de noviembre de, 1991, Doctrine 3536, págs. 351-357.**

Comentario de la citada directiva comunitaria, cuyo propósito es armonizar aspectos tan fundamentales como los relativos a la titularidad, las condiciones y el tiempo de duración de los derechos otorgados sobre los programas de ordenador, dejando libertad a los estados miembros, no obstante, para la adopción de disposiciones relativas a otras cuestiones, tales como las relativas al derecho moral de autor. (L.M.L.F.).

**257. FALK, Ulrich.: «Der Leidensweg eines Gesetzgebungsverfahrens - Zur Auslegung von § 9a ErbbauVO», NJW, 1992, págs. 540 y ss.**

Sobre el § 9a del Reglamento sobre el derecho de superficie, precepto que limita la elevación de los intereses por el derecho de superficie en los casos en que la construcción va destinada a vivienda. (E.G.C.).

**258. FOGLIA, R.: «La direttiva Cee sulla tutela del software», F.I., 1991, núm. 9, parte IV, págs. 307-320.**

Análisis de la directiva de la CEE de 14 de mayo de 1991 sobre protección jurídica de los programas informáticos. La legislación de derecho comparado y su adaptación a la legislación italiana. (Aranda/Sierra).

**259. GINEVRA, E.: «Osservazioni a Trib. Milano 21 gennaio, 1991, in tema di buona fede nella vendita dei beni pignorati», BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, págs. 98-104. (Aranda/Sierra).**

**260. GIONNOTTI, Michèle: «L'abus du droit de propriété et l'empiétement sur le terrain d'autrui». RDI, núm. 3, 1991, Articles, págs. 303-309.**

El Tribunal de Casación francés, en Sentencias de 7 de junio y de 7 de noviembre de 1990, ha continuado manteniéndose fiel a la concepción tradicional del derecho de propiedad y, a la vista del artículo 545 del code, garante

de que nadie puede ser obligado a ceder su propiedad sino por causa de utilidad pública, ha seguido tomando partido por el propietario del suelo y no por el promotor inmobiliario, rechazando aplicar la teoría del abuso de derecho en los supuestos de construcción extralimitada. Curioso contraste con la situación existente en nuestro país, donde la aplicación de la denominada accesión invertida, combinada con la virtualmente inatacable presunción de buena fe en la actuación del promotor inmobiliario, han debilitado, en aras de consideraciones puramente económicas, la posición jurídica del dominus soli. (L.M.L.F.).

**261. GRADASSI, A. T.:** «Trascrizione della domanda giudiziale di accertamento dell'atto traslativo del diritto di proprietà e suoi effetti». F.I., 1991, fasc. 4, págs. I. 1214-1218.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 15 de enero de 1990, núm. 101. (Aranda/Sierra).

**262. GROSSI, P.:** «Assolutismo giuridico e proprietà collettive», Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 3 (luglio-settembre), parte prima, págs. 247.301.

Análisis de la propiedad colectiva a lo largo de la historia; su evolución y modificación hoy. (Aranda/Sierra).

**263. JAGENBURG, Walter:** «Die Entwicklung des Baubetreuungs-, Bauräger- und Wohnungseigentumsrechts seit, 1989/90», NJW, 1992, págs. 282 y ss.

Resumen de las Sentencias dictadas en Alemania entre mediados de agosto de 1989 y mediados de octubre de 1991 en el sector del Derecho de asesoramiento para la construcción, promoción de obras y propiedad horizontal. (E.G.C.).

**264. JUNG, Susanne y VEC, Milos:** «Einigungsertrag und Eigentum in den fünf neuen Bundesländern», JuS, 1991, págs. 714 y ss.

Los autores analizan las repercusiones de la reunificación alemana sobre las cuestiones de la propiedad, teniendo en cuenta que éstas ocupan un lugar central en el tránsito de un régimen económico y jurídico socialista a otro capitalista. El estudio se desglosa en tres puntos: la configuración de la propiedad en la antigua R.D.A., los cambios jurídicos introducidos por el Tratado de Unificación y la Ley para la regulación de cuestiones patrimoniales pendientes (*Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen* = VermG). (E.G.C.).

**265. LACHAUD, Jacques: «Le Notaire, L'Avocat, Le Greffier face au droit de préemption du preneur», G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, Doctrine, págs. 683-684.**

Análisis del problema planteado por la imposibilidad de conocer, en algunos casos, si existe un derecho de adquisición preferente en favor de un agricultor que explota el bien inmueble puesto a la venta sin ser su propietario. Si no se le convoca, en caso de venta voluntaria o forzosa, la misma puede ser nula; si se le convoca, la jurisprudencia ha declarado en algunos casos que el reconocimiento de ese derecho de adquisición preferente en el libro de cargas, incluso si pudiera ser jurídicamente discutido, supone una extensión convencional del mismo. (L.M.L.F.).

**266. LANG, Claire Jarland: «La contrefaçon des logiciels: aspects théoriques et pratiques», G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 542-545.**

Análisis del procedimiento establecido para la protección de los programas informáticos por el artículo 50 de la ley francesa de 3 de julio de 1985. (L.M.L.F.).

**267. LEISNER, W.: «Eigentumsschutz von Nutzungsmöglichkeiten. Aufopferungs-entschädigung für nicht realisierte Nutzungen in der Marktwirtschaft». BB, 1992, págs. 73-79.**

Protección de la propiedad ante aprovechamientos posibles. Indemnización por el aprovechamiento no realizado en la economía de mercado.

El autor analiza desde una perspectiva constitucional las limitaciones al aprovechamiento de determinados bienes por razón de la protección al medio ambiente o por motivos económicos o sociales. Igualmente estudia las condiciones y requisitos que justifican la protección por los aprovechamientos no realizados a causa de limitaciones o prohibiciones legales. (M.P.G.).

**268. LIET-VEAUX, Georges: «Une notion a la dérive: «le changement de destination de l'immeuble nécessitant un permis de construire», RDI, núm. 3, 1991, Articles, págs. 297-301.**

El artículo 421-1 del Código de Urbanismo exige licencia de obras para los trabajos efectuados sobre construcciones existentes cuando tienen por efecto cambiar su destino. La inseguridad jurídica y la correspondiente discrecionalidad administrativa generada por la disparidad de criterios a utilizar para interpretar si, en un caso concreto, se ha producido o no tal cambio de destino, son objeto de denuncia por el autor en el presente artículo. (L.M.L.F.).

**269. MARTINEK, Michael:** «Die Perle in der Auster - Eine zivilrechts-dogmatische Reminiszenz», *JuS*, 1991, págs. 710 y ss.

Estudio de los problemas de atribución de la propiedad que surgen en el clásico caso de «la perla en la ostra»: si el cliente de un restaurante encuentra una perla en una ostra, ¿a quién pertenece la ostra? (E.G.C.).

**270. MAUER, H.:** «Die Eigentumsregelung im Einigungsvertrag». *JZ*, 1992, págs. 183-191.

La reglamentación de la propiedad en el Tratado de unificación. Comentario a la Sentencia del BVerfG de 23.4.1991.

En el Tratado de unificación se estableció que las expropiaciones realizadas entre 1945 y 1949 en la zona soviética ocupada, al contrario que las expropiaciones posteriormente hechas en la DDR, no serían anuladas. El Tribunal Constitucional alemán ha considerado esta regla conforme a la Constitución. El autor del presente comentario se muestra crítico con el fallo, discutiendo tanto el frágil argumento utilizado en su día para la expropiación, como la admisibilidad de la modificación constitucional a través del Tratado, la legitimidad y la validez de las expropiaciones de entonces, así como los presupuestos para su concreción. (M.P.G.).

**271. MONNINI, M.:** «In tema di misure cautelari “finanziarie”. Osserv. a Cass. 22 novembre, 1991, núm. 12589». *F.I.*, 1992, fasc. 4, parte I, págs. 1178-1185. (Aranda/Sierra).

**272. MOORE, J. G.:** «Copropriété», *G.P.*, tomo bimestral julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 393-395.

Publicación del primer conjunto de recomendaciones de la comisión consultiva nombrada por el ministro francés de la vivienda y justicia con la finalidad de proponer soluciones a los problemas planteados en la aplicación de la ley de 10 de julio de 1965.

El contenido concreto de estas recomendaciones se refiere a la convocatoria de asambleas generales, al orden del día, a los plazos de la convocatoria y a la delegación del derecho de voto. (L.M.L.F.).

**273. PELLECCIA, E.:** «Vincole di inedificabilità e risarcimento del danno da occupazione illegittima. Note a Cass. 21 ottobre, 1971, núm. 11133». *F.I.*, 1992, fasc. 4, parte I, págs. 1201 y ss. (Aranda/Sierra).

**274. PISANI, A. P.:** «La Corte costituzionale fa leva sull'irreparabilità del pregiudizio per attenuare il divieto di cumulo del petitorio col possesso»

rio. **Note a la Corte Cost. 13 febbraio, 1992, núm. 25», F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs. 617-624.**

Estudio sobre la posesión y acción posesoria. El juicio posesorio y la irreparabilidad del perjuicio. (Aranda/Sierra).

**275. ROSSI, R.: «Sulla tutela del terzo subacquirente di credito ipotecario», F.I., 1991, fasc. 5, págs. I. 1369-1372.**

Comentario a la Sentencia de la Corte constitucional de 28 de diciembre de 1990, núm. 583. (Aranda/Sierra).

**276. SCORDAMAGLIA, V.: «L'accordo sul brevetto comunitario», F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. IV. 256-280.**

Estudio del acuerdo sobre brevetto comunitario (GUCE 30-12-89). L. 401.

Estructuras en relación al acuerdo de 1975; reglamentación jurisdiccional de controversias; entrada en vigor. Lugar en el derecho comunitario de la propiedad industrial e intelectual. (Aranda/Sierra).

**277. SCORDAMAGLIA, V.: «Il libro verde della commissione Ce sulla tutela giurídica dei disegni e modelli industriali», F.I., 1991, núm. 10, parte cuarta, págs. 350-368.**

Exposición sobre el origen del libro verde; características principales del Derecho de los modelos comunitarios; problemas de coexistencia entre dichos modelos y el derecho nacional con otras figuras jurídicas, como el derecho de autor. (Aranda/Sierra).

**278. SEIFERT, Fedor: «Über Bücher, Verleger und Autoren - Episoden aus der Geschichte des Urheberrechts», NJW, 1992, págs. 1270 y ss.**

Reflexiones sobre los orígenes de la propiedad intelectual, cuya historia jurídica comienza —a juicio del autor— ya en la Antigüedad, con y como consecuencia de la impresión de libros. (E.G.C.).

**279. SIMONE, R.: «Esclusiva Siae, emittenza privata: «il prezzo del successo». F.I., 1991, núm. 10, parte prima, págs. 2893-2899.**

Anotaciones a la St del Tribunal de Roma de 21 de marzo de 1991. (Aranda/Sierra).

**280. SIMONE, R.: «Servitù di passaggio e provvedimento di urgenza». F.I., 1991, fasc. 6, págs. I., 1951-1956.**

Comentario a la Sentencia de la preceptura de Verona ord. de 31 de agosto de 1990. (Aranda/Sierra).



**281. SIMONE, R.: «Distribuzione di films, cessione in garanzia dei contributi governativi: «a ciascuno il suo»». F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. I. 2088-2092.**

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 1991, núm. 2543. (Aranda/Sierra).

**282. SIMONE, R.: «Ordinanze di necessità, diritto di proprietà e provvedimenti di urgenza: «chi vince non prende niente»». F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. I. 2281-2283.**

Comentario a la Sentencia de Pret. de Milán de 26 de junio de 1990. (Aranda/Sierra).

**283. TARDIVO, C.: «A proposito del frazionamento di mutui fondiari ed edilizi», BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, págs. 30-42.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 14 de marzo de 1990. (Aranda/Sierra).

**284. TENDLER, Roland: «La publicité foncière française face à l'arminisation européenne». SJ, núm. 51-52 de 18 de diciembre de, 1991, Doctrine 3544, págs. 396-400.**

La necesidad de armonizar las garantías del crédito hipotecario y coordinar los procedimientos de embargo y ejecución inmobiliaria lleva al autor a verificar un estudio comparativo, si bien de escasa profundidad, entre el sistema francés de inoponibilidad y los sistemas de fe pública Alemán y Suizo. (L.M.L.F.).

**285. UECHTRITZ, M.: «Keine einstweilige Anordnung des BVerfG gegen Veräußerungsentscheidungen nach 3 a VermG». BB, 1992, págs. 217-219.**

Ausencia de disposición provisional del Tribunal federal alemán sobre las decisiones de venta de conformidad con el 3 a de la Vermögengesetz.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 3 de diciembre de 1991 que falló un supuesto que envolvía una solicitud de restitución de un bien inmueble expropiado en 1965 a la luz de la legislación sobre reconstrucción de Berlín, comprobando su legitimidad a tenor del art. 32 de la Constitución. (M.P.G.).

**286. UECHTRITZ, M.: «Sicherer Erwerb restitutionsbelasteter Grundstücke und Unternehmen trotz angefochtener Investitions-vorrangentscheidung». BB, 1992, págs. 581-588.**

La adquisición o la recuperación de los bienes en los nuevos Länder, así como las medidas adoptadas por el Gobierno alemán para asegurar el tránsito sin traumas de un régimen de propiedad socialista a uno operativo en la economía de mercado, y las medidas tendentes a favorecer el desarrollo económico y la inver-

sión en los nuevos Länder son objeto de atención preferente en numerosos trabajos entre los que se encuentra el presente. (M.P.G.).

**287. VIGNERON, Guy:** «Nouvelle réglementation sur la répartition des charges de chauffage», LC, núm. 12, 1991, *Chronique*, págs. 1-3.

Exposición del sistema de reparto de los gastos de calefacción arbitrado por el Código de la Construcción y de la Vivienda, según la modificación operada en el mismo por decreto 91-999 de 30 de septiembre de 1991. (L.M.L.F.).

**288. VIGNERON, Guy:** «Antennes collectives et réseau câblé», LC, núms. 8-9, 1991, *chronique*, págs. 1-2.

Estudio de la problemática jurídica planteada por la incidencia del régimen jurídico de la propiedad horizontal en la instalación de antenas colectivas o la conexión a una red de televisión por cable. Se analizan separadamente los supuestos en los cuales la instalación o conexión se va a verificar por la comunidad de propietarios y aquellos otros en que son uno o varios copropietarios quienes pretenden realizar tales actividades. (L.M.L.F.).

**289. WINKLER, W.:** «La normativa in tema di trasferimento di fondi rustici negli Stati della comunità europea». Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 2 (aprile-giugno), parte prima, págs. 155-170.

Concepto y funciones de la disciplina sobre transmisión de los fundos. Razones de la diversidad del régimen jurídico en los distintos países comunitarios. Tipos de legislación sobre transmisión. (Aranda/Sierra).

**290. ZOPPELLARI, M.:** «Pluralità di fondi intercludenti e litisconsorcio necessario nell'azione costitutiva di servitù di passaggio». RTDPC, 1991, núm. 1, págs. 291-320.

Comentario a las Sentencias de la sección I de la Corte de Casación de 3 de febrero de 1989, núm. 670 y 671. (Aranda/Sierra).

**291. ZOPPINI, A.:** «Diritto d'autore sulle compilazioni nella recente giurisprudenza della suprema corte americana. Nota Corte suprema USA 27 marzo, 1991». F.I., 1992, núm. 1, parte cuarta, págs. 37-43. (Aranda/Sierra).

## 6. DERECHO DE FAMILIA

**292. BENEDETTO, M. DI:** «Il terzo debitore è litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione al decreto ex art. 148 c.c.?» DFP, 1991, núm. 4, págs. 1018-1021.

Análisis de la ordenanza del Tribunal de Potenza de 1 de febrero de 1991 sobre las relaciones entre padres e hijos. Incumplimiento de los deberes parentales. (Aranda/Sierra).

**293. LE BIHAN-GHÉNOLÉ, Martine:** «*La révocation de l'adoption*», *SJ*, núm. 48 de 27 de noviembre de, 1991, *Doctrine* 3539, págs. 366-370.

En el derecho francés coexisten aún la adopción simple y la plena. El carácter revocable de la adopción simple no es únicamente un criterio de distinción, sino también un criterio de elección entre ambas formas de adopción; el presente trabajo contiene un estudio acerca de las causas de revocación y de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que tal acto jurídico conlleva. (L.M.L.F.).

**294. CANONICO, M.:** «*Il Magisterio di Giovanni Paolo II in tema di matrimonio nelle Allocuzioni alla Sacra Romana Rota*». *DFF*, 1991, núm. 4, parte seconda, págs. 1226-1265.

La concepción del matrimonio por la Iglesia católica a través de los diversos discursos anuales del Papa ante el Tribunal de la Rota. (Aranda/Sierra).

**295. CARBONE, V.:** «*La giurisprudenza della casazione sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio. Note a Cass. 10 gennaio, 1991, núm. 189 e 188*». *F.I.*, 1992, fasc. 3, parte I, págs. 878-902. (Aranda/Sierra).

**296. CAVALLO, L.:** «*Sul'obbligo del mantenimento del figlio di genitori divorziati e sulla relativa cessazione*», *G.C.*, 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3034-3038.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación, sección I, de 29 de diciembre de 1990, núm. 12212 sobre divorcio y mantenimiento de los hijos. (Aranda/Sierra).

**297. CIPRIANI, F.:** «*La decisione dell'apello nel processo di divorzio*». *F.I.*, 1991, fasc. 4, págs. I. 1119-1134.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 4 de enero de 1991, núm. 37. (Aranda/Sierra).

**298. DÖRR, Claus:** «*Die Entwicklung des Familienrechts seit Ende, 1990*», *NJW*, 1992, págs. 529 y ss.

Exposición del desarrollo experimentado en Alemania desde fines de 1990 a fines de 1991 en las siguientes materias de Derecho de Familia: Derecho matrimonial; guarda paterna; atribución del cuidado de los hijos; derecho de visita al hijo; vivienda, mobiliario y enseres familiares; potestad de las llaves y relaciones patrimoniales. (E.G.C.).

**299. DÖRR, Claus:** «Die Entwicklung des Familienrechts seit Ende, 1990», NJW, 1992, págs. 949 y ss.

Exposición del desarrollo experimentado en Alemania desde fines de 1990 a fines de 1991 en materia de regímenes económico-matrimoniales y de pensión compensatoria. (E.G.C.).

**300. FERRARI, F.:** «Brevi osservazioni in materia di autorità parentale nell diritto tedesco. Note a Bundesverfassungsgericht 7 maggio, 1991». F.I., 1992, fasc. 3, part IV, págs., 194-199. (Aranda/Sierra).

**301. FINOCCHIARO, M.:** «Regime di comunione tra i coniugi e costruzione di edificio su suolo di proprietà esclusiva di uno di essi». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 2952-2955.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 11 de junio de 1991, núm. 6622, sección I y Corte de apelación de l'Aquila de 15 de julio de 1991. (Aranda/Sierra).

**302. FINOCCHIARO, M.:** «Assegnazione della casa coniugale ad uno dei coniugi e diritto dell'altro di chiedere la divisione: «o della pretesa indisolubilità della comunione incidentale. Nota a Trib. Monza 24 ottobre, 1991». G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 543-545. (Aranda/Sierra).

**303. FORMICA, P.:** «Interesse del minore e ammissibilità del' azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale. Nota a Cass. 20 luglio, 1990, núm. 341». F.I., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 25-30. (Aranda/Sierra).

**304. GOGUEY, André:** «Réflexions et digressions à propos de révélations tardives de la vérité en droit familial», G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 428-431.

Al hilo de tres decisiones judiciales recientes, se concluye en el presente comentario la necesidad de admitir una impugnación de la paternidad más abierta, de acuerdo con la última jurisprudencia, pero evitando determinados excesos desfavorables para el niño. (L.M.L.F.).

**305. GRENDENE, I.:** «Il diritto di visita ed il consenso all'adozione (A proposito di una importante sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo)». DFP, 1991, núm. 4, parte seconda, págs. 1220-1225.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de 8 de julio de 1987, serie A, núm. 121. (Aranda/Sierra).

**306. GRIMALDI MIGLIETTA, M. R.:** «L'indagine psicologica per l'affidamento dei figli», G.C., 1991, núm. 12, parte seconda, págs. 577-581.

Aspectos psicológicos tenidos en cuenta por los tribunales en materia de custodia de los hijos en caso de separación o divorcio. (Aranda/Sierra).

**307. MANERA, G.:** «Vizi della fase concamerale del procedimento adozionale e poteri del giudice d'appello. Nota a cass. 12 febbraio, 1991, núm. 1311». G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 521-526. (Aranda/Sierra).

**308. MANERA, G.:** «Se l'esspressione "un minore" di cui all'art. 30 legge. núm. 184 del, 1983, debba essere intensa in senso numerico o indeterminato». G.C., 1991, fasc. 3, pág. I. 723.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 18 de enero de 1990, núm. 232. (Aranda/Sierra).

**309. DI MAURO, M.:** «Comunione legale tra coniugi e costruzione realizzata suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi. Note a Cass. 11 giugno, 1991, núm. 6622». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 763-772. (Aranda/Sierra).

**310. MIGLIETTA, M.:** «I presupposti del' affidamento congiunto». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3095-3098.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Génova de 18 de abril de 1991 sobre custodia de los hijos en caso de separación. (Aranda/Sierra).

**311. MONREDON, Emmanuel:** «vingt-cinq ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe». SJ, núm. 41 de 9 de octubre de, 1991, Doctrine 3527, págs. 299-306.

Tras la reforma operada en el Code Civil por la Ley de 13 de julio de 1965, los cónyuges pueden cambiar su régimen económico matrimonial por mutuo acuerdo y con autorización judicial. El presente trabajo contiene un detenido estudio estadístico relativo a la efectiva utilización de esta posibilidad y un análisis de la jurisprudencia existente en torno a la intervención judicial. El autor deduce de todo ello que el cambio de régimen económico es frecuentemente utilizado en la práctica y que la función del juez ha de limitarse a verificar que el cambio es conforme con el interés de la familia sin lesionar a terceros. (L.M.L.F.).

**312. MORETTI, M.: «Gli embrioni residui e l'accordo dei "genitori"». F.I., 1991, fasc. 6, págs. IV. 205.214.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de apelación de Tennessee de 13 de septiembre de 1990. (Aranda/Sierra).

**313. NAPI, G. B.: «Nel labirinto della comunione dei beni tra coniugi». DFP, 1991, núm. 4, págs. 1041-1046.**

Estudio a propósito de la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 9 de abril de 1991 sobre régimen patrimonial de la familia y comunidad legal. (Aranda/Sierra).

**314. QUADRI, E.: «Matrimonio, separazione personale, divorzio e costituzionalità dell'attribuzione dell'indennità di fine rapporto al divorziato». F.I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3007-3014.**

Notas de la Sentencia de la Corte constitucional de 24 de enero de 1991, núm. 23. (Aranda/Sierra).

**315. QUADRI, E.: «Persone e famiglia». RTDPC, 1991, núm. 2, págs. 633-654.**

Exposición de la posición jurisprudencial en torno al problema del exequátur en materia de divorcio; de la asignación de divorcio; y de la tutela penal de los divorciados. (Aranda/Sierra).

**316. QUADRI, E.: «Le persistenci perplessità in tema di divorzio esteso come causa di divorzio italiano». F.I., fasc 9, págs. I. 2525-2527.**

Comentario a las Sentencias del Tribunal de apelación de Nápoles de 15 de abril de 1991 y 10 de noviembre de 1989. (Aranda/Sierra).

**317. QUADRI, E.: «La comunione convenzionale». DFP, 1991, núm. 4, parte seconda, págs. 1102-1034.**

La comunidad convencional en el Derecho italiano. Naturaleza jurídica. La modificación de la comunidad legal. Eficacia de la normativa convencional. Forma, capacidad, tiempo y publicidad. La tutela de los acreedores del cónyuge que confiere bienes personales a la comunidad. La aplicación del art. 211 c.c. (Aranda/Sierra).

**318. REUTER, Dieter:** «*Elterliche Sorge und Verfassungsrecht*», AcP, 192 (1992), págs. 108 y ss.

Análisis de las repercusiones del Derecho constitucional sobre las relaciones paterno-filiales en diversos ámbitos. En primer lugar, se centra en la necesaria coordinación de la autonomía paterna con el correcto cuidado y educación del hijo, y con el respeto al libre desarrollo de su personalidad. seguidamente, se estudia la capacidad de obrar del menor y su representación legal a través de los padres. Finalmente, se analiza la influencia de la Ley Fundamental en el reparto y atribución del derecho de guarda paterno. (E.G.C.).

**319. RUBELLIN-DEVICH, Jacqueline:** «*Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*». RDS, 1991, Chronique XLI, págs. 209-214.

La autora señala algunas soluciones que, a su juicio y de lege ferenda, serían precisas para que la adopción pueda responder mejor a las necesidades de adoptantes y adoptados. En este sentido son destacables las propuestas aportadas para resolver los problemas planteados por la irrevocabilidad de la adopción o la necesidad apuntada de ampliar las posibilidades de intervención procesal del adoptado. (L.M.L.F.).

**320. RUBELLIN-DEVICH, Jacqueline:** «*Droits de la mère et droits de l'enfant: réflexions sur les formes de l'abandon*». RTDC, núm. 4, 1991, Variété, págs. 695-704. (L.M.L.F.).

**321. SCOLARO, S.:** «*Matrimonio estero, non trascritto, di cittadina italiana, successivo divorzio, sentenza della nostra A.g. sulla stipula e la dissoluzione del vincolo, e trascrizione, anomala e non necessaria, del giudicato nel comune di attuale residenza e nel comune di nascita della moglie*». DFP, 1991, núm. 4, págs. 1023-1027.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Vicenza de 25 de febrero de 1991 sobre divorcio de un matrimonio entre ciudadano extranjero y nacional italiana. (Aranda/Sierra).

**322. SCHÜTZ, Harald:** «*Elterliches Einwirken auf volljährige Kinder durch Bestimmung von Naturalunterhalt*», NJW, 1992, págs. 1086 y ss.

Según el § 1612 II 1 BGB los padres puede decidir que los hijos, aun mayores de edad, estando solteros, sigan viviendo con ellos y de ese modo perciban su manutención; sólo si concurren «especiales razones», permite el § 1612 II 2 BGB una ruptura a ese poder decisorio paterno. Un sector de la doctrina alemana, acogiendo una interpretación restrictiva del precepto, entiende que este derecho paterno sólo ha de admitirse en casos de penuria económica, para lo cual se basa

en el art. 21 de la Ley Fundamental. El autor entiende, sin embargo, que contra esta interpretación surgen importantes dudas desde el punto de vista constitucional; a su exposición dedica este artículo. (E.G.C.).

**323. SPADAFORA, A.: «Regime patrimoniale della famiglia e principio di eguaglianza». G.C., 1991, fasc. 2, págs. II. 127-135. (Aranda/Sierra).**

**324. TASSONI, C.: «Il giudizio di ammissibilità come presupposto processuale dell'azione de dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale». G. C., 1991, fasc. 3, pág. I. 719.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 23 de febrero de 1990, núm. 1398. (Aranda/Sierra).

**325. VILLANI, M.: «Domanda di modificazione dell'assegno di mantenimento e competenza per territorio». F.I., 1991, núm. 11, parte I. págs. 3165-3171.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 16 de enero de 1991, núm. 381. (Aranda/Sierra).

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

**326. AZZARITI, G.: «In tema di nulità testamentarie». G.C., 1991, núm. 11, parte prima, págs. 2807-2809.**

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Lucca de 22 de julio de 1991. (Aranda/Sierra).

**327. AZZARITI, G.: «Legittimario non erede e azione di riduzione». G.C., 1991, fasc. 3, págs. I. 714-718.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 7 de abril de 1990, núm. 2923. (Aranda/Sierra).

**328. BELLANTUONO, D.: «Il diritto dell'erede alla continuazione della coltivazione di fondo rustico di cui all'art. 49,1.º comma, 1. 203/82». F.I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3052-3054.**

Notas a la Sentencia de la Corte de Casación de 25 de junio de 1991, núm. 7153. (Aranda/Sierra).



**329. KRAMPE, Christoph:** «Testamentgestaltung zugunsten eines Sozialhilfempfängers», AcP, 191 (1991), págs. 526 y ss.

En torno a las disposiciones *mortis causa* a favor de receptores de ayuda social. (E.G.C.).

**330. MAROTZKE, Wolfgang:** «Das Wahlrecht des pflichtteilsberechtigten Erben bei ungünstigem Testament», AcP, 191 (1991), págs. 563 y ss.

Estudio del § 2306 BGB y de los derechos con que cuentan los legitimarios cuando el testamento les favorece. (E.G.C.).

**331. DI MAURO, N.:** «Legato di cosa da prendersi da un certo luogo e legato di una somma di danaro da prendersi da un libretto di deposito bancario. Nota a Cass. 4 giugno, 1991, núm. 6317». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 134-140. (Aranda/Sierra).

**332. DI MAURO, N.:** «Ancora sull'individuazione del'oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia (art. 556 C.c.) della imputazione ex se (art. 564 comma 2, c.c.) e della collazione (art. 737 comma 1, c.c.)». G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 2981-2989.

Anotaciones a la Sentencia de la Corte de Casación, sección II, de 6 de mayo de 1991, núm. 4986, sobre donación simulada por el causante. (Aranda/Sierra).

**333. DI MAURO, N.:** «Legato in sostituzione di legittima e legato in contro di legittima». G.C., 1991, núm. 11, parte prima, págs. 2788-2794.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación, sección II, de 5 de abril de 1990, núm. 2890. (Aranda/Sierra).

**334. DI MAURO, M.:** «In tema di validità del testamento olografo. Nota a Cass. 10 luglio, 1991, núm. 7636». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 748-752. (Aranda/Sierra).

**335. ROTH, Andreas:** «Probleme des postmortalen Zugangs von Willenserklärungen - Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 130 II BGB», NJW, 1992, págs. 791 y ss.

El problema de la delimitación entre las disposiciones *mortis causa* y las disposiciones *inter vivos* para el caso de muerte se discute sobre todo en el marco del Derecho de sucesiones y en el de los contratos en favor de tercero para el supuesto de muerte. El autor destaca la importancia que, en este ámbito, tiene el § 130 II BGB, precepto que, con carácter general, establece que a la eficacia de

una declaración de voluntad recepticida no le afectan ni la muerte ni la incapacidad sobrevenida de su emisor, acaecidas antes de la recepción de la declaración por el destinatario. La extensión y el ámbito de aplicación de este precepto, en particular en Derecho de sucesiones y en el contrato de seguro de vida, constituyen el objeto esencial de estudio en este artículo. (E.G.C.).

**336. SCHLITT, Gerhard:** «Zur Anrechnung auschiebend bedingter Vermächtnisse auf den Pflichtteil», NJW, 1992, págs. 28 y ss.

Sobre la imputación a la legítima de un legado sometido a condición suspensiva. (E.G.C.).

**337. SOTGIU, S.:** «Rapporto tributario e successione di leggi». G.C., 1991, fasc. 2, págs. I. 297-299.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 5 de octubre de 1990, núm. 9825. (Aranda/Sierra).

**338. VAREILLE, Bernard:** «Étude critique de l'article 760 du code civil», RTDC, núm. 3, 1991, Articles, págs. 475-496.

El autor, tras un detenido análisis del artículo 760 del Code, que otorga al hijo adulterino, en la sucesión de su progenitor y en concurso con otros hijos legítimos de éste, la mitad de la parte a la cual hubiera tenido derecho de haber sido hijo legítimo, se muestra decidido partidario de su derogación. (L.M.L.F.).

## 8. VARIAS

**339. BOCCARA, Bruno:** «L'Honoraire de l'avocat». G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, Doctrine, págs. 639-641.

Comentario relativo a la prohibición de que el abogado establezca sus honorarios exclusivamente en función del resultado, recogida en la Ley francesa 91-647 de 10 de julio de 1991. (L.M.L.F.).

**340. CONFINO, Alain:** «A propos d'une Réforme: «Le Parquet aux troupes des mauvais payeurs», G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 407-409.

Comentario relativo a la reforma del procedimiento de ejecución forzosa operado por la Ley 91-65 de 9 de julio, centrado en torno a su artículo 39,

mediante el cual se impone en determinados supuestos al Ministerio Público la realización de las diligencias necesarias para averiguar la dirección de las entidades en que exista abierta una cuenta a nombre del deudor, así como el domicilio de éste y de su empleador, estableciendo el correlativo deber de información a cargo de determinados establecimientos y empresas. (L.M.L.F.).

**341. COSTATO, L.: «Rassegna di legislazione e di giurisprudenza delle Comunità europee. B) Agricoltura». NLCC, 1991, núm. 6, págs. 1307-1313.**

Estudio sobre la legislación en materia láctea, arts. 30 y 60 TCEE, vino y conflicto entre poderes. La legitimidad de los actos. (Aranda/Sierra).

**342. EICHENHOFER, E.: «Das Europäische Sozialrecht- Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven». JZ, 1992, págs. 269-277.**

El Derecho social europeo. Formación y perspectivas de desarrollo.

El artículo analiza el significado del Derecho europeo para el Derecho social de los Estados miembros; traza las máximas, las fuentes del Derecho y los contenidos del Derecho social europeo y prueba a dar una explicación dogmático-jurídica de esta rama del Derecho con el recurso a las construcciones conceptuales del Derecho Internacional Privado. De una manera panorámica se discuten las perspectivas de desarrollo del Derecho social europeo y se plantea, entre otras, la pregunta por el sentido y las fronteras de una armonización de las normas materiales de contenido social de los Estados miembros de la Comunidad Europea. (M.P.G.).

**343. GROBFELD, B.: «Examensvorbereitung und Jurisprudenz». JZ, 1992, págs. 22-27.**

Preparación de un examen y Ciencia del Derecho. (M.P.G.).

**344. KLEINSCHNITTGER, A.: «Aktuelle Rechtsprobleme im Konfliktfeld von Sport und Umweltschutz».**

Actuales problemas jurídicos en la zona de conflicto entre el deporte y la protección del medio ambiente.

La autora trata de los aspectos jurídicos de los ruidos causados por las manifestaciones deportivas, examinando tanto la jurisprudencia como el contenido normativo del nuevo Reglamento para la protección contra el ruido en los recintos deportivos de 18 de julio de 1991. También analiza la relevancia del deporte en la protección de la Naturaleza, poniendo como ejemplo el caso del golf. (M.P.G.).

**345. KORMAN, Charles:** «Les Honoraires de résultat des avocats. A quand l'abrogation de la prohibition du pacte de quota litis?», G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 642-647.

El autor subraya la imposibilidad de continuar aduciendo en la actualidad las tradicionales justificaciones de pérdida de independencia o menoscabo del desinterés, inconciliables con la dignidad de la abogacía, aducidas para fundamentar la prohibición del pacto de cuota litis. (L.M.L.F.).

**346. MICHAUD, Jean:** «Le Secret Prénatal». G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 754-755.

El problema planteado por la articulación entre la regulación francesa de la interrupción del embarazo y el secreto profesional del médico constituye el objeto del presente comentario. (L.M.L.F.).

**347. PALAZZO, A.:** «Rassegna di giurisprudenza sulla legittimità costituzionale di norme privatistiche». NLCC, 1991, núm. 6, págs. 1290-1306.

Análisis jurisprudencial de 1991 sobre Sentencia y ordenanzas de la Corte Constitucional italiana en materias de trabajo, procedimiento civil y concursal, y responsabilidad civil respectivamente. Estudio de ordenanzas de remisión de la Corte Constitucional sobre derechos reales, expropiación, obligaciones y contratos, persona y familia y responsabilidad civil. (Aranda/Sierra).

**348. PERDRIAU, André:** «Reflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation en matière civile», SJ, núm. 48 de 27 de noviembre de, 1991, *Doctrine* 3538, págs. 361-365.

El autor apunta una serie de soluciones cuya finalidad será la de conseguir que los límites del control normativo atribuido al Tribunal de Casación sean mejor definidos, más estables y claramente establecidos en las Sentencias, con la finalidad de facilitar su perfecto conocimiento, consiguiéndose de esta manera recuperar la pureza de la función casacional y disminuir el número de recursos planteados. (L.M.L.F.).

**349. PERROT, Roger:** «L'Astreinte. Ses aspects nouveaux», G.P., tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 801-807.

Estudio detallado de esta técnica procesal, básicamente consistente en la amenaza de hacer pagar una cantidad considerable al deudor que no ejecuta espontáneamente la obligación que le incumbe. Inicialmente incluida en el molde genérico de los daños y perjuicios, el autor considera que en la actualidad se ha confirmado como una institución plenamente autónoma y de una gran proyección futura. (L.M.L.F.).

**350. PICONE, P.:** «Orientamenti della giurisprudenza civile della Corte di Cassazione nell'anno, 1991». G.C., 1992, fasc. 3, parte seconda, págs. 117-147.

Recoge de forma reducida lo que ha supuesto la jurisprudencia civil en 1991, en cuanto a su orientación en un amplio abanico temático. (Aranda/Sierra).

**352. QUACK, F.:** «Geschäftsverteilungspläne und gesetzlicher Richter». BB, 1992, pág. 1.

Reparto judicial y juez legal.

Breve artículo sobre la neutralidad y las consecuencias del reparto interno de autos dentro de un mismo órgano jurisdiccional. (M.P.G.).

**352. RAVENNA/PAZZAGLIA:** «Rassegna dell'attività legislativa in corso su materie di interesse privatistico», NLCC, 1991, núm. 6, págs. 1331-1336.

Normativa y proyectos legales en curso en materia de bienes culturales, arrendamientos y compraventa de inmuebles. Responsabilidad, tutela de derechos y del medio ambiente, etc. (Aranda/Sierra).

**353. TETTINGER, P. J.:** «Offentliche Wirtschaft in den neuen Bundesländern». BB, 1992, págs. 2-8.

Economía pública en los nuevos estados federales.

El artículo se ocupa de las exigencias constitucionales y sus consecuencias en relación con la nueva ordenación de los factores económicos en el territorio de la antigua DDR. (M.P.G.).

**354. UBERTAZZI, L. C.:** «I labori preparatori della riforma italiana dei marchi». F.I., 1992, núm. 1, parte quinta, págs. 15-23.

Estudio de aproximación de la legislación italiana a la directiva 104/89 de la CEE. (Aranda/Sierra).

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA

**355. BENTIL, J. Kodwo:** «Commercial arbitrator authorised not to apply strict rules of law and judicial review, «J. Bus, Law», marzo, 1992, págs. 26-38.

Examen de la intervención de los tribunales ante las diversas hipótesis de laudos de los arbitrajes no de derecho. (P.P.D.).

**356. BEUTHIEN, V/ERNST, A.:** «Die Gesellschaft burgerlichen Rechts als Mitgleid einer eingetragenen Genossenschaft». *ZHR*, 156 (1992), págs. 227-247.

La sociedad de derecho civil como partícipe en una cooperativa inscrita. (M.P.G.).

**357. BIOLAY, Jean-Jacques:** «La cour lave-t-elle encore plus blanc?», *G.P.*, tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 716-720.

Al hilo de la Sentencia del Tribunal de Apelación de Versalles, en relación con el litigio por publicidad denigrante mantenido entre un fabricante de detergentes sin fosfatos y una empresa dedicada a la elaboración de tales productos, el autor realiza un estudio detallado de los elementos constitutivos de la denigración publicitaria (con especial atención a la ausencia o existencia de relación de concurrencia entre el autor y la víctima), y de los instrumentos jurídicos establecidos para la prevención y la sanción de tales conductas. (L.M.L.F.).

**358. BLOCH, Gérard:** «Acquisition en France des droits sur une marque par usage», *G.P.*, tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, pág. 715. (L.M.L.F.).

**359. CANIVET, Guy et VOGEL, Louis:** «La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire», *RDS*, 1991, *Chronique LIII*, págs. 283-288.

El progresivo endurecimiento con que la jurisprudencia viene tratando a las redes de distribución selectiva, exigiendo la estancamiento como condición de validez e invirtiendo la carga de la prueba de la licitud de tal sistema de comercialización en perjuicio de la empresa suministradora, al tiempo que se rechaza la ilicitud a priori de las ventas llevadas a cabo fuera de la red, parece contrastar, a juicio de los autores, con el favor dispensado desde la perspectiva del derecho de la competencia a esta forma de distribución, tanto en el ordenamiento jurídico francés como en el comunitario. (L.M.L.F.).

**360. CARBONE, P. L.:** «Nuovi illeciti attinenti alla negoziazione di “valori mobiliari”». *Profili della disciplina. Spunti critici*. *F.I.*, 1991, núm. 9, parte V, págs. 466-490.

