

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLV
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
CRISTOBAL MONTES, Angel: <i>Las obligaciones indivisibles de dar</i>	1355
MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: <i>La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)</i>	1391
LLACER MATA CAS, María Rosa: <i>El dolo en el saneamiento por vicios ocultos..</i>	1499
GOMEZ CALLE, Esther: <i>La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal</i>	1533
Vida Jurídica	
SALVADOR CODERCH, Pablo: <i>Interpretación judicial y decisión política</i>	1591
Información legislativa	
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ	1599

Bibliografía

LIBROS

- FINEZ RATON, J.M.: *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, por María Luisa Sánchez Paredes. —GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, por María del Carmen Bayod.—MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, y PARRA LULAN, M.ª Angeles: *Legislación básica sobre consumo*, por Gabriel García Cantero.—*Nueva Revista Iberoamericana de Derecho agrario*, por Gabriel García Cantero. —TANGUY, Yann: *La recherche documentaire en Droit*, por Gabriel García Cantero.—TRIGO REPRESAS, Félix A.: *La responsabilidad civil del abogado*, por M.ª Teresa Alonso Pérez 1615

REVISTAS

- Revistas españolas*, a cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE 1633

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Pilar BENAVENTE MOREDA, Gabriel GARCIA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Inmaculada HERBOAS MARTINEZ, Antonio JIMENEZ CLAR, Francisco LLEDO YAGÜE, Antonio Manuel MORALES MORENO, Luis Felipe RAGEL SANCHEZ y Alma M.ª RODRIGUEZ GUITIAN 1657

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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.: 84-7787-273-2.
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 indivisibles de dar

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1.—Precisiones históricas. 2.—La expresión «cuerpos ciertos» del artículo 1.151 del Código civil español. Remisión a la infungibilidad. 3.—La frase final del párrafo primero del artículo 1.151. La indivisibilidad intelectual. 4.—Análisis crítico de dicha figura. La materia en el Derecho español. 5.—La adecuada caracterización de las obligaciones de dar. 6.—La divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de transmitir o constituir derechos reales en el Código civil español. 7.—La divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de entregar o restituir una cosa. 8.—Criterios para determinar la condición divisible o indivisible de un bien. Remisión a la comunidad de bienes.

1. PRECISIONES HISTORICAS

A tenor del párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil, «para los efectos de los artículos que preceden se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles del cumplimiento parcial».

En el Derecho romano era generalmente divisible la obligación cuya prestación consistiere en un *dare*, debido a que los juristas romanos consideraban que la propiedad y demás derechos reales pueden transferirse y constituirse por cuotas ideales (*pro parte*). Así, el copropietario de una finca puede enajenar la cuota ideal, porción o participación intelectual que de la misma le corresponda; y de la misma manera, en el caso de varios coherederos obligados a entregar una cosa determinada del caudal relicto a un legatario, resultan vinculados *pro parte*, en cuanto cada uno puede transferir la cuota ideal que le corresponda en la

propiedad del objeto legado. Sin embargo, cuando la obligación de dar fuere alternativa o cuando el objeto a transmitir apareciese determinado únicamente en su género, los juristas romanos consideraron que en tales casos, pese a que la prestación consistía en un *dare*, la obligación era indivisible, al igual que ocurría cuando se tratase de constituir una servidumbre predial, en cuanto la misma resultaba imposible de constituir por cuotas ideales (1).

Sobre estas bases se movió durante siglos la doctrina de los civilistas clásicos. Como señala Mucius Scaevola, los tratadistas antiguos distinguían las obligaciones de dar según que las cosas fueran corporales o incorporeales y según que las primeras fueran específicas o genéricas o alternativas; las obligaciones de cosa corporal específica se consideraba divisibles aunque la cosa en sí no la fuere; las de cosa corporal genérica o alternativa se estimaban indivisibles, a fin de que no pudiera el deudor prestar la mitad de una cosa y la mitad de otra, exceptuándose de tal regla las obligaciones de cosas fungibles, en las que siempre cabe la división; por fin, las obligaciones de cosa incorporeal se entendían siempre indivisibles, a excepción del usufructo y de la hipoteca, que pueden consituirse por partes (2).

Todavía en tiempos relativamente recientes, Giorgi considerará que cuando se trate de obligaciones de dar en las que sea necesaria la tradición real sólo serán divisibles cuando la cosa que se ha de entregar sea una cantidad o una suma de dinero; un número de especies o de cuerpos ciertos y determinados que corresponda al número de los acreedores o de los obligados, o sea divisible exactamente por el número de aquéllos o de éstos; un cuerpo cierto y determinado que se pueda realmente dividir en tantas partes separadas cuantas correspondan a la varias partes del crédito o del débito de los diversos partícipes, cual ocurre cuando muere un testador y deja en legado su tronco único de caballos siendo dos los herederos por parte iguales. Fuera de tales casos no puede darse divisibilidad en las obligaciones de entregar realmente una cosa, como ocurriría en el ejemplo señalado si el testador en lugar de dejar en legado un tronco de caballos cierto y determinado hubiese hecho el legado genérico de un tronco de caballos, porque cada heredero no podría cumplirlo entregando un caballo cualquiera, sino que debería entenderse con el coheredero para entregar dos caballos que pudieran aparearse; y por la misma razón, el legatario tendría el derecho de exigir a uno u otro de los herederos el tronco completo, pues de otro modo correría el riesgo de tener dos caballos que no po-

(1) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, p. 51.

(2) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX (segunda edición, revisada por Marín Pérez), Madrid, 1957, p. 909.

drían aparearse y perdería o vería disminuida la utilidad de la prestación (3).

2. LA EXPRESION «CUERPOS CIERTOS» DEL ARTICULO 1.151 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. REMISION A LA INFUNGIBILIDAD

El parrafo primero del articulo 1.151 del Código civil habla de «obligaciones de dar cuerpos ciertos». Se trata de una locución tradicional que en el sentir de la doctrina clásica resultaba equivalente a cosa específicas (frente a la genéricas) o a «cuerpo cierto y determinado», que es otra manera de resaltar la especificidad o singularidad de un objeto. Todavía hoy, entre nosotros, Espín Cánovas considera que semejante expresión legal «ha de referirse a cosas específicas, no genéricas, prescindiendo de la obligación de transmitir la propiedad u otro derecho real sobre esas cosas» (4); y el propio Albaladejo, aunque reconoce que reputar indivisibles todas las obligaciones de dar cuerpos ciertos llevaría en ocasiones a consecuencias insólitas, por lo que «realmente hay que mantener que la obligación de dar cuerpo cierto es divisible, si éste consta de una pluralidad de unidades», padece la aludida identificación al considerar equivalentes las expresiones «cuerpos ciertos» y «cosas específicas» (5).

El equívoco se despeja con facilidad al considerar que la condición de genérica de una cosa no significa automáticamente su divisibilidad, porque también las cosas genéricas pueden ser indivisibles (un animal, una maquina de escribir, una pluma), y, en consecuencia, al no corresponderse la dicotomía cosa genérica-cosa específica con la división cosa divisible-cosa indivisible parece obvio que cuando el Código civil habla de «cuerpo cierto» no puede estar refiriéndose a las cosas específicas.

Según ha hecho notar Bercovitz, en el propio Código civil español existe basamento suficiente como para no proceder a la asimilación conceptual que se critica, porque aunque en ocasiones y por razones exclusivamente lexicográficas utiliza el término «cierto» en el sentido de «determinado», la verdad es que en la terminología de aquél las cosas específicas vienen contempladas y referidas mediante el empleo del adjetivo «determinada» (arts. 1.096, 1.182, 1.145, etc.); con lo que resultará que la palabra «cierto» no tiene un sentido técnico-jurídico acu-

(3) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid, 1909, p. 223.

(4) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1983, p. 57.

(5) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, p. 50.

ñado en el Código civil, y por ello se le podrá dar en cada caso el sentido que se considere más adecuado, siempre que encaje dentro de las acepciones corrientes del mismo (6).

En realidad, si algún tipo de contraposición cabe formular a la expresión «cuerpo cierto» es la de «cuerpo incierto», y, normalmente, cuando se utiliza esta segunda nominación es para referirse a aquellas cosas *quae numero pondere mensurare constant*, esto es, a las cosas fungibles, cosas objetivas o subjetivamente sustituibles en cuanto desempeñan idéntica función y que, en consecuencia, se determinan por su número, peso o medida. Por ello, si cuerpo cierto se opone a cosa fungible, en dicha expresión legal se estará haciendo referencia a la cosa infungible o insustituible.

Así lo viene apreciando desde hace años la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la que de manera permanente se resalta que las obligaciones divisibles de dar hacen referencia a la entrega de cosas fungibles y, en especial, de dinero (el bien fungible por excelencia), sobre todo cuando éste es contemplado en función indemnizatoria de los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento obligacional imputable al deudor. Numerosas sentencias confirman esta tesis: 20 de febrero de 1875, 6 de diciembre de 1889, 19 de junio de 1941, 7 de octubre de 1972, 26 de mayo de 1980, etc.

Hernández-Gil, aunque considera que las obligaciones de dar son eminentemente divisibles cuando su prestación esté integrada por una determinada cantidad de cosas fungibles, afirma que otro tanto ocurre aunque las cosas no sean fungibles, siempre que haya pluralidad, ya que «en estos casos no importa que las cosas, individualmente consideradas, sean indivisibles, pues el cumplimiento parcial puede estar representado por la entrega de una o varias como fracción de un conjunto», por más que resulte claro que, aunque materialmente sea posible el cumplimiento parcial, «cuando las cosas formen un conjunto expresivo de un valor o de un interés distinto del representado por la simple suma de sus elementos (por ejemplo, una colección), la obligación habrá de reputarse indivisible porque las partes no serán homogéneas y proporcionales respecto del todo» (7).

Según esta concepción, en principio serían divisibles las obligaciones de entregar un conjunto de cosas infungibles y, por tanto, cada una de ellas en sí indivisible, en razón de que las mismas aceptarían el cumplimiento parcial mediante sucesivas entregas de alguna o algunas de dichas cosas. ¿Es correcta esta apreciación?

(6) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *Anuario de Derecho civil*, 1973, p. 533.

(7) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pp.163-164.

Obligación divisible es lo mismo que obligación que puede ser cumplida por partes, en cuanto el fraccionamiento de su prestación no altera la sustancia de aquélla ni origina quebranto al acreedor (8). Ahora bien, las partes de la prestación sólo son tales cuando guardan una especial relación respecto al todo que la doctrina suele resumir mediante el señalamiento de que dichas partes resultantes deben ser cualitativamente iguales, cuantitativamente proporcionales y mantenedoras del valor económico de la prestación, o, como dice Cicala, han de tener la misma naturaleza, conservar la función y, proporcionalmente, el valor del todo (9). ¿Ocurre ello en las obligaciones de entregar conjuntos o cantidades de cosas infungibles que Hernández-Gil estima, en línea de principio, divisibles?

Difícilmente. Mientras en las obligaciones de entregar una cantidad o suma de bienes fungibles poca duda puede existir de que cada una de las entregas parciales respeta plenamente las notas apuntadas respecto a la divisibilidad de la prestación, en las relativas a la dación de un conjunto de cosas insustituibles, las mismas, *ex definitione*, no podrán tener actuación total o parcialmente, porque aunque en determinados casos la entrega parcial de alguna de ellas no suponga quebranto económico ni vulneración funcional alguna, sencillamente porque el valor económico del conjunto no sea superior a la simple suma de la estima pecuniaria de cada una de dichas cosas y porque al conjunto en cuestión no venga atribuida función económico-social diferenciada y autónoma de la que corresponde a los bienes que lo integran, siempre cabrá la legítima duda sobre si las sucesivas entregas pueden reputarse dogmáticamente referidas las partes de un todo.

Y aquí es donde, creo, reside la debilidad de la tesis que se comenta. Cuando alguien se ha obligado a entregar a otro un conjunto, agregado, suma o relación de bienes infungibles, no estamos en presencia de una obligación de cantidad, porque esta modalidad sólo tiene sentido en relación a las cosas fungibles, únicas que permiten su consideración fraccionada homogénea, sino ante una relación obligatoria cuya prestación se diversifica en una serie de actuaciones distintas, tantas como cosas se contemplen, que pueden tener realización de una sola vez, pero que pueden también plasmarse diferenciada y aisladamente sin que ello suponga fraccionamiento de aquélla. En realidad, aun siendo la obligación única, está dotada de varias prestaciones conjuntivas o cumulativas, tantas como bienes infungibles deban ser entregados, por lo que la entrega autónoma de uno de éstos no supone división de la prestación, sino ejecución de la singular prestación a él referida, y sin

(8) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, III, Madrid, 1988, página 174.

(9) CICALA, «Obbligazioni divisibile e indivisibile», en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín 1968, p. 637.

que ello, como es natural, impida la realización conjunta y de una sola vez de todas las prestaciones adeudadas.