La regulación del uso de la información reservada con la introducción de la ley 17 de mayo de 1991, núm. 157. Situación anterior en el art. 17 de la ley 7 de junio de 1974, núm. 216 (Insider Trading). (Aranda/Sierra).

**361. DURRANDE, Sylviane:** «Du bâtonnet glacé à “l'esquimau”. Les avatars des marques devenues la désignation usuelle d'un produit», RDS, 1991, *Chronique XLV*, págs. 234-236.

El autor aborda el estudio del artículo 28 de la ley francesa de 4 de enero de 1991, en el cual se contempla la vulgarización de la marca como causa de extinción del derecho de su propietario. Se destacan en su trabajo las condiciones necesarias para que tal extinción se produzca y el comportamiento a seguir por el dueño de la marca que desea conservar su derecho. (L.M.L.F.).

**362. EASTERBROOK, F.:** «Operazioni su titoli in base a informazioni interna». F.I., 1991, fasc. 4, págs. V. 217-228.

Estudio sobre el valor legal del insider trading. Definición, cambio y transmisión de información; regulación jurídica que lo limita (con Postfazione di P.L. Carbone págs. 228-232). (Aranda/Sierra).

**363. FREIHERR V. FALKENHAUSEN, Joachim:** «Darf der Rechtsanwalt um Praxis werben?», NJW, 1992, págs. 25 y ss.

Que los abogados tenían prohibido hacer publicidad de sus despachos profesionales fue algo indiscutido en Alemania hasta 1987, año en que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el tema, iniciando una marcha atrás en la anterior prohibición. Sin embargo, en contra de esta última tendencia se sitúa una nueva Sentencia del Tribunal Supremo alemán, que el autor analiza y critica. (E.G.C.).

**364. GAILLARD, Emmanuel:** «Le droit français des délits d'initiés», SJ, núm. 28-29, de 17 de julio de, 1991, *Doctrine* 3516, págs. 245-253.

El autor, tras verificar un análisis del derecho francés relativo a la utilización de información privilegiada, concluye afirmando que, en contra de la idea generalmente extendida, este derecho figura entre las legislaciones más represivas en la materia. (L.M.L.F.).

**365. GERMANO, A.:** «Sul perché dello speciale “stato” dell'impresa agricola: «una ricerca sulla dottrina italiana». Riv. Dir. Agr., 1991, fasc. 3 (luglio-settembre), parte prima, págs. 331-337.

Diferencias entre el régimen jurídico de la empresa agrícola y la comercial. Particular de la empresa agrícola: la naturaleza de su actividad. (Aranda/Sierra).

**366. HÄUSELMANN, H.:** «Zur Bilanzierung von Investmentanteilen, insbesondere von Anteilen an Spezialfonds». BB, 1992, págs. 312-322.

La formación del balance de participaciones en fondos de inversión, en especial de participaciones en fondos especiales.

La metamorfosis sufrida en el sustrato personal de los fondos de inversión, pasando del pequeño ahorrador a grandes sociedades, supone la aparición de una nueva problemática que es analizada ampliamente por el autor. (M.P.G.).

**367. HEITHER, F.: «Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von Zusagen auf betriebliche Altersversorgung». BB, 1992, págs. 145-149.**

Límites y posibilidades del cambio de compromiso en la jubilación empresarial. (M.P.G.).

**368. HERMITTE, Marie-Angéle: «Droit de la concurrence. Les décisions de la Commission des Communautés européennes», RDS, 1991, Chronique LVI, págs. 304-310.**

Relato de la aplicación hecha por la Comisión durante el año 1990 de los textos comunitarios relativos al derecho de la competencia. Según el autor resultan destacables tanto la evolución experimentada en la valoración de los acuerdos de investigación y desarrollo, como la aparición de las primeras decisiones interpretativas de la regulación relativa al control de las concentraciones empresariales y el establecimiento, también por primera vez, de un nexo entre la normativa concurrencial y la regulación anti-dumping. (L.M.L.F.).

**369. IDOT, Laurence: «L'activité du Conseil de la concurrence en, 1990», RDS, 1991, Chronique LIV, págs. 288-300.**

Memorándum de la actividad desarrollada por el Consejo de la Competencia francés durante el año 1990. (L.M.L.F.).

**370. KIRKBRIDE, James: «Anti-competitive practices under the Competition Act, 1980 - The real meaning and approach, «J. Bus. Law», mayo, 1991, págs. 245-260.**

Aunque inicialmente bien acogida, la Sección segunda de la Competition Act de 1980 sobre el control de prácticas restrictivas a la competencia, posteriormente han surgido una serie de incertidumbres y polémicas acerca de su aplicación. (P.P.D.).

**371. KOVAR, Roberto: «Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'état, «Rev. trim. dr. comm.», enero-marzo, 1992, págs. 109-157.**

Se afronta en este trabajo el examen desde la perspectiva del derecho de la competencia de las ayudas públicas a empresas privadas y la participación pública en empresas. (P.P.D.).



**372. LUGAN, Jean:** «Le Code Portugais de la Publicité». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 487-489.

Descripción del contenido del citado texto legal. (L.M.L.F.).

**373. MARTIN, Jaen-Paul:** «Principales innovations de la loi du 26 novembre, 1990 sur la propriété industrielle». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 505-511.

Estudio dedicado al Título I de la citada ley francesa, mediante el cual se establecen disposiciones técnicas relativas a las patentes con la finalidad de mejorar la eficacia de tal dispositivo protector. (L.M.L.F.).

**374. MICHALSKI, L.:** «Das Verbot der Werbung mit Selbstständigkeit». BB, 1992, págs. 440-447.

Prohibición de la publicidad basada en obviedades o indicaciones inmanentes al tipo de producto con independencia de su marca o presentación.

Interesante repaso de la jurisprudencia alemana sobre publicidad engañosa con especial énfasis en aquélla que utiliza evidencias propias de todos los productos del mismo género. (M.P.G.).

**375. MORETTI, L.:** «In tema di qualifica spettante all'addetto al "servizio cifre" di una bianca». G.C., 1991, fasc. 3, págs. I. 691-693.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 19 de mayo de 1990, núm. 4561. (Aranda/Sierra).

**376. MÜLLER, Erick:** «L'Abus de Position Dominante». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, *Doctrine*, págs. 351-354.

Análisis de la doctrina establecida por los órganos franceses y comunitarios en relación con los conceptos de Posición Dominante y de abuso de la misma, en tanto elementos constitutivos de este ilícito concurrencial. (L.M.L.F.).

**377. OPPO, G.:** «Diritto dell'impresa e morale sociale», Riv. Dir. Civ., fasc. I, 1992, parte prima, págs. 15-36. (Aranda/Sierra).

**378. PERNA, R.:** «Sistema brevettuale e Ufficio centrale brevetti: «Amleto in Cassazione». F.I., 1991, fasc. 5, págs. I. 1525-1530.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 12 de julio de 1990, núm. 7218. (Aranda/Sierra).

**379. PHILLIPS, Jeremy:** «A new Trade Marks regime?», *«J. Bus. Law»*, marzo, 1991, págs. 181-184.

Las propias deficiencias de la ley inglesa de marcas y la necesaria adaptación a los acuerdos internacionales suscritos, hacen necesaria una pronta reforma, cuyo contenido se examina someramente en este artículo. (P.P.D.).

**380. PINGEL, Isabelle:** «Les opérations d'initiés en droit communautaire», *SJ*, núm. 27 de 3 de julio de, 1991, *Doctrine* 3515, págs. 237-244.

Comentario de la Directiva Comunitaria 89/592, sobre coordinación de las legislaciones de los estados miembros relativas a la utilización de información privilegiada, cuya eficacia, a juicio de la autora, va a depender en buena medida de las medidas sancionadoras elegidas por cada estado y del rigor con que sean aplicadas.

A estos efectos resulta interesante la ampliación de funciones atribuida al comité, creado por la Directiva de 5 de marzo de 1979 relativa a las condiciones de admisión a cotización bursátil de valores mobiliarios, y consistente en la organización de reuniones periódicas entre las autoridades nacionales de control con la finalidad de optimizar la lucha contra la utilización de información privilegiada. (L.M.L.F.).

**381. RANDOUX, Dominique:** «Aspects juridiques du désinvestissement: «remise en cause de la prépondérance de la clientèle?», *SJ*, núm. 44 de 30 de octubre de, 1991, *Doctrine* 3533, págs. 321-334.

El derecho francés en torno a las operaciones que pueden implicar descapitalización de la empresa, se puede resumir, según señala el autor, en dos alternativas:

a) La cesión de un elemento que sea soporte de la clientela se somete al conjunto de disposiciones reguladoras de la venta del fondo de comercio.

b) La cesión aislada de un elemento del activo no soporte de clientela, no está sometida a regla específica alguna.

El presente comentario resalta la necesidad de extender el control de las operaciones que puedan implicar descapitalización, tomando en cuenta el impacto del elemento a transmitir sobre la actividad desarrollada por la empresa, sin que la referencia a la clientela sea el único factor a analizar. (L.M.L.F.).

**382. RODEWALD, J.:** «Zur Ausgestaltung von Verschmelzungs und Verschmelzungsprüfungsbericht». *BB*, 1992, págs. 237-241.

A propósito de la estructuración de una fusión empresarial y del ámbito de examen de la misma.

El artículo plantea la dualidad deber de transparencia versus protección de la empresa. Las condiciones de la fusión y el proceso de paralización de la misma son también objeto de este trabajo. (M.P.G.).

**383. RODHAIN, Claude: «Contrefaçon: «procedure d'urgence simplifiée». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 512-513.**

Análisis del nuevo procedimiento establecido para la cesación provisional de la infracción de una patente, que viene a simplificar y completar el instrumento legislativo puesto a disposición de sus titulares, permitiéndoles obtener en pocas semanas la interdicción provisional de la actividad infractora o la constitución de garantías financieras, con las solas condiciones de que la acción sobre el fondo aparezca seriamente fundamentada y que sea emprendida en un breve plazo desde el momento en el cual el titular de la patente tuviera conocimiento de los hechos. (L.M.L.F.).

**3845. RODHAIN, Claude: «Nouvelle loi sur les marques de fabrique, de commerce ou de services». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 500-502.**

Comentario de la nueva ley de marcas francesa, en relación con la cual considera el autor que el legislador ha tomado en cuenta el doble aspecto de la marca, a la vez instrumento de obtención de mercados para el fabricante y fuente de información para el consumidor. (L.M.L.F.).

**385. RODHAIN, Claude: «Innovation: «la guerre des brevets». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 503-504.**

El autor se muestra partidario de una mayor penetración del derecho de patentes en la formación de técnicos y empresarios, con la finalidad de que se generalice el recurso a los medios jurídicos arbitrados para la protección de las obras del ingenio con aplicación industrial. (L.M.L.F.).

**386. RUET, Laurent: «Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial, «Rev. trim. dr. comm.», abril-junio, 1991, págs. 151-180.**

Análisis del poder de dirección del juez en el proceso mercantil y sus competencias en la fase probatoria. (P.P.D.).

**387. TOPORKOFF, Michel: «Les Imitations d'Emballage de Produits de Grande Consommation: «Commentaires et Perspectives d'Evolution de la Jurisprudence». G.P., tomo bimestral julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 401-404.**

En el presente trabajo, realizado con importante apoyo jurisprudencial, se plantea la necesidad de proteger la creatividad, proponiéndose al efecto una rigurosa apreciación judicial del comportamiento de los limitadores, y de objetivar el

debate, mediante el más frecuente recurso a elementos como los sondeos de opinión para determinar la existencia de riesgo de asociación. (L.M.L.F.).

**388. LE TOURNEAU, Philippe:** «Liberté, Egalité, Fraternité dans le Droit de la Concurrence». G.P., tomo bimestra julio-agosto de, 1991, Doctrine, págs. 348-350.

El autor entiende que la doble vertiente del Derecho de la competencia, en tanto protector a la vez de la libertad de concurrencia y de los concurrentes al mercado, hace honor a los tres grandes valores humanísticos. (L.M.L.F.).

**389. DI VIA, L.:** «Parità di trattamento del monopolista legale e principi di correttezza e buona fede». F.I., 1991, núm. 11, parte I, págs. 3186-3200.

Anotaciones a la Sentencia de la Corte de Casación de 6 de julio de 1990, núm. 7159. (Aranda/Sierra).

**390. WERTENBRUCH, J.:** «Der Anspruch des Unternehmens auf Erteilung eines kartell-behördlichen Negativattestes». BB, 1992, págs. 219-222.

La pretensión empresarial de conseguir una certificación negativa por parte de las autoridades cartelarias.

Se hace referencia a la práctica de solicitar una atestación sobre la conformidad de una futura y planeada unión o contrato entre varias empresas con la prohibición cartelaria. Las dudas que suscita la legislación vigente hacen frecuente esta solicitud que en todo caso no es más que una información jurídica proporcionada por las autoridades cartelarias que en modo alguno vincula a los Tribunales. (M.P.G.).

**391. ZAMPILLO, A.:** «Sfrutamento oneroso di brevetto scaduto e regole antitrust». F.I., 1991, fasc. 4, págs. IV. 172-175.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Justicia de la CCE. de 12 de mayo de 1989. (Aranda/Sierra).

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

**392. ARORA, Anu:** «The regulation of the company auditor under the Companies Act, 1989, «J. Bus. Law», mayo, 1991, págs. 272-278.

La regulación británica de las sociedades de auditoría ha sido modificada para adaptarla a las Directivas séptima y octava, pero además se ha aprovechado la ocasión para introducir ciertas modificaciones no exigidas por la adaptación al

derecho comunitario, que son objeto también de análisis en este artículo. (P.P.D.).

**393. BOUCHIER, David:** «The companies Act, 1989 - Yet another attempt to remedy unfair prejudice, *«J. Bus. Law»*, marzo, 1991, págs. 132-143.

El derecho inglés ha experimentado una evolución en materia de posibilidades legales que se ofrecen al accionista que se ve perjudicado en sus intereses por el modo en que se está llevando a cabo la actividad de la sociedad. En la normativa anterior 1989 bastaba el perjuicio de uno solo de los accionistas para poder ejercitar la correspondiente acción contra la sociedad, con posterioridad a aquellas fechas es requerido el perjuicio de todos los accionistas o de una parte significativa de ellos. (P.P.D.).

**394. BOULOC, Bernard:** «Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société, *«Rev. Soc.»*, enero-marzo, 1992.

Estudio sobre la validez y problemática que presentan las garantías prestadas por los administradores sociales. (P.P.D.).

**395. BRILL, Jean-Pierre:** «Filiales communes et article 85 CEE. Étude des décisions récentes de la commission des communautés européennes, *«Rev. trim. dr. comm.»*, enero-marzo, 1992, págs. 87-107.

Examen de los múltiples problemas que desde el punto de vista del derecho de la competencia presenta un filial común y cómo han sido afrontados por la Comisión de las Comunidades europeas. (P.P.D.).

**396. BRUNEAU, Pierre-Pascal:** «Fusions Franco-Britanniques», G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 622-625.

En el presente artículo se ponen de manifiesto los problemas que conlleva la necesidad de adaptar los textos nacionales a situaciones no previstas por el legislador, como ocurre en el supuesto de una fusión entre una sociedad francesa y otra inglesa, ante la inexistencia de un modelo jurídico de Sociedad Europea. (L.M.L.F.).

**397. DANIELE, L.:** «Corte costituzionale e direttive comunitarie. Note a Corte Cost. 18 aprile, 1991, núm. 168». F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs. 662-667.

Sobre la emisión de acciones societarias. Contrastes entre la normativa comunitaria y la nacional. Inmediata aplicabilidad de la normativa comunitaria. (Aranda/Sierra).

**398. DRYGALA, T.: «Die Rechtsfolgen eigenkapitalersetzender Nutzungs-überlassung». BB, 1992, págs. 80-82.**

Consecuencias de la cesión del aprovechamiento del propio capital.

El autor estudia el régimen jurídico de las situaciones en las que un socio de una sociedad de responsabilidad limitada arrienda o cede bienes necesarios para el funcionamiento de la empresa. Considera que la obligación del socio cedente de poner a disposición de la sociedad los bienes cedidos no es ni la única ni la suficiente consecuencia jurídica de la cesión, analizando otra serie de obligaciones al respecto. (M.P.G.).

**399. DURANCE, Alain: «Les sociétés anonymes de crédit immobilier. Structuration et diversification (Lois núms. 91-457 du 15 mai, 1991 et 91-1662 du 13 juillet, 1991)». RDI, núm. 4, 1991, págs. 441-446.**

Estudio de las peculiaridades de estos entes sociales, creados para favorecer el acceso a la propiedad. (L.M.L.F.).

**400. FONTANA, C. A.: «Le clause di gradimento». Riv. Dir. Civ., 1992, fasc. I, parte seconda, págs. 25-62.**

La cláusula de «gradimento» como subordinación, por medio de una cláusula estatutaria, al consenso de los órganos sociales o de terceros, para la transmisión de participaciones. (Aranda/Sierra).

**401. GAUDEMARIS, Michel de: «Théorie de l'apparence et sociétés, «Rev. Soc.», julio-septiembre, 1991, págs. 465-498.**

En la teoría de la apariencia en materia de sociedades se aprecia simultáneamente una doble tendencia: por una parte, la disminución de su aplicación en los temas de sociedades anuladas o simuladas y, por otra, una renovada aplicación en otros ámbitos en los que tradicionalmente se hallaba ausente. (P.P.D.).

**402. GRIECO, C.: «Il conflitto di interessi in generale e nell'ambito dei gruppi di società». G.C., 1991, fasc. 3, págs. II. 141-168.**

La representación en general y la representación orgánica. La responsabilidad por actos de los auxiliares. El conflicto de intereses en la representación de órganos: doctrina y jurisprudencia. (Aranda/Sierra).

**403. GYSELEN, Luc: «Le règlement du conseil des communautés européennes relatif au contrôle de opérations de concentration entre entreprises, «Rev. trim. dr. comm.», enero-marzo, 1992, págs. 5-47.**

Estudio del Reglamento comunitario de 21 de septiembre de 1990 en materia de concentración de empresas. En concreto se examinan sus presupuestos, ámbitos de aplicación y proceso a seguir. (P.P.D.).

**404. HANNOUN, Charley:** «Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, «*Rev. Soc.*», enero-marzo, 1991, págs. 45-66.

Repaso al ámbito de aplicación, causas y límites al efecto extintivo de la prescripción de la acción de nulidad en materia de sociedades. (P.P.D.).

**405. HOFFMANN, W. D.:** «Sind wertlose Forderungen gegen Kapitalgesellschaften zum Nennwert einlagefähig». *BB*, 1992, págs. 575-581.

Se ocupa el artículo de las formas de imputación de aquellas prestaciones no dinerarias que la sociedad exige de un tercero y especialmente de las exigidas a la sociedad por un socio. (M.P.G.).

**406. KEEGAN, Sabina:** «The european economic interest grouping, «*J. Bus. Law*», septiembre, 1991, págs. 457-462.

Examen de los objetivos y regulación de la agrupación europea de interés económico. (P.P.D.).

**407. KOCH, Ulrich:** «Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts in den Jahren, 1989/90», *NJW*, 1992, págs. 404 y ss.

Exposición de las novedades introducidas en 1989 y 1990 en el Derecho de Sociedades. (E.G.C.).

**408. KREMER, R.:** «Die Rechtsstellung des vermeintlichen Erben in der GmbH». *BB*, 1992, págs. 159-162.

La situación jurídica de los pretendidos herederos en la sociedad de responsabilidad limitada.

El autor defiende la propuesta de que la regulación prevista por el 16.1.º de la Ley sobre sociedades de responsabilidad limitada, donde se disciplinan las condiciones para que el adquirente de una parte de la sociedad sea considerado como tal (prueba de la compra y admisión por la sociedad), debe aplicarse análogicamente a la situación de quien adquiere una parte de la sociedad por haberla heredado de un anterior socio. (M.P.G.).

**409. KÜHN, W.:** «Probleme mit Minderheitsaktionären in der Aktiengesellschaft». *BB*, 1992, págs. 291-299.

Problemas con los accionistas minoritarios en las Sociedades anónimas.

El autor analiza los mecanismos legales empleados por los accionistas minoritarios, «profesionales recurrentes», para obstaculizar la vida de la sociedad e

impedir la puesta en marcha de los acuerdos societarios, así como las posibles alternativas para solucionar un bloqueo tal. (M.P.G.).

**410. LANGEHEINE, Bernard:** «Judicial review in the field of merger control, «J. Bus. Law», marzo, 1992, págs. 121-135.

Se pone de manifiesto como las características del control judicial de las decisiones de la Comisión europea en materia de fusiones no difiere sustancialmente de otros campos del derecho comunitario de la competencia. (P.P.D.).

**411. LEGROS, Jean-Pierre:** «La nullité des décisions de sociétés, «Rev. Soc.», abril-junio, 1991, págs. 275-329.

Estudio del régimen jurídico de la nulidad de los acuerdos de los órganos sociales. (P.P.D.).

**412. DE LORENZO, C.:** «Gruppo di società e impresa di gruppo: «una difficile “reductio ad unum”. Osservazioni a Cass. 8 maggio, 1991, núm. 5123». F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs. 817-830. (Aranda/Sierra).

**413. LUTTER, Marcus:** «L'apport en numéraire fictif: «une théorie allemande et un problème de droit européen, «Rev. Soc.», abril-junio, 1991, págs. 331-346.

Problemas de armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de las Comunidades europeas en materia de los principios de aportación real de capital y conservación del capital. (P.P.D.).

**414. MAJEROWICK, Simone:** «Des difficultés de la représentation des collectivités locales, administrateurs de sociétés d'économie mixte». SJ, núms. 51-52 de 18 de diciembre de, 1991, Doctrine 3543, págs. 389-395.

La autora, tras proceder a su detenido análisis, se lamenta de que la responsabilidad de los administradores representantes de entidades locales en las sociedades de economía mixta revista un régimen complejo y alejado en gran medida del establecido para el administrador de la sociedad anónima por la ley de 1966. (L.M.L.F.).

**415. MAROTZKE, W.:** «Haftungsverhältnisse und Probleme der Nachlaßverwaltung bei der Beerbung des einzigen Komplementärs durch den einzigen Kommanditisten». ZHR, 156 (1992), págs. 17-44.

Relaciones de responsabilidad y problemas de gestión de la herencia en la sucesión del único socio colectivo por el único socio comanditario.



Análisis de la extensión de la responsabilidad del socio comanditario que hereda la parte de sociedad de su único socio. (M.P.G.).

**416. DI MAURO, N.:** «Brevi considerazioni in tema di riduzioni del capitale per perdite nella s.p.a.». G.C., 1991, núm. 12, parte seconda, págs. 569-575.

Estudio sobre la normativa que tutela la integridad del patrimonio social durante la vida de la sociedad. (Aranda/Sierra).

**417. McCLEAN, Anthony:** «Mergers and Joint Ventures with a community dimension and other acquisitions», *J. Bus. Law*, marzo, 1992, págs. 137-159.

Análisis del ámbito de aplicación de la regulación comunitaria en tema de fusiones y el procedimiento a seguir ante los órganos comunitarios. Asimismo se pone de manifiesto cómo las «Joint Ventures» si bien escapan a aquella regulación, su admisibilidad desde el punto de vista del derecho de la competencia ha de ser examinada a la luz del art. 85 del Tratado de Roma. (P.P.D.).

**418. MELI, V.:** «Inapplicabilità dell'art. 2480 c.c. in presenza di una clausola di prelazione al trasferimento di cuote di s.r.l. Note a Cass. 3 aprile, 1991, núm. 3482». F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs. 844-854. (Aranda/Sierra).

**419. NICCOLINI, G.:** «Schede di inedita giurisprudenza onoraria in materia societaria». F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. I. 2221-2237.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Pavia de 28 de diciembre de 1990. (Aranda/Sierra).

**420. NICCOLINI, G.:** «Note minime in tema di giudice territorialmente competente a pronunciarsi sulla opposizione de creditori alla fusione». F.I., 1991, fasc. 6, págs. I. 1802-1812.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 5 de marzo de 1991, núm. 2321. (Aranda/Sierra).

**421. PAGANO, M.:** «Profili processuali della revoca del liquidatore nelle società di capitali». F.I., 1991, fasc. 4, págs. I. 1263-1267.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Milán de 9 de abril de 1990 y Pret. de Milán de 2 de julio de 1990. (Aranda/Sierra).

**422. PARLEANI, Gilbert:** «Les pactes d'actionnaires, *«Rev. Soc.»*, enero-marzo, 1991, págs. 1-44.

Con base en la libertad contractual se señala el carácter complementario de los pactos entre accionistas respecto a las reglas que gobiernan una sociedad anónima. Su licitud y eficacia no sólo han de ser examinadas desde la perspectiva del derecho común, sino también desde otros sectores del ordenamiento, como el derecho bursátil o el derecho de la competencia. (P.P.D.).

**423. POILLOT PERUZZETTO, Sylvaine:** «Premier bilan sur la pratique décisionnelle de la commission dan l'application du règlement relatif au contrôle des concentrations, *«Rev. trim. dr. comm.»*, enero-marzo, 1991, págs. 49-86.

Balance del primer año de aplicación del Reglamento comunitario en material de concentración de empresas, que pone de relieve como a pesar de que los términos del Reglamento no parece tener en cuenta las diferentes bases económicas de la pluralidad de las operaciones de concentración, la Comisión sin embargo sí ha tenido en cuenta la diversidad esa diversidad en el fundamento económico, incidiendo en la aplicación del Reglamento. (P.P.D.).

**424. REIGNE, Philippe:** «Revocabilité «ad nutum» des mandataires sociaux et faute de la société, *«Rev. Soc.»*, julio-septiembre, 1991, págs. 499-515.

Siendo la revocación «ad nutum» una de las características del estatuto jurídico de los administradores, aquéllas, sin embargo, puede ser irregular o abusiva, dando lugar a una obligación de indemnizar por daños y perjuicios a cargo de la sociedad. (P.P.D.).

**425. RITTER, W.:** «Das Steueränderungsgesetz, 1992 un die Besteuerung grenz-überschreitender Unternehmenstätigkeit». *BB*, 1992, págs. 361-368.

La Ley fiscal de 1992 y la tributación de empresas con actividad internacional.

El artículo analiza la nueva situación jurídica tras el cumplimiento de las Directivas comunitarias sobre sociedades matrices y filiales y sobre fusión de sociedades (julio 1990) con actividad supraestatal. Se ocupa también de la total problemática de la doble imposición internacional y de armonización fiscal en la Comunidad europea. (M.P.G.).

**426. SAENGER, Ingo:** «Hinzuziehung von Stellvertreter oder Beistand bei Beschlußfassung und Kontrolle im Gesellschaftsrecht (NJW), 1992, págs. 348 y ss.

Acerca de los problemas que puede plantear en la marcha de una sociedad la intervención de un tercero designado por uno de los socios para el ejercicio de

derechos sociales (v. gr., para votar en las reuniones o para ejercer el derecho de información); además de presentar el estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia alemanas, el autor expone algunos criterios a favor de la permisión de la intervención de terceros en determinados supuestos. (E.G.C.).

**427. SAINT-GIRONS, Bernard:** «Le décret du 4 avril, 1991 et l'ouverture du capital des entreprises publiques», «Rev. trim. dr. com», julio-septiembre, 1991, págs. 349-356.

Perspectiva general sobre el proceso de privatización de las empresas públicas francesas y los mecanismos arbitrados a tal fin. (P.P.D.).

**428. SAINTOURENS, Bernard:** «Les sociétés d'exercice libéral», «Rev. Soc.», octubre-diciembre, 1991, págs. 707-735.

Aunque habitualmente las sociedades profesionales adoptan la forma de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o comanditarias por acciones, sus peculiaridades han llevado al Legislador francés a introducir disposiciones específicas que tienen en cuenta las peculiaridades de las sociedades profesionales. (P.P.D.).

**429. SANTARSIERE, V.:** «Precetto normativo sulle assemblee speciali. Prima applicazione a compagini sociali non azionarie. Nota a Cass. 22 maggio, 1991, núm. 5772». G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 496-499. (Aranda/Sierra).

**430. SANTARSIERE, V.:** «Trasferimento di partecipazione ed azioni di una società giuridicamente "mai nata"». G.C., 1991, fasc. 2, págs. I. 378-380.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 16 de junio de 1990, núm. 6080. (Aranda/Sierra).

**431. SCHELLHORN, M.:** «Ausweis eines Verschmelzungsmehrwerts nach 348 Abs 2 Satz 2 AktG». BB, 1992, págs. 395-398.

Prueba del aumento del valor de la fusión empresarial según el 348.2.2 de la Ley alemana de Sociedades Anónimas. (M.P.G.).

**432. SCHIMMELPFENNIG, Hans-Christoph y HAUSCHKA, Christoph E.:** «Die Zulassung der Ein-Personen-GmbH in Europa und die Änderungen des deutschen GmbH-Rechts», NJW, 1992, págs. 942 y ss.

La introducción y estandarización de la sociedad unipersonal en todos los Estados miembros fue el objetivo de la decimosegunda Directiva en materia de

Derecho de Sociedades de la Comunidad Europea. Su traslado al Derecho nacional no supuso ningún problema especial par el legislador alemán (ya que se trata de una institución perfectamente conocida en su regulación de la sociedad de responsabilidad limitada), pero da pie a los autores de este artículo para abordar algunas cuestiones problemáticas del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada. (E.G.C.).

**433. SCHMIDT, K.: «Unterbilanzhaftung- Vorbelastunghaftung-Gesellschafter-haftung». ZHR, 156 (1992), págs. 93-133.**

El autor analiza las diferencias, más allá de lo meramente terminológico y siempre en materia de sociedades limitadas, entre los conceptos de *Differenzhaftung*, que debe ser referida únicamente a la responsabilidad por las aportaciones en especie del § 9 de la GmbHG, *Unterbilanzhaftung* o responsabilidad por la diferencia entre el patrimonio activo y el capital social y *Vorbelastunghaftung*, circunscrita a la responsabilidad por las pérdidas operativas. (M.P.G.).

**434. SPEZIA, F.: «L'esclusione di diritto del socio dichiarato fallito». G.C., 1992, fasc. 3, parte seconda, págs. 159-163.**

Estudia uno de los supuestos del art. 2288 c.c., la exclusión del socio declarado quebrado, tras la declaración judicial de quiebra. Nos habla de la razón de esta exclusión así como de sus efectos. (Aranda/Sierra).

**435. STEINDORFF, Ernst: «Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EWGV und Europäisches Gesellschaftsrecht». ZHR, 156 (1992), págs. 1-16.**

La obligación de la cuestión prejudicial según el art. 177.3 del Tratado de Roma y el Derecho europeo de sociedades.

El artículo analiza la extensión del recurso prejudicial que de conformidad con el art. 177.3 del Tratado de la Comunidad Europea deben suscitar ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso alguno, siempre que se plantee una cuestión sobre interpretación del Derecho comunitario. El recurso al Derecho de sociedades es ejemplificativo. (M.P.G.).

**436. TEDESCHI, D.: «Trasferimento dei diritti di partecipazione ad una società per azioni non ancora iscritta». F.I., 1991, fasc. 9, págs. I. 2482-2485.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 16 de junio de 1990, núm. 6080. (Aranda/Sierra).

**437. TOFFOLI, S.: «Associazioni: «non riconosciute: «autonomia organizzativa e metodi di votazione tra principi costituzionali e modelli legali.**

**Osservazioni de App. Milano 316 maggio, 1991». F.I., 1992, fasc. 3, parte I, págs. 925-938. (Aranda/Sierra).**

**438. TROUSSIÈRE, Paul: «Informations nouvelles des actionnaires en cas de fusion ou d'augmentation de capital». G.P., tomo bimestral septièm-bre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 634-638.**

Estudio del contenido del decreto número 91-153 de 7 de febrero de 1991, estructurado en dos apartados, referidos respectivamente a las emisiones con mantenimiento del derecho de suscripción preferente y con supresión del mencionado derecho. (L.M.L.F.).

**439. VIDIRI, G.: «Spese di costituzione della società cooperativa e giudizio di omologazione». F.I., 1991, fasc. 6, págs. I., 1916-1921.**

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 15 de marzo de 1990. (Aranda/Sierra).

**440. WEBER, K.: «Eigenkapitalersetzende Darlehen des GmbH-Gesellschafters». BB, 1992, págs. 525-531.**

El artículo analiza el régimen jurídico del préstamo realizado a la sociedad de responsabilidad limitada por uno de sus socios, a título no de participación social, sino de capital exterior, separación discutida desde el punto de vista fiscal y desde la perspectiva del balance y eventual existencia de una aportación social encubierta que ha encontrado distinto eco en la judicatura alemana. (M.P.G.).

**441. WESTERMANN, P.: «Individualrechte und unternehmerische Handlungsfreiheit im Aktienrecht». ZHR, 156 (1992), págs. 203-226.**

Derechos individuales y libertad comercial en el Derecho societario. (M.P.G.).

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRAFICO

**442. BRYCH, F.: «Ausgleichsanspruch bei jedweder Art von Eigenkündigung?» BB, 1992, págs. 8-9.**

¿Demanda de indemnización en cada supuesto de autoresolución?

En el artículo se analiza la situación del representante comercial ante los supuestos de enfermedad, alcance de la edad de jubilación o disminución de su capacidad, frente a la posibilidad de una recompensa desde una perspectiva legal y constitucional. (M.P.G.).

443. CAPRIGLIONE, F.: «Porta a porta, del avanche e attività d'intermediazione mobiliare». BBTC, 1992, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, págs., 192-212.

Estudio sobre la intermediación mobiliaria de la banca. (Aranda/Sierra).

444. CASO, F.: «Risky business: «il venerdì nero della lira (e dei banchieri mandatari)». F.I., 1991, fasc. 9, págs. I. 2506-2511.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de apelación de Roma de 3 de junio de 1991. (Aranda/Sierra).

445. CHINE, G.: «In tema di fideiussione unilaterale. Nota a Cass. 18 marzo, 1991, núm. 2890». G.C., 1992, núm. 2, part prima, págs. 517-519. (Aranda/Sierra).

446. LABANCA, A.: «Il criterio dell'accorto banchiere e la clausola di non trasferibilità nell'assegno bancario», BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, págs. 113-120.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Milán de 20 de julio de 1990. (Aranda/Sierra).

447. LAURINI, G.: «Sulla legittimità del protesto di assegno presso la stanza di compensazione». BBTC, 1992, fasc. II (marzo-aprile), parte prima, págs. 232-238. (Aranda/Sierra).

448. LOFFREDO, e.: «Le partizipazioni societarie delle Banche: «profili sistematici», Riv. Dir. Civ., 1992, fasc. I, parte seconda, págs. 63-114. (Aranda/Sierra).

449. DE SIMONE, M. R.: «Osservazioni a Cass. 12 settembre, 1990, núm. 9427, in tema di efficacia delle scritturazioni in conto corrente», BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, págs. 44-45. (Aranda/Sierra).

450. TRIOLA, R.: «Interclusione del fondo a seguito dell'esercizio della prelazione e obblighi dell'affittuario. Osserv. a Cass. 17 luglio, 1992, núm. 7931». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 735. (Aranda/Sierra).

451. WEIMAR, R.: «Grundfragen zum Kapitalersatzrecht der Treuhandunternehmen». BB, 1992, págs. 82-87.

Cuestiones básicas sobre el capital de las empresas fiduciarias.

En el artículo se analiza el proceso de saneamiento, reestructuración y acomodación a los tipos societarios de la República Federal de las empresas de la antigua DDR, a la luz de la Ley sobre privatización y reorganización de los bienes públicos de 17 de junio de 1990, modificada por la Ley de 22 de marzo de 1991. (M.P.G.).

#### 4. CONTRATOS MERCANTILES

**452. BONOMI, A.:** «Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: «La convenzione di Roma del, 19 giugno, 1980 è entrata in vigore». BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, págs. 36.107. (Aranda/Sierra).

**453. CARRIERO, G.:** «Abusivismo bancario ed occasioni perdute». F.I., 1991, núm. 10, parte prima, págs. 2709-2712.

Notas a la Sentencia de la Corte de Casación de 27 de junio de 1991, núm. 7209. (Aranda/Sierra).

**454. DEL CASTELLO, F.:** «Risarcimento del danno biologico e diritto di regresso del' assicuratore. Osservazione a C. cost. 18 luglio, 1991, núm. 356». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 20 y ss. (Aranda/Sierra).

**455. CATALLOZZI, P.:** «Obbligo di contrarre del' ENEL e parità di trattamento degli utenti», G.C., 1991, núm. 12, parte prima, págs. 3041-3045.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación, sección I, de 28 de diciembre de 1990, núm. 12196 sobre contrato de suministro de energía eléctrica y condiciones del contrato. (Aranda/Sierra).

**456. CHANDLER, P. A.:** «Trainted by Undue influence role of the intermediary, «J. bus. Law», julio, 1991, págs. 333-341.

Se pone de relieve cómo en ocasiones el intermediario financiero es el más fuerte en una negociación y los abusos a que ello puede dar lugar. (P.P.D.).

**457. CICCOTTI, S.:** «Competizione commerciale ed interessi del consumatore: «cenni sulla persistente discrasia tra disciplina comunitaria e normativa interna. Nota a Cass., 19 marzo, 1991, núm. 2942». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 182-188. (Aranda/Sierra).

**458. COTINO, E.:** «La polizza cauzionale tra assicurazione e fideiussione». G.C., 1991, fasc. 3, pág. I. 774.

Comentario a la sentencia de la apelación de Milán de 4 de mayo de 1990. (Aranda/Sierra).

**459. COSTANZA, M.:** «Fideiussione omnibus: «clausole in deroga all'art., 1956 c.c. Invalidità o inefficacia. Nota ad app. de Napoli 24 aprile, 1991». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 221.222. (Aranda/Sierra).

**460. DOLMETA, A. A.:** «La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale». BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte prima, págs. 1-35.

El autor estudia las fases de evolución del problema. Continúa con el objeto del contrato y la buena fe de su cumplimiento. Expone, finalmente, algunas reflexiones sobre la fase actual del problema. (Aranda/Sierra).

**461. FELTHAM, J. D.:** «C.I.F. and F.O.B. contracts and the Vienna Convention on contracts for the international sale of goods, «J. Bus. Law», septiembre, 1991, págs. 413-425.

El autor analiza la incidencia de la Convención de Viena sobre compraventa internacional en los problemas interpretativos sobre ley aplicable derivados de las ventas C.I.F. y F.O.B. (P.P.D.).

**462. FERRIER, Didier:** «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», RDS, 1991, Chronique XLVI, págs. 237-240.

Una reciente sentencia del Tribunal de Casación ha acudido a la artificiosa distinción entre contrato-marco y contratos de ejecución para evitar la severidad de una corriente jurisprudencial que venía declarando la nulidad de las obligaciones de compra sin establecimiento de precio, contenidas en los contratos de aprovisionamiento exclusivo. El autor, al hilo de la mencionada sentencia, analiza otros remedios posibles para armonizar la técnica jurídica con la utilidad económica, citando a estos efectos las cláusulas de precio de mercado, oferta concurrente y, de modo especial, el precio de catálogo. (L.M.L.F.).

**463. FREDDI, A.:** «Contenuto e destinatario del prospetto informativo», BBTC, 1992, fasc. II (marzo-aprile), parte seconda, págs. 170-195.

Comentario a las Sentencias de la Corte de Casación de 9 de abril de 1991 y del Tribunal de Milán de 30 de julio de 1990. (Aranda/Sierra).



**464. GIANNANTONIO, E.:** «Trasferimenti elettronici di fondi e inadempimento», *F.I.*, 1991, fasc. 7-8, págs. V. 423-438.

Análisis centrado en la responsabilidad por incumplimiento en los casos de transmisión de dinero de una persona a otra mediante sistemas electrónicos. (Aranda/Sierra).

**465. GORTON, Lars:** «Ship management agreements», «*J. Bus. Law*», noviembre, 1991, págs. 562-574.

Se realiza un análisis del régimen jurídico del gestor naviero. (P.P.D.).

**466. GRALL, Jean-Christophe:** «Le Décret Doubin: «un texte tant attendu et déjà si contesté», *G.P.*, tomo bimestral noviembre-diciembre de, 1991, *Doctrine*, págs. 767-769.

Estudio del campo de aplicación y del concreto contenido del deber de información precontractual puesto a cargo, por la ley de 31 de diciembre de 1989, de toda persona que ponga a disposición de otra un nombre comercial, una marca o un rótulo comercial, exigiéndole una obligación de exclusividad o de cuasi exclusividad. (L.M.L.F.).

**467. GRANIER, Thierry:** «Prix imposés, prix conseillés: «le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence», «*Rev. trim. dr. comm.*», julio-septiembre, 1991, págs. 357-374.

Estudio de la licitud del contrato de franquicia y la posible ilicitud de ciertas cláusulas, en especial las que supongan discriminación o fijación o recomendación de precios; sin embargo, tanto la jurisprudencia francesa como la comunitaria han aceptado dentro de ciertos límites la posibilidad del franquiciante de recurrir a la recomendación de precios. (P.P.D.).

**468. GRANTHAM, Ross:** «The judicial extension of director's duties to creditors», «*J. Bus. Law*», enero, 1991, págs. 1-18.

Se examinan los términos de la polémica acerca de la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales. (P.P.D.).

**469. HABERSACK, M.:** «Drittfinanzierter Immobilien- und Beteiligungserwerb unter Geltung del § 9 VerbrKrG». *ZHR*, 156 (1992), págs. 45-63.

Adquisiciones inmobiliarias y adquisiciones con participación financiadas por terceros, bajo la vigencia del párrafo 9 de la Ley del crédito al consumidor.

El autor analiza la problemática planteada por la aplicación del § 9 de la Ley de crédito al consumidor de 17 de diciembre de 1990 a los contratos de adquisi-

ción con participación (Beteiligungserwerb) y adquisición de inmuebles —en la medida en que estos últimos no caigan en la exclusión del § 3.2 de la mencionada ley—, financiados mediante contratos de crédito pactados con un tercero. En particular, interesa al autor el alcance del § 9.2 en el que se establece que la declaración de voluntad del consumidor en el contrato de adquisición sólo será eficaz si éste no ha ejercido el derecho de retractarse del contrato de crédito (Widerrufsrecht) (M.P.G.).

**470. HOOLEY, Richard:** «Consideration and the existing duty, *J. Bus. Law*», enero, 1991, págs., 19-49.

Estudio de la más reciente jurisprudencia sobre el valor de la promesa contractual a la luz de la posibilidad de renegociación de un contrato. (P.P.D.).

**471. KOSTIGOFF, Michel:** «L'interdiction d'exporter: «un modèle d'entente prohibée par l'article 85 du traité CEE», *RDS, 1991, Chronique XLII*, págs. 215-220.

El autor se asombra de que aún en 1991 numerosas empresas continúen utilizando en sus contratos de distribución cláusulas en las cuales se contengan prohibiciones de exportar, frente a las reiteradas resoluciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenando con singular dureza tales acuerdos. (L.M.L.F.).

**472. LAURINI, G.:** «Sull'obbligo della tenuta del'indice del repertorio dei protesti cambiari». *BBTC, 1992, fasc. II (marzo-aprile), parte seconda*, págs. 212-214.

Comentario a las Sentencias de la Corte de Casación de 9 de abril de 1991 y del Tribunal de Milán de 30 de julio de 1990. (Aranda/Sierra).

**473. LEGRAND, Marie-Noëlle:** «Les comptes bancaires dits spéciaux et les principes du compte courant». *SJ*, núms. 28-29, de 17 de julio de, 1991, *Doctrine 3517*, págs. 254-256.

El problema planteado por la coexistencia de un contrato de cuenta corriente y de una o varias cuentas «especiales» entre un cliente y una misma entidad de crédito es objeto de análisis en el presente comentario, en especial por cuanto puede suponer de excepción al principio de generalidad de las remesas. (L.M.L.F.).

**474. LUCCHINI, E.:** «La risoluzione del contratto di leasing finanziario». *RTDPC, 1991, núm. 2*, págs. 491-509.

La problemática sobre la configuración del leasing incide en la normativa aplicable en caso de resolución. La Corte de Casación en Sentencia de 13 de

diciembre de 1989, núm. 5569 distingue dos tipos de casación. El autor lo critica. Aplicación del art. 1526 C.c. (Aranda/Sierra).

**475. MASTRORILLI, A.:** «Vendita sottocosto: «concorrenza o prelazione? Nota a Cort. Giust. CEE 3 luglio, 1991, causa C-62/86». F.I., 1992, núm. 2, parte cuarta, págs. 81-105.

Venta de producto a precio superior al costo medio variable de producción pero inferior al costo total, por parte de empresa con posición dominante en el mercado, con el fin de eliminar a otra empresa de distinto sector pero allegado al primero. Constituye un abuso de posición dominante. (Aranda/Sierra).

**476. MÖSCHEL, Wernhard:** «La distribution sélective d'automobiles en droit européen de la concurrence, «Rev. trim. dr. comm.», junio-marzo, 1991, págs. 1-26.

Estudio introductorio al Reglamento comunitario núm. 123/85 de 12 de diciembre de 1984 de exención respecto a la distribución y ciertos servicios post-venta en el sector automovilístico. (P.P.D.).

**477. DI PALMA, S.:** «I rischi del (l'assicurazione a) primo rischio». F.I., 1991, fasc. 5, págs. I. 1466-1471.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 5 de enero de 1991, núm. 44. (Aranda/Sierra).

**478. RANIERI, F.:** «La fideiussione omnibus nell'esperanza giuridica straniera», BBTC, 1992, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, págs. 213-230.

Estudia la dimensión del problema en el Derecho continental. El formalismo como instrumento de la tutela del fiador «omnibus»: evolución de los datos legislativos actuales. Se basa en la jurisprudencia francesa y belga, derecho y jurisprudencia alemana, en paralelismo con la doctrina y jurisprudencia italiana; los dos modelos en la experiencia de la Europa continental. (Aranda/Sierra).

**479. RICATTE, J.:** «La clause dite "du client le plus favorisé"». G.P., tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, Doctrine, págs. 600-606.

Estudio de la problemática planteada por la cláusula del «cliente más favorecido», en especial de aquella versión de la misma según la cual el suministrador se obliga a hacer beneficiario a su cliente de aquellas condiciones, en conjunto más favorables, pactadas con otros clientes para cantidades y calidades similares del producto o servicio contratado. (L.M.L.F.).

**480. RIGHINI, E.:** «Ruolo e funzione del depositario-amministratore di valori mobiliari nella sollecitazione del pubblico risparmio». *BBTC*, 1992, fasc. II (marzo-abril), parte seconda, págs., 196-207.

Comentario a las Sentencias de la Corte de Casación de 9 de abril de 1991 y del Tribunal de Milán de 30 de julio de 1990. (Aranda/Sierra).

**4813. SALVATORE, M.:** «La comminatoria di nullità nella repressione della concentrazione nel settore delle comunicazioni di massa. Profili generali». *G.C.*, 1992, fasc. 3, parte seconda, págs. 165-176.

Explica la aplicación de la normativa antitrust a las empresas que operan en el sector de las comunicaciones de masas, en base a una función de tutela del derecho a la libertad de expresión y al derecho de recibir información completa y correcta, de una diversidad de fuentes independientes. (Aranda/Sierra).

**482. THREARD, Jean:** «L'art. 1.º de la Loi doubin du 31 Décembre, 1989 et les contrats de concession et de franchise», *G.P.*, tomo bimestral septembre-octobre de, 1991, *Doctrine*, págs. 609-612.

El autor comenta la citada ley francesa en cuanto viene a poner fin a una situación de inseguridad jurídica, regulando el alcance del deber precontractual de información puesto a cargo del suministrador y en favor de quienes hayan de incorporarse a su red de distribución mediante la celebración de un contrato de concesión o franquicia. (L.M.L.F.).

**483. VALCAVI, G.:** «Sulla nullità "ope legis" delle fideiussioni "omni-bus" e sulle relative conseguenze. Note a Cass. 11 luglio, 1991, núm. 7696». *F.I.*, 1992, fasc. 3, parte I, págs. 791-797. (Aranda/Sierra).

**484. VALLENS, Jean-Luc:** «L'effect du redressement judiciaire sur les instances en cours», *Rev. trim. dr. comm.*, octubre-diciembre, 1991, págs. 529-563.

Análisis de las recientes modificaciones del derecho francés en materia procesal relativas a los procedimientos concursales. (P.P.D.).

**485. WALDRON, A. J.:** «The Hamburg Rules - A boondoggle for lawyers», *J. Bus. Law*, julio, 1991, págs. 305-319.

Trece años después de la aprobación de las llamadas Reglas de Hamburgo, elaboradas al amparo de la Convención de las Naciones Unidas para el transporte marítimo de mercancías, ha recibido el suficiente número de adhesiones para su entrada en vigor. El autor aprovecha esta ocasión para reflexionar sobre su

impacto en la regulación internacional de la responsabilidad en el transporte marítimo. (P.P.D.).

**486. ZANOTTI, M.: «Falsità del prospetto informativo ex articolo 18 l. 216/1974 e incriminazioni pertinenti». BBTC., 1992, fasc. II (marzo-abrile), parte seconda, págs. 158-170.**

Comentario a las Sentencias de la Corte de Casación de 9 de abril de 1991 y del Tribunal de Milán de 30 de julio de 1990. (Aranda/Sierra).

## 5. DERECHO CAMBIARIO

**487. MARTORANO, F.: «Titoli impropri e documenti di legittimazione». BBTC, 1992, fasc. II (marzo-abrile), parte prima, págs. 169-191.**

Basa el artículo en la interpretación del artículo 2002 del Codice, la necesidad de individualizar las funciones respectivas de las dos categorías de documentos indicados en él. Los títulos propios y su circulación; garantía en blanco, etc. (Aranda/Sierra).

## 6. DERECHO CONCURSAL

**488. BARATTA, R.: «L'estensione della "teoria dell'effetto diretto" alle raccomandazioni C.e.c.a.: «le sue conseguenze in un caso di fallimento». G.C., 1991, fasc. 3, págs. 524-528.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Justicia de la Com. Eur. de 22 de febrero de 1990. (Aranda/Sierra).

**489. LO CASCIO, G.: «Dichirazione di fallimento della società che sia stata costituita in Italia e che abbia trasferito la propria sede legale all'estero. Note a Cass. 26 aprile, 1991, núm. 4593». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 820-822. (Aranda/Sierra).**

**490. CASO, F.: «Forche caudine per l'universalità del fallimento». F.I., 1991, fasc. 5, págs. I. 1483-1489.**

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 19 de diciembre de 1990, núm. 12031. (Aranda/Sierra).

491. DEL CASTELLO, F.: «Sulla dichiarazione di fallimento delle piccole società artigiane. Osservazione a Corte Cost. 21 luglio, 1991, núm. 368». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 586-587. (Aranda/Sierra).

492. CUCCHI, B.: «Controversia di lavoro instaurata dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento. Osservazione a la Pretura Milano 10 luglio, 1991». G.C., 1992, núm. 1, parte prima, págs. 255-256. (Aranda/Sierra).

493. DIDONE, A.: «L'opposizione al fallimento e l'articolo 327 c.p.c. Nota a cass. 20 giugno, 1991, núm. 6979». G.C., 1992, núm. 2, parte prima, págs. 472-474. (Aranda/Sierra).

494. DIDONE, A.: «Osservazioni in tema di garanzia prestata del fallito per debito altrui. Note a Cass. 28 settembre, 1991, núm. 10161». G.C., 1992, fasc. 3, parte prima, págs. 690-692. (Aranda/Sierra).

495. FABIANI, M.: «Revocatoria fallimentare: «un "puzzle" tutt'altro che definito. Nota a Cass. 9 maggio, 1991, núm. 5193; 7 maggio, 1991, núm. 5025; 22 maggio, 1991, núm. 3110; 21 marzo, 1991, núm. 3060; App. Roma 29 aprile, 1991». F.I., 1992, núm. 1, parte prima, pág. 152. (Aranda/Sierra).

500. FABIANI, M.: «Prime impresioni su alcune interferenze fra la riforma del codice di procedura civile e la legge fallimentare». F.I., 1991, fasc. 7-8, págs. I. 2170-2180.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 20 de abril de 1990, núm. 3306. (Aranda/Sierra).

501. FINOCCHIARO, M.: «Considerazioni brevissime sul fallimento dell'impresa familiare». G.C., 1991, fasc. 3, págs. I. 671-671.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 27 de junio de 1990, núm. 6559. (Aranda/Sierra).

502. GENOVESE, F. A.: «Un fenomeno preoccupante: «la crescita incontrollata dei fallimenti». G.C., 1991, fasc. 3, págs. II. 187-192.

Estudio estadístico del crecimiento de las situaciones de quiebra en Italia en el período de 1 de julio de 1979 a 30 de junio de 1989. (Aranda/Sierra).

503. INZITARI, B.: «Presupposti civilistici e fallimentari per il riconoscimento al creditore fallimentare della facoltà di compensazione». BBTC, 1992, fasc. I (gennaio-febbraio), parte seconda, págs. 8-12.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 20 de marzo de 1991. (Aranda/Sierra).

**504. LOCASCIO, G.:** «Ancora su taluni aspetti interpretativi della disciplina del concordato preventivo». *G.C.*, 1991, núm. 12, parte prima, págs. 2935-2938.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación, sección I, de 12 de julio de 1991, núm. 7790, sobre quiebra y conveniencia económica del concordato preventivo. (Aranda/Sierra).

**505. LOCASCIO, G.:** «Motivazione del decreto di rigetto dell' istanza di ammissione all'amministrazione controllata e ricorso ex art. 111 cost. Nota a Cass. 16 ottobre, 1991, núm. 10900». *G.C.*, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 413-416. (Aranda/Sierra).

**506. LOCASCIO, G.:** «L'ordinanza ingiunzione in pendenza di fallimento. Nota a Cass. 24 settembre, 1991, núm. 9944». *G.C.*, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 73-76. (Aranda/Sierra).

**507. MARTINO, R.:** «Fallimento "consecutivo" e sospensione del corso degli interessi: «alcune considerazioni alla luce dell'esperienza tedesca». *G.C.*, 1991, fasc. 3, pág. I. 753.

Comentario a la Sentencia de la apelación de Firenze de 7 de abril de 1990. (Aranda/Sierra).

**508. PAPE, Gerhard:** «Bevorzugte Befriedigung bei Masseinsuffizienz», *NJW*, 1992, págs. 1348 y ss.

Análisis del cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (a raíz de su Sentencia de 5.12.1991) sobre la liquidación de la quiebra. (E.G.C.).

**509. PONCEBLANC, Gérard:** «Les Jurisdictions Consulaires et les Plans de Redressement des Entreprises en Difficulté: «Choix cornélien ou simple pragmatisme?», *G.P.*, tomo bimestral septiembre-octubre de, 1991, *Doctrine*, págs. 441-445.

El autor analiza los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales, que han de evitar la discrecionalidad del Juez al inclinarse por aprobar o rechazar el proyecto de plan de rehabilitación de la empresa sometido a su enjuiciamiento. (L.M.L.F.).

**510. RIVES-LANGE, Jean-Louis et RACHEZ, Etienne: «L'article 115 de la loi du 25 janvier, 1985 a-t-il une vocation universelle?», RDS, 1991, Chronique LI, págs. 270-272.**

El mencionado artículo establece que la reivindicación de bienes muebles, cuyo poseedor sea una empresa sometida a un procedimiento concursal, únicamente puede ser ejercitada en un plazo de tres meses a partir de la apertura de ese procedimiento.

El debate en torno al problema de que el reivindicante esté ligado con la empresa por un contrato de arrendamiento financiero, lo cual le impedirá ejercitar la acción reivindicatoria durante el período de observación en tanto el administrador judicial no se haya manifestado sobre la continuidad del contrato pactado, es resuelto por los autores sobre la base de que el poder de decisión conferido al administrador en relación con los contratos en período de ejecución excluye la operatividad del citado artículo 115. (L.M.L.F.).

**509. SMID, S.: «Gleichbehandlung der Gläubiger und wiederherstellung eines funktionsfähigen Insolvenzrechts als Aufgaben der Insolvenzrechtsreform». BB, 1992, págs. 501-513.**

Igualdad de trato del acreedor y reconstrucción de un Derecho concursal funcional como tarea de la reforma del mismo. Consideraciones sobre el proyecto del Gobierno de una futura Ley concursal. (M.P.G.).

**510. VITUCCI, P.: «Garanzie contestuali e fallimento del fideiussore. Argomenti contro la presunzione di onerosità». G.C., 1991, núm. 12, parte seconda, págs. 551-561.**

Análisis del problema sobre la aplicación del art. 2901 del Codice civile de la revocación de la quiebra. Estudio de la jurisprudencia. (Aranda/Sierra).

**511. WICHMANN, G.: «Bilanzierung bei verunglückter Organschaft». BB, 1992, págs. 394-395.**

Formación del balance ante una fracasada relación orgánica.

Comentario a la sentencia del bundesfinanzhofs de 16 de mayo de 1990 que resolvió el supuesto planteado por la asunción de las pérdidas de una sociedad filial por la sociedad madre. (M.P.G.).

**512. WICHMANN, G.: «Bilanzierungsfragen im Zusammenhang mit einer verdeckten Gewinnausschüttung». BB, 1992, págs. 26-29.**

Cuestiones de formación del balance en relación con un solapado reparto de beneficios. (M.P.G.).



**ABREVIATURAS**

AcP:	Archiv für die civilistische Praxis.
Archiv. Giur.:	Archivo Giuridico.
B.B.:	Betriebs Berater.
B.B.T.C.:	Banca, Borsa e Titoli di credito.
C.I.:	Contrato e Impresa.
D.F.P.:	Il Diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.:	Il Diritto di autre.
F.I.:	Il Foro Italiano
G.C.:	Giustizia Civile.
Giur.: Comm.	Giurisprudenza Commerciale.
G.P.:	Gazette du Palais.
J. Bus. Law:	Journal of Business Law.
J.Z.:	Juristen Zeitung.
L.C.:	Loyers et Copropriété.
L.G.C.C.:	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
N.J.W.:	Neue Juristische Wochenschrift.
R.D.C.:	Rivista di Diritto Civile.
R.D. Commdo.:	Rivista di Diritto Commerciale e Diritto Generale delle Obligazioni.
R.D.S.:	Recueil Dalloz-Sirey.
Rev. trim. dr. comm.:	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et le Droit économique.
Rev. Soc.:	Revue des Sociétés.
R.I.D.C.:	Revue Internationale de Droit Comparé.
R.T.D.C.:	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S.J.:	La Semaine Juridique.
Z.H.R.:	Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht.

# JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

### I. SENTENCIAS COMENTADAS

Dirección: Encarna ROCA TRIAS  
Secretario: Ramón CASAS VALLES  
Colaboradores: Isabel MIRALLES GONZALEZ  
Josep FERRER RIBA  
Mónica VILASAU SOLANA

1. **STC 6/91 de 15 de enero, «B.O.E.» de 13 de febrero**  
**CI (Ley 7/83 de 29 de junio, Expropiación de RUMASA)**  
**Ponente: De la Vega Benayas (Voto particular discrepante de Rubio LLoriente y Gabaldón López)**  
**Desestimada**  
**Conceptos: Vinculación de los Jueces y Tribunales a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional: valor de los *obiter dicta*. Derecho de propiedad. Garantía expropiatoria. Igualdad y «leyes de “caso único”»**  
**Preceptos de referencia: Arts. 33 y 14 CE**

En el juicio interdictal promovido por José M<sup>a</sup> Ruiz Mateos contra el Estado español para recuperar la posesión de los bienes expropiados a «Rumasa, S.A.», la Audiencia Provincial de Madrid, en fase de apelación, planteó cuestión de inconstitucionalidad dada la posibilidad que los arts. 1 y 2 de la Ley 7/1983, de 29 de junio, incurrieran en vulneración de los arts. 14 y 33.3 CE (en primera instancia se había planteado otra cuestión, desestimada por la STC 166/1986, por la posible contradicción de dicha Ley con el art. 24.1 CE). El Auto de la Audiencia cuestiona la concurrencia de una efectiva justificación de la *causa expropriandi* (requerida, según el art. 33.3 CE, más allá de la declaración formal de utilidad pública o interés social para llevar a cabo la expropiación), puesto que además tal justificación ha de determinar si hubo concreta necesidad de ocupar los bienes y derechos de Rumasa y de hacerlo en su totalidad, esto es, en términos de proporcionalidad, para cumplir con el fin de la expropiación.

Con carácter previo a la valoración de la cuestión de fondo, el Tribunal Constitucional estudia la alegación de cosa juzgada realizada por el Abogado del Estado, al entender éste que aquél se había pronunciado ya en sus SSTC 111/1983 y 166/1986 sobre todos los puntos planteados en la presente cuestión. El Tribunal, que rechaza la alegación, entra en el examen de la técnica de aplicación jurisdiccional del Derecho, y realiza la clásica distinción entre lo que configura la cosa juzgada (el fallo y su fundamento determinante) y el llamado *obiter dictum*, formado por los argumentos adyacentes que coadyuvan al fundamento principal o *ratio* de la decisión final. A continuación, sin embargo, matiza la trascendencia de éstos últimos: «una cosa es el *puro dictum*, observación al pasar, no trascendente ni como argumento complementario, y otro el *dictum* argumentativo que se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo. En este caso estos *dicta* son opiniones del Juez o Tribunal con propia eficacia y si bien no integran la cosa juzgada, sí valen como valoraciones jurídicas del Tribunal y constituyen, en cierto modo y en buena medida, antecedentes dotados de *auctoritas*. Esta interpretación del Tribunal, en el ámbito de sus específica competencia, constituye por ello regla vinculante (arts. 164 CE, 38 LOTC) que, en concreto, los Jueces y Tribunales han de seguir a tenor de lo dispuesto en el art. 5.1 de la LOPJ» (FJ 4).

En lo atinente al tema central, el Tribunal señala que en la expropiación *ope legis*, adoptada en atención a un caso concreto, no cabe mantener la distinción conceptual entre el nivel abstracto de la declaración de utilidad pública e interés social y el nivel concreto de la proyección de esa declaración a los bienes y derechos que se expropian. Por ello, si la declaración es ajustada a derecho, también lo es la necesidad de ocupación y la proporcionalidad en la misma (FJ 6). En la justificación de la *causa expropriandi*, el Tribunal se remite a sus propias constataciones de las SSTC 111/1983 y 166/1986, en las que se apuntan una diversidad de datos acreditativos de la grave situación de crisis del grupo empresarial así como la peculiar configuración de éste como una unidad económico-financiera, que no permitía otra solución que la ocupación de la totalidad de las acciones (FJ 8 y 9).

Tampoco prospera la duda de inconstitucionalidad apoyada en el art. 14 CE, por un posible trato discriminatorio al no justificarse la causa de expropiación por relación a todos y cada uno de los bienes expropiados. En síntesis, el Tribunal se remite a las mismas claves argumentativas antes expuestas, que constituirían la justificación objetiva y razonable del trato desigual (la justificación *ad casum* de la *causa expropriandi* como justificación para la inmediación y unidad en el acto expropiatorio, para la necesidad de ocupación y para la determinación de los bienes y derechos objeto de la expropiación) (FJ 10).

Los Magistrados que suscriben el voto particular insisten en la idea de que la expropiación por medio de ley singular no puede excluir la observancia del sistema de garantías que el ordenamiento prevé para la expropiación y que constituye el contenido esencial de dicho instituto. Así, la causa de expropiación ha de identificarse con el fin a que haya de afectarse el objeto expropiado y ha de definirse en términos objetivos de los que resulte claramente la relación existente entre ella y los bienes expropiados. Tales garantías no se cumplirían en el supuesto enjuiciado: la finalidad de la expropiación no se ha dotado del mínimo grado de concreción exigible, ni permite establecer una relación inmediata entre ella y los bienes que se expropian. Por contra, se afirma, la finalidad inmediata y real de la expropiación sería la desposesión de los gestores mismos, esto es, la mera privación de la propiedad, con lo que la

garantía constitucional quedaría privada de su contenido esencial y reducida a una formalidad vacía. También se denuncia en dicho voto la infracción del art. 33 CE por la notoria falta de proporción entre el fin que se pretendía conseguir y los medios utilizados, puesto que la legislación bancaria ofrecía a la Administración otras medidas de intervención correctoras de actuaciones anómalas de las instituciones crediticias sin llegar a una actuación de tipo ablatorio. Finalmente, se habría también infringido el principio de igualdad ante la ley, vista la imposibilidad de acreditar si el trato diferencial dispensado al grupo Rumasa (en una ley singular, que excluye la posibilidad de cotejo) estaba objetivamente justificado en comparación con el dado a otras instituciones financieras o grupos empresariales en crisis.

## **2. STC 8/91, de 17 de enero, BOE de 13 de febrero**

**RA**

**Ponente: Tomás y Valiente**

**Desestimado**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva**

**Preceptos de referencia: art. 131 LH**

Los recurrentes en amparo solicitaron ante el Juzgado de Primera Instancia se declarase la nulidad de las actuaciones seguidas en procedimiento de ejecución de una hipoteca (art. 131 LH), que gravaba la finca de la que eran propietarios, al no habérseles notificado en forma la tasación de costas y liquidación de intereses.

Declarada la nulidad por el juzgador de instancia en base al art. 240.2 LOPJ («sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular») se interpuso recurso ante la Audiencia por los adjudicatarios de la finca. Este fue estimado en base al art. 132 LH («[...] Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad de título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley [...]»). Contra el Auto revocatorio del de Instancia se interpone recurso de amparo ya que en opinión de los propietarios, revocado el Auto de Instancia que había anulado las actuaciones tras apreciar la indefensión, se habría incurrido nuevamente en la misma.

Entra el Tribunal a abordar (como ya se ha hecho en las SSTC 41/1981 y 64/1985) la cuestión de la posible inconstitucionalidad del art. 131 LH en la medida que las posibilidades de reaccionar que el deudor y terceros poseedores tienen frente a tal procedimiento ejecutivo son muy limitadas. El TC [FJ 2] reitera que las dudas sobre su adecuación al art. 24 CE deben quedar disipadas en la medida en que existe la posibilidad de defender los derechos de los interesados en un procedimiento declarativo (tal y como establece el art. 132 LH).

El TC [FJ 3] recuerda que el concepto de indefensión no es exclusivamente formal, sino también material. Por lo tanto ante un proceso judicial en que se ostente la condición de parte, si se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva mediante con-

ductas omisivas, no podrá alegarse luego en vía de amparo violación del art. 24 CE si frente a tales conductas lesivas no se ha llevado una conducta diligente para propiciar su rectificación (STC 48/1984).

Por lo tanto, corresponde a las partes intervinientes en un proceso una mínima diligencia, y no cabe alegar indefensión por quien se puso en tal situación.

En el caso concreto, las partes tuvieron conocimiento de las actuaciones que se seguían y en vez de actuar diligentemente frente a determinadas omisiones judiciales, adoptaron una actitud pasiva, por lo que no puede admitirse que se haya vulnerado el art. 24 CE.

**3. STC 11/91, de 17 de enero, BOE de 13 de febrero**

**RA**

**Ponente: García-Mon y González-Regueral**

**Desestimado**

**Conceptos: Derecho a la vida. Asistencia médica a reclusos en huelga de hambre**

**Preceptos de referencia: Art. 15 CE vid. SSTC 120/90 y 137/90 y STC 67/91, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril**

**4. STC 14/91, de 28 de enero, BOE de 25 de febrero**

**RA**

**Ponente: Rubio LLorente**

**Desestimado**

**Conceptos: Cuantía de las indemnizaciones, motivación de las decisiones y tutela judicial efectiva**

**Preceptos de referencia: Arts. 24.1 y 120.3 CE, DA 2ª Ley 3/67 de 9 de abril**

Se ocupa esta Sentencia del problema de la motivación de las decisiones judiciales en relación con la cuantía de las indemnizaciones por daños. La recurrente en amparo había sido víctima de un accidente de tráfico. En el correspondiente juicio de faltas, el conductor del vehículo causante de aquél fue absuelto, procediendo el Juzgado a dictar Auto en el que se determinaba la cantidad máxima reclamable por los perjuicios, en cumplimiento de la DA 2ª de la Ley 3/67 de 8 de abril. Este Auto es el recurrido en amparo, imputándole la recurrente la violación del art. 24.1 CE, por falta de motivación de la cuantía de la indemnización (omisión de toda referencia a los daños morales, falta de toda explicación en relación con la suma otorgada por el período de inactividad, alusión meramente formal a las «secuelas» etc.). En suma, decía la recurrente, en el Auto «no se determinan los daños causados de la misma manera que si la acción civil se hubiera ejercido en forma independiente de la penal». El Ministerio Fiscal solicitó la concesión del amparo.

Sin embargo, el TC lo rechazó, entendiéndolo que de la Sentencia de la que el Auto traía causa resultaban los datos omitidos en éste y que, en cualquier caso, no es preciso que el Juez exteriorice «de manera prolija y detallada cuál ha sido el juicio valorativo que le ha llevado a la cantidad señalada» (FJ 2).

En relación con el mismo problema (supuesta falta de motivación en la fijación de una indemnización por daños en accidente de circulación) y en idéntico sentido, se ha pronunciado la STC 122/91 de 3 de junio (BOE de 8 de julio, Ponente Díaz Eimil). De ella extraemos la siguiente doctrina:

1. La motivación de las resoluciones judiciales (Sentencias y Autos) no solo es una obligación del órgano judicial (art. 120.3 CE) sino también un derecho de quienes intervienen en el proceso (art. 24.2 CE).

2. El derecho «se satisface cuando la resolución judicial, de manera explícita o implícita, contiene razones y elementos de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sin que sea exigible una determinada extensión de la motivación, ni un razonamiento explícito exhaustivo y pormenorizado» (FJ 2). «No podemos desconocer que, de conformidad con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que estimamos constitucionalmente acertada, la valoración minuciosa y detallada de los daños y perjuicios económicos, físicos y morales es de muy difícil realización y expresión y ello obliga, en la mayoría de los casos, a fijar la cuantía de la indemnización de un modo global, atemperándose a los módulos valorativos de uso convencional, sin que en ningún caso haya que reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada represente la suma de las parciales [...] ni que haya que especificar de manera singularizada cuáles son esos conceptos parciales» (FJ 3)

3. La motivación debe apreciarse «dentro del contexto legal del proceso» (deben tenerse en cuenta todas las razones presentes en él, incorporadas o no a la resolución) (FJ 2).

**5. STC 17/91, de 31 de enero, BOE de 25 de febrero  
RI (Ley 16/85 de 25 de junio, Patrimonio Histórico)**

**Ponente: Gabaldón López**

**Desestimada**

**Conceptos: Estatuto particular de ciertos bienes. Determinación de su régimen jurídico. Competencias concurrentes del Estado y de las CC.AA. en materia de cultura.**

**Preceptos de referencia: arts. 149.1.3ª, 6ª, 8ª, 18ª y 28ª; 149.2 y 149.3 CE**

Se plantea recurso de inconstitucionalidad promovido por la Junta de Galicia, el Gobierno vasco y el Parlamento de Cataluña, contra determinados artículos de la Ley de Patrimonio Histórico.

El TC declara que ciertos artículos (concretamente 2.3, 9.1, 9.5, 49.5 y DT 1ª) deben ser interpretados en el sentido que el propio Tribunal establece a fin de poder ser considerados adaptados a la Constitución, mientras que desestima el resto del recurso.

El primer problema que plantean las CC.AA. es de competencias, ya que todas ellas han asumido en sus respectivos Estatutos la competencia sobre Patrimonio Histórico (art. 10.19 y 20 Vasco, 9.5 y 6 Catalán y 27.18 de Galicia), así como la competencia exclusiva en materia de cultura. De otra parte al Estado le corresponde la competencia sobre «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español

contra la exportación y la expoliación...» (art. 149.1.28 CE). Le corresponde en igual medida el ejercicio de las acciones de recuperación, así como las de adquisición en caso de exportación ilegal, puesto que todos estos conceptos se integran en el más amplio de defensa del patrimonio (vid. FJ 18).

1. Debe afirmarse, declara el TC «la existencia de una competencia concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura con una acción autonómica específica, pero teniéndola también el Estado en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquellos que precise tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias [...]. La integración de la materia relativa al patrimonio histórico-artístico en la más amplia que se refiere a la cultura permite hallar fundamento a la potestad del Estado para legislar en aquella [...]. El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante, según sus respectivos Estatutos, sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá de ponderar en cada caso concreto» (FJ 3).

«Las funciones de difusión internacional de los valores culturales de estos bienes en cuanto integrantes del Patrimonio cultural español podrán ser ejercidas tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias respecto del patrimonio histórico y cultural, siempre que, como se ha dicho, no se trate de actos generadores de responsabilidades del Estado con terceros, sean políticas o económicas (FJ 6).

2. Se plantea en el recurso la necesidad de que quede fijado el concepto y el alcance de la expresión «expoliación». La Ley de Patrimonio en su artículo 4 la define como «toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social» a juicio de los recurrentes se ha producido una extensión de este concepto de modo que se excede la legitimación constitucionalmente asumida. El TC por su parte considera que «la utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de los bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portadora de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de estos bienes, aunque materialmente el mismo bien permanezca» (FJ 7).

3. Los bienes declarados (por el Estado o por las CC.AA.) como de interés cultural deben ser inscritos. «Esta inscripción opera aquí como un requisito necesario para el otorgamiento por el Estado de los beneficios fiscales [...], por supuesto sin perjuicio de las medidas de fomento que las Comunidades Autónomas puedan arbitrar dentro del ámbito de su propia competencia. De hecho se trata de la inscripción de estos bienes para su inclusión en un ordenamiento sectorial que implica notables

restricciones al ejercicio de derechos inherentes a su titularidad, las cuales se tratan de compensar con ciertos beneficios tributarios a cargo de la misma Administración que los censa o registra» (FJ 13).

**6. STC 29/91, de 14 de febrero, BOE de 15 de marzo  
RA**

**Ponente: Tomás y Valiente**

**Desestimado (hay un voto particular [De la Vega Benayas] al que se adhirió otro Magistrado [Gimeno Sendra])**

**Conceptos: Igualdad. Uniones no matrimoniales. El concepto «familia» del art. 39 CE**

**Preceptos de referencia: arts. 14, 39 y 50 CE, art. 160 LGSS**

Integra este bloque una pluralidad de supuestos, casi idénticos, en los que se reclama por la posible desigualdad que supone el no reconocimiento del derecho a las prestaciones que la LGSS (Ley General de la Seguridad Social) reconoce a los viudos, a aquellas personas que han mantenido una convivencia no-matrimonial pero estable. Concretamente los que han dado lugar a las SSTC 30/91, 31/91, 35/91, 38/91 y 77/91, todas ellas del mismo Ponente. Por dicho motivo son tratadas conjuntamente.

Se formula solicitud de pensión de viudedad —por cualquiera de los conviventes—, que resulta denegada por el INSS. Ninguno de los supuestos puede encuadrarse en la excepción que establece la Ley 30/81, de 7 de julio, que en su Disposición adicional décima reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad en favor de quien no hubiera podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación que regía hasta la entrada en vigor de la referida ley y que hubiera convivido como tal, acaeciendo el fallecimiento del causante de la pensión antes de la vigencia de la misma.

Las bases de argumentación son, fundamentalmente, estas tres alegaciones:

1. la discriminación que supone el que supuestos «similares» no obtengan la misma respuesta jurídica, con la consiguiente quiebra del art. 14 CE.
2. vulneración del art. 39.1 en cuanto proclama la protección de la familia sin distinción alguna entre familia de hecho y de derecho.
3. el derecho a la protección social con la consiguiente lesión del art. 41 CE, al no reconocerles las prestaciones de la seguridad social.

Como puede observarse los hechos y los argumentos son idénticos a aquellos que dieron lugar a la Sentencia 184/90, de 15 de noviembre, BOE de 3 de diciembre y, en todos ellos, obviamente, se reproduce la misma solución.

La doctrina del TC puede quedar resumida en los siguientes puntos:

1. La obligada aplicación del art. 160 de la LGSS, declarado constitucional en la STC 184/90 y cuyos fundamentos da por reproducidos íntegramente (las citas entrecorridas corresponden a los FJ 2 y 3).



2. Dada la constitucionalidad de la norma citada, no puede mantenerse la vulneración del art. 14 CE, toda vez que «el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida». El distinto tratamiento está justificado ya que «el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera «*ope legis*» en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden estar legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia».

3. El que no sean situaciones equivalentes no prejuzga sobre su licitud/ilicitud, ya que la posibilidad de optar entre el matrimonio y la unión de hecho «está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad». Por dicho motivo, cualquier actuación de los poderes públicos que «tratara de impedir o reprimir la convivencia —*more uxorio*— o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial» infringiría el art. 10 CE.

4. Pero esto, como ya se ha señalado, no prejuzga la obligación del legislador de regular de igual modo situaciones que no se entienden como equivalentes, aunque ya en varias ocasiones ha procedido a efectuar la equiparación del matrimonio con la unión basada en «análoga relación de afectividad» (puede verse los arts. 11 y 18 C. Penal, 3.ª de la Ley Orgánica de «Habeas corpus», 10 de la Ley 5/84 de Asilo, 392.1 de la LOPJ, 101 del CC., DA 3ª de la Ley 21/87 sobre adopción, y el art. 9.3 de la Ley 35/88 sobre Técnicas de reproducción asistida). Por supuesto en la libertad del legislador entra la opción de extender a las «uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad» pero sin que esa posibilidad —admisible sin duda alguna— suponga una necesidad u obligación.

Como puede verse, los supuestos en los que se ha procedido a la equiparación entre ambas situaciones, son todos ellos supuestos en los que se afectan o bien derechos estrictamente personales (aunque tengan un cierto trasfondo público) o bien supuestos en los que la equiparación suponía el cumplimiento del deber constitucional de no admitir tipo alguno de discriminación basado en la filiación. Por el contrario, aún hoy, el legislador no ha considerado conveniente reconocer a las uniones de hecho los mismos efectos patrimoniales que a las uniones basadas en el derecho, ya que faltándoles el dato de la publicidad, podrían repercutir en derechos reconocidos a terceros.

Queda pues al arbitrio del legislador el proceder, con la asunción de las garantías que considere necesarias, a la equiparación de estas relaciones que el derecho no puede reprobear y que en opinión de los sociólogos suponen uno de los mecanismos de convivencia no basada en el matrimonio más habitual en nuestro entorno. Estas situaciones se producen quizá hoy en mayor medida que en tiempos precedentes al

sumarse a las situaciones habituales de uniones de hecho (de carácter económico, ideológico o de imposibilidad) aquellas situaciones que tiene su origen en las denominadas «familias reconstituidas», aquellas originadas tras la ruptura matrimonial de uno o ambos convivientes.

**7. STC 56/91, de 12 de marzo, BOE de 16 de abril**

**RA**

**Ponente: Rodríguez-Piñero**

**Desestimado**

**Conceptos: Interpretación de normas en diferentes órdenes jurisdiccionales. Indefensión**

**Preceptos de referencia: 24.1 CE**

Se plantea el amparo debido a la inadmisión de un recurso. A juicio de la recurrente se habían producido ciertas irregularidades en la subasta de un inmueble objeto de apremio en la ejecución de una sentencia de Magistratura de Trabajo (los recursos y dilaciones contra la ejecución de la sentencia alcanzan un período que va desde el año 1979 hasta el auto de 30 de junio de 1988 contra el que solicita el amparo). El TC no entra a juzgar estas incidencias, sino que se limita a examinar si se ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva. A juicio de la recurrente el Auto de la Magistratura había prescindido de lo resuelto por la jurisdicción civil que había declarado nula la escritura de venta otorgada por el Magistrado de Trabajo por «indeterminación del precio de la compraventa al haberse omitido la preceptiva liquidación de cargas necesaria para la concreción del precio real de la enajenación». Este defecto fue subsanado por el Magistrado de Trabajo que procedió a efectuar la liquidación de cargas, No obstante la recurrente discrepa de la forma en que fue realizada la liquidación, ya que se incumplió lo dispuesto en el artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto no se practicó la previa purga de las cargas, ni se sometió a la aprobación de las partes, por lo que considera se le ha ocasionado una «gravísima situación de indefensión».

El TC considera que «no es claro que exista esa denunciada infracción legal, al no ser nada pacífico, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, cuál ha de ser el criterio prevalente en la liquidación de cargas en caso de remate de inmuebles, si el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de necesaria purga de esas cargas, o el establecido en la Ley Hipotecaria, de subsistencia de las cargas anteriores y preferentes a las que sirven de base a la ejecución subrogándose en la totalidad de las mismas el rematante, destinándose así el precio del remate a pagar el crédito de los acreedores ejecutantes. El Magistrado de Trabajo ha realizado la liquidación de cargas en la forma que ha estimado más correcta, siguiendo el criterio de la Ley Hipotecaria, el más usual en la práctica judicial, sin que a tal respecto pudiera considerarse vinculado con la opinión sentada en este caso por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que parece otorgar prevalencia a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No resulta vinculante para el Juez laboral la interpretación de otro orden jurisdiccional, siendo una cuestión de mera legalidad sin transcendencia

constitucional alguna la de la prevalencia al respecto ya sea de la Ley Hipotecaria o ya sea de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (FJ 6).