3. LA FRASE FINAL DEL PARRAFO 3.º DEL ARTICULO 1.151. LA DIVISIBILIDAD INTELECTUAL

El párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil relativo a las *obligationes dare* cierra la fórmula mediante la remisión al concepto genérico de que se reputarán también indivisibles «todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial», cuya consideración aislada podría suscitar dudas y perplejidades, tanto porque no se alcanza a ver la razón de que semejante previsión se formule en la esfera de las obligaciones de dar, cuando es válida y exigible en todo tipo de obligaciones, como porque recogida la misma ya no tiene sentido descender a puntualizaciones en materia de divisibilidad-indivisibilidad en razón del contenido de las prestaciones, en cuanto esencialmente una obligación es indivisible al no ser susceptible de cumplimiento parcial. Plasmada esta regla, tal como hace la norma que se comenta, lo máximo que cabe hacer a continuación es señalar ejemplos o aplicaciones concretas de la misma.

Y, sin embargo, está ahí, a continuación de la previsión legal de que son indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos (cosas infungibles, según se ha señalado), como para indicarnos que, no obstante semejante disposición, puede haber casos en que estando los deudores obligados a entregar un bien insustituible y perfectamente delimitado todavía quepa la posibilidad del cumplimiento fraccionado de la prestación atinente al mismo, ya que, en otro caso, no tendría sentido alguno la advertencia o cautela legal. En efecto, si la obligación de dar cuerpo cierto es por naturaleza indivisible, la misma no puede ser objeto en caso alguno de cumplimiento parcial; ahora bien, si la propia ley, después de consagrar aquella prescripción, añade que también serán indivisibles todas las obligaciones que «no sean susceptibles de cumplimiento parcial», nos está apuntando la posibilidad de que en algún caso una obligación de dar cuerpo cierto pudiera resultar divisible. ¿Cuál es la razón de ello?

La razón hay que rastrearla históricamente y constituye uno de esos «tributos dogmáticos» que con harta frecuencia sufraga acriticamente la doctrina moderna porque la idea en cuestión viene acrisolada por el paso del tiempo y el consenso de venerables jurisconsultos. Sobre la base del pensamiento de Dumoulin (pensamiento que tanto contribuyó a construir el «laberinto» de las obligaciones indivisibles), Pothier consideró que una obligación es divisible cuando la cosa debida es susceptible de división y de partes por las cuales puede ser pagada, pero que

semejante división no debe ser entendida en el sentido de la división física que consiste *in solutione continuitatis*, sino en el de división civil y propia del comercio de las cosas.

A su vez, dentro de la división civil hay dos especies, una que se hace en partes reales y divididas, como cuando se divide un campo en dos plantado en medio un mojón, y otra que se hace en partes intelectuales indivisibles, como cuando el dueño de ese campo muere y deja dos herederos que continúan la indivisión de la heredad, quedándose cada uno mitad indivisa.

Pues bien, las cosas que no son susceptibles de la primera especie de división no dejan de serlo de la segunda, cual ocurre con un caballo o un plato de plata, cosas que aunque no susceptibles, sin la destrucción de sustancia, de partes reales y divisibles, sí son susceptibles, en cambio, de partes no reales e indivisas (*in iure et intellecta*), en cuanto pueden pertenecer a varias personas.

En consecuencia, basta que una cosa sea susceptible de la segunda división para que la obligación de dar dicha cosa sea una obligación divisible, cual ocurre en las fuentes romanas cuando hablan de que *Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur*, que supone que, por más que el esclavo no pueda ser dividido físicamente, la obligación de entregarlo es una obligación divisible, puesto que puede saldarse por partes si así lo consiente el acreedor. Contrariamente, serán obligaciones indivisibles aquellas referidas a la entrega de cosas indivisibles que no son susceptibles de partes reales ni aun de partes intelectuales como sucede con la mayoría de las servidumbres prediales, *quae pro parte acquisi non possunt* (10).

A pesar de que el propio Pothier recuerda que Dumoulin había dado escasa importancia a la especie de la divisibilidad intelectual, en cuanto en la práctica en una mayoría determinante de supuestos no será compatible con los intereses de las partes contratantes y de que no puede operar sin la aquiescencia del acreedor, la construcción estaba destinada a tener un éxito y una perdurabilidad verdaderamente espectaculares. Una pléthora de civilistas de todos los tiempos (Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Laurent, Demolombe, Gaudemet, Marty y Raynaud, Enneccerus y Lehmann, Giorgi, Ricci, Polaco, Pacchioni, Barassi, Luzzato, Stolfi, Giorgianni, Manresa, Mucius Scaevola, Puig Brutau, Borrell y Soler, etc.) repetirán mecánicamente la fórmula de Pothier de la divisibilidad intelectual de las cosas en partes indivisas, aduciendo que la obligación de transferir la propiedad es divisible, aunque la cosa cuya propiedad a transferir sea indivisible, porque la propiedad es susceptible de división por cuotas ideales.

(10) POTHIER, *Tratado de obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 172 y ss.

Basta, todavía hoy, recordar el parecer de actuales civilistas en tal sentido. Como cuando Gangi sostiene que es divisible la obligación que tiene por objeto la transmisión de la propiedad individualmente determinada, aunque la cosa en sí sea absolutamente indivisible, porque el derecho de propiedad es un derecho divisible en razón de que los derechos de propiedad sobre las cuotas singulares son homogéneos entre sí y con el derecho sobre la cosa entera, y su valor, en general, es proporcional al de esta última (11). Y como cuando nuestro Hernández-Gil asevera que si la prestación versa sobre una sola cosa individualmente determinada, la divisibilidad no puede propugnarse mediante la directa y exclusiva consideración de la cosa en sí, ya que teniendo en cuenta el derecho que se tiende a transmitir, cabe sustentar la divisibilidad aunque la cosa aparezca individualmente determinada y constituya una unidad, es decir, atribuible en cuotas, como acontece con la propiedad y el usufructo (12).

4. ANALISIS CRITICO DE DICHA FIGURA. LA MATERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

¿Es correcta semejante construcción jurídica? Cicala ha recordado que corrientemente se sostiene que la obligación de transferir la propiedad (*dare*) es divisible aunque la cosa cuya propiedad debe transmitirse sea indivisible, ya que la propiedad es susceptible de división por cuotas ideales; por tanto, en la hipótesis de pluralidad no solidaria de acreedores, la obligación de transferir la propiedad se fraccionaría en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad. En consecuencia, generalizando, se considera que las obligaciones de transferir o constituir derechos reales serán divisibles o indivisible según que el derecho a transferir o constituir sea divisible en el sentido indicado (por ejemplo, el usufructo) o indivisible (cual ocurre, según la opinión prevalente, con la servidumbre) (13).

Realmente, la formulación es ingeniosa, en apariencia jurídicamente intachable y, de resultar admisible, serviría para darle la vuelta a la previsión legal de que aunque estamos en presencia de una obligación relativa a la entrega de una cosa a título de propiedad o de otro derecho real, que debería reputarse como indivisible al tratarse de un «cuerpo cierto», cabría su consideración como divisible, en virtud de la descomposición que determinados derechos reales pueden experimentar mediante el juego de las cuotas ideales. Incluso, desde un punto de vis-

(11) GANGI, *Obbligazioni*, Milán, 1951, pp. 278-279.

(12) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 264.

(13) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», loc. cit., p. 641.

ta pragmático, en cuanto la indivisibilidad de las obligaciones es algo que no responde a poderosas razones jurídicas ni a palpables y estimables beneficios de los sujetos de la relación obligatoria, sino que normalmente constituye una emanación natural del objeto debido, un planteamiento como el que se comenta serviría para que *a priori* un sustancial número de supuestos de obligaciones indivisibles pudieran reputarse como divisibles, con las ventajas, facilidades y conveniencias que ello representaría de cara a su cumplimiento.

Para nosotros, además, tendría la ventaja adicional de permitirnos una integración coherente del párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil, porque si se parte de la base de que son obligaciones indivisibles las obligaciones de dar cosas fungibles o insustituibles («cuerpos ciertos»), la segunda parte de la norma de que, *a contrario*, serán divisibles todas aquellas obligaciones relativas a dicha clase de bienes que «sean susceptibles de cumplimiento parcial», supone, sencillamente, una contradicción y hasta una imposibilidad en sí misma, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si por ser obligación de dar cuerpo cierto resulta indivisible, no cabe reputar susceptible de cumplimiento parcial, en algunos casos, la obligación referida a dicha categoría de bienes, porque eso es tanto como afirmar que una obligación estrictamente caracterizada en atención a la naturaleza de la *res debita* en unos supuestos es indivisible y en otros divisible.

En cambio, de admitirse que aunque, en principio, la obligación de dar cuerpos ciertos es una obligación indivisible, cuando la misma haga referencia a la transferencia o constitución de un derecho real relativo a aquéllos adquiere naturaleza divisible en función de la partición por cuotas intelectuales (*in iure et intellecta*) que algunas de tales titularidades reales admiten, el conjunto cobra armonía, aparece en el párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil la formulación de una regla general y su correspondiente excepción y todo resulta nimbado por un hálito de racionalidad y de sereno discurso jurídico, gratificante y muy estimable. Pero una cosa es la apariencia y otra lo que resulte de la estricta consideración dogmática de los factores en juego.

Porque las cosas no son tan sencillas. El primer inconveniente surge de que existen derechos reales que admiten su división por cuotas (propiedad, superficie, enfiteusis, usufructo), mientras otros no permiten semejante fraccionamiento ideal (servidumbres, uso, habitación, prenda, hipoteca). Ello, por un lado, ya supone una muy seria limitación a la operatividad del mecanismo que se comenta, pero sobre todo implica que una obligación orientada a transferir o a constituir un determinado derecho real resultaría divisible o indivisible, teniendo como referencia objetiva el mismo tipo de bien y orientándose a producir un

efecto real, en función de la susceptibilidad o no de división intelectual del derecho que se tratase.

En los sistemas civiles, como el francés, el italiano, el portugués o el belga, en que rige el llamado «principio del traspaso consensual de la propiedad y del traspaso o de la consitución consensual de derechos reales parciarios», por cuya virtud los derechos reales se transfieren o constituyen por efecto únicamente del consentimiento de las partes legítimamente manifestado (contratos reales *quoad effectum*) (14) la problemática que se plantea tiene más fácil solución que entre nosotros, porque en el sistema español los derechos reales no se adquieren *nudo* o *solo consensu*, sino que precisan del contrato y la tradición (*titulus y modus*: arts. 609 y 1.095 C.c.).

En efecto, cuando la propiedad se transfiere *nudo contractu*, la obligación relativa a ella es simple obligación de entregar la cosa objeto del derecho. Aunque en dichos sistemas se continúe hablando de obligación de dar, es obvio que ésta no tiene su configuración tradicional y propia de vincular al deudor a transmitir la propiedad o a constituir a favor del acreedor un determinado derecho real. En tal obligación, aunque su objeto o prestación continúe siendo el comportamiento o conducta debida del deudor, resulta relativamente fácil concluir que objeto de la prestación no es el derecho, sino la cosa; conclusión que se torna más compleja en aquellos sistemas, como el nuestro, en los que el comportamiento del deudor está orientado primariamente a transferir o hacer adquirir al acreedor el derecho real de que se trate.

En consecuencia, en los países donde rige el «principio del traspaso consensual de la propiedad» se ha podido decir con razón que la afirmación de la divisibilidad de la obligación de transferir la propiedad en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad no resulta justificable, pues aparte de que semejante concepción haría referencia a la prestación y no a su objeto, y prestación es el comportamiento del deudor y no el derecho a que el mismo haga referencia, la divisibilidad de las cosas no puede contemplarse sino como divisibilidad real, y no ideal, intelectual o por cuotas (15).

De esta manera, resulta sencillo concluir que la obligación de transferir la propiedad es divisible o indivisible según que la cosa cuya propiedad deba transferirse sea divisible o indivisible, y, por tanto, que la obligación de dar (impropiamente así denominada) no se divide en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad o de otro derecho real divisible por cuotas, sino que se divide en obligaciones de transferir la propiedad sobre partes reales de la cosa objeto de la prestación, algo que imposibilitará dicha división o fraccionamiento cuando la cosa en

(14) MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, II, Buenos Aires, 1952, pp. 152 y ss.

(15) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», *loc. cit.*, pp. 641-642.

cuestión no sea susceptible de partición, bien por naturaleza o bien por el modo en que fue considerada por las partes contratantes.

Como decíamos, entre nosotros la situación no se presenta tan expedita. En el sistema civil español, como la *obligatio dare* es genuina obligación de dar, en el sentido de que el deudor está compelido a transmitir o constituir a favor del acreedor el derecho real de que se trate, difícilmente cabrá decir que el objeto de la prestación debida es la cosa y no el derecho, pues no parece ocultable que el comportamiento del deudor tiene como referencia objetiva inmediata la transmisión o constitución del derecho, ya que semejante efecto no se ha producido por la conclusión del contrato, sino que está obligado el deudor a producirlo mediante la actuación del comportamiento adecuado. Si como gráficamente ha escrito Albaladejo, en los sistemas de *nudo consensu*, «la entrega se justifica, no para transmitir o adquirir el derecho, sino porque éste ha sido ya transmitido o adquirido» (16), en los sistemas del título y el modo, si la entrega de la cosa deberá justificarse en base a la circunstancia de transmitir o hacer adquirir el derecho real enajenado, parece que no cabrá fácilmente desentenderse de la circunstancia de que la prestación del caso tiene por objeto el derecho real de que se trate.