- 8. STC 62/91, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril**  
**RI y Confl. competencia (Ley gallega 12/84, de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del consumidor y Decreto de la Consejería gallega de Sanidad y Consumo 37/85 de 7 de marzo, sobre Comisión Consultiva de Consumo)**  
**Ponente: Gimeno Sendra (voto particular discrepante de Leguina Villa)**  
**Estimado en parte (se declaran inconstitucionales los arts. 18, salvo el pfo. 1º, 21 y 31 de la Ley y los arts. 6º, 7º [en parte] y 8.1 del Decreto)**  
**Conceptos: Defensa de los consumidores. Legislación civil y mercantil.**  
**Competencias autonómicas en materia civil. Arbitraje**  
**Preceptos de referencia: Arts 51 y 149.1.5ª, 6ª y 8ª CE**

Como es sabido el «principio» constitucional de defensa de los consumidores (art. 51 CE) se convirtió en «materia» en los Estatutos de autonomía, dando lugar a una compleja distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De ella ha tenido ocasión de ocuparse el TC en varias ocasiones, sea para conocer de recursos contra leyes autonómicas (STC 71/82, sobre el Estatuto Vasco del Consumidor) o contra leyes estatales (STC 15/89, sobre Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En esta ocasión se trata del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, varios de cuyos preceptos fueron objeto de recurso por el Gobierno. A éste se acumuló el conflicto positivo de competencia promovido por el propio Gobierno en relación con el Decreto de creación de la Comisión Consultiva de Consumo de Galicia. Los extremos tratados en la Sentencia son:

Por lo que respecta al marco general del problema, el TC empieza por recordar que el art. 51 CE no es una norma de distribución de competencias y que la defensa de los consumidores no se incluye («expresamente») entre las materias reservadas al Estado. De ahí que los Estatutos pudieran asumir las correspondientes competencias. Caso de haberlo hecho con carácter «exclusivo», y a reserva de lo que se dirá de inmediato, «la legislación estatal carece de aplicación directa» en la Comunidad Autónoma de que se trate (FJ 3).

Galicia se cuenta entre las Comunidades que asumieron la competencia sobre defensa de los consumidores, lo que justifica la constitucionalidad del art. 1º de la Ley impugnada (según el cual ésta tiene por objeto establecer los principios y normas básicas a que debe atenerse la defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito de la Comunidad Autónoma). No obstante, y al margen de las limitaciones que establece el propio Estatuto gallego (que asume la competencia exclusiva en la materia «sin perjuicio» de la que se reconoce al Estado en ciertas cuestiones), eso no significa que toda disposición «de defensa de los consumidores» competa a la Comunidad gallega. En este sentido, citando la Sentencia 71/82, el TC observa que, dado «el carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor, no hay que descartar que el título «defensa de los consumidores» (que es el que puede invocar la Comunidad Autónoma) deba ceder ante alguno de los títulos específicos atribuidos al Estado por el art. 149.1 CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles,

protección de la salud, legislación civil y mercantil, etc.). «De toda esta pluralidad de títulos competenciales que asisten al Estado en esta heterogénea materia que es el consumo, cobran singular relieve los referentes a la legislación mercantil y civil (art. 149.1.6ª y 8ª CE) [...] En la medida, pues, que las normas del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario no vengan a consagrar (o a reproducir de la legislación estatal) nuevos derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, incidan sobre materias de la competencia de la Comunidad gallega o vengan a arbitrar medidas de carácter administrativo tendentes a proteger al consumidor, ninguna tacha de inconstitucionalidad hemos de aceptar en el examen de cada uno de los preceptos impugnados» (FJ 2, «in fine»).

Hecha esta declaración de principios, la sentencia entra en el análisis de los diversos preceptos impugnados:

— Artículo 17.— En él se declara la necesidad de reglamentar los «métodos de venta que limiten, dificulten o restrinjan la libertad de elección, así como la voluntad de contratar». Según la tesis del recurso, el precepto incidiría en la competencia estatal sobre «legislación civil y mercantil» ya que la regulación prevista incluiría un «novum» en las relaciones contractuales. El TC rechaza este argumento diciendo que la «previsión genérica» de reglamentaciones sobre las cuestiones aludidas «no incide en el *derecho contractual*» y que, en cualquier caso, «la emanación de regulaciones *administrativas* que disciplinen determinadas modalidades de venta no supone introducir una *innovación en el seno de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas*» (FJ 4-a).

— Artículo 18.— En él, tras declarar que los consumidores «serán protegidos frente a las eventuales cláusulas abusivas contenidas en los contratos tipo o de adhesión», se establece una serie de requisitos que éstos deberán cumplir (parte de ellos son copia literal del art. 10.1 de la Ley estatal). Son estos requisitos los que se consideran inconstitucionales: «Establecer los requisitos que debe cumplir un determinado tipo de contrato incide de lleno dentro del *derecho contractual*»; «tratándose de un *tema capital del derecho de contratación* [...] queda comprendido dentro del título competencial del art. 149.1.8ª CE, que requiere regulaciones uniformes en todo el territorio»; «la determinación del *contenido de los contratos* corresponde incuestionablemente al Estado y su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias» (FJ 8-b).

— Artículo 19.— En él se prevé la adopción de medidas para asegurar la calidad de los bienes y servicios. Según el TC ello «no se inmiscuye en la *legislación contractual*» ya que «se inserta dentro de lo más propio de la actividad *administrativa* para la protección del consumidor», que se produce «sin alterar la relación contractual ni afectar a la validez de los contratos privados» (FJ 8-c).

— Artículo 20.— En su aptdo. a) se prevé la adopción «dentro de la normativa vigente» de las «medidas» que conduzcan a lograr el «objetivo» de que se entregue a los consumidores una garantía escrita. El TC señala que «la preceptuación de la formulación de una garantía para los bienes duraderos y la determinación de su contenido mínimo es materia incluida dentro de *los derechos y obligaciones contractuales* y por tanto de titularidad estatal». Pero el precepto impugnado no hace nada de eso sino que se limita a prever medidas que aseguren el cumplimiento de la normativa vigente, entendiéndose que ésta es «la legislación estatal en *materia contrac-*

tual». En cuanto al art. 20.a).5 (información al consumidor), el TC señala que la «previsión de *medidas administrativas*» para asegurar el cumplimiento del deber de informar no implica «una nueva obligación civil o mercantil» sino simple «*actividad de policía*» (FJ 8-d).

— Artículo 21.— Reproduce el art. 11.1 de la Ley estatal. Se declara inconstitucional con los siguientes argumentos: «La determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6ª y 8ª CE»; la ley autonómica reproduce un precepto estatal «que, aún cuando tenga por finalidad la defensa del consumidor, incide claramente en el *derecho de obligaciones*»; la previsión implica «un reforzamiento de las obligaciones del vendedor sobre cuya determinación tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1.6ª CE) en tanto que la Comunidad Autónoma no disponga de competencia *en virtud de su derecho foral*» (FJ 8-e).

— Artículo 22.— Se establece en él, carácter general, el derecho de los consumidores a la información. Según el TC, «la configuración del derecho a la información con un alcance superior al sectorial implica una modificación del *derecho contractual*, cuya competencia corresponde al legislador estatal (art. 149.1.8ª CE). Sin embargo, el art. 21 de la Ley gallega no estaría haciendo eso sino, simplemente, prever medidas que «se reconducen única y exclusivamente al *ámbito administrativo*», sin constituir «derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil» (FJ 8-f).

— Artículo 31.— En él se preveía una Comisión Consultiva con funciones — entre otras— de arbitraje. El TC afirma que «el establecimiento de un sistema de arbitraje [...] es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1, 5ª y 6ª pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada) es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho proceso heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia» (FJ 5).T

NOTA (R.C.V).— Esta Sentencia se sitúa en la línea de anteriores decisiones del TC que parecen hacer coincidir la principal frontera competencial en materia de defensa de los consumidores con la línea que separa el Derecho administrativo del Derecho privado. De acuerdo con esta doctrina, las Comunidades con competencia «exclusiva» en la materia pueden poner en vigor regulaciones administrativas que tiendan a asegurar el cumplimiento de la normativa contractual, en el bien entendido que, en cuanto a ésta, sólo el Estado es competente. Por lo general, no se hace ningún esfuerzo para distinguir entre «Derecho civil» y «Derecho mercantil» (las alusiones conjuntas son frecuentes). Además, en los pocos casos en los que se distingue, llegando a calificar una cuestión como civil, se alude de forma ostensible la delimitación de las competencias estatales y autonómicas. Como en otras ocasiones, renunciando a aclarar la noción de «bases de las obligaciones contractuales», se opta por vagas referencias al «Derecho de contratos», a la «materia contractual» o a los «temas capitales del Derecho de la contratación». Huelga decir que esta acti-

tud resulta altamente insatisfactoria. La doctrina según la cual las Comunidades Autónomas no pueden regular el contenido de los contratos, haciendo tabla rasa de los criterios de delimitación establecidos en el art. 149.1.8ª CE, no resulta aceptable. No obstante, hay que reconocer que, al menos en esta Sentencia, aparece una directa alusión a las competencias civiles de las Comunidades Autónomas. En este sentido, con referencia al artículo 21 de la Ley gallega, se dice que la determinación de las obligaciones del vendedor es competencia exclusiva del Estado en virtud del art. 149.1.6ª CE (debe querer decir el 149.1.8ª CE), pero sólo «*en tanto que la Comunidad Autónoma no disponga de competencia en virtud de su Derecho foral*»; «*como este no es el caso*», concluye, la norma es inconstitucional. Esta es acaso la única ocasión en la que, de forma expresa, el problema queda planteado en términos del todo correctos. Sobre la cuestión, más ampliamente, vid. R. CASAS, «Defensa de los consumidores y Derecho civil», *RJC*, 1/1992, pp. 79 y ss.).

En cuanto a la cuestión del arbitraje, y aparte de echarse en falta una invocación del art. 149.1.8ª CE, es dudoso —pese a la rotundidad de la Sentencia— que las Comunidades Autónomas no puedan establecer un «sistema arbitral de consumo» (por supuesto en el marco del art. 31 de la Ley estatal y de la Ley de Arbitraje). Sobre ello, vid. el comentario al art. 31 LCU, R. CASAS, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, pp. 805-809).

## 9. STC 65/91, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril

**RA**

**Ponente: López Guerra**

**Estimado en parte**

**Conceptos: Libertad de expresión. Crítica a funcionarios públicos**

**Preceptos de referencia: art. 20.1.a) CE**

La Sentencia tiene su origen en el incidente que se produjo en un bar cuando, al entrar dos policías de uniforme a tomarse un café, uno de los presentes, el Sr. García, «comenzó a comentar en voz alta que no había derecho a que la Policía entrase en los bares [...] pues lo que tenían que hacer era patrullar por las calles, ya que para eso se les pagaba». Tras un intercambio de requerimientos («identifíquese», «Vds. primero»...), el ciudadano en cuestión fue «invitado a subir al vehículo policial» y conducido a comisaría. Una vez allí, nervioso por la espera, el detenido (o retenido o invitado...) hizo ademán de marcharse, lo que le fue impedido por un agente que, «empujándolo suavemente», provocó su caída («el suelo estaba pulimentado»). El detenido fue condenado como autor de dos faltas contra el orden público, una de ofensas y otra de desobediencia leve a Agentes de la Autoridad. La Sentencia del Juez de Distrito fue confirmada por el de Instrucción. Contra ambas se interpuso recurso de amparo, alegando el Sr. García haber sido sometido a tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE), no haber sido informado de las razones de su detención, ni de su derecho a la asistencia de un abogado (art. 17.3 CE) y, por último, haberse violado su libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]. Esta última es la infracción que aquí interesa. En cuanto a ella, el TC hace dos afirmaciones:

1ª. Cuando se trata de tipos penales que protegen el honor de las personas y la dignidad de las instituciones, toda condena debe incluir un «juicio ponderativo» que incorpore a la decisión el derecho fundamental a la libertad de expresión, sea para dar éste prevalencia o para negársela. En el caso del Sr. García ya no se cumplía esta primera exigencia. Ninguna de las dos Sentencias había «ponderado», antes de decidir, el alcance del derecho fundamental aludido.

2ª. La anterior circunstancia bastaría, sin más, para estimar el amparo. No obstante, el TC añade una consideración de fondo: el Sr. García "formuló una crítica al comportamiento de los agentes de la autoridad [...] que independientemente de su carencia de fundamento, no puede reputarse ajena al ejercicio de la libertad de expresión, por cuanto los sujetos pasivos de dicha crítica lo fueron en su condición de funcionarios públicos y por un ciudadano a quien le asiste la facultad de enjuiciar, dentro de los límites de corrección verbal apuntados [exclusión de las manifestaciones «desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula» y «formalmente injuriosas»], la labor que, en uso de esa condición, dichos funcionarios desempeñen" (FJ 5).

NOTA (R.C.V.).— Nótese cómo la Sentencia, pudiendo haberse limitado a apreciar la «falta de juicio ponderativo» para estimar el amparo, pronuncia también expresamente sobre el fondo del asunto para resolverlo de forma definitiva. En teoría, cabía haber anulado las Sentencias impugnadas devolviendo el asunto al Juzgado para que éste procediera a efectuar la «ponderación» omitida. Sin embargo, ello podría dar lugar a un circuito inútil, puesto en evidencia en el conocido «Caso "Soria Semanal"». En él el TC había anulado una condena por injurias por falta del necesario juicio ponderativo, recalando que la presentencia de éste no obligaba a dictar una Sentencia absolutoria (STC 104/86). El Juez que había dictado la resolución anulada, cuando el asunto volvió a sus manos, entendió que procedía dictar otra Sentencia, cosa que hizo, ponderando esta vez los derechos del art. 20 CE... y condenando nuevamente al periodista. Vuelto el asunto al TC, este tuvo que pronunciar una segunda Sentencia, acogiendo el amparo, para cerrar definitivamente el asunto (STC 159/87). En el caso del Sr. García, la expresa declaración de que sus manifestaciones gozaban de la cobertura del art. 20.1.a) CE, tiene la evidente finalidad de conjurar el riesgo de una repetición del «Caso "Soria Semanal"».

- 10. STC 66/91, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril**  
**Impugnación promovida al amparo del Tit. V de la LOTC, al art. 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988**  
**Ponente: García-Mon y González-Regueral**  
**Desestimado**  
**Conceptos: Propiedad privada, bienes declarados extra-comercium, libre circulación de mercancías, libre empresa**  
**Preceptos de referencia: arts. 33.1, 38 y 139.2 CE**

Se trata de valorar la proporcionalidad entre la medida adoptada por la Junta de Castilla y León sobre la prohibición de comerciar con cangrejos vivos y el derecho a la propiedad, la libre circulación de bienes y la libertad de empresa.

El motivo de la prohibición establecida por la Junta es doble:

1. la existencia de afanomicosis o peste del cangrejo, de la que están contagiados no sólo los cangrejos autóctonos sino también aquellos «exóticos» que son introducidos fraudulentamente en los ríos de esa comunidad, debido a la demanda de ese tipo de producto y que, al parecer, son el origen de la enfermedad.

2. esa situación resulta agravada y por tanto hace más urgente la intervención de los organismos públicos (La Junta tiene asignada en el art. 20.1.10 de su Estatuto la competencia respecto a «la protección de los ecosistemas»), debido al bajo número de cangrejos autóctonos que pueblan las masas de agua en esa comunidad (bajo número causado tanto por la captura indiscriminada de cangrejos, lo que provoca —debido a la demanda— la traída de cangrejos de distinto origen, como por la enfermedad que estos últimos han provocado).

Esta vía de impugnación «encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos en los que el Gobierno imputa a una disposición sin fuerza de ley de Comunidad Autónoma, o, como aquí sucede, a una resolución de alguno de sus órganos «un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas, no podría ser, en razón del rango infralegal de la disposición o resolución impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad» (FJ 1).

Resulta evidente que la prohibición de comerciar con un determinado bien, incide en su libre circulación en la medida en que veda su acceso al mercado en una zona determinada. Lo es también que ello no deja de repercutir sobre la libertad de empresa, de modo particular con aquellas que viniesen comerciando a la fecha con dicho producto, por último no se ocultan algunas consecuencias desde el punto de vista de la propiedad, derivados de que a resultas de la prohibición resulte afectado el pleno ejercicio de la *in re potestas* de quienes, por cualquier título válido, hayan adquirido en propiedad bienes que, de forma sobrevenida, se declaran *extra commercium*.

No obstante no toda medida que proponga algunas de estas limitaciones debe entenderse «*ex constitutione*» inconstitucional. El TC ha reiterado que «no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden, y por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor» (vid. FJ2 y la cita de la STC 26/81 FJ15).

El dato fundamental de admisibilidad de esas limitaciones es pues su proporcionalidad. A este respecto y como argumento de decisión el TC considera que las limitaciones a los derechos señalados, han sido asumidas con carácter temporal y no prejuzgan pro-futuro, por lo que cuando no resulten indispensables serán paulatinamente suplidas con medidas complementarias menos gravosas para el tráfico y los derechos en él implicados. (La argumentación de estas conclusiones se encuentra ampliamente desarrollada en el FJ 3).



**11. STC 67/91, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril****RA****Ponente: García-Mon y González-Regueral****Estimado****Conceptos: Derecho a la vida e integridad física. Reclusas en huelga de hambre. Tratamiento médico forzoso. Vulneración de la tutela judicial efectiva. Tramitación de un asunto concluido por resolución firme de fondo.****Preceptos de referencia: arts. 15 y 24.1 CE**

En la presente sentencia se otorga el amparo solicitado por el Ministerio Fiscal, declarando la nulidad de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, así como los de la Audiencia Provincial de Logroño.

Los antecedentes, en sus líneas fundamentales son los siguientes. Varias internas solicitaron que se decretase el fin de la alimentación asistida de que eran objeto, por hallarse en situación de ayuno voluntario, reconociéndoseles el derecho a mantener su actitud como manifestación libre y consciente. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Logroño, accediendo a lo solicitado, dejó sin efecto la alimentación asistida y tratamiento médico acordados, hasta el momento en el que, a juicio de los facultativos pudiera iniciarse un período irreversible de pérdida de la vida que hiciera inevitable el desenlace final.

Este Auto fue apelado por el Ministerio Fiscal, pero resultó desestimado por la Audiencia que ordenó lo siguiente:

1. Que se debe dejar sin efecto la alimentación asistida de las internas en tanto que éstas mantengan su negativa a ser alimentadas, expresada conscientemente, y
2. Que sin necesidad de esperar a que las internas lleguen a un deterioro físico que haga irreversible el mantenimiento de la vida, se proceda, a indicación de los propios facultativos y por la Dirección del establecimiento penitenciario, a que por los familiares más allegados se haga constar por escrito si desean o no que se proceda a la alimentación procedente ante el riesgo a punto de surgir.

Contra dicha decisión se interpuso el recurso de amparo. El Ministerio Fiscal recuerda en su argumentación la STC 120/90 que en su FJ 8 manifiesta «la asistencia médica obligatoria constituye un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos que el Estado tiene obligación legal de proteger, acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida».

Pero un nuevo hecho perturba la tramitación del recurso. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, previamente había dictado un Auto en el que se acordó prestar a las internas en huelga de hambre «aún en contra de su voluntad y con la finalidad de salvaguardar su vida el tratamiento médico preciso dado el riesgo inminente en que se encuentran». Esta decisión fue recurrida en amparo por las internas ante la desestimación de su recurso. El TC decidió en el AUTO DE INADMISSION dictado en la RA 739/1990 que la cuestión planteada ya había sido resuelta en sentido favorable a su constitucionalidad por las SSTC 120/1990 y 137/1990. Durante la

sustentación de dicho Auto, las internas fueron trasladadas al centro penitenciario de Logroño, donde solicitaron, como ya sabemos, que fuera respetada su voluntad de permanecer en huelga de hambre reivindicativa.

De lo expuesto resulta que permaneciendo las internas en la misma situación continuada e ininterrumpida de huelga de hambre y sin alteración alguna respecto esta circunstancia, «las resoluciones judiciales ahora impugnadas, especialmente la dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, han modificado sustancialmente lo que ya había sido dictado por resoluciones judiciales firmes y ratificadas por este Tribunal en virtud del ATC 406/1990, sobre la alimentación forzosa [...] y que esta modificación se ha producido exclusivamente por la circunstancia del traslado de las internas [...]. Es decir, que un acto administrativo cuyo objeto es el simple traslado de las internas, puede producir, según las resoluciones impugnadas, una modificación de resoluciones anteriores y firmes y que, además, habían sido confirmadas por este Tribunal. Ello entraña una infracción de la tutela judicial efectiva [que comprende...] la ejecución de las resoluciones en sus propios términos» (FJ 2).

«La estimación del amparo por este motivo, hace innecesario entrar en los demás problemas de fondo planteados en este recurso y que, por otra parte, han sido ya resueltos por este Tribunal por las SSTC 120/1990 y 137/1990 y, por remisión a las mismas, por el ATC 406/1990, dictado en el recurso de amparo núm. 739/1990» (FJ 3).

## 12. STC 68/91, de 8 de abril, BOE de 14 de mayo

RA

**Ponente: Rubio LLorente (voto particular de Rodríguez Bereijo y Díaz Eimil)**

**Estimado**

**Conceptos: Igualdad. Discriminación por sexo**

**Preceptos de referencia: Art. 14 CE**

La recurrente en amparo había solicitado del Ayuntamiento de Pamplona que se le reconociera la pensión de orfandad a la que creía tener derecho, toda vez que su madre había sido empleada del citado Ayuntamiento.

La norma municipal que legitimaba su pretensión era el art. 8.2 del «Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona» de 1943 en el que se reconoce a los hijos e hijas legítimos o legitimados del socio fallecido el derecho a disfrutar de pensión de orfandad, derecho que cesará para los varones al cumplir los veinticinco años, o antes en caso de contraer matrimonio u obtener destino en dependencia pública o particular, o terminar alguna carrera, profesión u oficio, mientras que las hijas percibirán la pensión, sea cualquiera su edad, salvo que contraigan matrimonio o profesen religión.

La Comisión Municipal Permanente no dio lugar a la pensión al entender que «El artículo 8.2 del Reglamento del Montepío Municipal debe interpretarse de conformidad con el artículo 14 de la Constitución, que establece el principio de igualdad ante la Ley sin prevalencia de discriminación por razón de sexo, discriminación

*que se produciría en perjuicio del varón, en caso de concederse pensión de orfandad a quién, siendo mujer soltera en situación de empleo, disponga de suficientes medios de subsistencia».*

En la demanda de amparo se reprocha tanto al acto administrativo como a la Sentencia judicial que lo confirma, el que se le niegue la pensión, sin que la negativa se fundamente en cambio normativo alguno sino en el carácter discriminador de la norma. El TC manifiesta «Es, desde luego, cuanto menos probable, a la luz de la doctrina que ya hemos sentado» sobre la discriminación por razones de sexo en el derecho a la pensión (SSTC 103/83, 104/83, 144/89, 142/90 y 158/90) que el artículo 8 del «Nuevo Reglamento» haya de considerarse, en su formulación actual, incompatible con las exigencias que derivan de la Constitución. De esa doctrina no puede extraerse, sin embargo, otra consecuencia que la de que no puede denegarse, con apoyo en norma discriminatoria, un derecho que ésta concedería si no lo fuera. El razonamiento inverso, implícito en la resolución que analizamos, no sólo es lógicamente insostenible (se afirma que la norma es discriminatoria porque excluye del disfrute del derecho a una clase que debería incluir, puesto que está excluida sólo por razón de sexo, pero a continuación se niega el derecho de la recurrente, para equipararla así con la clase discriminada) y paradójico (se niega el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, para asegurar precisamente el principio de igualdad), sino que llevaría, de ser generalizada rigurosamente, a negar el derecho a la pensión a todas las huérfanas (y viudas) a las que les fue concedida [...]. Mientras [la norma discriminadora] exista, sin embargo, el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también a quienes, según el tenor literal de la misma, no la tendrían, inaplicando las cláusulas, que de modo explícito o implícito, establecen la discriminación, pues ésta consiste sustancialmente para el discriminado en la privación o limitación de un derecho, no en su otorgamiento» (FJ 4).

### 13. STC 69/91, de 8 de abril, BOE de 14 de mayo

**RA**

**Ponente: Rubio LLorente**

**Estimado**

**Conceptos: Arrendamientos urbanos. Denegación de prórroga por necesidad y discriminación por razón de edad .**

**Preceptos de referencia: Art. 14 CE**

La recurrente en amparo había interpuesto demanda de juicio de cognición sobre resolución de contrato de inquilinato, invocando la causa de denegación de la prórroga del art. 62.1 de la LAU, por necesitar para si la vivienda. Alegaba que la convivencia con sus hermanos en el caserío donde habitaban desde hacía muchos años, se iba haciendo cada vez más difícil de soportar.

El Juez de Distrito desestimó la demanda al considerar que la necesidad alegada no había quedado suficientemente acreditada. Contra esa Sentencia interpuso la actora recurso de apelación que resultó confirmatorio, añadiendo que: «el deseo de una

persona a vivir con independencia constituye un derecho fundamental, por consiguiente por necesidad ha de entenderse la simple voluntad de una persona adulta de vivir con independencia, pues así se evita una convivencia no deseada», aunque en el caso concreto niega el derecho, por entender que la edad de la recurrente (59 años) no permite presumir esa voluntad. Contra esta decisión se interpone recurso de amparo.

El objeto del recurso se concreta en la determinación de si «una circunstancia personal puede ser tenida en cuenta en la aplicación de la norma, de manera que el rigor en la prueba pueda ser mayor o menor en función de cual sea la edad del demandante» (FJ 1).

«No existe razón alguna para afirmar que esa doctrina [la señalada por la Audiencia] se aplica normalmente a personas jóvenes en las que, por su edad, se entiende, sin género de dudas su deseo de emprender una vida nueva y autónoma. Esta segunda afirmación hace relación a una presunción de sinceridad de la voluntad expresada, o a la intensidad del deseo experimentado, pero ni lo uno ni lo otro son circunstancias relevantes si se entiende que, como afirma la Sentencia impugnada, que la posibilidad de vivir con independencia es un derecho fundamental» (FJ 3).

La edad constituye «naturalmente una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna» (FJ 4).(2)

#### 14. STC 72/91, de 8 de abril, BOE de 14 de mayo

**RA**

**Ponente: Gabaldón López**

**Desestimado**

**Conceptos: Responsabilidad civil «derivada de delito» y presunción de inocencia**

**Preceptos de referencia: Art. 24 CE**

Se reitera en esta Sentencia la doctrina del TC que desvincula «presunción de inocencia» y «responsabilidad civil»: «*La condena [...] por responsabilidad civil no guarda relación directa con dicha presunción ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del art. 24.2 de la Constitución; este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador y no a la responsabilidad indemnizatoria subsidiaria en el ámbito civil, aunque esta responsabilidad se derive de un delito declarado en Sentencia penal, porque una vez apreciada la prueba en relación con la infracción criminal, la responsabilidad civil subsidiaria se produce como consecuencia de ciertas relaciones jurídicas o de hecho con los autores del delito (arts. 20 y ss. del Código Penal)*» (FJ 6).

---

(2) Puede verse un comentario a esta sentencia realizado por Isabel Miralles en RJC n.º 4 de 1991, págs 983 y ss.

**15. STC 88/91, de 25 de abril, BOE de 29 de mayo****RA****Ponente: Gimeno Sendra****Desestimado****Conceptos: Pensión de viudedad. Vulneración del principio de igualdad.****Prescripción de derechos****Preceptos de referencia: Art. 14 CE**

La demanda de amparo tiene como base los siguientes antecedentes de hecho. El esposo de la recurrente falleció el 26 de marzo de 1968 (encontrándose en situación de alta en el Régimen de la Seguridad Social). El 11 de abril de 1983 (15 años después), la demandante de amparo, solicitó pensión de viudedad que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), porque el derecho a solicitar prestaciones prescribió a los tres años, contados desde el día siguiente al fallecimiento del causante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 54.1 de la LSS de 1966, no apreciándose, como pretendía la recurrente el art. 16 de la Ley 24/72, de 21 de junio (luego recogido en lo que aquí interesa en el art. 165 de la LGSS de 1974), que declara imprescriptible el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia.

La sentencia de la Magistratura de Trabajo estimó la demanda entendiendo que «aún producido el hecho causante de la pensión de viudedad bajo la vigencia de la LSS de 1966, cuando la actora efectuó la solicitud de la pensión estaba ya en vigor [...] la LGSS de 1974, cuyos artículos 54.1 y 165 establecen la imprescindibilidad (sic) del derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia; y aún cuando el artículo 2.2 del Código Civil proclama la irretroactividad de las leyes si no dispusieran lo contrario, ha de aplicarse la LGSS de 1974 por analogía con la legislación penal y con la disposición transitoria primera del Código Civil, y porque en caso contrario se vulneraría el artículo 14 de la Constitución».

El INSS interpuso recurso de suplicación que fue estimado por la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, contra la que se interpone recurso de amparo, por presunta vulneración del artículo 14 de la CE.

La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si la Sentencia del TCT ha vulnerado o no el art. 14 CE al aplicar a la solicitud de reconocimiento de pensión el plazo señalado en la legislación vigente en el momento de producirse el supuesto causante.

Son dos las cuestiones a tratar. De un lado el tema de la prescripción de derechos. De otro lado, en caso de que esos derechos se consideren imprescriptibles en una ley posterior, si esa irretroactividad determina un supuesto de aplicación desigual del derecho.

1. Con respecto a la primera cuestión el TC declara que «tanto la selección de la norma aplicable como la apreciación de si existe o no prescripción de la acción interpuesta son cuestiones que competen en principio exclusivamente a los Jueces y Tribunales (entre otras SSTC 178/1988, 211/1988 y 90/1990 para lo primero, y SSTC 10/1985, 262/1988 y 47/1989, para lo segundo). Selección de la norma aplicable y apreciación de la existencia de prescripción que en principio sólo serán revi-

sables por este tribunal si aquella selección y esta apreciación se han realizado de manera arbitraria y manifiestamente irrazonable» (FJ 2).

2) Con relación a la segunda cuestión, es igualmente doctrina reiterada que «el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico (STC 119/1987). La desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna...» (FJ 2).

«La no aplicación retroactiva de esa última Ley no implica la vulneración del artículo 14 de la Constitución. El hecho de que en el sistema de Seguridad Social se introduzcan mejoras a favor de los beneficiarios [...] no significa que se lesione aquel precepto constitucional en relación con quienes no pudieron beneficiarse de la mejora en cuestión, ni que, para no vulnerar el art. 14 de la Constitución, el legislador, y si éste no lo ha hecho así el intérprete, deban consagrar ineludiblemente la retroactividad de la mejora» (FJ 3).

#### **16. STC 132/1991, de 17 de junio, BOE 8 de julio, núm. 162**

**RA**

**Ponente: De los Mozos**

**Desestimado**

**Conceptos: Concesión de exequatur. Posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Orden público del foro**

**Preceptos de referencia: Artículos 24 CE y 954 LEC**

La Sentencia resuelve el recurso interpuesto contra un auto del TS que otorgó el exequatur a una sentencia dictada por un tribunal argelino condenatoria de la recurrente en amparo por incumplimiento de un contrato de suministro.

Se consideró vulnerado el art. 24 CE dado que el TS otorgó el exequatur sin considerar si efectivamente la sentencia extranjera estaba suficientemente motivada y fundada en Derecho. Se alegaba también que había sido dictada por un juez parcial. Esta última argumentación fue subsumida en la alegación de falta de fundamentación de la sentencia extranjera.

Tal y como se estableció en las SSTC 98/1984, 43/1986 y 54/1988 (respecto esta última ver ADC 1990, fasc. I) el TC no puede ni debe entrar a valorar si una sentencia extranjera cumple los requisitos que permitan su homologación en el foro por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, a menos que se vulneren derechos susceptibles de amparo (FJ 4).

Uno de los controles que han de pasar las sentencias extranjeras es el relativo a la no vulneración del orden público del foro, concepto que a la luz de la CE ha adquirido una nueva dimensión y que está penetrado por los derechos fundamentales y libertades públicas en ella reconocidos (FJ 4).

Cuando el TS comprueba el cumplimiento de estos requisitos no puede entrar de nuevo a conocer el contenido del litigio ya que entonces operaría como una instancia casacional.

Su labor debe limitarse a comprobar la observancia de unas determinadas garantías (principalmente las contempladas en el art. 24 CE) y en su caso, homologar la sentencia.

El TC considera que el tribunal español al conceder el exequatur efectivamente comprobó si la sentencia extranjera fue dictada en un proceso respetando las garantías contempladas en el art. 24 CE». Se pronunció implícita pero claramente sobre la alegada falta de fundamentación jurídica de la sentencia extranjera [...] y el TS llegó a esta conclusión en una resolución, aunque concisa, suficientemente motivada, no pudiendo apreciarse, por tanto, que el auto impugnado haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo» (FJ 5).

En realidad no es que la recurrente considere vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, sino que discrepa de la solución a la que llegó la sentencia argelina.

Finalmente el TC reitera que el art. 24 CE no requiere para su satisfacción la obtención de una resolución judicial favorable a las pretensiones del interesado, ni libre de error en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria. (FJ 6).

#### 17. STC 134/91, de 17 de junio, BOE de 8 de julio

RA

**Ponente:** Gabaldón López

**Desestimado**

**Conceptos:** Igualdad. Distintas Secciones de una misma Audiencia.

**Preceptos de referencia:** Art. 14 CE

STC 183/91, de 30 de septiembre, BOE de 5 de noviembre

RA

**Ponente:** De los Mozos

**Desestimado**

**Conceptos:** *Idem*

**Preceptos de referencia:**

El recurrente en amparo había sido condenado en dos sentencias consecutivas por un delito de cheque en descubierto. Apeladas ambas ante la Audiencia Provincial, la primera fue revocada por una sección de dicha Audiencia mientras que la segunda fue confirmada por otra sección.

Se alegó que la sentencia confirmatorio en apelación vulneraba el principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) ya que los hechos eran idénticos y habían tenido lugar entre unos mismos sujetos.

El TC señala en primer lugar, en aplicación de la doctrina establecida entre otros por el ATC 862/86 y STC 161/1989 que «*las dos secciones de la Audiencia Provincial de que provienen las Sentencias contradictorias constituyen órganos jurisdiccionales diferentes y no composiciones personales variables dentro del funcionamiento de aquella*» (FJ 2). Según el TC, incluso con anterioridad a la LOPJ, las Secciones de las Audiencias Provinciales no constituyen mera formación ocasional del Tribunal, sino Tribunales orgánica y funcionalmente diferentes dentro de la Au-

dencia; configurándose sobre todo a partir de la LOPJ como órganos con carácter estable y dotados de una organización y finalidad propias (entre otros, en los art. 81.1, 152.1.1ª y 2ª LOPJ). Sobre esta cuestión ver Bercovitz, CCJC n.º 21, comentario a la STC 159/1989, de 6 de octubre).

El recurrente aporta como término de comparación para fundamentar la alegada violación del art. 14 CE, una sentencia dictada por otra sección de la misma Audiencia.

El TC determina que no puede prosperar la invocada vulneración de la CE puesto que *«al no existir un término de comparación ajeno a las dos Sentencias discrepantes, el juicio habría de referirse al fondo mismo del derecho aplicado e incluso a los hechos»* (FJ 4).

En definitiva, lo que se estaría pidiendo al TC es que valorase cuál de las dos interpretaciones es la más correcta, función que le correspondería en todo caso a un tribunal casacional, pero no al Constitucional puesto que su misión *«que es la de corregir la vulneración de la igualdad en la aplicación de la Ley, no se extiende a un juicio sobre la interpretación y calificación de los hechos formulada por el Juez ordinario, aunque parezcan análogos»* (FJ 4).

#### 18. STC 143/91, de 1 de julio, BOE de 22 de julio

RA

Ponente: Rodríguez Bereijo

Estimado

**Conceptos: Libertad de expresión. Desacato. Informar y opinar. Veracidad de la información**

**Preceptos de referencia: Arts. 20.1.d) y 28 CE**

En el marco de un clima de tensión entre la Dirección de la prisión de Granada y parte del colectivo de funcionarios (octubre 1983), uno de éstos —sindicalista— remitió un escrito de denuncia al «Diario de Granada», en el que fue publicado tras una pequeña reelaboración (*«cuando menos tipográficamente y en lo que respecta a la cabecera»*). Ineptitud, concesión de libertades indebidas arbitrarias en la aplicación del Reglamento, nepotismo laboral (*«colocó en dicho puesto a su yerno»*) e incumplimiento de la dedicación exclusiva (*«se dedica a dar clases de preparación de oposiciones para Prisiones, para lo que ha usado frecuentemente su despacho oficial del Centro»*) eran las imputaciones que se hacían a algunos de los responsables de la prisión. El funcionario denunciante y el director del «Diario de Granada» fueron condenados por la Audiencia por desacato, aunque el primero fue absuelto por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional centra su Sentencia en las siguientes cuestiones:

1ª. Los hechos y su valoración: La circunstancia de que el art. 44.1.b) LOTC afirme que el TC *«en ningún caso entrará a conocer»* de los hechos que dieron lugar al proceso, no le impide valorarlos. De otro modo el control constitucional sería imposible (FJ 1). En cuanto a la ponderación de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales, corresponde al TC verificar no sólo su existencia sino también su corrección (FJ 2).



2ª. Informar y opinar: De todas las acusaciones contenidas en el texto publicado, la única que se consideró relevante para la condena fue la relativa a la supuesta concesión de libertades indebidas por el Director de la prisión. Se trataba por tanto de hechos no de opiniones. El problema quedaba así centrado en la libertad de información. Pese a ello, el TS acabó recurriendo —para fundamentar la condena— a los «juicios de valor» vertidos en el texto publicado, lo que el TC no deja de reprocharle, si bien de forma incidental (FJ 6).

3ª. La libertad de informar y sus límites.

a) El honor: El art. 20.4 CE señala de forma expresa que el honor es uno de los límites de las libertades reconocidas en el propio precepto. Sin embargo, tratándose de desacato, el TC entiende que «*difícilmente puede el honor personal representar un papel decisivo como límite constitucional*», pues «*en este tipo de hechos punibles lo que está en juego no es el honor personal sino la autoridad de las instituciones públicas*» (FJ 4).

b) La existencia de una relación de subordinación entre ofensor y ofendido: El condenado por desacato era un funcionario. Ello planteaba dos cuestiones que no son nuevas en la jurisprudencia del TC. En primer lugar, ¿se ve limitada la libertad de informar cuando quien la ejerce está sujeto a vínculos laborales o funcionariales? Respecto de ella, la Sentencia empieza por recordar que, en efecto, «*la buena fe contractual puede limitar la libertad de información en materia sindical*» (SSTC 88/85, FJ 2 y 6/88, FJ 6). No obstante, añade, «*dicho límite no despliega sus efectos con idéntica virtualidad cuando de la función pública se trata*»: Que los ciudadanos tengan puntual conocimiento acerca de eventuales irregularidades —siempre que no se quebrante el «secreto profesional»— reviste un evidente «interés público» (FJ 5). En segundo lugar, se planteaba también la cuestión de si la libertad de informar debe ejercerse *por el conducto reglamentario* (primero la denuncia interna, luego la pública). El TC vuelve a negarlo (FJ 6), reiterando la doctrina de la STC 6/88 (FJ 9).

c) La veracidad de la información: En relación con esta cuestión, la Sentencia hace dos afirmaciones. 1ª) «*Veracidad*» no es equiparable a «*objetividad*», exigencia ésta conscientemente excluida del art. 20.1.d) CE. 2ª) La prueba corresponde a quien afirma, pero es suficiente un «*indicio significativo de probanza*» sin que quepa exigir «*prueba judicial*», es decir, «*más allá de la duda razonable*» (FJ 6). En suma: Una cosa es el rigor probatorio exigible para condenar o sancionar a alguien por cometer irregularidades (prueba plena) y otra el exigible para denunciar esas mismas irregularidades. El conocido argumento «no me han condenado, luego mienten» no es siempre aceptable.

**19. STC 149/91, de 4 de julio, BOE de 29 de julio**  
**RRII acumulados, presentados por las CC.AA. de Galicia, Baleares, País Vasco, Cataluña, Cantabria, Canarias, Valencia y 50 Diputados, de oposición a la Ley 22/88 de 28 de julio, de Costas**  
**Ponente: Rubio LLorente**  
**Estimado en parte: Se declaran inconstitucionales y nulos los artículos 26.1 [y en consecuencia las DT4.2.c) y DT7.1 y DF1ª], 33.4 (final), 34 (y las refe-**

rencias que a él se realizan en los artículos 47.3, 52.1, 53.1, 57.2 DT3ª.4 y DF1ª); art. 35.2, las palabras «de oportunidad u otras»; art. 110 b), h), l); art. 111.1.d), art. 118 y DA5ª.2 en las palabras «en todo caso».