¿Querrá decir ello que entre nosotros deberá concluirse que al tener la obligación (*rectius*, la prestación) por objeto inmediato un derecho real, la misma habrá que reputarla como obligación divisible aunque el objeto del referido derecho sea una cosa indivisible? Un primer obstáculo a esa conclusión radica, como antes se apuntaba, en el hecho de que no todos los derechos reales se consideran divisibles por cuotas, y, en consecuencia, para pronunciarse en uno u otro sentido habría que dilucidar previamente si el derecho en cuestión es o no intelectualmente fraccionable; algo que, con toda evidencia, le quita generalidad y claridad a la regla, amén de introducirnos en un campo de difícil andadura y justificación, en cuanto, *natura rerum*, la divisibilidad o indivisibilidad parece materia reservada al ámbito de las *res corporales*.

Pero, aun ignorando este inconveniente, existe otro de magnitud mucho más considerable. Los derechos reales como, en general, los derechos subjetivos patrimoniales (y aun algunos no patrimoniales, *ad exemplum*, la patria potestad compartida, el derecho moral de los coautores) son susceptibles de pertenecer a varias personas al mismo tiempo: es el fenómeno de la cotitularidad o copertenencia, que cuando se circunscribe a los derechos reales configura, *stricto sensu*, el supuesto de comunidad de bienes (art. 392 C.c.).

Discuten los autores si la comunidad de bienes así entendida es susceptible de extenderse a todos los derechos reales o si, por el contra-

(16) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, II, Barcelona, 1964, p. 97.

rio, siendo clara su admisión en algunos de ellos (propiedad, usufructo, superficie, censos, etc.), presenta mayores problemas respecto a otras (uso y habitación, servidumbres, derechos reales de garantía, etcétera) (17). Sin que ello tenga por qué preocuparnos en este lugar, parece fuera de duda que al menos entre nosotros, en cuanto nuestra comunidad es del tipo romano, la presencia de varios sujetos en la titularidad de un derecho real determina la asignación a cada uno de ellos de una cuota ideal o intelectual, que ya se tenga una u otra concepción respecto a la naturaleza jurídica del supuesto comunitario (unidad o división del derecho, y dentro de esta última se considere que se trata de división real, ideal, del contenido o del valor del derecho), no puede dejar de advertirse, tal como ha hecho ver la mejor doctrina (Scialoja, Messineo, Von Tuhr, Barassi, etc.), que representa la proporción, medida o razón en cuya virtud se armonizan los intereses de los distintos sujetos presentes, esto es, el índice de la proporción en el uso y disfrute, percepción de las utilidades y de las cargas, y, en definitiva, en el valor representado por el derecho común (18).

En la comunidad, el objeto del derecho compartido permanece indiviso materialmente y, por ello, cabe sostener que dicho derecho continúa siendo uno sólo («la propiedad plúrima total», de que nos habla Scialoja), hasta el punto de, como tan gráficamente escribiera Planiol, se puede imaginar que el derecho de cada comunero recae sobre cada una de las moléculas de la cosa, y allí se encuentra también con el derecho de los demás comuneros (19); pero, al mismo tiempo, tiene lugar su división intelectual mediante la atribución de cuotas. Se trata de una solución inteligente e ingeniosa para resolver, como dice la sentencia de 23 de noviembre de 1943, «el conflicto que supone la coexistencia en el condominio de dos principios que se presentan antitéticos: el de la unidad del derecho de propiedad y el de la pluralidad de sus titulares», conflicto que desde el Derecho romano se ha resuelto (o soslayado) «mediante el concepto de cuotas o partes abstractas de aquel derecho, atribuyendo a cada condómino una fracción aritmética de la cosa común que se incorpora a su patrimonio como entidad autónoma mientras dure la indivisión, concretándose e individualizándose en una porción material de la cosa al ser ésta dividida».

Pues bien, de semejante conformación del fenómeno de la comunidad de bienes deberá deducirse irremediablemente que cuando exista la obligación de transferir la propiedad de una cosa a varios acreedores, en cuanto dicho derecho de propiedad (u otro derecho real) va a pertenecer a todos en situación de cotitularidad una vez que sea transmitido,

(17) BELTRÁN de HEREDIA, *La Comunidad de bienes* Madrid, 1954, pp. 128 y ss.

(18) *Ibid.*, p. 173.

(19) PLANIOL, RIPERT, BOULANGUER, *Traité élémentaire de Droit civil*, I, París, 1950, p. 279.

cabe la posibilidad de que el cumplimiento de aquella obligación de dar tenga lugar *pro parte* y, por tanto, la misma ha de conformarse como obligación divisible.

Me parece que en este caso se padece un lamentable error de perspectiva. Una cosa es la cotitularidad o comunidad de un derecho, que lleva aneja la división ideal del objeto sobre el que recae, no del derecho en sí que permanece uno e indiviso, y otra, particularmente diferente, que cuando se trate de la transmisión del derecho haya de procederse a la misma mediante cuotas o porciones ideales. La admisibilidad de cuotas en la titularidad del derecho, que realmente son cuotas abstractas respecto al objeto material del mismo, no tiene por qué incidir en la naturaleza de la obligación orientada a la transmisión de ese derecho y determinar su divisibilidad, aunque el referido derecho recaiga sobre un «cuerpo cierto» y, por ende, indivisible.

Hay en ello una notable confusión. Que el derecho sea idealmente divisible o atribuible en cuotas (como ocurre en el supuesto de la copropiedad o condominio) y que incluso quepa afirmar, al modo que lo hace Gangi, que el derecho de propiedad es un derecho divisible, poco o nada tiene que ver con la forma en que ha de procederse a su transmisión, porque en la misma no cabrá recurrir al mecanismo de las cuotas, que es un fenómeno de configuración pero no de adquisición. En base a la sola circunstancia de que el derecho a transmitir sea un derecho de propiedad y de que éste es susceptible de división por cuotas ideales, no cabe concluir que la obligación que contemple dicha transmisión deba configurarse como divisible al margen de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa sobre que recaiga el derecho de propiedad, porque ello supone trasladar el mecanismo de la división ideal a un campo en el que no tiene sentido, resulta improcedente y es imposible relacionarlo con los factores que explican y justifican el supuesto de la atribución o señalamiento de porciones abstractas.

Quiero decir que se trata de dos planos diferentes respecto a los que no existe razón válida suficiente para ponerlos en relación y considerarlos interdependientes. La circunstancia de que un determinado derecho real pueda corresponder por cuotas intelectuales a una pluralidad de sujetos no determina ni tiene por qué determinar que su transmisión tenga que hacerse mediante la sucesiva asignación de partes ideales, porque ello supone poner a jugar una caracterización fuera del ámbito propio y natural, y porque da lugar al traslado en sede de la divisibilidad de las obligaciones de un plantamiento jurídico que está pensado y resulta lógico en un sector jurídico diferente: el de la cotitularidad de determinados derechos reales.

El no distinguir de manera adecuada estas dos realidades, mezclando la faceta estática con la faceta dinámica de los derechos, es lo que lleva a ciertos autores a lamentables confusiones. Así, por ejemplo, Gangi considera que son divisibles las obligaciones que tienen por ob-

jeto la transmisión de la propiedad de una cosa, o la constitución o transmisión del derecho de hipoteca; en cambio, son indivisibles las obligaciones que tienen por objeto la constitución de una servidumbre predial, o la constitución de un derecho de uso o de habitación, ya que tales derechos son indivisibles (20). Al trasladarse mecánicamente la susceptibilidad o insusceptibilidad de ciertos derechos reales para su división por cuotas ideales a la catalogación como divisibles o indivisibles de aquellas obligaciones que tengan como objeto la transmisión o constitución de los mismos, se produce un trasiego indebido y se pone a jugar el factor de la divisibilidad ideal en un campo, cual de la adquisición de derechos, que nada tiene que ver con el mismo, máxime en ordenamientos civiles como el italiano en los que la transmisión de los derechos reales se produce *solo consensu*.

Lo que es simple modo de organización interna de una situación de cotitularidad, al objeto de facilitar su gobierno, racionalizar su estructura y hacer operativa la confluencia de intereses, no puede ni debe trascender del supuesto para que fue pensado y estrictamente se acomoda a su sustancia. El mecanismo de las cuotas abstractas es una solución (no la única ni posiblemente la mejor) para ordenar jurídicamente el hecho de que un determinado derecho real pertenezca a varios sujetos, pero de ahí no debe sacarse, ni tiene sentido su aplicación a la esfera de las obligaciones, con el fin de tornar divisibles relaciones obligatorias que de otra manera serían indivisibles, ni siquiera en aquellos ordenamientos civiles, como el nuestro, en que los contratos tienen mera eficacia obligatoria y surge de ellos la genuina *obligatio dare* de transmitir o de constituir el derecho real enajenado, porque una cosa es que la propiedad sea susceptible de división por cuotas ideales y otra, diferente e irrelacionable con lo anterior, que en base a tal circunstancia deba considerarse que también es divisible la obligación de transferir dicha propiedad, aunque la cosa cuyo dominio deba transmitirse sea en sí indivisible. Cuotas de condominio son una cosa y adquisición de la propiedad por cuotas es otra particularmente diferente, que no guarda relación alguna ni hay por qué poner en conexión orgánica o funcional con la primera.

5. LA ADECUADA CARACTERIZACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR

En presencia de una obligación de dar y ante la pregunta de si la misma será una obligación indivisible o divisible, no cabe asignarle este último carácter en base a la consideración de que el derecho objeto

(20) GANGI, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 279.

de la misma es susceptible de atribución por cuotas intelectuales, porque ello nada tiene que ver con el hecho de que una prestación se considere divisible en razón de la posibilidad de su cumplimiento parcial. La obligación de dar no cabe reputarla como divisible en base a una supuesta aptitud para descomponerse en obligaciones de transferir las cuotas de un derecho real que admita semejante división (en realidad, la división intelectual no es del derecho, sino de la cosa objeto del mismo), porque ello pertenece a otro momento y tiene una razón de ser y justificación dogmática diferentes, sino que asumirá aquella caracterización en la medida en que sea posible su fraccionamiento en obligaciones de transferir el derecho de que se trate sobre partes reales o materiales de la cosa objeto del mismo.

Si la cosa admite su división material, salvo que las partes hayan convenido lo contrario, la obligación orientada a transmitir su propiedad será una obligación divisible; en cambio, cuando ello no sea posible, por más que sea posible la división intelectual del derecho desde el ángulo de su pertenencia a un conjunto de titulares, deberá reputarse como indivisible, porque a la hora del cumplimiento de las obligaciones, sede en la que, como advierte Messineo, debe contemplarse la indivisibilidad («la función práctica de la indivisibilidad es la salvaguardia de la unidad del objeto y del cumplimiento en solución única, cuando exista pluralidad de sujetos») (21), lo que importa no es que el derecho a transferir sea susceptible de comunidad por cuotas, sino que la cosa objeto del mismo admita o no su fraccionamiento en porciones que tanto funcional como económicamente quepa catalogar como partes del todo. Algo que, como fácilmente se observará, poco o nada tiene que ver con el mecanismo jurídico de la divisibilidad intelectual, mera técnica para ordenar y facilitar el gobierno de los supuestos de cotitularidad de determinados derechos reales, sino que hace referencia de manera fundamental, como dice Barassi, a un criterio económico: una prestación es divisible si se puede dividir *sine damno*, es decir, sin que las partes menoscaben el valor del todo (22).

En tal sentido, tiene razón Cicala cuando, con un buen criterio, asevera que no tiene influencia alguna sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación la divisibilidad o indivisibilidad en el sentido de susceptibilidad de comunidad (por cuotas) del derecho a transferir o a constituir; y, en consecuencia, de la misma manera que la divisibilidad por cuotas, desde el ángulo de la comunidad, del derecho a transferir o constituir no supone la divisibilidad de la obliga-

(21) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 419.

(22) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, p. 200.

ción (*rectius*, no tiene por que suponer), así también la indivisibilidad por cuotas bajo el mismo aspecto no importa la indivisibilidad de la obligación (23).

No parece, por tanto, que después de tan amplias consideraciones y razonamientos quepa otra conclusión en el Derecho civil español que no sea la de apreciar que entre nosotros las obligaciones de dar estrictas habrá que reputarlas divisibles o indivisibles según que la cosa objeto del derecho a transferir o a constituir sea o no divisible. Cuando la misma admita partición material, de manera tal que sus porciones sean cualitativamente iguales y cuantitativa y económicamente proporcionales al todo, la obligación deberá reputarse divisible, con indiferencia de que el derecho objeto del cambio real sea susceptible o no de división intelectual entre sus varios titulares; y ello, claro está, sin perjuicio de que la determinación de las partes pueda tornar indivisible una prestación natural u objetivamente divisible. Por el contrario, cuando aquella partición material no sea posible, por más que el derecho a modificar subjetivamente permita la pertenencia plural mediante comunidad por cuotas, la obligación a provocar semejante mutación deberá reputarse indivisible.