Se declaran constitucionales si se interpretan en el sentido que se expone en los FJ los artículos siguientes. Art. 23.3 [FJ3.D) c)] Art. 44.1[FJ4.C) a)]; Art. 55.1[FJ4.E) c) a’)]; Art. 67 [FJ4.G) b)]; Art. 68 [FJ4.G) c)]; Art. 71.3 [FJ4G) d)]; Art. 86 [FJ5.C)]; Art. 110 c) g) i) [FJ7A) c)]; Art. 115 [FJ7C)]; DT 1ª.3 [FJ8.B) d)]; y DT 5ª [FJ.8F)].

**Conceptos: Ordenación del territorio y litoral. Dominio público y propiedad privada. Limitaciones al dominio. Expropiación y redeterminación de los contenidos del derecho de propiedad**

**Preceptos de referencia: Art. 33, 45, 132, 148.1.3ª y 149.1.1ª, 8ª, 23ª CE**

## 1. Ordenación del Territorio y Litoral

La primera cuestión que se nos plantea es la de determinar cuál es el alcance que en relación con el litoral ha de otorgarse a la competencia sobre ordenación del territorio «hay que entender, que todas las Comunidades costeras competentes para la ordenación del territorio lo son también para la del litoral, como sin duda han entendido también los autores de la Ley de Costas, en cuyo art. 117 se hace una referencia genérica a todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, concepto este último, por lo demás, cuya precisión no está exenta de considerables dificultades, que aquí podemos obviar, ya que, a los efectos de esta ley, incluye al menos la ribera del mar y sus zonas de protección e influencia [...]».

La ordenación del territorio es, efectivamente, más una política que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud [...]. La idea de ordenación (o de planificación, que es el término utilizado en otras lenguas europeas) del territorio nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de distintas Administraciones» [FJ1.B)].

## 2. Objetivos de la Ley de Costas, como criterio para determinar competencias

«No es desde luego, la ordenación del territorio el objetivo perseguido por la ley impugnada. Su objeto, definido en el Art. 1, es la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar». Es desde la perspectiva de esta autodefinición desde donde se ha de juzgar fundamentalmente la legitimidad de la normativa estatal, que los recurrentes niegan en cuanto que tal normativa condiciona o limita la competencia que las Comunidades Autónomas tienen para la ordenación de su propio territorio, incluido el litoral.

Es sabido que, según la doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido [SSTC 77/1984, FJ3; 227/1988, FJ14 y 103/1989, FJ6ªa)] la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en

*consecuencia, la naturaleza demanial no aísla la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad.* Tal doctrina no significa, sin embargo, que la Constitución no establezca con absoluta precisión que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo, como ya se declaró en la STC 227/1988 (FJ 14). Según allí se demuestra no sólo resulta, en efecto, del análisis del art. 132 CE la conclusión de que «*tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivisible en el dominio estatal*», sino que esa solución es la única compatible con otros preceptos constitucionales, muy especialmente los contenidos en los párrafos primero y octavo del apartado primero del art. 149.

*Esta facultad del legislador estatal para definir el dominio público estatal (art. 132.2 CE) y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la Norma fundamental.* Como en el presente caso el contenido del dominio público, el género de bienes que lo integran, está establecido por la propia Constitución, el legislador se limita, al definirlo, a ejecutar un mandato constitucional y se excusan otras consideraciones respecto del condicionamiento que a la facultad de incluir en el dominio público, genéricamente, los bienes de otra naturaleza o clase, impone la misma Constitución. Si resulta necesario recordar que, en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, *el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias.* Ciertamente esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural cuya titularidad corresponde al Estado de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso, y así lo declaramos en lo que concierne a las aguas, en la ya citada STC 227/1988 (FJ 18). En el caso del dominio público marítimo-terrestre, se trata además, sin embargo, de una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues como es obvio, el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aún reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas» (FJ 1C).

«Esta naturaleza y estas características de la zona marítimo-terrestre no se reducen, como es sabido, al simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra. De esa situación derivan una serie de *funciones sociales* que la Carta Europea del Litoral resume, en el primero de sus apartados, señalando que es esencial para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, ocupa un lugar estratégico en el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, es soporte de las actividades económicas y sociales que crean empleo para la población residente, es indispensable para el recreo físico y psíquico de las poblaciones sometidas a la presión creciente de la vida urbana y ocupa un lugar esencial en las satisfacciones estéticas y culturales de la

persona humana. Para servir a estas funciones el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos.

*Estas finalidades que ampara el art. 45 CE no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él y, en consecuencia, tampoco sin incidir sobre la competencia que para la ordenación del territorio ostentan las Comunidades Autónomas costeras.* Esta incidencia está legitimada, en lo que al espacio demanial se refiere, por la titularidad estatal del mismo. En lo que toca a los terrenos colindantes es claro, sin embargo, que tal titularidad no existe y que la articulación entre la obligación estatal de proteger las características propias del dominio público marítimo-terrestre y asegurar su libre uso público, de una parte, y la competencia autónoma sobre la ordenación territorial, de la otra, ha de hacerse por otra vía, apoyándose en otras competencias reservadas al Estado en exclusiva por el art. 149.1 de la CE. Entre éstas y aparte otras competencias sectoriales que legitiman la acción normativa e incluso ejecutiva del Estado en supuestos concretos (así las enunciadas en los párrafos 4º, 8º, 13º, 20º, 21º o 24º del citado art. 149.1 CE), *son dos los títulos competenciales*, por así decir generales, a los que se ha de acudir para resolver conforme a la Constitución la antes mencionada articulación.

*El primero* de tales títulos es el enunciado en el art. 149.1.1, que opera aquí en dos planos distintos. En primer lugar para asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (art. 45 CE) [...]. La necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho no quedará asegurado si el Estado en uso de la competencia exclusiva que el otorga el art. 149.1.1, no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes de la zona marítimo-terrestre [...]. *El segundo*, de los indicados títulos es el que, en relación con la protección del medio ambiente consagra el art. 149.1.23. Como se sabe, la competencia allí reservada al Estado es la relativa al establecimiento de la legislación básica, que puede ser complementada con normas adicionales, cuando así lo prevén los respectivos Estatutos, así como el ejercicio de las funciones de ejecución necesarias para la efectividad de esa legislación. Es, sin duda, la protección de la naturaleza la finalidad inmediata que persiguen las normas mediante las que se establecen limitaciones en el uso de los terrenos colindantes a fin de preservar las características propias de la zona marítimo-terrestre y, por tanto, es a partir de esa finalidad primaria como se han de articular, para respetar la delimitación competencial que impone el bloque de la constitucionalidad, la obligación que al legislador estatal impone el art. 132.2 de la CE y las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas» (FJ1D).

### 3. Determinación de los bienes afectados

«Que la nueva ley utilice para la delimitación de la zona marítimo-terrestre una *definición distinta* de un concepto ya utilizado por leyes anteriores sobre la materia, *no es*, ciertamente, *razón alguna que abone su inconstitucionalidad* [...]. En cuanto que el precepto incluye en el demanio bienes que no están directamente aludidos por

la Constitución, ha de considerarse dictado en virtud de la facultad que la misma Constitución concede al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. Aunque esa facultad no aparece acompañada, en el art. 132.2 que la otorga, de limitación expresa alguna, es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe *deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas* que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas [...] no cabe imputar exceso alguno al legislador en ninguna de las determinaciones que los distintos apartados del art. 4 hacen, ni menos aún en el contenido del art. 5, que expresamente excluye la incorporación al dominio público de las islas que sean de propiedad privada de particulares o de Entidades Públicas o procedan de la desmembración de éstas. Aquellas determinaciones se refieren en todo caso a tierras que han formado parte del lecho marino (apartados 1º y 2º) o que quedan cubiertos por él (3º) o que han estado integrados en la zona marítimo-terrestre o son prácticamente indiscernibles de ella (apartados 4º, 5º y 6º) o se incorporan a ella en virtud de un negocio jurídico (apartados 7º y 8º) o, por último, están ocupados por obras que son parte del dominio público estatal por afectación (apartados 9º, 10º y 11º) (FJ 2B).

#### **4 Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre**

El contenido de la protección del dominio público marítimo-terrestre comprende la defensa de su integridad y de los fines de interés general a que está destinado, así como la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones (art. 20 LC).

«El carácter demanial natural de los bienes marítimos y la titularidad estatal de los mismos, es título suficiente para que el legislador estatal adopte una previsión como la que se impugna. Que algunas de las medidas que deban adoptarse para dar satisfacción a esos fines protectores se ubique en unas u otras de las materias sobre las que se ha efectuado el reparto competencial y que, a resultas de ello, la competencia para su adopción venga a corresponder a unas u otras instancias territoriales es cuestión que no queda aquí prejuzgada. Pero también puede afirmarse que *aún cuando hipotéticamente correspondiesen alguna de ellas a las Comunidades Autónomas, no resulta ilegítimo que el legislador estatal las englobe en un concepto amplio de protección demanial*» (FJ3A).

«La sujeción, con carácter general, de los terrenos colindantes con el dominio público a las servidumbres y limitaciones del dominio que regula la Ley trae razón de ser, como antes de dijo, de la propia naturaleza, características y función social de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, lo que obliga a *limitar el uso que pueda hacerse de tales terrenos colindantes al amparo, genéricamente, del título resultante del art. 149.1.23 CE*. Como también hemos dicho, tratándose de terrenos que no forman parte del dominio público, esta limitación sólo puede hacerse derivar de la *competencia estatal para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente*, cuya ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas. La incardinación de estas limitaciones en el mencionado título competencial,

con la consecuencia de que su ejecución haya de entenderse atribuida a las Comunidades Autónomas *no excluye, claro está, la posibilidad de que el Estado pueda realizar otras competencias sectoriales...*» [FJ 3B) a)].

El ejercicio de este deber de protección, puede suponer, en algún caso, restricciones de uso de las cosas, o bien, señalamiento en los Planes y normas de Ordenación territorial y urbanística de unos mínimos destinados a garantizar suficientes accesos al mar y aparcamientos (vid. art. 28 LC).

«No hay [...] infracción de la garantía expropiatoria al imponer unos mínimos relativos al acceso peatonal y tráfico rodado en las zonas urbanas y urbanizables, pues corresponde a los planes urbanísticos de acuerdo con la Ley, delimitar el contenido del *ius aedificandi* que corresponde al propietario, razón por la cual ninguna expropiación cabe apreciar en este caso. Buena prueba de lo que se afirma es, por otro lado, la propia previsión del apartado 3, según la cual se declaran de utilidad pública, a efectos expropiatorios por la Administración del Estado, *los terrenos necesarios para la realización o modificación de otros accesos públicos al mar y aparcamientos, no incluidos en el apartado anterior*, pues es evidente que, en estos casos, se trata de una actuación sobre la propiedad ya delimitada previamente en su contenido por el correspondiente plan, de lo que sí comporta un sacrificio patrimonial individualizado que sólo puede materializarse mediante la correspondiente indemnización expropiatoria» [FJ 3F)].

## 5. Titularidad estatal y enclaves privados en zona marítimo-terrestre

«Parece indispensable hacer alguna consideración sobre el significado de la determinación constitucional (art. 132.2), según la cual forman parte del dominio público estatal *en todo caso la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental. La rotundidad de este enunciado*, que utiliza sólo conceptos referidos a la realidad física y no categorías jurídicas, *hace imposible otra determinación que no sea la de entender que desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional, todos los espacios enumerados en el art. 132.2 se integran en el dominio público del Estado*, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones ulteriores de la Administración la delimitación de sus confines».

«La función social de la propiedad con arreglo a la cual las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera, en efecto, no sólo en abstracto, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos, como es, en el caso que ahora nos ocupa, la de su contigüidad o proximidad respecto del dominio marítimo-terrestre. No es tarea propia de este Tribunal la de mediar en la disputa dogmática acerca de si estas normas que disciplinan la propiedad sobre determinados géneros de bienes delimitan el contenido propio de diversas formas de propiedad o, siendo ésta una institución única, son más bien limitaciones que al propietario se imponen en razón de la

naturaleza de los bienes. Lo que sí conviene subrayar es que las limitaciones introducidas con carácter general en el Capítulo Segundo de la Ley, como meros cambios legislativos, aun cuando impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades), que antes de él se tenían *no implica necesariamente privación de derechos que permita, en consecuencia, exigir la indemnización que el art. 33.3 CE garantiza*».

Cosa distinta es averiguar si la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes. El Tribunal Constitucional considera necesario precisar, con carácter general dos extremos que conviene tener en cuenta en relación a este tema. «El primero de ellos es el de que esta eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no puede ser considerada, desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues es, cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma, de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquella la que establece *la causa expropriandi*.

En segundo término hay que traer también aquí, en relación ahora con la eventual *existencia de enclaves de propiedad privada en el dominio público*, las consideraciones que antes hacíamos respecto de las limitaciones impuestas a la propiedad sobre terrenos situados en las zonas de protección e influencia. Aún si estos enclaves de propiedad privada se mantuviesen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudiera resultar de la nueva regulación legal, no podrían ser considerados aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad. En consecuencia no podría ser entendida por ejemplo, como privación de un derecho preexistente, la limitación que a su ejercicio impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera pues aún en la hipótesis de que en la inclusión de una determinada parte del territorio nacional en el espacio demanial no fuese incompatible con el mantenimiento de parcelas de propiedad privada en ese mismo territorio, *no puede tampoco la existencia de esos derechos dominicales impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza*. (FJ8A).

## 6. Pervivencia de los derechos adquiridos

No es tarea del Tribunal Constitucional entrar en la polémica o en la interpretación que deba darse a la expresión «derechos legalmente adquiridos» máxime mediante Sentencias judiciales firmes. Pero sí debe tenerse presente que esas titularidades dominicales lo son de unos determinados bienes que, por sus propias características físicas y por imperativo constitucional necesariamente forman parte del dominio público. Tras estas consideraciones procede examinar la Disposición Transitoria primera.

«El apartado uno de la Disposición Transitoria Primera se refiere, en primer lugar, a los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por Sentencia judicial firme

anterior a la entrada en vigor de la presente ley, para establecer que pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre[...]. No obstante, aún cuando su declaración por Sentencia Judicial firme suponga el reconocimiento de titularidades dominicales, lo cierto es que, como ya hemos señalado, esas titularidades recaen sobre unos bienes que por sus propias características físicas y naturales eran y son de dominio público y, por tanto, se trata de unas titularidades que por imperativo constitucional deben cesar. Titularidades dominicales, además, que, con arreglo a la propia legislación que vino a reconocerlas y respetarlas, quedaban ya limitadas y condicionadas por razón misma de la clase o tipo de bienes sobre los que recaían.

Esa naturaleza dominical del derecho declarado por Sentencia Judicial, aunque evidentemente no permite olvidar las limitaciones que en todo caso imponía a los propietarios el carácter demanial de los bienes, obliga a considerar que su transformación en concesión implica una muy singular forma de expropiación. La evidente razón de utilidad pública, constitucionalmente declarada, de tal expropiación, no puede ser puesta en cuestión, de tal modo que la impugnación del precepto se dirige efectivamente contra la ausencia o la insuficiencia de la indemnización.

Que no cabe hablar de inexistencia de indemnización es evidente. Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación, determinada ope legis, por la privación del título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecían tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley, que daba a los propietarios el plazo de un año para solicitar dicha conversión y no ofrecía solución alguna para el supuesto de que se dejara transcurrir ese plazo sin cursar la solicitud. El desarrollo reglamentario de esa norma (Disposición Transitoria primera, 2 del Reglamento General) al ordenar a la Administración que, de oficio, otorgue la concesión cuando se hubiera agotado el plazo para solicitarla, vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, no de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la Ley misma, la que fija el quantum de la indemnización. Esta verificación es el punto de partida obligado del análisis de la impugnación que, como decíamos antes, aduce la violación de dos artículos constitucionales, el 33.3 y el 24.

Siendo innegable, como acabamos de señalar, que la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es, simultáneamente un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación, la vulneración del primero de los artículos mencionados sólo puede entenderse producida por la insuficiencia de la indemnización concedida, no por su inexistencia.

Es evidente, sin embargo, que para que esa postulada insuficiencia comporte la inconstitucionalidad de la norma que fija la indemnización para la expropiación de un conjunto de bienes, se ha de atender no a las circunstancias precisas que en cada supuesto concreto puedan darse, sino a la existencia de un proporcional equilibrio [STC 166/1986, FJ 13B] entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser tenida entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de base razonable [...]. La singularidad de las propiedades a las que la norma se aplica, ya



antes comentada, de una parte, el mantenimiento aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrían de quedar sujetos, aún de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, un equivalente del derecho del que se priva a sus anteriores titulares.

De otro lado, y con ello entramos en el análisis de la supuesta violación del derecho a la tutela judicial efectiva, nada impide, naturalmente que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estimen pertinentes frente al mismo» [FJ 8B) a)].

«Supuesto similar es el previsto en el apartado 4 de la misma Disposición Transitoria Primera, referido a aquellos bienes que, tras el correspondiente deslinde, pasan a integrar el dominio público marítimo-terrestre [...]. La pérdida de la propiedad de los mismos implica sin duda una expropiación que es, no obstante, constitucionalmente admisible en su causa en cuanto, como ya se razonó en su momento, nada impide que el legislador precise la definición jurídica de lo que, en razón de sus características físicas, haya de entenderse por ribera del mar y que da también satisfacción a la garantía indemnizatoria que prevé el art. 33.3 CE, al compensar la pérdida de una efectiva titularidad dominical sobre unos bienes que pasan a integrar el dominio público con el otorgamiento de una concesión que permite el mantenimiento de los usos y aprovechamientos existentes por un plazo máximo de sesenta años» [FJ 8B) b)].

«El apartado 2º de esta Disposición Transitoria Primera se ocupa del problema que plantea la existencia sobre la zona marítimo-terrestre o playas de titularidad dominicales amparadas por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por Sentencia Judicial firme [...].

La reducción en este caso tiene el valor de la compensación impuesta por la Ley, en relación con los dos supuestos antes estudiados, tiene su justificación, en principio, en la mayor debilidad del título. Una cosa es, claro está, una Sentencia judicial y otra bien distinta una inscripción registral, pues aún prescindiendo del hecho, bien sabido, de que entre nosotros la inscripción registral da fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien a que éste se refiere, es claro que frente a la notoriedad del carácter público de la zona marítimo-terrestre, la existencia de títulos inscritos en el Registro en los que se señale como linderos de la finca *el mar* o, a veces, incluso, un país extranjero, *mar por medio* no puede fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical.

Pese a ello, tampoco cabe pasar por alto el hecho de que, en ocasiones, la inexistencia de una Sentencia judicial puede deberse al hecho de que la Administración no hizo uso, tras el deslinde, de las acciones judiciales dirigidas a invalidar el título que se le oponía y que, en consecuencia, el titular registral se ve colocado en una situación más desfavorable justamente como consecuencia de la anterior inactividad de la propia Administración.

Las dudas que esta consideración jurídica pudiera hacer nacer en cuanto a la constitucionalidad de este apartado, dada la menor compensación que en este caso se ofrece a los titulares de las inscripciones registrales, quedan despejadas, no obstante por el inciso final del propio apartado, en el que expresamente se salva el derecho de estos titulares para acudir a las acciones civiles en defensa de sus derechos. Es evidente, en efecto, que de acuerdo con esa salvedad, *los titulares registrales, como aquellos titulares de derechos en zonas hasta ahora no deslindadas, cuando el deslinde se efectúe podrán ejercitar las acciones dirigidas a obtener la declaración de su propiedad y que si la Sentencia, así lo hiciese, les sería de aplicación lo dispuesto en el apartado primero de esta misma Disposición Transitoria*» [FJ 8B) c)].

«El apartado 3 de la Disposición Transitoria primera dispone que *en los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo está parcialmente a la entrada en vigor de la presente ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el art. 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras.*

Es evidente que la aprobación de deslinde puede dar lugar también en estos casos a una privación de derechos. Así sucederá, por ejemplo, en aquellos casos en los que, al llevarse a cabo el deslinde con arreglo a la presente Ley, se incorporen al dominio público terrenos (y eventualmente obras e instalaciones) que según la legislación anterior eran inequívocamente de dominio privado, o en aquellos otros en los que existan títulos registrales inscritos y amparados por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, que nunca pudieron hacerse valer ante la Administración [...].

La laguna legal que se había apreciado en relación a este supuesto, fue completada por el Reglamento.

«En lo que respecta a las inscripciones registrales amparadas por el art. 34 de la Ley Hipotecaria la solución es aún más clara, pues la posibilidad de hacerlos valer en el momento del deslinde está expresamente reconocida en el inciso final del art. 13.2 de la propia Ley, de manera que en esa ocasión podrán sus titulares obtener de la jurisdicción competente el reconocimiento de su derecho y quedarán con ello en la misma situación que los propietarios de enclaves a los que se refiere el apartado primero de esta Disposición Transitoria» [FJ 8B) d)].

## **20. STC 160/91, de 18 de julio, BOE de 9 de agosto**

**RA**

**Ponente: López Guerra**

**Desestimado**

**Conceptos: Inviolabilidad de domicilio (Riaño) e intimidad**

**Preceptos de referencia: Arts. 18.2, 19 y 24 CE**

Se impugnan en el presente recurso las actuaciones materiales en virtud de las cuales, bien por vía de hecho (producidas por agentes públicos), o en ejercicio de resoluciones administrativas no notificadas, se procedió a la demolición de los domicilios. Los recurrentes consideraron vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio, al entender que hubiera sido precisa una resolución judicial específica para

proceder al desalojo. Esto plantea la cuestión de si existiendo una previa resolución judicial firme que ordena la expropiación y consecuente desalojo y derribo de una vivienda, es además necesaria una posterior resolución judicial para ejecutarla materialmente.

A juicio del TC en este caso no se está ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a Derecho. «Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—» (FJ 8).

Una decisión de los órganos jurisdiccionales relativa a expropiación de viviendas implica, sin duda, el desalojo de los en ella habitantes.

«Toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto, el cual, a su vez, ha de tener constancia formal inequívoca, certeza de su contenido y de destinatario que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata, integrando lo que, en suma, se conoce como un título ejecutivo. En el presente caso, dicho título ejecutivo lo constituyen las sentencias firmes que confirmaron la expropiación de las viviendas de Riaño, que por cumplir el triple requisito de la constancia formal inequívoca, la certeza del contenido y la de sus destinatarios dispensan a la Administración que las cumple y ejecuta, de la necesidad de obtener una nueva resolución judicial que, por lo demás, ya no sería una autorización, sino un mandato judicial de entrada en el domicilio» (FJ 8).

## 21. STC 192/91, de 14 de octubre, BOE de 15 de noviembre

RA

**Ponente: Rodríguez Bereijo,**

**Desestimado**

**Conceptos: Igualdad. Convivencia conyugal. Protección de la familia. «Derecho de consorte» y traslado de funcionario**

**Preceptos de referencia: Arts. 14, 23.2 y 39.1 CE y art. 68 CC**

La Sentencia tiene su origen en un concurso de traslado decidido en aplicación del «turno de traslado por consorte», conocido, más simplemente, como «derecho de consorte» (cfr. art. 114.3 OM 5 de abril de 1986). Una de las solicitantes, soltera, impugnó la decisión por entenderla discriminatoria. La Audiencia de Cáceres desestimó el recurso, al considerar que el trato favorable a los casados estaba justificado por el principio de protección a la familia del art. 39.1 CE. Este mismo criterio es el que se expresa en la Sentencia del TC: *«La desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya [...] en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica, debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 CE), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el art. 68 del Código Civil»* (FJ 4).

Con relación a idéntico problema, y en el mismo sentido, vid. STC 200/91, de 28 de octubre (BOE de 27 de noviembre, Ponente Gabaldón López). Asimismo, aunque referido a un caso que presenta alguna diferencia, ATC 1325/88.

**22. STC 194/91, de 17 de octubre, BOE de 15 de noviembre**

**RA**

**Ponente: García-Mon y González-Regueral**

**Desestimado**

**Conceptos: Adquisición invertida. Derecho de propiedad. Ejecución de sentencia mediante indemnización**

**Preceptos de referencia: Art. 24 CE**

La presente Sentencia tiene su origen en un interesante pleito civil aunque, como es lógico, lo que se somete al TC no es la cuestión de fondo sino la supuesta vulneración de un derecho fundamental. Ello limita el atractivo del caso. Pero no lo elimina. Los hechos son los siguientes: Una montaña de escombros y materiales producidos por una explotación minera acabó invadiendo una finca vecina. Unos de los copropietarios de ésta interpuso acción reivindicatoria, condenándose a los demandados a poner la finca a disposición del actor «libre de cualquier gravamen y material que en la misma se haya depositado». La decisión fue confirmada en apelación. No obstante, en ejecución y tras el correspondiente incidente, el Juez de Primera Instancia dictó un Auto en el que se establecía la «imposibilidad de ejecutar la Sentencia en sus propios términos, toda vez que de la prueba practicada y del reconocimiento judicial se desprende que levantar el carbón depositado en la finca, construir unos muros de contención y otras operaciones supondría un coste superior a 50 millones de pesetas, lo que resultaba desproporcionado y excesivamente oneroso para los demandados, puesto que la finca, de secano y sita al lado de unas escobrerías, sólo podía valorarse en 116.025 ptas». Por consiguiente, el Juez fijó una «indemnización sustitutoria de la entrega real del inmueble», cifrada en el valor de la finca, mas los intereses desde la interposición de la demanda. La decisión —confirmada por la Audiencia— utilizaba el argumento de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE).

El ya ex-propietario recurrió en amparo alegando la violación del art. 24.1 CE, por no haberse ejecutado la Sentencia en sus propios términos. El TC desestimó el recurso, recordando que «hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena [...] por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria o, si se quiere, contrario a la misma, pero ello, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE [...] en definitiva, [...] tan constitucional es una ejecución de Sentencia que cumple el principio de identidad entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario» (FJ 2). Más allá de sus funciones de juez constitucional y de forma incidental, el TC manifiesta además su conformidad con la tesis judicial según la cual constituía «un abuso de derecho, o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, la pretensión del recurrente de que la Sentencia se ejecutara en sus propios términos por sus desproporcionadas consecuencias» (FJ 3). Por

último, concluye el TC, «es patente que el alcance del derecho de propiedad o de la función social de la misma (art. 33 de la Constitución) no es un objeto posible de discusión en el proceso de amparo constitucional, conforme resulta del art. 53.2 CE y del art. 41.1 LOTC» (FJ 4).

### **23. STC 197/91, de 17 de octubre, BOE de 15 de noviembre**

**RA**

**Ponente: Rodríguez-Piñero**

**Desestimado**

**Conceptos: Honor, intimidad y libertad de información («Caso Sara Montiel»)**

**Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE**

En 1985, el diario «Ya» publicó un artículo en el que se informaba acerca de las circunstancias de la adopción de un niño por Sara Montiel. En el titular se decía que «La madre, XX [así en la Sentencia del TC], trabajaba en una barra americana», añadiendo en subtítulo que «el hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante». Debe tenerse en cuenta que el artículo era el resultado de una investigación periodística sobre una red de tráfico ilícito de niños existente en Murcia y Alicante, así como la circunstancia de que, con anterioridad a la publicación, los padres adoptivos habían convocado a diversos medios para explicarles las circunstancias de la adopción, que habría tenido lugar, según sus manifestaciones, en Santo Domingo.

Los adoptantes, en nombre propio y en el de su hijo, interpusieron demanda civil en defensa de su honor e intimidad contra el periodista, la empresa editora y el director del diario. En primera instancia se condenó solidariamente a los demandados al pago de 40 millones de pesetas, así como ha publicar la Sentencia. La Audiencia de Madrid confirmó el fallo, pero reduciendo la indemnización a 12 millones. El TS (Sentencia de 20 de febrero de 1989) desestimó el recurso de casación (vid. el comentario a la misma de F. IGARTUA, en *CCJC* núm 19, pp. 263 y ss.). Los recurrentes en amparo alegaban la violación del derecho a difundir información veraz del art. 20.1.d) CE.

Los argumentos de los recurrentes resultaban de mucho peso. En primer lugar, al menos una de las personas implicadas (Sara Montiel) no solo tenía indudablemente la condición de persona pública sino que, además, aparecía con frecuencia de forma voluntaria en la llamada «prensa del corazón». En segundo, el asunto sobre el que versaba la información tenía una indudable relevancia pública (el descubrimiento de la existencia de una red de adopciones ilegales tiene un evidente interés general). En tercero, se daba la circunstancia de que los mismos adoptantes (Sara Montiel y su esposo) habían convocado a la prensa, por propia iniciativa, difundiendo una versión objetivamente falsa de los hechos. En cuarto y último, la información era «veraz» (es decir, se correspondía con la realidad o, como mínimo, era el resultado de una labor diligente por parte del periodista). Con estas premisas parecía que el artículo periodístico debía gozar de plena cobertura por parte del art. 20.1.d) CE. Sin embargo, el TC tuvo en cuenta otros elementos de juicio adicionales:

1°. La distinción honor-intimidad: «El requisito de la veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata de la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan» (FJ 2).

2°. Las restricciones a la intimidad que implica la condición de «persona pública» no son en ningún caso aplicables al niño adoptado.

3°. El interés público del asunto (tráfico de niños) no se extiende a todos sus pormenores (profesión de la madre natural).

En base a esas otras consideraciones, el TC concluye que «la identificación de la persona de la madre del hijo adoptado y su particular profesión», vulneran la intimidad del niño; y no sólo la de éste sino —«por reflejo» (FJ 4)— la de los propios padres adoptivos (FJ 3 «in fine»). El problema en cada caso es el de identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando exista un interés público al conocimiento de determinados hechos que pueda legitimar la invasión de la esfera privada del personaje público. En el presente caso «la información relativa a las circunstancias y situación personal de la madre natural del menor, *no constituye materia de interés general que contribuya a la formación de la opinión pública, ni se refiere a hechos relacionados con la actividad pública de la personalidad pública, ni estaba justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informaba*» (FJ 4). Los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, no han de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad.

La Sentencia incluye una referencia adicional a un aspecto colateral de cierto interés: los errores en la «terminología legal». Una de las razones de la demanda contra el diario «Ya» fue que en el artículo publicado se afirmaba que «el niño fue adquirido en Alicante» lo que, en opinión de los actores, implicaba la imputación de que lo habían «comprado». En relación con este punto, el TC se muestra muy flexible, afirmando que el término «adquirido» no tiene en el contexto de la noticia un significado preciso y que «las inexactitudes en la compleja terminología legal solo pueden ser relevantes si el dislate en la calificación de los hechos lleva a engaño al lector medio». En el caso de autos, dice el TC, «la utilización incorrecta del término no cuestiona por sí la legalidad del procedimiento de adopción» (FJ 3).

#### **24. STC 201/91, de 28 de octubre, BOE de 27 de noviembre RA**

**Ponente: Díaz Eimil**

**Conceptos: Jurisprudencia, criterios discrepantes pero consolidados y principio de igualdad**

**Preceptos de referencia: Art. 14 CE**

La Constitución de 1978 obligó a considerar desde un nuevo punto de vista —el de la igualdad— la institución de la jurisprudencia. Una reiterada doctrina del TC vino a establecer que los jueces y tribunales —aunque no vinculados al «precedente»— no pueden apartarse arbitrariamente de sus propias resoluciones anteriores

pues, si lo hicieran, violarían el principio de igualdad «*en la aplicación*» de la ley. La Sentencia que ahora nos ocupa se plantea un caso diferente y que no es del todo inusual: la existencia de criterios discrepantes y reiterados en las decisiones de un mismo órgano judicial.

Es notorio que, en ciertas cuestiones, no existe un criterio unificado, conviviendo dos —y a veces más— líneas jurisprudenciales. ¿Tiene esta discrepancia alcance constitucional? Eso es lo que, con referencia a la jurisprudencia del TC, se aborda en la Sentencia que nos ocupa, haciéndolo para dar una respuesta negativa.

Empieza el TC por recordar que «*los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada a casos futuros y no como cambio inadvertido [...] o que sea fruto de voluntarismo selectivo*» (FJ 2). Pero, como se ha señalado, no es este el problema que aquí se plantea. No se trata del abandono de un criterio en favor de otro que viene a sustituirlo: Se trata de la aparición alternativa de criterios diferentes y consolidados. En el caso planteado, observa el TC, nos encontramos con «*diversas Sentencias que pueden agruparse, por su fundamentación jurídica y fallo, en dos conjuntos perfectamente diferenciados*» (FJ 3). Ello no implica infracción del art. 14 CE, pues «*no existe ruptura ocasional y aislada de jurisprudencia mantenida sin contradicción sustancial, sino enfrentamiento entre dos criterios interpretativos que se suceden alternativamente y que responden a distintas concepciones jurídicas igualmente razonables y fundadas en Derecho*» (FJ 3). El TC no deja de señalar la insatisfacción que esa indefinición jurisprudencial produce: «*Desde luego, podría parecer poco conforme con el principio de seguridad jurídica el que un mismo Tribunal dicte en fechas muy próximas, separadas en algún caso tan sólo por un día, Sentencias claramente contradictorias entre sí, resolviendo en sentido radicalmente opuesto supuestos idénticos, pero ello no es más que consecuencia de la independencia que cada Juez o Tribunal tienen en el ejercicio de su potestad jurisdiccional*» (FJ 3). En definitiva, concluye el TC, la unificación de la jurisprudencia en temas de legalidad ordinaria no puede imponerse por la vía del amparo (FJ 3).

Para el mismo problema y en idéntico sentido, vid. la STC 202/91, de 28 de octubre (BOE de 27 de noviembre, Ponente De los Mozos).

## 25. STC 209/91, de 7 de noviembre, BOE de 27 de noviembre

RA

**Ponente:** De los Mozos (voto particular de Rubio Llorente y otros)

**Estimado**

**Conceptos:** Ejecución de sentencia canónica de nulidad dictada con anterioridad al Concordato de 3/1/1979. Formulación de oposición por el demandado. Sobreseimiento de las actuaciones por el juez civil

**Preceptos de referencia:** Art. 24.1 CE

Un Juzgado de Primera Instancia de Burgos denegó otorgar la ejecución, solicitada en 1987, de una sentencia canónica de nulidad matrimonial dictada en 1978 y acordó el sobreseimiento de las actuaciones por formularse oposición por parte del

demandado, en aplicación de la D.A. 2ª.2 de la Ley 30/1981: «Presentada la demanda por cualquiera de la partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al cónyuge y al Ministerios Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre causas de nulidad y disolución».

La recurrente en amparo considera que ha sido violado el art. 24 CE en la medida que no se concede eficacia a la mencionada sentencia, tal y como establece la DT 2ª del Acuerdo con la Santa Sede de 3/1/1979, disposición que resulta aplicable teniendo en cuenta el momento en que se inició el proceso de nulidad y que establece: «Las causas que estén pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el art. XXIV del Concordato de 1953».

El TC establece en primer lugar que si bien la determinación de la norma a aplicar y su interpretación son cuestiones de legalidad ordinaria, alcanzan rango constitucional cuando se vulnera un derecho fundamental. Reitera una vez más el Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva alcanza también el de la ejecución de la sentencias.

Reiterando la doctrina sentada en la STC 65/1985, considera el Tribunal que el proceso de reconocimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos es equiparable a la ejecución de una sentencia. En el presente caso la sentencia canónica cumple los requisitos establecidos en la DT 2ª del Acuerdo y no otorgársele eficacia civil supone vulnerar el art. 24 CE (FJ 2).

Un magistrado formula un voto particular y señala también su discrepancia respecto de las SSTC 66/1982 y 65/1985, en las que basa su Fallo el TC. En su opinión, la tutela judicial efectiva comporta el derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada siempre que se haya ejercitado la pretensión a través del cauce correspondiente y cumpliendo los presupuestos formales exigidos.

En consecuencia, las decisiones judiciales que indican al demandante cuál es el procedimiento que debe seguirse remitiéndole al mismo, no puede considerarse vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva a menos que tales resoluciones estén basadas en normas inconstitucionales.

El Auto impugnado no deniega la resolución de fondo pretendida por el demandante, sino que da cumplimiento a un norma de carácter procesal, la DA 2 de la Ley 30/1981.

El derecho a la tutela judicial efectiva sólo le garantiza el derecho a que su pretensión se resuelva en el procedimiento adecuado. De no ser así se vulneraría el derecho de la otra parte de poder formular oposición a la pretensión.

El hecho que el Acuerdo de 3/1/1979 no contenga normas de carácter procesal significa que no se desplazan las contenidas en la DA 2ª de la Ley 30/1981, y al aplicar las mismas no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, salvo que se mantenga que las normas aplicadas son inconstitucionales porque deberían otorgar eficacia automática a las sentencias canónicas sin más dilación y examen. Ello significaría reconocer que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta el otorgamiento



to de eficacia civil a las sentencias canónicas sin ningún tipo de examen de su contenido.

Por último entiende el Magistrado que esta pretensión carece de contenido constitucional puesto que el juzgador se limitó a aplicar una norma procesal que además no era susceptible de interpretaciones diversas no requiera un juicio previo de selección de la norma a aplicar.

En definitiva están en pugna dos concepciones distintas del proceder de los jueces a la hora de dar eficacia civil a las sentencias canónicas dictadas con anterioridad al Acuerdo citado: una, la del otorgamiento automático de la misma y otra, aquella que entiende que es preciso un control por parte de los tribunales para garantizar el respeto de las normas procesales, puesto que de otra forma supone la renuncia del juez a ejercer su actividad jurisdicente.

## 26. STC 214/91, de 11 de noviembre, BOE de 17 de diciembre

RA

**Ponente: Gimeno Sendra**

**Estimado (voto particular de García-Mon, parcialmente discrepante)**

**Conceptos: Declaraciones racistas. Honor. Libertad de expresión. Libertad ideológica. El honor de los colectivos («Caso León Degrelle»)**

**Preceptos de referencia: Arts. 16, 18.1, 20 y 24 CE**

Esta sentencia resuelve un caso que ha alcanzado bastante notoriedad. En ella se acoge la demanda de amparo de una mujer que recurrió a los tribunales civiles (LO 1/82, Tutela civil de Honor, Intimidad e Imagen) a raíz de la publicación de ciertas declaraciones del Sr. L. Degrelle en las que se ponía en duda «que las cámaras de gas existieran alguna vez» y se afirmaba que el Dr. Mengele «era un médico normal». La Sra. Friedman, una mujer judía que estuvo internada en Auschwitz y perdió allí prácticamente a toda su familia («gaseada por orden de un médico citado en las declaraciones»), interpuso demanda con el Sr. Degrelle, así como contra el periodista que firmaba el artículo y el director de la revista, alegando que se había lesionado su honor pues, en primer lugar, las declaraciones de Degrelle «tergiversaban la Historia» y, en segundo, suponían «llamar mentirosos a quienes padecieron los horrores de los campos de concentración nazis». La demanda fue desestimada en todas las instancias, por considerar que las afirmaciones de Degrelle gozaban del amparo del art. 20 CE (libertad de expresión) y que, además, la Sra. Friedman carecía de legitimación para accionar (en la sentencia de primera instancia se señalaba que su honor personal no había sido atacado y que tampoco podía arrogarse la defensa de todo un pueblo o raza). La Sentencia del TS es de 5 de diciembre de 1989.

La Sentencia del TC se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

1ª. La legitimación.— En principio, tratándose de un derecho personalísimo, como es el honor, la legitimación corresponde al titular del mismo. «Pero esta legitimación originaria no excluye ni la existencia de otras legitimaciones [cfr. arts. 4 y 5 LO 1/82: Tutela «post-mortem»] ni que haya de considerarse también como legiti-

mación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo» (FJ 3). Aplicando este razonamiento, la sentencia reconoce a la Sra. Friedman una doble legitimación: la derivada de su condición de ciudadana de un pueblo como el judío «habida cuenta de que tales grupos (étnicos, sociales, religiosos) son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación» y la de «descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela», que fueron asesinados en un campo de concentración (FJ 4).

2ª. El derecho a la tutela judicial.— La sentencia rechaza que el fracaso de la demanda de la Sra. Friedman en las sucesivas instancias se hubiese debido a una simple apreciación formal de falta de legitimación. Al contrario, en todas las sentencias —desde la de primera instancia hasta la del Supremo— se habría entrado de hecho en el fondo, resolviendo en función de una determinada valoración de los derechos en conflicto. (vid. FJ 5).

3ª. La lesión del honor.— Las declaraciones de Degrelle «han de incardinarse, antes que en la libertad de información, dentro del ejercicio de la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con la libertad ideológica (art. 16 CE)». De ello deriva la necesidad de prescindir del requisito de veracidad, que «no puede [...] exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o malintencionados que sean, sobre hechos históricos» (FJ 7) (3). No obstante, el Sr. Degrelle no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones que han de valorarse en su conjunto, «efectuó juicios ofensivos al pueblo judío [...]. Se trata, con toda evidencia de unas afirmaciones (4) que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía. *«Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora»* (FJ 8).