Pienso que ésta es la forma adecuada de abordar el tratamiento de las obligaciones de dar estrictas desde el ángulo de su divisibilidad o no. La condición divisible o indivisible de la cosa que constituya el objeto del derecho real a transmitir o a constituir determinará la misma condición de aquellas obligaciones, sin que el fenómeno de la cotitularidad por cuotas, que no pertenece dogmáticamente al momento de la adquisición sino al de la existencia y organización de los derechos con pluralidad de sujetos, tenga incidencia alguna al respecto. Ir más allá y querer apoyar la negativa en razones intrínsecas a la indivisibilidad misma, quizá ya no tenga sentido y justificación.

En efecto, Cicala ha argumentado que debe rechazarse también la indivisibilidad de las obligaciones de dar atinantes a una cosa *per se* indivisible, en razón de que las partes ideales en que se puede dividir un derecho no son ni cualitativamente iguales ni cuantitativamente proporcionales al mismo, por lo que, de ordinario, tampoco mantienen su valor de cambio (24). Idea que, entre nosotros, le parece bien a Bercovitz cuando advierte que, efectivamente, los poderes que concede la titularidad sobre la cuota de un derecho no tienen mucho que ver (son cualitativamente diferentes) con los que suministra la titularidad única y exclusiva del mencionado derecho, bastando, para comprobarlo, con ocurrir a las normas contenidas en los artículos 292 y siguientes de nuestro Código civil (25).

(23) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», *loc. cit.*, p. 643.

(24) *Ibid.*, p. 644.

(25) BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, 1983, pp. 434-435.

El argumento es engañoso, porque cuando estamos en presencia de una situación de comunidad de bienes no es correcto considerar que el derecho real que es objeto de cotitularidad se encuentra dividido en partes aritméticas entre sus varios titulares, aunque ésta sea la manera ordinaria de hablar en razón de su comodidad y por nuestra parte se haya utilizado con profusión en las páginas que anteceden. Para mostrar lo inadecuado de semejante manera de hablar basta la simple consideración de que siendo ya el derecho en sí una entidad abstracta, un ente de creación intelectual, en cuanto la realidad no nos depara derechos sino que los mismos son pura elaboración conceptual, carece de sentido hablar de división ideal o abstracta del mismo, porque aparte de la obviedad e inanidad jurídica de la división ideal de lo ideal, parece que contemplar y referirse a la división intelectual de algo sólo tiene sentido en el supuesto de que ese algo sea también susceptible de división material, y no creemos que tal es la situación en la esfera de los derechos subjetivos.

Cuando un derecho real pertenece en común a varios sujetos, semejante situación de comunidad no determina ni que existan varios derechos de igual naturaleza sobre la misma cosa, ni que el derecho coparticipado se distribuya en cuotas ideales entre los partícipes. Hablar, como hace la doctrina, de que el derecho de propiedad, el de usufructo, el de superficie o el de hipoteca son derechos divisibles, es algo muy cercano a la contradicción insuperable, porque semejante división para ser tal debería importar, o la distribución entre los titulares de las diversas facultades que constituyen su contenido, o la conformación de diversos derechos conceptualmente iguales pero circunscritos a una porción material determinada de la cosa objeto de aquél, y, sabido es, que ni una ni otra cosa ocurre en la genuina comunidad de bienes.

Tan es así que cuando el contenido de la propiedad, por ejemplo, aparece distribuido entre dos sujetos de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones propias de aquélla, sin que por esto uno de ellos aparezca como propietario y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, no se habla de copropiedad dividida (26), porque el verdadero condominio (comunidad *pro indiviso*, supone la unidad e indivisión material de la cosa, de manera tal que cada uno de los propietarios pueda gozar de ella y de sus productos en proporción de sus respectivas cuotas y sin más limitaciones que las derivadas de la concurrencia de los demás partícipes y el interés de la comunidad (arts. 393 y 394, C.c.); mientras que en la propiedad dividida (comunidad *pro diviso*) estamos en presencia de un supuesto de propiedades separadas, en cuanto cada uno de los propietarios tiene de-

(26) WOLFF, *Derecho de cosas*, I, Barcelona, 1951, pp. 539-540.

recho a aprovechamientos diferentes de la cosa, conformándose, como dicen Colin y Capitant, una situación de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa.

En el condominio, por el contrario, la situación aparece configurada por los datos de la pluralidad de sujetos, la unidad del objeto y su indivisión material, y la atribución de cuotas ideales o intelectuales a aquellos, que representan tan sólo la proporción en que los copropietarios han de gozar de los beneficios de la cosa, sufrir las cargas y obtener una parte material de la misma cuando se divida (27). En consecuencia, no se trata de que el derecho se halle dividido idealmente entre sus varios titulares, sino que permaneció único, igual e indiviso en cada uno de ellos, el bien sobre que recae ha sido objeto de una partición meramente intelectual o aritmética, con el fin de disciplinar jurídicamente la situación y de facilitar el gobierno de un estado de cosas caracterizado por la presencia teórica igual de los distintos protagonistas. Por tanto, no cabe hablar de partes ideales de un derecho que no son ni cualitativamente iguales, ni cuantitativamente proporcionales, ni garantes del mantenimiento del valor económico del mismo, sencillamente porque no tiene lugar ni sería posible semejante división intelectual del derecho coparticipado.

El argumento de Bercovitz de que «los poderes que concede la titularidad sobre la cuota de un derecho no tienen mucho que ver (son cualitativamente diferentes) con los que suministra la titularidad única y exclusiva del mencionado derecho», constituye, de acuerdo a lo que queda dicho, una aseveración de escasa fuerza. En primer término, porque no existe titularidad sobre la cuota de un derecho, sino una situación de cotitularidad del mismo que no se descompone en una multiplicidad de subtularidades sobre supuestas cuotas ideales, sino en la mera asignación de éstas por lo que hace a la cosa objeto del derecho que materialmente permanece indivisa. En segundo lugar, porque no es admisible la distinción que pretende entre la titularidad única de un derecho y el conjunto de titularidades sobre las cuotas intelectuales en que el mismo sería susceptible de fraccionarse, ya que dogmáticamente la sola contraposición que se produce en el fenómeno de la comunidad de bienes es la que cabe formular entre el caso de que un determinado derecho corresponda a un solo sujeto (titularidad exclusiva) y el de que el derecho en cuestión pertenezca proindiviso a varios titulares (titularidad compartida o cotitularidad). Y finalmente, porque padece, en nuestra opinión, una anomalía insuperable, pues así como en relación a la división material de las *res corporales* cabe excluir y negar la misma (aunque físicamente sea posible) en base a que las porciones resultantes de la partición no respeten la sustancia ni sean ho-

(27) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, III, *op. cit.*, pp. 434-435.

mologables al todo (una parte de caballo no es un caballo ni puede servir de caballo), la misma afirmación no resulta creíble respecto a las *res incorporales*.