4ª. Límites a la libertad ideológica y de expresión.— Ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) «comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racistas o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados [...] tales derechos no garantizan, en todo caso el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar o discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social». El derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza (FJ 8).

---

(3) Vid. STC 107/1988

(4) «Si hay tanto ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios [...]. Quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos los inventan». Manifestó además el Sr. Degrelle expresamente su deseo de que surja un nuevo Fürher (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica). «Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen connotación racista y antisemita...» (FJ 8)

**27. STC 241/91, de 16 de diciembre, BOE de 15 de enero de 1992****Ra****Ponente: Rodríguez Bereijo****Estimado.****Conceptos: Honor, intimidad e imagen: Tutela penal y civil. Desacato****Preceptos de referencia: Arts. 14, 18.1 y 24 CE y 1.2 LO 1/82**

Con ocasión de un procedimiento penal por cohecho instruido contra dos magistrados, un diario de Barcelona («El Periódico»), publicó una serie de artículos en los que, con particular referencia a uno de aquéllos, se incluían afirmaciones como las que siguen: El caso «se complica con prostitución, tráfico de drogas y divisas»; «mantiene relaciones con su empleada (...) ambos se citan en el apartamiento de la calle (...) propiedad de (...) implicada en negocios de prostitución»; «la amistad entre la Madama y el Magistrado viene de antiguo, y el Magistrado ha utilizado a la dama para el tráfico de divisas y piedras preciosas» (las frases se toman del Antecedente 1º STC). Además, en uno de los artículos, y sin autorización del interesado, se publicó una fotografía —trivial— tomada en una fiesta privada campestre.

El magistrado en cuestión, al amparo de la LO 1/82, interpuso demanda civil en defensa de su honor, intimidad e imagen, siendo ésta acogida en lo sustancial en primera instancia y apelación. No obstante, el Tribunal Supremo (sentencia de 23 de febrero de 1989) casó la sentencia de la Audiencia, decretando la nulidad de todo lo actuado «*por cuanto consideró que era preferente el orden jurisdiccional penal, ya que al tratarse de un Magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional, las informaciones rebasaban el ámbito estrictamente civil y podían constituir delito perseguido de oficio (desacato)*». (Antecedente 2º STC). El demandante recurrió entonces en amparo, alegando que la sentencia del TS vulneraba los artículos 18 (honor, intimidad e imagen) y 14 (igualdad) de la Constitución. De esta forma llegó al TC un problema que, desde la entrada en vigor de la LO 1/82, había suscitado polémicas en la doctrina y dudas en la jurisprudencia.

El art. 1.2 *supra* LO 1/82 establece que «*cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal*». Con relación a la misma cuestión, la Exposición de motivos de la propia ley afirma que «*en los casos en que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad*». En vista de estos pronunciamientos, fue relativamente normal que, en los primeros tiempos de aplicación de la LO 1/82, los propios demandados se opusieran a las acciones civiles intentadas contra ellos alegando incompetencia de la jurisdicción civil y reclamando que la cuestión fuese sometida a los tribunales penales. El equívoco se deshizo de inmediato para los casos en que el supuesto delito sólo era perseguible a instancia de parte, reconociéndose que el afectado podía optar por la vía civil con la consiguiente extinción de la acción penal (cfr. art. 112 LECrim.). No obstante, las dudas se mantuvieron en relación con los delitos perseguibles de oficio (p.e., desacato), entendiendo algunas sentencias que, en tal caso, la jurisdicción civil no era competente, por lo que el afectado debía recurrir necesariamente a la penal. Este planteamiento fue objeto de crítica por una parte de la doctrina, que le imputaba haber confundido prejudicialidad penal e incompetencia de jurisdicción (MUÑOZ MACHADO, *Poder Judicial*, 1/1986).

Frente a esta postura, otro sector sostuvo que los jueces civiles podían apreciar de oficio su propia falta de competencia si estimaban que la demanda se basaba en hechos constitutivos de delito perseguible de oficio (CABEDO NEBOT, *Poder Judicial*, 2/1986).

Inicialmente, el TS optó por la primera de las soluciones apuntadas (vid. STS de 23 de marzo de 1987). Posteriormente, la STS de 11 de noviembre de 1988, cambió de criterio: «*El mero análisis de las actuaciones pone de manifiesto que la persona ofendida ostenta el cargo de Director General [...] tratándose de un hecho tipificado como desacato en el CP, de naturaleza pública y perseguible "ex-officio", por lo que la reclamación de una indemnización en vía civil omitiendo la jurisdicción penal vicia a aquella de nulidad por la falta de jurisdicción para juzgar de un hecho reservado a ésta*». Esta doctrina se consolidó en sentencias posteriores del propio TS, algunas de ellas recaídas en procesos que traen causa de los mismos hechos que dieron lugar a la que nos ocupa (vid. entre otras, además de la de 23 de febrero de 1989, las de 27 de enero de 1989, 7 de febrero de 1989 [concejal], 17 de marzo de 1989 [presidente de Diputación], 14 de abril de 1989 [magistrado], 22 de junio de 1989 [magistrado], 6 de julio de 1989 [capitán de la Guardia Civil], 14 de julio de 1989 [magistrado] y 11 de octubre de 1989 [capitán de la Guardia Civil] todas ellas de la Sala 1ª. Esta opción siguió siendo objeto de críticas (cfr. HERRADOR-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pp. 301-303).

Según el TC no vulnera el principio de igualdad el hecho de que ciertas personas «*hayan de aceptar que el órgano judicial civil pase el tanto de culpa a la jurisdicción penal y dé preferencia al enjuiciamiento penal de los hechos*», pues lo contrario equivaldría «*a tachar de discriminatoria la propia tipificación del delito de desacato*». Por tanto, «*la tramitación del procedimiento civil puede quedar suspendida o paralizada si el propio juez civil fundada y razonadamente acuerda deducir testimonio de particulares al juez penal*» (FJ 3-a). Por otra parte «*la denegación fundada en Derecho de la vía procesal elegida*» tampoco viola el art. 24 CE, por más que éste comprenda «*el derecho a elegir la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derecho e intereses legítimos*» (SSTC 90/1985 y 92/1985) (FJ 4).

Sin embargo, en el caso planteado, el TS «*ha interpretado la norma aplicable en el sentido más restrictivo y menos favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y, en última instancia, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, con un debilitamiento o restricción de la acción civil [...] en favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto del fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llevando, en el caso, a un resultado lesivo de derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable, consistente en obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, toda la vía penal para, una vez finalizada ésta, volver a iniciar de nuevo la civil que ya había ejercitado*» (FJ 4). «*Ni el art. 1.2 de la LO 1/82*» —concluye el TC— «*ni, por conexión con aquél, los arts. 111 y 114 de la LECrim., 362 de la LEC y 10.2 de la LOPJ*» obligan al TS a declarar la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción (FJ 4).

En resumen, si se llega a iniciar un proceso penal por los mismos hechos —por ejemplo, sobre la base del testimonio de particulares deducido por el juez civil— el

proceso ante los órganos civiles quedará en suspenso. Pero lo que no cabe es que éstos se limiten a desestimar la demanda, sin más, sobre la base de su propia incompetencia. Por tanto, incluso en caso de desacato el afectado puede optar por la vía civil, sin perjuicio de que la efectiva incoación de acciones penales pueda suspender su tramitación.

**28. STC 244/1991, de 16 de diciembre, BOE de 15 de enero de 1992**

**RA**

**Ponente: Rodríguez-Piñero**

**Desestimado**

**Conceptos: Libertad negativa de asociación. Principio de igualdad en la aplicación de la ley**

**Preceptos de referencia: Arts. 14 y 22 CE**

El recurrente, perteneciente al extinto Cuerpo de Policía Nacional, solicitó a la Dirección General de la Policía su baja del Colegio de Huérfanos de dicha Dirección General así como de la Asociación Mútuo-Benéfica del Cuerpo de Policía Nacional, entidades ambas a las que el recurrente pertenecía obligatoriamente. Su pretensión fue ignorada por la Administración y posteriormente desestimada por los Tribunales de lo contencioso-administrativo. El recurso de amparo se funda, en lo esencial, en la vulneración del art. 22 CE, en la medida en que el reconocimiento constitucional de la libertad de asociación incluye el derecho a no asociarse. Se aduce también infracción del art. 14 CE, por desigualdad en la aplicación de la ley, debido a la existencia de una Sentencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, de 16 de diciembre de 1988, que reconoce el derecho a no pertenecer obligatoriamente al mencionado Colegio de Huérfanos.

El Tribunal Constitucional descarta la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, por cuanto no cabe aportar como término de comparación resoluciones de otros órganos judiciales (falta de identidad del órgano judicial) (FJ 1). En lo tocante a la libertad negativa de asociación, la Sala reitera y desarrolla la ya conocida doctrina del Tribunal sobre la inclusión del derecho a no asociarse en el marco del art. 22 CE. La libertad de no asociarse no sólo alcanza a las asociaciones voluntarias de carácter privado, sino que limita también la facultad de creación por el Estado de corporaciones o asociaciones de pertenencia coactiva. Así, «la adscripción obligatoria ha de ser considerada como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, que debe encontrar suficiente justificación bien en disposiciones constitucionales, bien, a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan [las agrupaciones de tipo corporativo y de creación legal] y cuya consecución la Constitución encomienda a los poderes públicos»; asimismo, la pertenencia obligatoria ha de poder justificarse «por la relevancia constitucional del fin público que se persigue, y por la imposibilidad o especial dificultad de obtener tal fin sin la adscripción forzosa» (FJ 2).

Tras dichas declaraciones de carácter general, el Tribunal desestima el recurso, en lo relativo a la pertenencia al Colegio de Huérfanos, afirmando que no se trata de una integración en una entidad de carácter asociativo, sino de colaboración forzosa como cotizante, en una obra asistencial, en una institución benéfica de carácter parti-

cular, sin que se haya aportado ningún elemento que permita entender que el abono de dicha cuota haya venido acompañado de otras obligaciones de carácter asociativo o corporativo (FJ 3). Igualmente se manifiesta la legitimidad constitucional de la integración forzosa en la Asociación Mútuo-Benéfica del Cuerpo de Policía Nacional. En este caso, si bien se admite la estructura mutualista y asociativa de dicha entidad de previsión social, la pertenencia obligatoria se justifica por los fines públicos de protección social, constitucionalmente relevantes (arts. 41 y 50 CE), que sólo pueden cumplirse mediante la inscripción y cotización en ella (FJ 4).



## II. SENTENCIAS

A cargo de: ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ  
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS  
Javier BARCELO DOMENECH  
Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Virginia MURTULA LAFUENTE

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**1. Las vicisitudes del derecho subjetivo. La renuncia.**— La renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes, pero igualmente claros e inequívocos. **(S.T.S. 5 de diciembre de 1991; no ha lugar) (J.B.D.).**

**2. Simulación.**— El demandante y ahora recurrente no ha probado la simulación alegada, tal como le incumbía, de conformidad con el artículo 1214 del Código Civil, y ha quedado patente que el contrato reunía los requisitos esenciales para su existencia y validez. Además tiene declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 23 de junio de 1962 y 14 de febrero de 1985) que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de instancia, y en casación ha de ser impugnada a través del n.º 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). **(Sentencia de 12 de diciembre de 1991; no ha lugar).**

NOTA.— En el recurso se señala la supuesta infracción del artículo 53.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos relativo a las acciones del arrendamiento para el caso de venta del piso verificada por el arrendador propietario. El recurrente impugnó esta venta por simulación del contrato y de sus elementos sociales **(A.C.S.).**



## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**3. Lesión ilegítima del derecho al honor en artículos publicados en un diario. Ambito del honor protegido.**— Es doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por esta Sala la de que el honor protegido en sentido genérico por la Constitución, así como por el Código Penal, comprende, tanto la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, como toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menos cabo de otra persona, aspectos estos que, aun cuando no vinculen al orden jurisdiccional civil, si le sirven como módulo hermenéutico para fijar el contenido y caracterización de dicho derecho fundamental, desenvolviéndose el ataque al honor, tanto en el marco interno de la propia de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el ámbito social y profesional en que cada uno desarrolla su actividad, sin que la libertad de expresión pueda justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento, debiendo, en todo caso, interpretarse los textos presuntamente atentatorios contra el honor en su conjunto y totalidad, para valorar, de ese modo, la significación verdaderamente difamatoria que proceda atribuir al mismo, y sin que pueda haberse abstracción del elemento intencional de lo publicado y de su objetividad real (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de marzo y 26 de junio de 1987 y Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1988 y 23 de febrero de 1989) (**Sentencia de 29 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.— Se formuló demanda incidental al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 22 de diciembre de 1978, de Protección Jurisdiccional de los derechos de la persona, alegando el actor que el demandado, en los artículos publicados con su firma en un periodo de Salamanca, había lesionado ilegítimamente sus derechos a la intimidad y al honor. El Juez de Primera Instancia condenó al demandado a publicar a su costa el encabezamiento y el fallo de la sentencia y a indemnizar al actor con una determinada suma. La Audiencia confirmó esta sentencia, salvo en lo que se refiere a la cuantía de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el demandado (A.C.S.).

## 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**4. Interpretación de los contratos.**— Es función que compete a los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones han de ser respetadas en casación, salvo que pudieran ser motejadas de ilógicas o contrarias a la Ley.

**Derecho a exigir el cumplimiento de la obligación.**— La atribución expresa de facultades para resolver el contrato de compra con la financiera en caso de impago por el demandado de las letras pendientes, en modo alguno anula el derecho, que

a la actora competía, de acuerdo con el precepto del artículo 1124 del Código Civil, de exigir del demandado el cumplimiento de su pactada obligación de abonar las letras pendientes de pago para la adquisición del vehículo, con el consiguiente abono de los daños que su originario impago le hubiese causado. No cabe admitir que se haya infringido el artículo 1091 del Código Civil, puesto que la existencia de una pacto resolutorio no priva a los contratantes de la facultad de pedir el cumplimiento del contrato.

**Indemnización de daños y perjuicios.**— No se ha infringido el artículo 1108 del Código Civil, que hace consistir la indemnización de daños y perjuicios, a falta de pacto en contrario, cuando se incumpla una obligación de pago de cantidad de dinero, en el abono de los intereses legales, toda vez que la asumida por el demandado no era una simple obligación dineraria, sino la específica de anticipar el importe de una letra, por lo que lógico resulta que su incumplimiento acarree la obligación de indemnizar los perjuicios que al acreedor principal —la sociedad actora— ocasionara la conducta incumplidora del demandado (**Sentencia de 20 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

**HECHOS.**— Se interpuso demanda sobre reclamación de negativos fotográficos y cantidad, solicitando que se reponga y reintegran dichos negativos y la cantidad abonada como gastos de protestos y resaca de cambiales vencidas los días 1 de enero y 1 de febrero de 1987, así como el importe nominal de la letra vencida el 1 de marzo de 1987 más los intereses legales correspondientes a dichos importes desde que se hicieron efectivos a Renault Financiaciones, S. A. Además se solicita que se libere al actor de toda obligación frente a Renault Financiaciones, S.A., supuesto que al dictarse sentencia hubiera algunas sin vencer, y a reembolsar cuantos daños y perjuicios se le hubieran ocasionado.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial admitió parcialmente el recurso. No prospera el recurso de casación interpuesto por el demandado (A.C.S.).

**5. Ley del contrato. Artículo 1091 del Código Civil.**— Como ha declarado esta Sala (**Sentencia de 30 de marzo de 1965**), no se infringe la ley del contrato cuando, como en el caso debatido, el Tribunal lo interpreta, como es su misión, investigando la voluntad de las partes, puesto que el artículo 1091 invocado, según declaró la sentencia de 9 de julio de 1986, contiene una norma sancionadora el principio de autonomía de la voluntad y respecto y obediencia a los pactos, pues obliga a cumplir lo pactado, no lo que unilateralmente trate de imponer una de las partes.

**Incongruencia.**— Tal vicio procesal dimana de la comparación entre la suplica de la demanda y lo concedido en el fallo, pero no de los planteamientos de la demanda, como alude el motivo (**Sentencia de 26 de diciembre de 1991**; no ha lugar). (A.C.S.).

**6. Mora en la entrega de cosas determinadas. No existe presunción de daño.**— Según esta Sala, así la como la mora en el pago de cantidades dinerarias aca-

reca la condena al pago de daños y perjuicios, pues éstos se presumen conforme al art. 1108 C.c., no sucede lo mismo con la mora en la entrega de cosas determinadas, en cuyo caso no hay presunción de daño, por lo que es necesario la prueba de su existencia para que se produzca la condena al resarcimiento además de a la entrega de la cosa. Por lo tanto, no cabe dejar para la fase de ejecución la demostración de la existencia real de daños, sino que la ha de contener la sentencia.

**Determinación de los perjuicios consecuencia de la mora en la entrega de cosas.**— El Tribunal Supremo declara que por la mora en la entrega de cosas, los perjuicios serán equivalentes a los derivados de la liquidación de una situación posesoria, es decir, «los frutos producidos o debidos de producir» conforme a los artículos de la posesión (451 y siguientes del C.c. así como en el 1095 y 1097) . Un solar no es por naturaleza un bien productivo y el posible destino futuro a edificación y arrendamiento son hipotéticos daños, y no reales. (**Sentencia de 12 de diciembre de 1991**, ha lugar).

**HECHOS.**— Realizada la compraventa de un solar, se insta por el comprador una demanda reclamando al vendedor la entrega de la cosa vendida y la indemnización de daños y perjuicios por mora. Siendo condenatorias las sentencias de instancia y apelación, se deja la fijación del importe de los daños y perjuicios para la ejecución de la sentencia. Durante esta última fase se plantea un incidente por el ejecutante sobre el «quantum» de esa indemnización que había presentado la otra parte, basado en lo que se podría haber obtenido del referido solar si se hubiera edificado.

La Audiencia Provincial conformó por auto la resolución del Juzgado de Primera Instancia estimatorio de los perjuicios. El Tribunal Supremo admitió el recurso (V.M.L.).

**7. Compraventa. saneamiento por vicios ocultos.** El artículo 1490 del Código Civil establece efectivamente el plazo de seis meses —que es de caducidad, según doctrina de esta Sala más coincidente—, para las reclamaciones por vicios ocultos de las cosas vendidas (arts. 1484 y 1485 del Código Civil). Ahora bien, este precepto de carácter general, no contradice la concurrencia, como en el presente supuesto, de vincular a las partes, el plazo pactado de un año, que no se puede reputar como de caducidad, para el ejercicio de posibles y futuras reclamaciones y en este período de tiempo, rigió, de manera evidenciada y sin dudas, los deberes garantizadores que asumió la Sociedad vendedora, en forma general, salvo las excepciones puntuales que expresamente se relacionan en la garantía, conforme todo ello a los principios generales de contratación, que se recogen en los artículos 1089, 1255, 1257, 1258 y concordantes del Código Civil, de tal manera que tal estipulación ha de reputarse obligatoria para la entidad comercial vendedora del turismo siniestrado y así en progresiva legislación lo recoge el artículo 11 de la Ley de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no presentando contradicción al citado artículo 1490, pues la garantía de referencia ha de ser interpretada en forma no perjudicial a los derechos del comprador y la confianza que le inspiró, como motivo a tener en cuenta, para adquirir un vehículo de marca, tipo y

fábrica determinada y esta flexibilidad es la más ajustada a las garantías debidas a los adquirentes de buena fe.

**El sistema de responsabilidad de la Ley 26/84, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios.**— El ordenamiento jurídico español de la defensa de los consumidores, que la Constitución refiere en sus artículos 51-1 y 2, no ha efectuado su debido y necesario acoplamiento a la legislación comunitaria, no obstante la Ley 26/84, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevé el problema de la responsabilidad civil, que divide en dos áreas diferenciadas: a) La objetiva —como excepcional— (artículo 28), en cuanto dispone que «en todo caso» se someten a este régimen de responsabilidad, todos los vehículos de motor, con un límite cuantitativo revisable de quinientos millones de pesetas, y b) La subjetiva (artículos 25,26 y 27), que tiene carácter general, basada en la culpa del sujeto responsable, que se presume, pero que puede exonerarse de su deber indemnizatorio, probando, bien que el consumidor, o las personas que deba responder civilmente, han hecho un uso indebido, negligente o temerario del producto, o bien que se han cumplido todas las exigencias y requisitos reglamentarios establecidos y se han adoptado aquellas diligencias y previsiones, acordes con la naturaleza y especialidad de las mercancías que han incorporado al tráfico comercial y ofertado a los posibles usuarios de la misma. (S.T.S. 23 de mayo de 1991; ha lugar).

HECHOS.— El contrato de compraventa por el que el demandante adquirió un vehículo contenía una cláusula, en virtud de la cual, el vendedor concedía un plazo de garantía de un año, haciéndose cargo durante ese tiempo del mantenimiento del automóvil. El vehículo empezó a arder, súbitamente, durante uno de los viajes, quedando totalmente calcinado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial revoca la misma, condenando al vendedor a entregar al actor un vehículo de las mismas condiciones y antigüedad que el siniestrado, así como una indemnización correspondiente a los daños y perjuicios causados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, en el único sentido de que la cantidad que se debe en concepto de daños y perjuicios no puede sobrepasar el límite máximo de un millón de pesetas. (J.B.D.)

**8. Venta a plazos. Bienes susceptibles de ser objeto de contratos sometidos a la ley: Bienes de equipo capital productivo. Competencia territorial. Protección de los consumidores y usuarios.**— Por amplia que sea la interpretación que el Tribunal Supremo asigne al concepto de «reventa» que figura en el art. 4.1 de la Ley 50/1965, en el sentido de comprender, incluso, aquello «que se consume o deprecia en el proceso de transformación o manipulación», es claro que no cabe incluir dentro una operación de reventa la venta de maquinaria calificada de bienes de equipo (en el caso concreto, una prensa excéntrica destinada a trabajos de corte de llanta). La promulgación del Decreto de 12 de mayo de 1966 trajo causa de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 50/1965, y fuese cual fuese la opinión que merezca su técnica jurídica, no es dable estimarle carente de rango y viciado de nulidad, y su decisión de incluir «los bienes de equipo capital productivo» entre los susceptibles de ser objeto de los contratos sometidos a la Ley 50/1965, no cabe entenderla como

un supuesto de contradicción respecto a la exclusión recogida en el supuesto 1 del art. 4 de la misma.

El art. 14 de la Ley 50/1965, de 17 de julio establece de modo imperativo la competencia en favor del domicilio del comprador, a la vez que sanciona la nulidad de cualquier pacto en contrario. Aún cuando los arts. 51 y 53 C.E. proclamen que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, y la Ley 26/1984, de 29 de julio, en desarrollo del precepto constitucional, establezca como derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, y la nulidad de la renuncia previa de los derechos reconocidos a los mismos, y preconice la observancia de buena fe y justo equilibrio en las contraprestaciones (arts. 2.1 f), 2.3 y 10.1 e), ello no permite estimar vacía de contenido y eficacia la norma imperativa del art. 14 de la Ley 50/1965, incluso en aquellos casos concretos en que la competencia territorial pudiera favorecer a la contraparte.

**Interpretación del contrato. Prueba testifical.** A tenor de la doctrina mantenida por la Sala de manera constante y reiterada, la interpretación del contrato litigioso es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre fuese ilógico o absurdo. Las supuestas irregularidades del contrato no desvirtuarían la contratación de una venta a plazos de bienes muebles, dando lugar únicamente, y en su caso, a la producción de efectos prevenidos en el art. 7 de la Ley 50/1965.

Conforme a doctrina consolidada de esta Sala, no tienen carácter de documento, a efectos de casación, las manifestaciones testificales, pues al ser un medio de prueba atribuido en su apreciación a las reglas de la sana crítica, que no tienen una definición legal, carece de la consideración de evidencia clara e inequívoca, sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones, que se exige para apreciar error de hecho atribuible a la Sala sentenciadora (S.T.S. 12 de diciembre de 1991, no ha lugar).

**HECHOS.**— Habiendo adquirido una sociedad a otra una «prensa ex-céntrica», abonando inicialmente el 20% de su precio y aplazando el resto a pago mediante efectos cambiales, se produjeron al poco tiempo de su puesta en marcha problemas de funcionamiento y roturas de la máquina, por lo que la sociedad adquiriente hubo de encargar a otras empresas el trabajo que tenía que realizar con la prensa, al tiempo que suspendía el pago de la misma. Llegadas las partes a un acuerdo para la total reconstrucción de la máquina, la sociedad fabricante acabó en una postura de inmovilismo porque la reparación suponía un gran costo, de modo que la actora interpuso demanda sobre resolución de obligaciones contractuales e indemnización de daños, alegando la demandada la excepción de incompetencia de jurisdicción.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la excepción de incompetencia por razón del territorio. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**9. Acto de conciliación. Carácter facultativo.**—La reforma legal introducida por Ley 10/1984 transformó la primitiva obligatoriedad del referido acto, como re-

quisito previo a la demanda, en voluntariedad dependiente del actor, y, con los efectos limitados que el acto tiene entre las partes, que en ningún caso implica renuncia de los derechos que asistan a éstas, frente a terceros, ni siquiera, en el caso, como ocurre, en el que se juzga, que existan vínculos de solidaridad, entre los demandados, establecidos por interpretación jurisprudencial de la Ley, puesto que la elección en fase amistosa conciliatoria de uno de ellos para procurar la solución del diferendo que los enfrenta, no excluye ni se contrapone ni se contradice con una posterior reclamación judicial que incluye a otros deudores solidarios.

**Responsabilidad por ruina de la obra. Concepto de ruina.**— El concepto de ruina al que alude el artículo 1591 del Código Civil, no se contrae únicamente a los defectos que hagan temer la próxima pérdida del edificio o que lo hagan inútil o inservible para la finalidad que le es propia, sino también a aquellos defectos de construcción que, por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, o más claramente, hay que referir este concepto de ruina, no sólo a lo que en sentido riguroso pudiera implicar derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más amplio contenido del arruinamiento extensivo a vicios o defectos que afectan a los elementos esenciales de la construcción.

**Vicios ruinosos imputables al arquitecto.** La responsabilidad por ruina es imputable al arquitecto recurrente por cuanto en su condición de director de la obra le incumbe como deber ineludible el de «vigilancia», de tal forma que bajo sus órdenes y superior inspección actúan todos los demás y al que en su condición de supremo responsable de la edificación, le es exigible una diligencia no confundible con la de un hombre cuidadoso, sino derivada de la especialidad de sus conocimientos y de las garantías técnicas y profesionales, que implica su intervención en la obra.

**Solidaridad de los responsables.** La jurisprudencia de esta Sala se muestra muy explícita sobre la materia, objeto de debate. Así la sentencia de 10 de julio de 1990, que resume y cita numerosas sentencias al respecto, reitera, en cuanto a la condena solidaria por responsabilidad decenal del constructor y arquitecto director, que debe estimarse la solidaridad como ocurre en el presente caso, cuando aquélla no puede ser concretada individualmente con proyección a su intervención en las obras objeto de controversia. (S.T.S. de 16 de diciembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— Al amparo del artículo 1591 del Código Civil, una Comunidad de Propietarios exigió responsabilidad solidaria, por los defectos aparecidos en la obra, al constructor y al arquitecto, los cuales fueron condenados. (J.B.D.).

**10 Intereses legales. Requisitos para su procedencia y diferencia entre los intereses moratorios del art. 1108 del C.c. y los del 921 L.E.C.**— Es doctrina constante del Tribunal Supremo la de que no producen intereses las cantidades ilíquidas y se entiende que hay iliquidez cuando el «quantum» reclamado ha de fijarse o se determina en la sentencia como resultado de la prueba practicada, en cuyo caso los intereses se comenzarán a computar desde el momento de la sentencia, ya

que al establecerse en ella la cantidad a satisfacer convierte su iliquidez inicial en cantidad líquida. Además, hay que distinguir los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el art. 1108 C.c y los intereses que en trámite de ejecución de sentencia se reconocen en el art. 921 L.E.C. , cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, que nacen «ope legis».

**Concepto de ruina.** Según jurisprudencia de esta Sala (S. de 2 de enero de 1991) debe entenderse comprendido dentro del concepto de ruina la llamada «ruina funcional» y los «defectos ruinógenos».

**Error en la apreciación de la prueba.** La prueba pericial, como establece el art. 632 L.E.C., ha de ser valorada por el juzgador conforme a los principios de la sana crítica y, además, no tiene encaje en el ordinal 4.º del art. 1692 de la cita de Ley Procesal, pues se trata de una prueba documentada y no de un documento (**Sentencia de 4 de noviembre de 1991**, no ha lugar).

**HECHOS.**— Ante la constatación de la existencia de vicios en la construcción de unos pisos, sus propietarios instan la correspondiente demanda para que se ejecuten las obras necesarias o bien, se abone una determinada cantidad como importe de las mismas e indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvencción formulada por los demandados. La Audiencia también estimó en parte la demanda y la reconvencción, revocando la sentencia de instancia en lo que a ella se oponía. El Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación (**V.M.L.**).

**11. Arrendamiento de obra. Liquidación y recepción de la obra. Novación.**— Esta Sala tiene manifestado que la aceptación al recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido practicada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido por el contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario (sentencia de 21 de diciembre de 1981) y ello ha de ser así con mayor razón si al tiempo se llevan a cabo las operaciones liquidatorias teniendo en cuenta las vicisitudes producidas durante la vida del contrato; pero si se estima que existe una novación, es de recordar que opera extintivamente y viene configurada tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduce, conducente a la no subsistencia del vínculo primitivo, produciéndose cuando se crea un contrato posterior entre las partes, correspondiendo a los Tribunales de instancia la facultad de establecer si se dan o no los presupuestos de la novación, tanto modificativa como extintiva (**S.T.S. 29 de noviembre de 1991**, no ha lugar).

**HECHOS.**— Habiéndose efectuado entre una Constructora y una Sociedad Cooperativa un contrato complejo, cuyo negocio principal consistía en un arrendamiento de obra, completado posteriormente por otros, concluido por convenio liquidatorio y de recepción de obra, suscrito después de la calificación definitiva, y elevado a escritura pública, la Constructora, en ba-

se a este último documento, demandó a la Cooperativa, solicitando que, en ejecución de lo convenido, se la condenase a otorgar escritura pública de las plazas de garaje en favor de la adjudicatarios de las mismas. La Cooperativa opuso demanda reconvenzional, solicitando que se declarase la nulidad de la cláusulas, condiciones y estipulaciones celebradas con la Constructora, salvo el puro contrato de ejecución de obra, y que se condenase a ésta a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas y a la reparación de los daños.

El Juzgado de Primera Instancia estimó plenamente la demanda y desestimó parcialmente la reconvencción; la Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación. No prospera el recurso de casación (interpuso por la Cooperativa) (E.A.P.).

**12. Arrendamiento de servicios profesionales médicos: responsabilidad de ginecólogo: extirpación de útero que obliga a la exéresis renal: exigencias de la «lex artis»:** La actuación de los médicos debe regirse por la llamada *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, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional; se entiende por *lex artis ad hoc* aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, siendo sus notas: 1) Como tal *lex* implica una regla de medición de una conducta a tenor de unos baremos; 2) Objetivo: valorar la corrección, o no, del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad; 4) El objeto sobre que recae: clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad, o no, dificultad de ejecución; 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*, pues en la profesión médica, dicha *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirá, en un sentido u otro, los factores antes vistos.

**Culpa profesional del personal sanitario: Carga de la prueba.**—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 obligación de resultado, sino una obligación de medios; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad.

**Mantenimiento del fallo condenatorio por distinto fundamento.**— La tesis de la sentencia recurrida cimenta la responsabilidad por la vía del incumplimiento



del contrato de arrendamiento de servicios, al tratarse de una extirpación del útero y de los dos anexos uterinos, con la afectación que en el curso de la operación se produjo en el uréter derecho, al ejecutarse la ligadura, debiendo el Ginecólogo interviniente, o tener los debidos conocimientos o estar acompañado de un Urólogo, de donde se deriva una falta de previsión determinante de la responsabilidad que se decreta; pero este razonamiento no puede aceptarse porque ha de presumirse que el Ginecólogo posee conocimientos de Urología, y la otra alternativa llevaría a la conclusión de que en la mayor parte de las cirugías ginecológicas sería preciso que el operador estuviera asistido de un cúmulo de especialistas, tantos como eventuales riesgos de afectación corporal del paciente se produjera, lo que resulta absurdo; pero, rechazado el anterior fundamento, la condena puede mantenerse porque el daño de la paciente fue resultado de una histerectomía y anexectomía, que produjo la ligadura del uréter derecho por una falta de previsión que no pudo ya ser corregida, ni en el postoperatorio, ni en ulterior intervención, pues una elemental diligencia hubiera podido prever la eventual proyección de su cirugía en el repetido uréter.

**Inexistencia de caso fortuito y de fuerza mayor.**— En virtud de los presumibles conocimientos de Urología del facultativo interviniente, no cabe entender que el suceso no hubiera podido preverse, ya que en la mayoría de tales intervenciones, el riesgo de afectación del uréter es algo que puede acontecer; tampoco puede apreciarse inevitabilidad porque, previsto ese riesgo, el juego de la *lex artis ad hoc* debe acoplarse por el cirujano actuante para evitar las consecuencias dañosas producidas por su intervención (**Sentencia de 11 de marzo 1991**: No ha lugar).

NOTA.— El caso resuelto por esta extensa y prolija sentencia (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez) resulta bastante similar al resuelto por s. de 29 de abril de 1988 (Pte. Albácar López), coincidente también con el sentido del fallo (estimatorio sólo en el *quantum* de la indemnización, pero confirmador de la condena del facultativo), pese a lo cual el FJ 4.º insiste en «apartarse de la línea que se mantiene» en dicha sentencia. Ofrece interés la exposición de la *lex artis ad hoc* que permiten imputar falta de previsión al Ginecólogo que, al practicar la extirpación del útero y de los dos anexos uterinos, realiza una ligadura de uréter de la que va a derivarse la pérdida de la funcionalidad del riñón derecho de la paciente, que exigirá ulteriormente su extirpación. Se solicitaban doce millones de indemnización y en apelación se conceden cuatro. (G.G.C.).

**13. Arrendamiento de local de negocio: resolución por obras: alteración esencial de la configuración del local.**— No debe soslayarse que aunque el juicio de valor sea revisable en casación, en algunos supuestos, como indica la s. de 19 de septiembre 1987, una línea tradicional de la jurisprudencia de esta Sala, que recuerda la s. de 28 de abril de 1988, mantiene que la configuración es algo contingente y circunstancial en cada caso, atendidas las circunstancias peculiares concurrentes, deviniendo así una circunstancia fáctica reservada al estudio, análisis y apreciación de la Sala de instancia; en el caso de este recurso, la sentencia impugnada, tras comparar la estructura anterior con la posterior a la realización de las obras, apreció realmente un cambio, no simplemente accidental, sino esencial y sensible, como

consecuencia de la obra de albañilería consistente en condenar mediante cerramiento fijo, acogido a paredes y suelo, la puerta de acceso al local arrendado por el portal de la finca en que se halla enclavado, convirtiendo lo que era originariamente un elemento de paso en un elemento de cierre, no existiendo razones objetivas para revisar esta juicio valoratorio realizado por la Sala.

**Infracción de los arts. 3.º y 7.º C.C.: doctrina general sobre admisibilidad del recurso.**— Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance que tiene la alegación de la infracción del art. 3.º C.c. como norma general de carácter hermenéutico, que nunca puede prosperar si previamente no se invoca el precepto concreto que se considera mal interpretado, criterio que descansa en la imposibilidad de establecer, con la precisión debida, cuál es la causa de la impugnación, cuando el razonamiento se dispersa en un conjunto de generalidades por mor del carácter medial o instrumental de la norma citada que por sí misma carece de virtualidad, a efectos casacionales, si no se relaciona con la norma, finalmente, objeto de aplicación hermenéutica; análogas consideraciones suscitan las referencias al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe o acerca de la prohibición del abuso de derecho, o ejercicio antisocial del mismo, que en cuanto conciernen a la eficacia general de las normas jurídicas obligan a un examen riguroso de las razones concretas y de las normas consideradas u omitidas que conducen al resultado lesivo (**Sentencia de 4 de julio de 1991**: No ha lugar).

NOTA.— Después del Decreto-ley Boyer pudiera pensarse que la aplicación por los Tribunales de los preceptos de la L.A.U. de 1964 era una forma de «Derecho transitorio» dada la virtual eficacia derogadora de aquella norma. Sin embargo, lo anómalo de su génesis ha originado un peligroso vacío legislativo con dosis elevadas de incertidumbre que infringen directamente el principio constitucional de seguridad jurídica (sobre otros motivos de inconstitucionalidad, véase Martínez Sánchez, *Actualidad y Derecho*, núm. 18, semana del 4 al 18 de mayo de 1992, p. 1 ss.). Es lo cierto que siguen suscitándose litigios arrendaticios frente a los cuales el T.S. a veces suaviza o flexibiliza la doctrina anterior, y otras veces la mantiene, como en el presente caso, aferrándose a un noción de configuración del local rigurosamente formalista y estricta, en total disonancia con la realidad socio-económica. ¿Tapiar una puerta de acceso debe ser causa de deshaucio? (G.G.C.).

**14. Arrendamiento de fincas rústicas: resolución por extinción de prorrogas: Inexistencia de novación extintiva: modificación de renta.**— Según S. de 27 abril de 1988 la novación del contrato de arrendamiento rústico requiere que conste expresamente la alteración de dos de los elementos esenciales, el objeto y la renta, no bastando, salvo que se ofrezca con caracteres muy acusados, la modificación de una sola de estas circunstancias; por otra parte, lo normal es que exista novación modificativa y no extintiva, pues esta última se configura como excepcional en los arts. 1203. 1204 y 1207 del C.c., y ello porque la novación no se presume nunca y debe constar de forma expresa, por lo que no puede declararse en virtud de presunciones únicamente, por muy razonables que sean (Sentencia de 11 de febrero de

1965); por tanto, al haber novación modificativa, el contrato en litigio sigue el mismo, sin más que reducir la renta como se pactó (**Sentencia de 23 de julio de 1991**: No ha lugar). (G.G.C.)

**15. Usura. Aplicación de la Ley de Usura de 1908 a una compraventa con pacto de retro.**— Según constante jurisprudencia de esta Sala, para la calificación como usuario de un préstamo «lo fundamental a examinar es la finalidad contractual» (S. 5 de julio de 1982). Para ello, el art. 2.º de la citada ley, otorga a los Tribunales la facultad extraordinaria de formar su convicción en vista de las alegaciones de las partes. Esta facultad implica por un lado, que el T. S., en orden a evitar que la casación se convierta en una tercera instancia, ha de tener en cuenta y aceptar las apreciaciones, criterios y convicciones del inferior, cuando no existan elementos suficientes para rectificarlos. Y por otro, que los Tribunales habrán de proceder en la valoración de los presupuestos fácticos para la calificación de un préstamo, con un criterio más que jurídico, práctico (Ss. 24 de noviembre de 1984 y 7 de noviembre de 1990, entre otras).

**La nulidad del préstamo usuario.**— No estamos ante una nulidad radical o inexistencia del contrato por falta de alguno de los requisitos esenciales para su nacimiento, sino que es una nulidad decretada por el legislador al hallarse viciado el negocio por la concurrencia de alguna de las circunstancias que señala el art. 1.º de la Ley de Usura. Al quedar subsistente la obligación de devolver el importe de la suma efectivamente recibida, más otros gastos legítimos, conforme lo establece el art. 3.º de la expresada Ley, es evidente que los efectos de aquel contrato no desaparecen totalmente y, por tanto, el accesorio de la fianza subsiste, si bien reducido a la extensión de la obligación principal, según recoge la Sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1984. (**Sentencia de 8 de noviembre de 1991**, no ha lugar).

**HECHOS.**— Se cuestiona la validez de una compraventa por la que el demandado-reconveniente vendió al actor unas joyas (que habían sido previamente pignoradas en la C.A. y M.P. de Madrid como garantía de un préstamo), en la cantidad total de 17. 000. 000 de pts., de las que el comprador entregó en efectivo ocho millones, reservándose los nueve restantes para satisfacer el préstamo de la caja, y cuya venta se documentó públicamente y ante corredor de comercio. Sin embargo, en la misma fecha se otorga un documento privado por el cual, el anterior comprador vende a su vez al primitivo vendedor las mismas joyas en 13.500.000 ó 22.500.000 ptas., dependiendo de que éste asumiera o no la cancelación del préstamo de la caja, debiéndose realizar el pago en el plazo máximo de seis meses.

El Juez de Primera Instancia estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación.

**NOTA.**— Habiendo sido rescatadas las joyas por el que fuera primer comprador y, según la sentencia, prestamista, se plantea el problema de la validez del contrato de prenda que tiene como base un préstamo usurario. El T.S. consideró en este caso, como ya lo había hecho en otros anteriores (S.s.

de 14 de junio de 1984 y 6 de marzo de 1961), que la nulidad del préstamo usuario no conlleva una ineficacia total y absoluta. De esto se puede concluir, que estamos ante un tipo de nulidad que se aparta de régimen general del Código Civil en orden al reconocimiento de sus efectos, los cuales han sido regulados de forma específica en los arts. 3 y 4 de la ley contra la usura. Y además, su «ratio legis» apuntaría a evitar cualquier tipo de enriquecimiento basado en una causa ilícita, como es la usuraria, tanto por parte del prestamista como del prestatario. (V.M.L.).

**16. Usura. Facultad de los Tribunales para calificar el contrato de usuario.** Resulta reiterada y pacífica la doctrina de esta Sala estableciendo, que la calificación del préstamo constituye un juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico, juicio respecto al cual el art. 2.º de la Ley de Usura concede a los Tribunales una gran libertad apreciativa con el fin de alcanzar, sin someterse a prueba tasada, la conciencia de que el préstamo es o no usurario: pero necesitándose en vía casacional, la existencia de circunstancias fundamentales que determinen la manifiesta contradicción surgida frente a los criterios tenidos en cuenta en la instancia, para poder desvirtuar tal convicción; es decir, se hace preciso, para el buen fin del recurso, una manifiesta disconformidad con los presupuestos procesales, sobre los cuales actuó la libertad de criterio que el precepto citado autoriza. (Sentencia de 27 de mayo de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— Celebrados entre ambas partes dos contratos y libradas otras dos letras de cambio por una de ellas y aceptadas por la otra. Se solicita en la demanda planteada por la parte aceptante la nulidad de ambos contratos, así como también la de las letras de cambio por encubrir un préstamo usurario.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación.

NOTA.— En el caso examinado el interés del 12,50%, la falta de una situación angustiosa (salvo las lógicas dificultades que preceden a la aceptación de un préstamo), la no constancia de cantidad menor que la que figuraba en el conjunto documental, así como la asistencia de letrados asesores en todas las operaciones realizadas, son circunstancias que ciertamente distan mucho de las requeridas por el art. 1.º de la Ley de 1908 y delimitadas por la jurisprudencia para declarar la nulidad de un préstamo usurario (en este sentido se puede consultar la obra de Sabater Bayle, *Préstamo con intereses, usura y cláusulas de estabilización*, págs. 206 a 223). (V.M.L.).

**17. Contrato de fianza. Suspensión de pagos: efectos del convenio; responsabilidad de los fiadores. Letras de cambio: necesidad de su presentación al cobro a los fiadores; acción declarativa: prescripción: quince años.**— Es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese

renunciado, y así las sentencias de 7 de junio de 1983 y 6 de octubre de 1986 establecen que los efectos del convenio se limitan a los «intervinientes» en el proceso de suspensión y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar al deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, de tal manera que la subsistencia de la responsabilidad de los terceros al abono con posterioridad al convenio no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los «intervinientes» en dicho convenio y modelan exclusivamente la responsabilidad del supuesto de acuerdo con la finalidad del proceso concursal, que es la de abrir cauce a una situación anómala, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la Ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues precisamente la insolvencia del deudor, que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos, es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio, con la única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar más que lo que le corresponda en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias de suspensión de pagos, renunciando expresamente al derecho de garantía.

La presentación al cobro de las letras impagadas no es sino un hecho necesario, en el sentido de que mientras no se presenten las letras a los fiadores para su cobro, éstos no vendrán obligados al pago, con independencia del momento en que fuese exigible la deuda, pues la obligación del fiador, según el art. 1.822 C.c., se caracteriza por obligarse a pagar por el deudor, fiado o garantizado, de no haberlo hecho éste, y de ahí la necesidad del requerimiento, intimación o presentación al cobro, dado que el fiador no tiene que conocer necesariamente el incumplimiento del fiado-deudor. Cuando la acción ejercitada no es una acción cambiaria, sino declarativa, basada en un contrato de afianzamiento mercantil, por aplicación del art. 943 C.com., le alcanza la prescripción de quince años (**S.T.S. 16 de noviembre de 1991**, ha lugar).

**HECHOS.**— Una entidad mercantil y un particular afianzaron las operaciones que una firma tenía contratadas o contratase en adelante con un Banco, siendo el afianzamiento por plazo indefinido (en tanto los fiadores no lo revocasen), con carácter solidario entre sí y con el deudor, con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden, división y cualquier otro, gratuita y por un límite máximo de la cantidad reclamada. La afianza solicitó del Banco un crédito a la exportación, aceptando tres letras de cambio, cuyos importes no fueron abonados en su momento y fueron protestadas. Habiéndose presentado la firma afianza en suspensión de pagos y no habiendo comparecido el Banco en el procedimiento, los acreedores llegaron a un convenio con la firma suspensa por el que se aplazaban los pagos en cuatro años. El Banco interpuso demanda de reclamación de cantidad contra los fiadores.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**18. Contrato de exposición de obra pictórica: Naturaleza jurídica: deber de conservación.**— Las partes litigantes han estado relacionadas por un contrato de exposición de obra propia, de indudable naturaleza atípica, y que se caracteriza porque, bien mediante retribución pactada o en forma gratuita, se conviene que un artista plástico —exponente— ceda y entregue sus obras creativas a la otra parte, que adquiere el derecho a exponerla al público, dentro de un local asignado y por un período determinado, transcurrido el cual deberá devolver las obras en el mismo estado en que las recibió, salvo que se hubiera pactado el derecho de la parte expositora de vender lo mostrado, en cuyo caso sólo reintegrará la obra sobrante, con el debido abono del precio obtenido, y en la proporción convenida; este contrato atípico ofrece matiz de innominado mixto, ya que se integra por diversos elementos típicos y atípicos, en cuanto que los primeros vienen configurados por la estructura positivo-legal de los convenidos de comodato y depósito; prescindiendo de las teorías de aplicaciones analógicas, absorción y combinación, lo que sí resulta de observancia legal es que el Patronato de Cultura del Ayuntamiento de M. indudablemente está obligado a devolver al artista sus obras en idénticas condiciones de conservación y plasmación en que las recibió, lo que efectivamente no ocurrió, al haber sufrido deterioros que motivaron la estimación indemnizatoria material.

**Lucro cesante no probado.**— Los perjuicios derivados de la inmovilización de las pinturas e imposibilidad de presentarla en otras exposiciones y muestras, han de entenderse como ganancias dejadas de obtener o lucro cesante, y su reclamación no puede prosperar por falta de probanza.

**Derecho moral del autor de obra artística: daño resarcible.**— El promotor del presente recurso ha sufrido, no sólo daños materiales en los cuadros que prestó al Patronato para su muestra pública, sino también daños de índole moral, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística al ver mermada la integridad de sus pinturas, por consecuencia de los desperfectos y minoraciones que las afectan, ya que de tal manera se le causó una grave lesión espiritual, que no puede dejarse de lado y menos marginarla, y que si bien es de difícil reparación, sí es susceptible de minoración mediante compensaciones indemnizatorias, procediendo a aplicar criterios de moderación y equidad, que conducen a estimar la cantidad de un millón de pesetas que otorgó la sentencia del Juzgado y no acogió la apelada.

**Aplicación retroactiva de la Ley de Propiedad Intelectual.**— La disposición transitoria 4.ª de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 dispone la aplicación del art. 14, relativo al derecho moral de autor, a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor.

**Incongruencia.**— Esta anomalía procesal viene determinada por la falta de correspondencia del fallo con la causa p<sup>et</sup>endi y el p<sup>et</sup>itum de las demandas, sin que pueda reputarse como inadecuación y discordancia el hecho de estimarse parcialmente la demanda instauradora de la relación procesal y a la que se opuso frontal-

mente el Patronato demandado; además, conviene tener en cuenta que la parte dispositiva de la sentencia no está sometida a una literal concordancia con las peticiones deducidas por los litigantes, pudiendo emitir, los órganos jurisdiccionales, su juicio de manera que entiendan más ajustada a la normativa de aplicación, y, asimismo, limitar cuantitativamente lo pedido (**Sentencia de 3 de junio de 1991**: ha lugar).

NOTA.— Sentencia estimatoria del recurso que, a todas luces, es de aprobar pues la conducta del Patronato expositor de las obras del demandante resulta claramente negligente y lesiva del derecho moral del autor. Comentando la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> dice Caffarena Laporta que la eficacia retroactiva de la ley en este punto es congruente con el significado que tiene el artículo 14, núcleo esencial de los derechos que corresponden al autor y con la finalidad que persigue la nueva regulación (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*), dirigidos por R. Bercovitz, Madrid 1989, p. 1959). (G.G.C.).

**19. Responsabilidad civil. Efectos de la sentencias dictada en el proceso penal, respecto al ulterior juicio civil.**— La sentencia penal referida no impide en absoluto el pronunciamiento del orden jurisdiccional civil sobre una cuestión no planteada con anterioridad, sin que haya de operar la cosa juzgada, a más de que las resoluciones de la jurisdicción penal no producen esta excepción en el orden civil, ante el que sólo tiene valor, con fuerza vinculante, la relación de hechos en la sentencia condenatoria (S. de 15 de junio de 1981, cuya doctrina reitera, entre otras, la dictada en 13 de mayo de 1985) y la absolutoria cuando declare la inexistencia del hecho del que la acción civil hubiera podido nacer (S. de 19 de octubre de 1990, con cita de otras anteriores).

**Jurisdicción competente en reclamaciones de responsabilidad civil contra la Administración.** La inviabilidad de la demanda se desprende también de que no corresponde al orden jurisdiccional civil el conocimiento de las pretensiones deducidas contra la Administración por lesiones que sufran los particulares entre sus bienes y derechos, cuando sea consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 40-1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, 3-b de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y 9-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985), supuesto cuyo enjuiciamiento está atribuido a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativos. (**S.T.S. de 14 de mayo de 1991**; ha lugar).

HECHOS.— EL Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que había apreciado la existencia de cosa juzgada, sin entrar, en consecuencia, a analizar los términos del debate (la existencia o no de responsabilidad del Ayuntamiento, por el lanzamiento de cohetes en las fiestas del pueblo). (**J.B.D.**)

**20. Responsabilidad del Centro docente por las lesiones causadas por alumno menor de edad.**— El accidente se produjo en el ámbito del Centro escolar a donde iban como alumnos el menor lesionado y la menor causante de la lesión. Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2.º del art. 1903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el Centro recurrido tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores. En el caso de autos, las pruebas practicadas ponen de relieve que era la primera de las situaciones la que se daba, por lo que era el Centro Escolar el que exclusivamente tenía a su cargo el deber de vigilancia, y no, como establece la sentencia recurrida, los padres «además»; superprotección que no se explica porqué hubiera de darse en ese momento solamente. (S.T.S. 3 de diciembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— Se demandó al padre de la menor causante de la lesión, al Centro Escolar, a la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma y a una Compañía de Seguros. El hijo del demandante había quedado casi sin visión en el ojo derecho, al haber recibido el impacto de una ballesta con alfiler que fue disparada por una alumna del mismo Centro, cuando jugaban en el patio del colegio, que permanecía abierto al término del horario de clases. El Juzgado condenó a los demandados solidariamente. La Sala «a quo» justifica la condena del padre de la menor (y de su asegurador), al apreciar que había omitido su deber de vigilancia en la custodia de su hija «cuando los menores se encontraban en las dependencias colegiales pendientes de trasladarse al ámbito de custodia de sus progenitores». El TS estima el recurso de casación interpuesto por el padre de la menor causante de las lesiones, exonerándole de responsabilidad.

NOTA.— Nos encontramos ante una sentencia muy importante, puesto que viene a aclarar una cuestión escasamente estudiada por nuestra doctrina y jurisprudencia: las relaciones entre los distintos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno que recoge el art. 1903 del Código Civil. En la vida real, puede suceder con frecuencia que un sometido a patria potestad o tutela cometa un hecho ilícito con ocasión de una actividad laboral o mientras se encuentra en el Centro docente donde recibe formación. Este último supuesto es el que se da en la sentencia objeto de este comentario. El T.S. se muestra contrario a una acumulación de responsabilidades (utilizamos aquí la terminología de la jurisprudencia francesa) y formula, con claridad, un criterio



que sirva para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas responsabilidades en juego. Este criterio no es otro que el de responsabilizar a la persona que, en el momento de producirse el daño, tenía la guarda (o la vigilancia, si se prefiere) de la alumna causante del daño. Aparece, pues, clara la responsabilidad del Centro Escolar, pues era habitual que los alumnos permaneciesen en el patio una vez terminadas las clases, estando obligado a continuar la vigilancia sobre los mismos hasta el cierre del recinto. La solución adoptada por el T.S. es, además, coherente con el fundamento subjetivo (art. 1903.6.º del Código Civil) de ambas responsabilidades, pues el deber de vigilancia del Centro Escolar excluye el de los padres.

En otro orden de ideas, debe destacarse la modificación introducida por la Ley 1/1991, de 7 de enero, en el régimen de responsabilidad del profesorado la principal novedad, a los efectos que aquí interesa, estriba en imputar la responsabilidad ex. art. 1903 al Centro y no al profesor, aunque éste último puede también ser demandado, si se demuestra su culpa, en base al artículo 1902 del Código Civil. Acerca de esta reforma, véanse R. de Angel, Comentario del Código Civil, art. 1903, tomo II, Madrid 1991; S. Díaz Alabart, Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de siete de enero de mil novecientos noventa y uno, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 11 y 12, 1991, pp. 439 y ss.; M. Signes Pascual, La responsabilidad de los educadores según el artículo 1903 del Código Civil, en *La Ley*, 1992-1, pp. 958 y ss). (J.B.D.).

**21. Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno: Responsabilidad de los padres por hechos del menor. Procedimiento previo ante la jurisdicción de menores. Valor probatorio de la certificación del secretario judicial.**— Debe estarse a lo que resulta de la autenticidad formal y material del documento (la certificación del Secretario del Tribunal Tutelar de Menores) que, como documento público, goza del favor que le dispensa el art. 1.218 C.c., en su pf. 1. El Secretario, en funciones de portador de la fe pública judicial, no se extralimita en su cometido, al no transcribir simplemente un acuerdo de amonestación, puesto que instado el Tribunal a que se certificara en relación con los hechos acreditados, esto es lo que hace el Secretario, aunque de manera harto escueta, pero expresiva y suficiente de la relación hechos-responsabilidad-sanción; además, tal certificación lleva el visto bueno del Juez de menores y, en consecuencia es, por sus características de autenticidad extrínseca, el documento que mayores garantías exterioriza sobre la veracidad de su contenido. Admitido el valor probatorio del documento cuestionado, se establece la responsabilidad de los padres del menor, que se funda en el art. 1903 C.c., sobre la base del valor vinculante de las declaraciones establecidas, acerca de los hechos causantes de la reclamación, por la jurisdicción de menores acorde con el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (Sentencias de 29 de diciembre de 1962 y 8 de febrero y 10 de junio de 1983)(S.T.S. 23 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.— En el curso de un reyerta, el hijo de los demandados dio un empujón al demandante, a consecuencia del cual éste cayó por la escalera, sufriendo lesiones de diversa consideración. En un proceso inquisitivo

cuasi-penal, el Tribunal Tutelar de Menores acordó la amonestación del menor, por considerarlo responsable de las lesiones sufridas por el demandante, el cual ejerció acción para exigir responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda; la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**22. Responsabilidad civil de madre viuda por actos dañosos realizados por hijo conviviente de 15 años: lesiones en accidente de moto: responsabilidad cuasi objetiva: redacción primitiva del art. 1903 C.c.**— Con base en el art. 1903 p. 2.º C.c., en su redacción primitiva, hay una responsabilidad para la viuda, por los daños causados por su hijo de 15 años de edad, al colisionar frontalmente por culpa propia con otra motocicleta, dado que vive en su compañía, sin que conste prueba alguna de que haya empleado «toda la diligencia» exigencia para prevenir el daño.

**Naturaleza de la responsabilidad civil de los padres: Doctrina Jurisprudencial.**— Tal responsabilidad, si bien se declara en el art. 1903, siguiendo a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no obstante no menciona tal dato de culpabilidad, por lo que aceptablemente se ha sostenido que es una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, y este sentido es el que le ha dado la jurisprudencia reiterada de esta Sala (s.s. de 14 de marzo de 1978, 24 de marzo de 1979, 1.º de junio de 1980 y 10 de marzo 1983), la cual ha declarado que tal responsabilidad se justifica por la trasgresión del deber de vigilancia que incumbe a los padres, y que el legislador contempla establecimiento una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, y la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad; sin que pueda oponerse la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material de hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, y sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presente el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito, o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan estar siempre junto a sus hijos menores de edad; pues de seguirse otro criterio, dice la s. de 29 de diciembre de 1962, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad.

**Equidad.**— Se quebrantaría el criterio de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños que le privan de una capacidad laboral plena, por lo que no puede seguirse el criterio de equidad que el recurso invoca, no siendo aplicable el art. 3.2 C.c.

**Emancipación de hecho.**— Aparte de no haberse demostrado esta circunstancia es lo cierto que el C.c. no permite más medios de emancipación que los señalados en el art. 314, y que no se da en el supuesto debatido la situación que contempla el art. 319, al no haberse probado que el hijo menor de edad viviera independiente de su madre (Sentencia de 22 de enero de 1991: No ha lugar). (G.G.C.).

**23. Responsabilidad civil extracontractual. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno. Solidaridad de los responsables.**— La omisión o abstención, el *non facere*, la contravención del principio *alterum non laedere*, el no actuar con la diligencia que exige el cargo, el no prever lo que debió ser previsto (y en el caso concreto, el no ordenar la oportuna señalización de las cristaleras) constituye conducta plenamente incardinable en el art. 1902, aplicándose a las entidades mercantiles el art. 1903, por lo que en modo alguno cabe la aplicación extensiva del art. 1907. Si alcanza a las empresas la culpa *in vigilando* o *in eligendo* que, cual tiene repetido esta Sala, no es subsidiaria, sino directa, y, en consecuencia, hay concurrencia de ilícitos culposos, procede la solidaridad, como medio de protección a los perjudicados (S.T.S. 4 de noviembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— Debido a las lesiones sufridas por una menor al golpearse contra la cristalera que rodeaba la piscina de un hotel, que no estaba provista de la correspondiente señalización que advirtiera de su existencia, el padre, como representante legal, ejercitó acción indemnizatoria de daños y perjuicios por culpa extracontractual contra el Hotel y contra el Director del mismo.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, estimando parcialmente la demanda, condenaron solidariamente a los demandados. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— Recurre en casación únicamente el Director del Hotel, por infracción del art. 1903 C.c., argumentando que del tenor del precepto se puede concluir que si responden los propietarios no responden los directores, e igualmente a la inversa, por lo que habiéndose condenado al propietario del Hotel, procede la absolución del Director. Pero hace notar la Sala que «en la sentencia recurrida no se dice que se condene al Director por aplicación del art. 1903», sino que este precepto se aplica a la entidad mercantil, mientras que la conducta del Director se incardina en el art. 1902 (E.A.P.).

**24. Capacidad contractual del menor no emancipado: Transporte en Telesqui: Usos sociales imperantes. Declaración de voluntad tácita de los representantes legales.**— El carácter contractual de la relación existente entre el lesionado, de 16 años de edad, y la empresa explotadora del telesquí que descarriló, no resulta contradicha por la circunstancia de ser aquel menor de edad no emancipado, que haría inexistente dicho contrato, tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad ya que resulta incuestionable que tales sujetos vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesiten de la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al

espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 C.c.), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria.

**Lesiones por descarrilamiento de telesquí: culpa extracontractual.**— En el presente caso, la culpa imputada por la sentencia recurrida a la empresa explotadora del telesquí, no nace de un defectuoso cumplimiento por ella de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado por el perjudicado, sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones, que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte; de todo lo cual se desprende que, no obstante la existencia de una relación contractual, el hecho causante del daño no puede incardinarse como producido dentro de la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial, debiendo estimarse el motivo y entender que entra en juego el art. 1902 C.c.

**Seguro de responsabilidad civil: determinación objetiva del riesgo mediante cláusulas anexas no firmadas por el asegurado: exclusión de siniestros debidos a violación de medidas de seguridad esenciales impuestas por la ley o autoridad competente: no afectan al asegurado.**— En materia de seguros la cuestión relativa a la determinación objetiva del riesgo tiene carácter dispositivo, por lo que las partes puedan establecer a tal efecto los pactos que estiman convenientes, ello sin perjuicio de que tales cláusulas puedan ser declaradas nulas cuando resulten lesivas para los derechos de los asegurados (art. 3.º de la Ley de 1980); pero en el presente caso la hoja que contiene las «cláusulas anexas» no se halla firmada por el asegurado, sin que exista prueba alguna que acredite la aceptación de las mismas por el tomador del seguro, por lo que tales cláusulas anexas no pueden estimarse como vinculantes porque no forman parte del contrato; en consecuencia, el evento dañoso causa de las lesiones sufridas por el actor recurrente se halla comprendiendo dentro de la cobertura del seguro de responsabilidad civil concertado, correspondiendo al lesionado acción directa contra la entidad aseguradora.

**Legitimación para recurrir.**— La legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra las resoluciones judiciales requiere la existencia de un interés de la parte en la revisión y modificación de la resolución recurrida, fundado en la existencia de un gravamen para esa parte que resulta de la desestimación de las prestaciones por ella formuladas; carece de legitimación *ad causam* para impugnar la sentencia que absolvió a su codemandada cuando por su parte se limitó a solicitar la libre absolución, y ahora intenta un cambio en la posición procesal, pasando la recurrente demandada, desde su posición de tal, pasando a la demandante (**Sentencia de 10 de junio de 1991**: ha lugar).

NOTA.— Cuidada sentencia (Pte. González Poveda) de la que cabe destacar algunas declaraciones interesantes: 1.º) Sobre la capacidad negocial de un menor no emancipado que había cumplido 16 años al tiempo de celebrar un contrato de transporte en telesquí *a forfait* en cuyo desarrollo sufre

lesiones que tardan 695 días en curar, con secuelas neurológicas irrecuperables. Curiosamente, es su representante legal el que impugna la validez de dicha relación contractual a fin de lograr la condena de la compañía de seguros dado que con aquella «descalificación contractual» el hecho encajaría en la culpa extracontractual cubierta por la póliza del seguro. El motivo se desestima en el 3.º FD con base en la doctrina extractada que recoge, casi literalmente, opiniones expresadas por Delgado Echevarría (en Lacruz, *Elementos*, I-2.º, 1983, p. 69) y que son plenamente de aprobar (véase en cambio, la postura más cautelosa de Albaladejo, *Derecho civil*, I-1.º, 9.ª ed., p. 241 ss.). 2.º) Sobre el carácter contractual de las cláusulas anexas modificativas de una póliza de seguros de accidente, que no aparecían suscritas por el asegurado, y que, por tanto, no deben reputarse integrantes del contenido contractual; precisamente, la sentencia absolutoria dictada en apelación respecto de la aseguradora parece que se fundó en tales cláusulas anexas restrictivas del ámbito del seguro concertado. 3.º) Más discutible resulta la calificación de extracontractual que la sentencia del T.S. hace de la culpa en que incurrió la empresa explotadora del telesquí; la finalidad de tal calificación era, evidentemente, incluir el siniestro dentro de la póliza con la consecuencia de que la importante indemnización concedida (diez millones de pts) fuese soportada por la aseguradora. Sin embargo, no parece claro el carácter contractual del deber de diligencia infringido por la empresa, pues el contrato de transporte conlleva ineludiblemente que se garantice la seguridad de la persona transportada, deber más apremiante en el caso del telesquí. Ciertamente, es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual no basta la existencia de un contrato para calificar así la responsabilidad, sino que la s. de 9 de enero de 1985 exige « que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado», pero ello es precisamente lo ocurrido en el caso (accidente en el transporte con motivo del cumplimiento del contrato). (G.G.C.).

**25. Responsabilidad medica: tratamiento de endodondia: rotura de instrumental con incustración en canino: culpa del facultativo.**—La rotura del instrumental no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma («fatiga de los materiales»), o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo, o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento y propició un golpe que la paciente le dio en el brazo; cualquiera de estas tres hipótesis, únicas posibles de rotura de la lima, son reveladoras de una conducta negligente por parte del facultativo, pues dentro de sus elementales deberes profesionales se encuentra el cerciorarse previamente del buen estado de conservación del instrumental que utiliza y el hacer un uso adecuado y correcto del mismo, con buena técnica, según las reglas de la *lex artis*, y lo mismo puede decirse de la última causa posible pues dentro de la previsibilidad exigible a un diligente profesional odontólogo se encuentra el evitar dicho riesgo, mediante la anestesia adecuada y suficiente, que en el presente supuesto no se utilizaría.

**Inversión de la carga de la prueba.**— La sentencia recurrida no ha realizado inversión alguna de la carga de la prueba, sino que, partiendo de la prueba practica-

da, llega a la conclusión de que la causa del daño tiene que ser alguna de las tres avanzadas en hipótesis, todas ellas culposas.

**«Onus Probandi».**— El art. 1214 C.c. no contiene norma alguna sobre valoración de prueba, sino simplemente regula la distribución de la carga de la prueba entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada cuando, ante la ausencia de prueba de un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando la Sala de instancia considera probado el hecho en cuestión.

**Indefensión.**— No existe cuando las tres aludidas causas posibles de la rotura habrían sido alegadas en el proceso, y si la recurrente entendía que la causa había sido otra distinta, debió alegarla y probarla, cosa que no hizo.

**Presunción de inocencia.**— El derecho proclamado en el art. 24, número 2, párr. 1.º C.E. implica que el acusado, en cualquier ámbito jurídico en que lo sea, no está obligado a probar su inocencia, pero tal presunción deja de prestar cobertura protectora desde el momento en que aparece probado en autos la culpabilidad del acusado en cuestión.

**Responsabilidad de la clínica.**— La responsabilidad derivada del art. 1903, párr. 3.º C.c. no es subsidiaria sino que puede ser exigida directamente al empresario por su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo*, y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material de hecho (SS. de 22 junio de 1988, 17 de junio de 1989 y 30 de enero de 1990); en el presente supuesto litigioso la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la Clínica demandada, que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestaban sus servicios, por lo que la responsabilidad propietaria de la meritada clínica también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio.

**Naturaleza de la responsabilidad médica.**— En el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (s. de 7 de febrero de 1990) (**Sentencia de 22 de febrero de 1991**: No ha lugar).

NOTA.— Un caso más de responsabilidad exigida a facultativos, que tiene la especialidad de referirse a un médico odontólogo como consecuencia de un tratamiento de endodoncia. Es de notar que el T.S. mantiene la estricta aplicación del art. 1902 exigiendo la prueba de la culpa. Pero la dificultad de averiguar la causa real del daño causado a la paciente (incrustación de un trozo de lima en un canino al efectuar una endodoncia, sin lograrse su extracción, teniendo que acudir a otra clínica dadas las molestias que le causa) obliga a utilizar un juicio hipotético cuya aplicación envuelve alguna di-

ficultad; se aíslan hasta tres posibles causas de la rotura del instrumental, tomándolas de un texto científico aportado por el demandado, las dos primeras («fatiga del material» y manejo incorrecto) y de las propias manifestaciones del demandado, la última (movimiento reflejo de la paciente al no estar suficientemente anestesiada). El T.S. llega a la conclusión de que cualquiera de esas causas es imputable a la culpa del facultativo. No deja, sin embargo, de ser arriesgada la afirmación de que *tales causas son las únicas posibles*, y que si el demandado entendía que había otras, tenía la carga de alegarlas y probarlas. ¿No se le está obligando, por esta vía oblicua, a demostrar su inocencia?

Como la sentencia apelada afirmaba el carácter contractual de la responsabilidad del odontólogo, la defensa de la clínica condenada en base al art. 1903 era obvia ya que en esta norma sólo se contempla la responsabilidad extracontractual. La sentencia extractada utiliza un doble argumento para rechazar el recurso de la clínica; de una parte carácter bi-fronte (contractual-extracontractual) de la responsabilidad médica, y, de otra, un detallado análisis de los hechos (clínica privada que actúa a instancia del cliente) que hace ver el aspecto contractual, también concurrente. Razonamientos que son de aprobar (G.G.C.).

**26. Culpa extracontractual: responsabilidad civil Insalud: daños por intervención quirúrgica: atrofia cerebral global con dificultad motora y pérdida de facultades psíquicas superiores: carácter civil.**— La actuación de la entidad pública no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración institucional del Estado, sino como entidad privada que había de procurar la curación de un lesionado o enfermo, llevado a los centros dependientes del Insalud con dicho fin, por lo que se está fuera de las relaciones de derecho público, y más bien en el caso que prevé el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando éste actúa en relaciones de derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente por los daños causados por sus funcionarios, aunque se considere la actuación de los mismos como actos de la Administración.

**Relación del Insalud con los particulares.**— Es diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio y la que existe entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, siendo el paciente un particular que ve afectados sus bienes más personales y privados, que pueden sufrir daños por culpa o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de invocarse el art. 1902 o, en su caso, el art. 1903 del C.c.

**Responsabilidad del Insalud como empresario: culpa «in operado» e «in eligendo».**— Siguiendo orientación de las SS. de 3 de marzo de 1973, 1.º de julio de 1986, 16 de marzo de 1987 y 21 de septiembre de 1988, entre otras, hay que concluir que el Insalud actuó como empresario privado, causando unos daños por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados, quienes no observaron todas las precauciones precisas, ni dieron el tratamiento adecuado para prevenir el

daño, de donde deriva una conducta culposa («*culpa in operado*») de los autores materiales del daño, suficiente para imponer, al amparo del art. 1903 párr. 4.º C.c., la condigna responsabilidad civil por «*culpa in vigilando*» o «*in eligendo*» a la entidad, ya sea pública, ya sea privada, de quienes aquellos causantes del daño dependían, y cuya relación de dependencia no se ha discutido, sino dada por presupuesta y admitida a lo largo de toda la litis, debiendo advertirse que la responsabilidad para las entidades patronales o empresariales, no es subsidiaria sino directa.

**Legitimación del marido para reclamar en nombre propio por daños causados a su esposa.**—El marido es evidentemente perjudicado, ya que sufrió daños en su esfera personal y patrimonial por la intervención quirúrgica que sufrió su esposa y las consecuencias nocivas de la misma, enmarcando su perjuicio en el art. 1902 C.c.

**Prescripción de la acción: «Dies a quo».**—De las SS. de 8 de octubre de 1988 y 17 de junio de 1989 se deduce que en los casos de enfermedades o lesiones no se puede entender como fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción la del alta cuando quedan secuelas, sino la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sepa su alcance no puede reclamarse en base a ellas; aparte de que la prescripción, en cuanto instituto no fundado en justicia intrínseca, su aplicación ha de hacerse y entenderse de forma restrictiva, y en caso de daño o lesión susceptible de indemnización que se mantiene durante largo tiempo, el comienzo del plazo ha de determinarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el art. 1969 no es, a estos efectos, un precepto imperativo, y sí de derecho dispositivo, siendo indudable que no estando el enfermo totalmente curado, no puede decirse que haya comenzado el plazo de prescripción, ante las secuelas psíquicas y físicas de que adolece la esposa del recurrido, que han de tenerse en cuenta para poder comenzar a contar aquel plazo (**Sentencia de 30 julio de 1991**: No ha lugar).

NOTA.— Ninguna novedad en cuanto a la atribución de competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer de las reclamaciones contra el Insalud por los daños subsiguientes a intervenciones médicas; puede hablarse, en este punto, de una doctrina jurisprudencial bien consolidada. La singularidad del supuesto acaso estribe en ser el actor el marido, originando una desestimación de la demanda en primera instancia por falta de legitimación activa; aunque no hay suficientes datos fácticos en la sentencia, acaso hubo un defectuoso planteamiento inicial del proceso (¿inconsciente fundamento en la antigua representación judicial de la mujer por el marido o dificultad práctica de otorgar la mujer poder para pleitos al marido dado su estado físico y psíquico?): lo cierto es que en apelación se redujo notablemente la cuantía de la indemnización, de quince millones, a dos millones y medio; curiosamente el T.S. hace expresa reserva del derecho a reclamar indemnización la mujer «por los perjuicios personalmente sufridos, que no hayan sido ya suficientemente indemnizados y respecto de los que no puedan apreciarse con relación a ella con éxito la excepción de cosa juzgada», al tiempo que se invoca la notable reducción de la indemnización solicitada, acordada por la



Sala; bienintencionada reserva que puede justificarse por no haber recurrido el marido la sentencia de la Audiencia, pero que no deja de suscitar reservas en la doctrina sobre su legalidad y viabilidad.

Alguna perplejidad suscita el calificativo de norma dispositiva atribuida por la s. al art. 1969. Sobre esta norma ha dicho Díez Picazo (*Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 2167) que presente un perfil más práctico que teórico y alude simplemente a las posibilidades de ejercicio, lo que, a su juicio, significa, no sólo un poder, sino también un tener que, para desvanecer cualquier situación de confianza o de silencio, debiendo valorarse tal situación con carácter objetivo. A ello alude, ciertamente, la S. cuando menciona las reglas de la sana crítica, pero ha de reconocerse que la posibilidad de que la autonomía de la voluntad establezca previamente un régimen propio de comienzo y fin de la prescripción, singularmente en supuestos de culpa extracontractual resulta impensable (G.G.C.).

#### 4. DERECHOS REALES

**27. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria. Acuerdos que no se adecúan a los asuntos señalados en el orden del día de la convocatoria.**— Dado lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal de que la convocatoria se hará con indicación de los asuntos a tratar y en el tercer párrafo del mismo se hace hincapié en que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados, ello pone de relieve la trascendencia que comporta la redacción clara y precisa del orden del día según la convocatoria, toda vez que siempre habrá de exigirse una perfecta armonía y congruencia entre lo anunciado como tema a tratar y deliberar y lo que en efecto se decide en la Junta al respecto, ya que siendo la asistencia de los interesados copropietarios voluntaria, no lo es, sin embargo, la citación de todos ellos, que obviamente harán uso de su facultad de asistir o no con vista del orden del día como marcó indesbordable de los asuntos que han discutirse, porque de otra suerte, sería fácil burlar la voluntad de determinados copropietarios por el Presidente o el porcentaje de ellos que pueden solicitar la celebración de la Junta según el mencionado artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal, que en forma avisada si no maliciosa, truncan la literalidad de la convocatoria con el ánimo subrepticio de conseguir en la Junta convocada acuerdos diferentes de los señalados en el orden del día con tal de que quedaran cubiertas las apariencias con una redacción que permitiera una lejana relación con el acuerdo adoptado, que es lo que aquí acontece, puesto que no es lo mismo informar sobre unas obras extraordinarias a realizar y que serán discutidas y aprobadas en la próxima Junta General Ordinaria, que adoptar tal acuerdo en la Junta convocada a tal simple propósito.

**Nulidad del acuerdo adoptado.** El desfase entre el orden del día y lo que en efecto se decidió en la Junta, acarrea la nulidad absoluta del acuerdo número 7.º, sin entrar en la esencia de su idoneidad jurídica sustantiva (**Sentencia de 30 de noviembre de 1991**; ha lugar). (A.C.S.)

**28. Las plazas de garaje. Diversas modalidades de uso y disfrute.**— El uso y disfrute de las plazas de garaje puede presentar alguna de las siguientes variantes: 1) Un local incorporado a un edificio destinado a viviendas que funciona en régimen de propiedad horizontal y cuya planta destinada a uso de aparcamiento se configura como un elemento común del edificio. Todos los propietarios del mismo tienen derecho indistintamente al uso y disfrute con el fin de aparcamiento de sus vehículos; 2) Aunque el local destinado a aparcamiento se haya desprendido, a efectos dominicales, de la comunidad de propiedad horizontal que afecta al edificio, se rige de forma independiente. De tal manera que los usuarios del mismo pueden ser, incluso, terceras personas. Funciona como una comunidad autónoma, cuyos cotitulares serán los mismos que los de los pisos que componen el edificio o terceros; 3) Con absoluta desconexión del edificio sobre el que funciona el régimen de comunidad horizontal, puede existir una nave destinada a aparcamiento. Sus usuarios pueden ser propietarios de las plazas de garaje.

**Características generales de las plazas de aparcamiento.**— Se trata de un local construido generalmente sobre la planta subterránea de un edificio que está distribuido por espacios con las características siguientes: Se trata de una superficie plana, generalmente en las plantas bajas de los edificios. Esta superficie tiene un acceso directo a la vía pública que utilizan los vehículos para la entrada o salida del aparcamiento. Lo más característico es que en esa misma superficie plana, por lo general, existen perfectamente delineadas una serie de señales rectilíneas que la dividen en tantos números de espacios como las medidas de los vehículos exigen para su aparcamiento. La extensión de estos espacios ha de ser la adecuada para que los usuarios puedan acceder por los pasos comunes haciendo las maniobras correspondientes sin entorpecer a los contiguos.

**Naturaleza jurídica de las plazas de aparcamiento.**— Los locales destinados a aparcamiento de vehículos se componen de dos elementos perfectamente diferenciados. Por un lado, esos espacios individualizados y perfectamente delimitados físicamente sobre el terreno que son susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente. Se asignan con la correspondiente titularidad dominical a los respectivos dueños que, por tanto, son sus propietarios. Por otra parte, para ese uso sea racional y adecuado, se necesita la existencia de una serie de los clásicos elementos comunes ... Será el art. 396 el que haya de aplicarse, ya que se trata de un local o de parte de un local susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública. Por tanto, es susceptible de una propiedad separada sobre las plazas en que se divide y de una copropiedad sobre los elementos comunes ... El régimen jurídico de derechos y obligaciones aplicable se sujeta a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal de 21-7-1960 y, para cualquier problema que se suscite, hay que tener en cuenta lo que hayan dispuesto en algún pacto específico ordenador de tales derechos y obligaciones.

**Edificio de aparcamiento como ¿comunidad de bienes sujeta al artículo 394 C.c., o comunidad de propiedad horizontal?** No se puede compartir que se esté en presencia de una comunidad romana antes que de una de propiedad horizontal no sólo por las características de uso y disfrute de dicho garaje, sino por lo que al

respecto se regula por sus Estatutos. Ha de apreciarse la prevalencia de la ordenación del régimen de Propiedad Horizontal frente al de la comunidad de bienes porque la comunidad de bienes recae en torno a un «*pro indiviso*» sobre una cosa que se posee en común, mientras que en el garaje, como en la Propiedad Horizontal, existe el deslinde entre los distintos objetos patrimoniales sobre partes exclusivas o propiedad especial y el elemento común.

**Lagunas en los Estatutos de una comunidad de Propiedad Horizontal.**— Aún cuando es cierto que no se dice nada en los Estatutos sobre la utilización de las salidas de emergencia de los viales de circulación, en ellos se recoge la descripción del objeto patrimonial de que son titulares los demandados... En tanto el título constitutivo no especifique nada en contra sino más bien recoja esa originaria enumeración del derecho que les asiste no es posible estimar la pretensión (aplicación subsidiaria del artículo 392 del C.c.). En razón de lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, sobre la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, los interesados pueden actuar e instar por las vías correspondientes la modificación de dichos Estatutos, pues mientras estén vigentes y no especifiquen nada en contrario, la situación existente actualmente no puede alterarse en su misma configuración jurídica. La aceptación de la tesis contraria equivaldría a que se llegase a privar de su auténtico derecho dominical a quienes, legítimamente, devinieron propietarios por su título de adquisición.

**HECHOS.**— Los propietarios de diversas plazas de garaje de un inmueble son demandados por otros titulares con plazas en el mismo inmueble porque estiman que están obstaculizando los espacios comunes del garaje, aunque aparquen en el lugar que les corresponde y que, por lo tanto, se les debe prohibir estacionar en tales elementos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al entender que de los Estatutos de la comunidad de propietarios del edificio se desprende, en primer lugar, que la ubicación de las plazas en litigio (límites a los elementos comunes) fue aceptada, en su día, por toda la comunidad. Por lo tanto, las molestias que ahora puedan sufrir el resto de los comuneros no pueden ser causa de privación de un derecho legítimamente adquirido. En segundo lugar, que los demandados al adquirir dichas plazas tienen derecho al uso y disfrute exclusivo de las mismas, así como una cuota indivisa sobre la titularidad del inmueble.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial lo desestima. El Tribunal Supremo, en casación, declara NO HABER LUGAR al recurso. (S.T.S. de 24 de diciembre de 1990)

**NOTA.**— Es curioso ver como de un asunto en el que lo que se discute es el contenido del derecho de uso y disfrute de los elementos comunes y no comunes de una comunidad de propiedad horizontal, el ponente de la sentencia se recrea estudiando el concepto, las características, la naturaleza jurídica y las diferentes modalidades de uso de la plaza de garaje, que son, en relación con el fallo, *obiter dicta*. (G.D.-P.G.)

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**29. Actos dispositivos onerosos sobre bienes gananciales. Consentimiento de los cónyuges.**— Conforme a los artículos 1375 y 1377 del Código Civil, los actos dispositivos onerosos sobre los bienes gananciales precisan el consentimiento de ambos cónyuges, por corresponder a ambos, en forma conjunta la facultad de su enajenación. Ahora bien, el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, pues revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva realizada y materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos. Y estos es lo que ha sucedido en la presente cuestión, como bien decidió la Sala de instancia, ya que el consentimiento uxoris, que según doctrina coincidente y mantenida de este Tribunal, ha de encuadrarse en el ámbito de la ineficacia de los actos por anulabilidad, viene a ser cuestión de hecho que incumbe apreciar y decidir al Tribunal de apelación (Sentencia de 5 de mayo de 1986, 31 de diciembre de 1987 y 7 de junio de 1990).

**Presunciones.** En su dimensión judicial las presunciones suponen un proceso lógico, mediante el cual, razonando sobre consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos y un cuerpo de realidad cierta, se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no lo era, pero que indudablemente se produjo, si bien no dejó rastros exteriorizados necesarios para su posible apreciación directa, sin necesidad de recurrir a la vía, siempre más fácil de la inducción.

**Confesión.** Al haberse prestado dicha prueba bajo juramento indecisorio, no alcanza rango de superioridad con respecto a las demás (Sentencias de 24 de abril y 15 de diciembre de 1986), siendo doctrina de esta Sala que la confesión ha de ser plena, inequívoca y clara y por ello rotunda y contundente (**Sentencia de 20 de junio de 1991**; no ha lugar). (A.C.S.)

**30. Consentimiento «uxoris» tácito en el contrato de compraventa. Modo de producción.**— El consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva realizada y materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos.

Este consentimiento, en su forma tácita, puede haberse producido en un tiempo histórico anterior a la venta... También puede proyectarse sobre un tiempo coetáneo y coincidente con la instrumentación y otorgamiento del documento privado... Y, por último, puede referirse a épocas posteriores, en las que se desarrollan conductas de conformidad y consentimiento, tanto de índole material, como de índole judicial.

No se ha desvirtuado la concurrencia del necesario consentimiento de la esposa, que la sentencia admite desde la fecha 2 de julio de 1986, en la que, por intervención directa y personal de la interesada, tuvo manifestación expresa y se mantuvo y persistió tácitamente, en forma ratificadora y convalidante, por razón de sus actos conductuales y posteriores, lo que determina que la venta ha de tenerse como

válida y vinculante, ya que concurrió el preciso consentimiento «uxoris del cónyuge no firmante del instrumento privado, y, por lo tanto, ausente meramente formal y no sustancial.

**Presunciones como medio de prueba. Aplicación del artículo 1.253 del Código Civil.**— Las presunciones en su dimensión judicial, suponen un proceso lógico mediante el cual, razonando sobre consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos y un cuerpo de realidad cierta, se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no lo era, pero que indudablemente se produjo, si bien no dejó los rastros exteriorizados necesarios para su posible aplicación directa, sin necesidad de recurrir a la vía, siempre más fácil, de la inducción. En este sentido, las resoluciones judiciales, que dirimen las controversias judiciales, producen situaciones de firmeza y estabilidad a aquellas cuestiones que suponen una quiebra de las relaciones entre los interesados, precisamente por las diversas y contrarias interpretaciones que mantienen y pueden determinar los aspectos de incerteza o duda que suelen presentar, evitándose de esta manera, al fijarse de una vez, ulteriores disputas.

**La indivisibilidad de la prueba de confesión.** La prueba de confesión no es la única vía probatoria existente, y su apreciación y valoración, que no es libre a cargo de los juzgadores de instancia, exige quebrantar el principio de su indivisibilidad, conforme al artículo 1.233 del Código civil —salvo las tres excepciones que contiene—, por lo que su eficacia ha de estar en conjunción con el resultado que arrojen los demás probatorios, y la conexión íntima de la posiciones evacuadas, para evitar consecuencias contradictorias. (S.T.S. de 10 de junio de 1991)

**HECHOS.**—En virtud de documento privado, el recurrente vendió al demandante en juicio un piso amueblado de su propiedad. La esposa del recurrente, presente los tratos preliminares en los que se convino la venta, tuvo una especial intervención en la fijación del precio, condiciones de pago, elaboración del inventario de muebles y ajuar doméstico que se incluirían en la compraventa. Sin embargo, el documento privado de enajenación fue firmado solamente por el marido, al que en dicho acto se le hizo entrega de parte del precio convenido. Poco tiempo después, el matrimonio vendedor, alegando el carácter ganancial del objeto del contrato, se negó a otorgar la correspondiente escritura pública, a recibir el resto del precio y a efectuar la debida posesión al comprador dejando libre y a su disposición las cosas vendidas. Los compradores interponen demanda sosteniendo que la compraventa se perfeccionó con el consentimiento de las partes prestado verbalmente cuando fue convenida y que al concurrir todos los requisitos esenciales para su validez y eficacia el contrato es obligatorio, sin que pueda verse afectado por el hecho de que, posteriormente, el documento privado que recogía los términos y condiciones pactados, fuera firmado únicamente por el esposo demandado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando la perfección del contrato de compraventa. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia provincial lo desestima. En sede de casación, el Tribunal Supremo declara NO HABER LUGAR al recurso. (G. D-P. G).

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

### **31. Naturaleza determinada y no traslativa de la partición hereditaria.—**

La partición realizada por los herederos no es un título traslativo de la propiedad. Necesita de la tradición para la adquisición de la propiedad al que sea aplicable el inciso final del párrafo segundo del art. 609 del Código Civil, según el cual el título adquisitivo de la propiedad es la «sucesión testada» que no necesita de la tradición de acuerdo con lo dispuesto en el art. 440 del propio Código. Por tanto, la ejercitada es una acción reivindicatoria fundada en título hereditario, título apto para ello según reiterada doctrina jurisprudencia.

Insiste la parte recurrente en su equivocada concepción sobre la naturaleza de la partición al entender que por virtud de ella las coherederas se transmitieron entre sí las fincas adjudicadas, en las línea con la superada tesis doctrinal de integrarse el acto particional por una serie de permutas entre los coherederos, en contra de la naturaleza determinativa o especificativa de la partición.

### **La renuncia de derechos. Interpretación del artículo 6.2 del Código Civil.—**

Si en la técnica jurídica se entiende por renuncia aquella manifestación de voluntad que lleve a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona, dicha renuncia, aparte de tener que ser personal, ha de revestir en cuanto a la forma, las características de ser clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, admitiéndose no sólo la forma escrita y expresa, sino también la tácita, mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos... El mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañaría una renuncia, nunca presumible.

### **Requisitos esenciales del abuso de derecho. Necesidad de probarse.—**

Siendo el abuso del derecho una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que no alcanzaron protección jurídica, se precisa para su estimación: la producción de una lesión en el patrimonio, la existencia de una actitud meramente pasiva de quien la sufre, la intención de daño en quien la causa, la falta de interés legítimo o el ejercicio antisocial del derecho... El abuso de derecho es un principio en sí jurídico, pero se encuentra entrecruzado con hechos que requieren no ya su precedente alegación, sino su correspondiente prueba.

### **Elementos necesarios del enriquecimiento injusto.—**

La doctrina de esta Sala requiere para su apreciación la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) existencia de un enriquecimiento injusto por parte del demandado, representado por un aumento de su patrimonio o por una no disminución del mismo; b) un empobrecimiento en el actor, representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; y c) la inexistencia de un precepto legal que excluye la aplicación de este principio al caso concreto.

**Alcance del principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.—** Los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención,

causan estado, defiende inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. La pasividad de la actora en el ejercicio de sus derechos no puede constituir acto propio vinculante para la misma.

**Necesidad de justo título para la prescripción ordinaria de una donación.**— La donación en la que concurren los requisitos exigidos para su validez es título legalmente bastante para transferir la propiedad o derecho real de cuya prescripción se trate, de acuerdo con el art. 609 del Código Civil, por lo que se cumple la exigencia de art. 1852 del citado Código y el hecho de que se haya falseado su contenido por haber desfigurado la identidad de los inmuebles, no es obstáculo a que tal escritura de donación pueda ser considerada como justo título, verdadero, como exige el art. 1953, al referirse este requisito del justo título a su existencia y no a la veracidad de su contenido, aunque ello afecta al requisito de la buena fe.

**El poseedor de buena fe del artículo 433 del Código Civil.**— Constituyendo el justo título «ad usucapionem» el que legalmente basta para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trata (art. 1952 del Código Civil) es claro que las escrituras públicas no dicen nada que contradiga que las fincas poseídas por la madre de los demandados fueron adjudicadas a la madre de la actora, por lo que aquélla no podía apoyar su posesión en tales títulos y conociendo el contenido de las citadas escrituras y cuales eran los bienes por ella adquiridos, es claro que no puede alegar buena fe en la posesión de las fincas adjudicadas a su hermana, pues según lo normado en el art. 433 del Código Civil la buena fe se identifica con la ignorancia de vicios en el título de adquisición, al estar referida a un estado de conocimiento.

**Transmisión de la posesión viciosa del causante a sus herederos.**— Al haber recibido los demandados los bienes a título de herencia por un pacto sucesorio de presente y afirmada la mala fe de la causante en orden a la posesión de los bienes es aplicable la doctrina según la cual esta cualidad subjetiva de mala fe transmite a sus herederos, los actuales poseedores de los bienes, que son los recurridos, y que, en tal concepto, como ordena el art. 442 del Código Civil, sufrirán las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, ya que sin duda tienen conocimiento de los vicios que les afectaban, o al menos no se ha hecho prueba en contrario, prueba que corría a cargo de los mismos. En el presente caso no se ha realizado tal prueba, sino que por su intervención en la escritura pública y la declaración que hacen en unión de su madre acerca de la identidad de las fincas, demuestra su conocimiento de las referidas discrepancias, no sólo registrales, sino físicas también, ya que tal descripción debió de hacerse a vista de los títulos de propiedad de la transmitente o por manifestación verbal. No pueden alegar buena fe al no haber comprobado, pudiendo hacerlo, la identidad de las fincas, no estando amparados los ahora recurrentes por la fe pública registral al recibir los bienes a título de herencia.

**La función social de la propiedad en la Constitución española.**— Entendida la función social de la propiedad como delimitación del contenido de este derecho, se está afirmando que la propiedad puede ser sometida a un régimen jurídico tendente a solucionar el conflicto entre el interés particular del propietario y el interés de la colectividad, régimen que no guarda relación con otros principios o normas establecidos para regular las colisiones interindividuales; en tanto que la exigencia constitucional de que ese contenido y sus limitaciones se determinen de acuerdo con las leyes, supone que el legislador constitucional ha declinado en el legislador ordinario el establecimiento de ese régimen a través de las leyes reguladoras de cada tipo de propiedad, por lo que tal principio rector, sólo pueda ser invocado a través de las Leyes en que el mismo se encarna, sin que baste una alegación genérica a los preceptos constitucionales del art. 33. (S.T.S. de 5 de marzo de 1991).

**HECHOS.**— Los abuelos maternos de los ligantes otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que dispusieron que en caso de fallecimiento de uno de ellos sin testamento, el sobreviviente haría la disposición de los bienes del premoriente a favor de sus hijos como tuviera por conveniente. Fallecido el marido sin testar, su esposa otorgó testamento a favor de las hijas del matrimonio en el que solamente dispuso de sus propios bienes, beneficiando mucho más a una que a la otra. Al morir ésta y no cumplir el encargo los albaceas, las herederas realizaron una partición de la herencia siguiendo la voluntad de la causante. Algunos años después, decidieron rectificarla, dado el reparto tan desigual que se había hecho en su día.

La actual heredera de la hermana menos favorecida en el testamento formula contra los herederos de su tía. Suplica que se le declare propietaria de algunos de los bienes que su abuela adjudicó en testamento a su madre, así como de algunos de los que formaban parte de la herencia paterna y de los que nunca se dispuso.

La demanda fue desestimada. Presentado recurso de apelación, la Audiencia lo estimó parcialmente. El Tribunal Supremo declara NO HABER LUGAR al recurso interpuesto por los demandados y casa y anula parcialmente la sentencia.

**NOTA.**— Esta sentencia merece especial atención no por la doctrina expuesta en ella, sino por la cantidad de temas jurídicos que se abordan. Así y a título de ejemplo, en materia civil se tratan: la doctrina de los actos propios, el enriquecimiento injusto, el abuso de derecho, la interpretación testamentaria, la prescripción adquisitiva, el título y el modo, la buena fe en la posesión, la transmisión de la propiedad, la partición hereditaria, la usucapción, la donación, la renuncia de derechos, etc... En materia procesal se puede citar: la incongruencia, la infracción de la doctrina legal, la infracción en la valoración de la prueba, el recurso aclaratorio, los vicios de forma, etc... En materia constitucional: el derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva y hasta la función social de la propiedad en la Constitución.

Cualquiera que lea esta sentencia no tendrá necesidad de llegar al final para apiadarse del magistrado ponente, que, eso sí, en este caso se ha servido



insistentemente, por no decir excesivamente, de la doctrina legal y jurisprudencial para fundamentar el fallo. (G.D-P.G).

**32. Donación entre vivos. Imputación a la legítima. Artículo 132 de la Compilación de Cataluña.**— Según claramente se deduce de la normativa contenida en el artículo 132 de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960, reformada en 20 de marzo de 1984, para que pueda imputarse a la legítima de los hijos lo que a su favor haya dispuesto el causante se requiere o bien que haya sido por dote o donación matrimonial, que no es supuesto apreciado en el presente caso, o bien tratándose de las demás donaciones entre vivos, que es lo que se plantea en el presente caso, lo haya sido con la expresa prevención de que sea imputable a ella o de que sirva de pago o anticipo a cuenta de la legítima, supuesto que, como enteramente ha sido apreciado en la sentencia recurrida, no se da en el presente caso, si se considera que tal normativa contenida en el mencionado precepto revela por sus términos, que dicha prevención de imputación de la donación a la legítima, o de que sirva de pago o anticipo a cuenta de ella, se ha de manifestar al tiempo de llevar a cabo la correspondiente donación y no por atribución realizada con posteridad a ella, en este caso la del mencionado testamento, puesto que al venir afectado por esa atribución el donatario claro es que desde el instante en que se produjo la donación debe tener conocimiento de esa imputación a la legítima para decidir si estimaría recibir lo donado con esa atribución legitimaria.

**Interpretación del testamento. Voluntad del testador.**— Si es indudable que, conforme a lo normado en el artículo 675. 1.º de la Ley sustantiva civil, en relación con el artículo 147.1 del Reglamento Notarial, la voluntad del testador es ley de la sucesión, puesto que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y en caso de duda se observará lo que sea más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento, tampoco cabe desconocer, cual pretende el recurrente, que esa vinculación interpretativa de la voluntad testamentaria lo es en tanto no vaya contra una normativa legal que impida la efectividad de esa voluntad, y con relación al supuesto ahora contemplado en tanto no destruya a los efectos que a su vez requiere el artículo 132 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, reformada en 20 de marzo de 1984 (Sentencia de 11 de diciembre de 1991; no ha lugar). (A.C.S.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**33. Contrato de comisión mercantil. Prueba de la existencia del contrato. Reclamación de cantidad: Prescripción de acciones. Pago en moneda extranjera.**— La existencia de un contrato es cuestión de mero hecho y, como tal, su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado.

Derivándose las ventas de un único contrato, de ejecución sucesiva o continuada, el plazo prescriptivo de las acciones derivadas del cumplimiento del refe-

rido contrato no comienza a contarse hasta que el mismo haya quedado extinguido, concluido o resuelto. El art. 1. 967 C.c. carece de aplicación al presente supuesto litigioso, pues la prescripción de las acciones derivadas de un contrato de comisión (mandato de naturaleza mercantil, según expresa el art. 244 C.con.) se produce por el transcurso de quince años que, para las acciones personales que no tengan señalado un término especial en ningún otro precepto, establece el inciso segundo del art. 1964 C.c., en relación con el 943 C. con.

Al no entenderse pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, según preceptúa el art. 1.157 C.c., cuando se trate de condena al pago en moneda extranjera, traducida al cambio en pesetas, se tendrá en cuenta, para determinar tal contravalor en moneda nacional, el que corresponda al día en que el pago se haga efectivo, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala (S.T.S. 21 de diciembre de 1991, ha lugar parcialmente).

HECHOS.— Habiéndose pactado, en forma verbal, un contrato de comisión mercantil, en virtud del cual una de las partes vendía las mercancías fabricadas por la otra a compradores extranjeros, y habiéndose incumplido el pago de las comisiones correspondientes por las ventas realizadas, el actor interpuso demanda solicitando la condena del demandado al pago equivalente en pesetas, en concepto de las comisiones debidas.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda; la Audiencia Provincial estimó es parte el recurso de apelación. Prospera parcialmente el recurso de casación (E.A.P.).

**34. Contrato de seguro. Accidente de circulación. Acción directa del perjudicado frente al asegurador. Solidaridad pasiva. Alcance de las cláusulas de exclusión de la cobertura del riesgo frente al tercero perjudicado.**— Ya con anterioridad a la publicación de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que confirió legalmente la acción directa al perjudicado o sus herederos, contra el asegurador del vehículo que había producido el daño, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, hasta el límite del seguro obligatorio, la jurisprudencia de esta Sala había declarado que el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarcimiento de daño al asegurador que contrató un seguro voluntario, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado. Doctrina esta ratificada en la sentencia de 26 de octubre de 1984, en la que se da por supuesta la existencia de esta acción directa y se llega a afirmar «que aunque este contrato sea de naturaleza especial en favor de tercero, creando una solidaridad pasiva (asegurado y asegurador) frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora, es inculcable que aquella resolución y esta potestad tienen su fundamento y límite en el contrato mismo, cuyo contenido, si, de una parte, es fuente de derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra permite a éste hacer valer ante ambos cualquier contenido limitador».

El art. 76 de la Ley 50/1980, por lo que se refiere a que «la acción directa es inmutable a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurador», ha originado una amplia polémica doctrinal en relación con el alcance concre-

to que deba darse a esta disposición, referida a determinadas cláusulas contractuales de exclusiones del riesgo (alcoholemia, conducción sin permiso, drogadicción, etc.). La doctrina científica más unánime y la última corriente jurisprudencial han entendido, en principio y con las matizaciones que después veremos, que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado hay que referirla a las excepciones personales que el primero alberga contra el segundo, y no a aquellas eminentemente objetivas, emandadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes (sentencia de 28 de enero de 1985). Pero no se detiene la función hermenéutica jurisprudencial en la admisión indiscriminada y automática de estas cláusulas objetivas; profundiza matizando al señalar que la exclusión de la cobertura del riesgo frente al tercero perjudicado sólo podrá ser efectiva cuando la excepción objetiva contemplada en la póliza tenga una relación directa o sea un factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso, con lo que resultan perfectamente garantizados los derechos del tercero que sufrió el daño, sin desconocer los límites del pacto contractual (sentencias de 18 de septiembre de 1986 y 7 de mayo de 1987 Sala Segunda y 13 de mayo de 1986 Sala Primera)(S.T.S. 29 de noviembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— A consecuencia de un accidente de circulación, en el que colisionaron un turismo y un ciclomotor, conducido por un menor y en el que viajaba un segundo ocupante, falleció este último. El conductor del ciclomotor no señaló la maniobra que originó la colisión y el conductor del turismo había ingerido bebidas alcohólicas que quizás pudieron influir en la disminución de sus reflejos; pero el procedimiento penal fue sobreesido respecto a ambos. No habiéndose realizado pago alguno por las Compañías aseguradoras ni por seguro obligatorio ni voluntario, los padres del fallecido entablaron demanda contra dichas entidades, el conductor del turismo y los padres del conductor del ciclomotor, solicitando su condena solidaria al pago de una cantidad en concepto de indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó los recursos de apelación y revocó en parte la sentencia. No prospera el recurso de casación (recurrió en casación únicamente la entidad aseguradora del turismo) (E.A.P.).

**35. Cooperativas. Impugnación de acuerdos sociales: legitimación.**— Es doctrina de esta Sala la de que la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales exige no solamente la cualidad de socio, sino también que se haga constar en el acta la oposición a los acuerdos, una vez adoptados éstos, y que se haya votado en contra de los mismos o estado ausente de la Junta, especificándose con claridad en las sentencias de esta Sala de 6 de julio de 1936, 20 de febrero de 1968, 30 de enero de 1970, 21 de octubre de 1972, 27 de abril y 10 de diciembre de 1973, 30 de enero de 1976, 5 de enero de 1978, 4 de marzo de 1980, 22 de diciembre de 1986 y 15 de junio de 1987, que no existiendo los acuerdos hasta tanto que no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar su voluntad de oponerse al acuerdo resultante **SI-NO** con posteridad a dicho momento en que el acuerdo adquiere consistencia jurídica (S.T.S. 13 de diciembre de 1991, no ha lugar).

**HECHOS.**— A consecuencia de un acuerdo de la asamblea general ordinarias de un Cooperativa agrícola, en la que algunos de sus socios se asentaron de la votación y no hicieron constar en acta su oposición al acuerdo, limitándose a manifestar su oposición al mismo, de forma verbal, en un momento previo a su adopción, dichos socios interpusieron demanda contra la Cooperativa, solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de la asamblea, a lo que la Cooperativa alegó la excepción de falta de legitimación activa.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**— Hemos de hacer notar que en la exposición de la doctrina de la Sala, la sentencia omite la palabra **SINO**, con lo cual, del tenor literal, se llegaría a la absurda consecuencia de que los socios carecen de legitimación para impugnar los acuerdos sociales tanto antes de la votación como después. Consultadas las sentencias que se citan, especialmente las de 4 de marzo de 1980 y 15 de junio de 1987, suponemos que la omisión se debe a un mero error de transcripción, que nos hemos permitido subsanar para dar cumplida cuenta del verdadero sentido de la doctrina del Tribunal Supremo. (E.A.P.).

### III. DERECHO PROCESAL

**36. Litisconsorcio pasivo necesario: Doctrina general.**— Es figura de construcción preferentemente jurisprudencial, regida por el principio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, encontrándose en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada, que, a su vez, exige la existencia en la litis de cuantos debieron ser partes, señalándose, en su abono, también, la necesidad de evitar fallos contradictorios, y porque de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el juicio, elevado a derecho fundamental por el art. 24.2 C.E., por lo que la existencia litisconsorcional debe apreciarse, incluso, de oficio, en especial cuando su omisión puede influir negativamente en la esfera de la seguridad jurídica, como sucede en el ejercicio de acciones declarativas de dominio y reales contradictorias de inscripciones registrales.

**Aplicación del litisconsorcio a la sociedad conyugal: no existe respecto de hija del matrimonio contratante futura beneficiaria de pensión.**— En la proyección de la doctrina del litisconsorcio a la sociedad conyugal, la Sala ha venido manteniendo, con posterioridad a la reforma de 1981, una interpretación amplia para aquellos casos en que se trata de acciones personales derivadas de acciones o contratos en los que la esposa no tuvo intervención, siendo exponentes de esa doctrina las ss. de 9 de julio de 1984 y 10 de junio de 1985; en el presente caso es de destacar que el documento suscrito en 1.º de julio de 1977, fundamento fáctico de las

pretensiones de la parte actora, fue otorgado y firmado exclusivamente entre el recurrente y el matrimonio recurrido, sin ninguna intervención de la hija del mentado matrimonio que aparecía en el documento como beneficiaria de futuro; siendo de destacar que la liquidación de la sociedad conyugal formada por el recurrente y la hija del matrimonio tuvo lugar el 3 de mayo de 1983, sin que en ella figurase la pensión convenida en aquel documento ni se hiciera mención del mismo; en consecuencia, hay que convenir que la carga del pago de la pensión recayó sobre el recurrente como único deudor inicial, máxime cuando prácticamente, las pensiones objeto de reclamación son posteriores a la fecha de la disolución de su sociedad familiar, lo que determina que la relación jurídico-procesal quedó válidamente constituida con los litigantes presentes en el procedimiento, y que no se quebró el principio de seguridad jurídica.

**Interpretación del contrato: doctrina general.**— La interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal *a quo*, que ha de ser mantenida en casación, salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, ilógicas o contrarias a la sana crítica, o que conculquen preceptos legales, debiendo mantenerse, incluso, en aquellos supuestos en que quepa alguna duda sobre la absoluta exactitud de la interpretación del juzgador.

**Asunción cumulativa de deuda.**— El tipo de asunción cumulativa de deuda, aunque acepta por la doctrina y la jurisprudencia, no es la regulada en los arts. 1203.2 y concordantes del C.c., exigiendo para su reconocimiento que haya un pacto o una norma legal que la genere.

**Novación modificativa o impropia.**— Los estrictos requisitos que exige el art. 1204 para que se aprecie la existente de una novación extintiva, no son aplicables, con el rigorismo que se deduce de dicho precepto a la simplemente modificativa o impropia, para la cual basta que el concierto de voluntades se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla sin necesidad de constancia documental, habiendo declarado la jurisprudencia que las cuestiones relativas a la apreciación de los hechos determinantes de la novación es facultad propia de la Sala de instancia; y dado que los límites que separan la extintiva de la modificativa son harto imprecisos, ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la existencia de una u otra; en la misma línea se definieron las ss. de 26 de octubre de 1985 y 16 de diciembre de 1987, al tener declarado que cuando no se conste con claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, es de estar a la existencia de novación modificativa o impropia, cuya base estricta es la creación de una situación fáctico jurídica no determinante de incompatibilidad sino de complementariedad.

**Obligación de pago de pensión por razón de explotación de clínica: cesión a sociedad de carácter personalista: no hay novación extintiva sino modificativa.**— En las complejas relaciones interpartes no se produjo una verdadera novación pasiva, por sustitución de la persona del deudor con extinción de la obligación para el primitivo, sino una impropia por modificación del vínculo originario, al adicio-

narse, complementándole, un nuevo deudor al constituyente de la obligación (**Sentencia de 27 de noviembre de 1990**: no ha lugar).

**HECHOS.**— El matrimonio propietario de una clínica va cediendo gradualmente la explotación de la misma al demandado hasta que, por razones de salud, le transmiten la totalidad de acciones que poseían a cambio de una determinada pensión vitalicia; entre tanto el demandado contrae matrimonio con una hija de los cedentes, aunque luego terminarán separándose; el demandado constituye una sociedad para proseguir la explotación de la clínica, detentando 44 de las 50 acciones en que se integró el capital social; al negarse a seguir pagando las pensiones al matrimonio cedente interponen los cónyuges la presente demanda contra el cesionario y yerno, quien opuso infructuosamente la falta de litisconsorcio pasivo por no haber demandado a su esposa (e hija) y por entender que se había producido una novación extintiva. La solución es, sin duda, justa (**G.G.C.**)

**37. Nulidad de inmatriculación de finca. Asociaciones: Falta de legitimación activa. Acción popular.**— El interés legítimo en el objeto del pleito es precisamente la esencia de la legitimación, entendida ésta no como presupuesto procesal, pero sí como presupuesto preliminar al fondo, según establece la doctrina reiterada y constante de esta Sala.

La Constitución española (art. 125) ha previsto la acción popular, circunscrita al ámbito penal y extendida a algunos ámbitos del Derecho administrativos; pero no puede pretenderse una legitimación inexistente de *lege data* y que no corresponde a los Tribunales examinar como problema de *lege ferenda*, pues ello implicaría una intromisión del Poder Judicial en otros poderes del Estado y desconocer que el orden jurisdiccional civil ha de desenvolverse en el ámbito de los derechos subjetivos privados. En el mismo sentido, y respecto al art. 24.1 C.E., no puede pretenderse que los Tribunales de justicia invadan el terreno correspondiente al legislador, cuando en modo alguno hay vacío normativo y lo que se pretende es modificar algo que en modo alguno puede tacharse de anticonstitucional. El art. 7.3 L.O.P.J. se incardina en el título preliminar, sin especificarse aún los órdenes jurisdiccionales y no hay que olvidar que no cabe en el civil el ejercicio de la acción popular y que el interés posesorio no ha sido aún atacado, surgiendo la legitimación cuando tal ataque se produzca y no mientras dicho interés posesorio permanezca incólume (**S.T.S. 2 de diciembre de 1991**. no ha lugar).

**HECHOS.**— Dos Asociaciones interpusieron demanda contra el Obispado, solicitando la nulidad de la inmatriculación de una finca a favor de éste último y la consecuente cancelación del asiento referente a dicha finca, a lo que el Obispado se opuso, alegando la excepción de falta de legitimación activa.

El Juez de Primera Instancia, estimando la excepción de falta de legitimación activa, desestimó íntegramente la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación (**E.A.P.**)

**38. Recurso de revisión: interpretación restrictiva de supuestos. Maquinación fraudulenta.**— Según reiterada doctrina mantenida por esta Sala, el recurso de revisión, por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran hoy de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, si que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (sentencias de 3 de mayo, 8 de junio y 25 de septiembre de 1986; 30 de mayo de 1980; 2 de diciembre de 1983; 14 de julio de 1968 y 7 de abril y 19 de mayo de 1987) y que la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder maliciosa y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades que vayan dirigidas a dificultar y ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda (sentencias de 23 de noviembre de 1983; 30 de enero de 1984, y 3 de marzo y 7 de abril de 1987) (S.T.S. 7 de mayo de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— Debido a la falta de pago de las rentas, el arrendador formuló demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento, siendo citada la demandada por medio de cédula entregada a su hijo F., que compareció posteriormente como mandatario verbal, y a fin de consignar las rentas debidas. El actor instó la continuación del juicio, en el que se personó inicialmente la demandada; pero habiendo fallecido ésta después, el actor solicitó la citación de la herencia yacente y de los herederos, citación que se hizo por edictos, al manifestar el actor desconocer a los herederos y el domicilio de los mismos. Personado en el procedimiento el otro hijo de la arrendataria, L.A., se celebró el juicio de desahucio.

El Juzgado de Distrito declaró enervada la acción de desahucio por consignación de rentas; el Juzgado de Primera Instancia revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato de arrendamiento, tras lo cual se apercibió de lanzamiento a L.A., que interpuso recurso de reposición, alegando que el apercibimiento debía hacerse a la herencia yacente y a su hermano F., que es quien ocupaba la vivienda y se ha subrogado en la posición de arrendatario. Estimado el recurso, se acordó apercibir a la herencia yacente y F. interpuso recurso de revisión, alegando maquinación fraudulenta por haberse llegado a la sentencia sin la comparecencia de la parte demandada. No prospera el recurso de revisión.

NOTA.— En el caso concreto, el Tribunal consideró que era discutible la legitimación del recurrente, ya que no fue condenado en la sentencia cuya revisión pretende; que no hubo maquinación fraudulenta, pues en todo momento existió en el juicio una parte demandada personada en forma; y que el

recurrente tuvo conocimiento del pleito, porque se hizo cargo de la cédula de citación y compareció para consignar las rentas (E.A.P.).

**39 Procedimiento de quiebra. Cuestión de competencia.**— El problema a resolver no es pacífico en la jurisprudencia; así, si en general la competencia es atribuible en principio al Juzgado del lugar en que se siga una ejecución singular contra el ejecutado, sea en juicio o en otro proceso en el que se haya llegado al procedimiento de apremio contra el después quebrado, siendo también lógico que no prevalezca la sumisión pactada con un acreedor, porque el juicio universal ha de afectar a otros que no han intervenido en el pacto, cual tiene declarado esta Sala, y que pendiente ejecución en varios Juzgados debe prevalecer el del domicilio del deudor si es uno de aquellos en que pende ejecución, la cuestión no es tan clara cuando no pende ejecución alguna y se da la hipótesis del art. 876. pf.2 C. com., pues sentencias como las de 3 de abril de 1936 o 18 de noviembre de 1948 señalan que si la solicitud de quiebra se apoya en título por el que no se obtuvo embargo ni apremio con una justificación de haber sobreesido el comerciante en el pago de sus obligaciones, pretendiéndose la quiebra al amparo de dicho art. 876.2, la competencia debe resolverse por la regla 1 del art. 62, por fundarse la solicitud en acción personal que pueden ejercitar los tenedores de las letras de cambio aceptadas y no satisfechas, mientras que otras sentencias, cuales las de 8 de julio de 1927, 3 de abril de 1922 o 12 de enero de 1951, establecen que en las quiebras promovidas por los acreedores y contra cuyo quebrado no están tramitándose ejecuciones, es Juez competente, a tenor de lo dispuesto en el último inciso del pf. 2 del número 9 del art. 63 L.E.C., aquel del Juzgado en el cual se haya decretado antes la quiebra, al no darse en el caso los supuestos preferentes a que dicho art. se refiere, que es lo que ocurre en la cuestión que no ocupa (S.T.S. 10 de mayo de 1991).

**HECHOS.**—Una entidad mercantil cedió y transmitió a otra por escritura pública una letra de cambio aceptada por una tercera entidad; protestada por falta de pago la letra, en la que se consignaba en el acepto el sometimiento expreso, caso de litigio, a los Juzgados de Alcoy, se instó la quiebra necesaria ante el Juzgado de dicha localidad, que la declaró, personándose en el procedimiento otras partes acreedoras. En el Juzgado de Granollers, otra sociedad acreedora de la quebrada planteó cuestión de competencia por inhibitoria, alegando que instada la quiebra en base al art. 876.2 C.com., corresponde la competencia al domicilio de la quebrada.

Insistiendo ambos Juzgados en su competencia, el Tribunal Supremo resolvió declarando competente al Juzgado de Alcoy (E.A.P.).

**40. Prueba del derecho extranjero.**— El motivo ha de desestimarse, ya que los recurrentes no han probado que la ley marroquí prohíba a los ciudadanos de esta nacionalidad testar en país extranjero (en el caso litigioso, España) con arreglo a las formas legales reconocidas en el mismo. En cuanto al contenido, tampoco han probado que aquella ley personal prohíba desheredar en testamento (lo que hizo el causante con respecto a los hijos habidos de su anterior matrimonio y a la que fue su mujer, la recurrente) ni que en el mismo se limite el causante exclusivamente a dejarles a su esposa e hijos habidos de ella lo que por ley les corresponde (lo que tam-



bién hizo). A los recurrentes les incumbía la práctica de esa prueba con arreglo al apartado 6 del artículo 12 del Código Civil español (**Sentencia de 17 de diciembre de 1991**; no ha lugar)(A.C.S.).

**41. Eficacia probatoria de los documentos públicos.**— Los mismos son sólo fehacientes en cuantos a su fecha y al hecho sobre que versan, y conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Sala dicha prueba no sólo no es superior a las restantes admitidas por el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil, sino que además ni siquiera es fehaciente respecto de los hechos cuando estos ofrecen aspectos dudosos que impiden atribuirles esa trascendencia.

**Prueba pericial.** Es de libre apreciación por los tribunales, valoración que estos realizarán conforme a las reglas de la sana crítica. (**Sentencia de 19 de diciembre de 1991**; no ha lugar)(A.C.S.).

**FE DE ERRATAS CORRESPONDIENTE  
AL ARTICULO «SYSTEMAS GERMANICOS  
DE CESION DE CREDITOS»**

(Publicado en el A.D.C. de 1992-I y II)

**A.D.C. 1992-I (págs. 53-129)**

- Nota 13, 6.<sup>a</sup> línea: donde dice «Gavila», debe decir «Gavidia».
- Nota 16, 4.<sup>a</sup> línea: donde dice «cedens», debe decir «Cedens»; 5.<sup>a</sup> línea: donde dice «Über», debe decir «über».
- Nota 21, última línea: donde dice «Kommt», debe decir «kommt».
- Nota 27, 2.<sup>a</sup> línea: donde dice «dieselbeauch», debe decir «dieselbe auch».
- Nota 28, 4.<sup>a</sup> línea: donde dice «Können», debe decir «können».
- Nota 41: donde dice «Können», debe decir «können».
- Nota 42, última línea: donde dice «eneuen», debe decir «neuen».
- Nota 44, 3.<sup>a</sup> línea: donde dice «Erklrung», debe decir «Erklärung».
- Nota 53, 3.<sup>a</sup> línea: donde dice «Verhndlungen», debe decir «Verhandlungen».
- Nota 55, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> líneas: donde dice «überschriebenen», debe decir «überschriebenen».
- Nota 74, 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> líneas: donde dice «Zahlungeinzutreiben», debe decir «Zahlung einzutreiben».
- Nota 80, 3.<sup>a</sup> línea: donde dice «agetretenen», debe decir «abgetretenen».
- Nota 82, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> líneas: donde dice «agetretenen», debe decir «abgetretenen».
- Nota 83, 1.<sup>a</sup> línea: donde dice «abetreten», debe decir «abgetreten».
- Nota 85, 1.<sup>a</sup> línea: donde dice «forderung», debe decir «Forderung».
- Nota 100, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> líneas: donde dice «Letzem», debe decir «Letztem».
- Nota 115: donde dice «zur», debe decir «zum».
- Nota 143, 3.<sup>a</sup> línea: donde dice «Pendenkten», debe decir «Pandekten».
- Nota 147: donde dice «abzuschütelin», debe decir «abzuschüteln».
- Nota 175: falta indicar (p. 419)».
- Nota 193, 3.<sup>a</sup> línea: donde dice «gesehen», debe decir «geschehen».
- Nota 200: donde dice «Berlin», debe decir «Berlín».
- Nota 201, 2.<sup>a</sup> línea: donde dice «Erfüllungeder», debe decir «Erfüllung der», 3.<sup>a</sup> línea, donde dice «Zweites», debe decir «zweites».

- Nota 205, última línea: donde dice «verpflichtet», debe decir «verpflichtet».
- Nota 206, dos últimas líneas: donde dice «ges-chuldeten», debe decir «geschuldeten».
- Nota 208, 3.ª línea: donde dice «Veräußerungsgeschäft», debe decir «Veräußerungsgeschäft».
- Nota 210: donde dice «außsergerichtlich», debe decir, «außergerichtlich».
- Nota 211: donde dice «Motivos», debe decir «Motive..., cit.».
- Nota 213: donde dice «Motivos», debe decir «Motive..., cit.».
- Nota 228, penúltima línea: donde dice «beratung», debe decir «Beratung».
- Nota 234, 5.ª línea: donde dice «por», debe decir «per».
- Nota 253, 1.ª línea: donde dice «Nichtberechtigtn», debe decir «Nichtberechtigten».
- Nota 255, 2.ª línea: donde dice «hafter», debe decir «haftet».
- Nota 256, 3.ª línea: donde dice «Befreung», debe decir «Befreiung».
- Nota 291, 2.ª línea: donde dice «dedible», debe decir «cedible».
- Nota 294, 1.ª línea: donde dice «en», debe decir «En».

#### A.D.C. 1992-II (págs. 535-649)

- Nota 315: donde dice «aún», debe decir «aun».
- Nota 316, 3.ª línea: donde dice «intepelación», debe decir «interpelación».
- Nota 320, dos últimas líneas: donde dice «de concluir quedar concluido», debe decir «de concluir».
- Nota 333, 3.ª línea: donde dice «Abtvetzung... daf de», debe decir «Abtretung... daß die».
- Nota 338: donde dice «1422», debe decir «1442».
- Nota 352, al final: donde dice «anwendung», debe decir «Anwendung».
- Nota 367: donde dice «y 756) Jakubezky», debe decir «y 756). Jakubezky».
- Nota 429, 6.ª línea: donde dice «aún», debe decir «aun».
- Nota 442, 4.ª y 5.ª líneas: donde dice «vendido», debe decir «vencido».
- Nota 491, 3.ª línea: donde dice «des Leistende», debe decir «der Leistende».
- Nota 498, última línea: donde dice «del», debe decir «des».
- Nota 500: donde dice «ges-chehenen», debe decir «ge-schehenen».
- Nota 515, 2.ª línea: donde dice «and», debe decir «an».
- Nota 534, 3.ª y 4.ª líneas: donde dice «que la distinción», debe decir «que de la distinción».
- Nota 546, 3.ª línea: donde dice «zuverlässbige», debe decir «zuverlässige».
- Nota 550, 2.ª línea: donde dice «Kann», debe decir «kann».
- Pág. 649, 1.ª línea del texto: donde dice «incapié», debe decir «hincapié».