En efecto, el derecho subjetivo es un ente ideal, que existe en la medida y función que intelectualmente haya sido contemplado tanto por su creador remoto (el legislador) como por su progenitor inmediato (los concretos sujetos interesados). Ahora bien, si eso es así, pretender, como intenta Bercovitz, que los poderes que concede la titularidad sobre la cuota de un derecho son cualitativamente diferentes de los que procura la titularidad única y exclusiva del mismo supone algo muy cercano a la contradicción insuperable, ya que difícilmente puede existir incompatibilidad entre una cuota ideal y un todo también ideal (el derecho) al que corresponde y del que procede.

En realidad, aun dejando aparte lo impropio que resulta hablar de titularidad sobre la cuota de un derecho, pues la cuota no es ni puede ser objeto de titularidad ni se formula en relación al derecho, sino respecto a la cosa sobre la que éste recae, intentar diferenciar cualitativamente en el ámbito de la comunidad de bienes entre las facultades del titular único y las de los diversos titulares es una empresa baldía y sin justificación, ya que no es por ahí por donde debe indagarse la diferencia. Cuando sobre una misma cosa existen varios propietarios, ni se produce la división entre ellos de las distintas facultades del dominio, ni desde el punto de vista cualitativo tiene lugar ninguna mutación sustancial, sino tan sólo que la circunstancia de la cotitularidad tiene que producir y produce una contracción en cuanto al ámbito y forma de ejercicio de las facultades dominicales que formalmente permanecen iguales en todos y cada uno de los sujetos. Para eso sirve y eso es lo que expresa precisamente la división ideal de la cosa objeto del derecho.

6. LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSMITIR O CONSTITUIR DERECHOS REALES EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

A diferencia del artículo 1.217 del Código civil francés que, en relación a la entrega de la cosa o a la ejecución del hecho que constituye el objeto de la prestación, habla de divisibilidad «material» o «intelectual» (algo que, en apariencia al menos, facilitaría la defensa de la tesis que ha venido siendo combatida en las páginas antecedentes), nuestro Código civil no contiene referencia alguna en tal sentido. Los artículos 1.149 y 1.151 del mismo al referirse, respectivamente, a la «divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones» y a que «se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos», per-

miten eludir sin mayores problemas la temática relativa así serán o no divisibles las obligaciones que tengan por objeto transmitir o constituir la propiedad u otro derecho real, porque nuestra normativa civil explícitamente se limita al ámbito de la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas.

Los pocos autores españoles que se ocupan de esta materia así parecen entenderlo sin mayores problemas. Es el caso de Albaladejo, para quien los mencionados preceptos del Código civil permiten sostener la exclusión de que la divisibilidad del derecho, y no de la cosa objeto del mismo, haga divisible a la obligación de transmitirlo (28); y, en parecidos términos, para Bercovitz la referencia contenida en dichos artículos a las cosas hace pensar que nuestro codificador se centra única y exclusivamente en la divisibilidad material de éstas, descartando la de los derechos que recaen sobre ellas, aunque ciertamente serán normalmente divisibles por cuotas (29).

Lo que sucede es que, igual que antes se vio en relación a Bercovitz, también Albaladejo, después de afirmar razonablemente que cuando la prestación consista en transmitir un derecho no resulta divisible la obligación, por el hecho de que siendo el derecho divisible en cuotas ideales homogéneas menores que el todo pudiera cumplirse la obligación de transmitirlo entero mediante varias transmisiones fraccionadas de cuotas menores del derecho real, cae en la poco defendible postura de rechazar la divisibilidad de la obligación de transmitir un derecho en base a que «no es lo mismo la posición del acreedor que recibe un derecho entero... que la del que recibe una cuota de ese derecho... (ya) que con una cuota su situación no es la misma, pero en más pequeño, que la de si tuviere el todo, sino de que, dentro de ser *más reducida*, es, además, una situación *cualitativamente peor* que la que le correspondería proporcionalmente a una parte del todo».

La razón no es ésta, sino la de que, como ya se vio, el mecanismo de las cuotas ideales no opera en relación a la transmisión de los derechos, sino respecto a la forma en que se organizan, ordenan y ejercitan los derechos reales cuando pertenecen a varios titulares, por lo que la circunstancia de que la cosa objeto de los mismos sea indivisible no puede superarse en base al anodino e intrascendente dato (amén de dogmáticamente dudoso) de que el derecho en cuestión sea idealmente divisible, algo que poco o nada tiene que ver en cuanto a la forma en que el mismo va a transmitirse.

No se trata, como bien dice Cicala, de fraccionar la obligación de transferir cuotas de propiedad, porque las cuotas no han sido pensadas

(28) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, *op. cit.*, p. 52.

(29) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 435.

para esa función, sino para establecer el sistema de interrelación de los varios sujetos respecto al objeto común (lo que no obsta, empero, a que dichas cuotas sean en sí plenamente enajenables, art 399 C.c.), y, en consecuencia, no pueden ponerse a jugar en un campo que no sea suyo y en el que ningún papel les corresponde.

Pero es que, por otra parte, rechazar la divisibilidad de la obligación de transmitir un derecho en base al argumento de que el acreedor resultará perjudicado al recibir una cuota del mismo y no el derecho entero, resulta completamente inadecuado e intrascendente, en cuanto dicho resultado habrá de producirse indefectiblemente aunque se sostenga la indivisibilidad de la obligación de transmitir, ya que una vez que la transferencia se haya producido, como, *ex definitione*, nos estamos refiriendo al supuesto de pluralidad de sujetos, estaremos en presencia, de un conjunto de personas titulares del mismo derecho, conjunto en el que indefectiblemente deberá producirse el supuesto comunitario de atribución o señalamiento de cuotas entre los comuneros. Por lo que de ser cierto aquel peligro, de ninguna manera se evitaría asignando carácter indivisible a la obligación de transmitir, y, en consecuencia, carecería de sentido la prohibición de cumplimiento parcial, ya que la única razón de la misma no cabría impedirla ni eludirla en ningún caso.

Con lo que de nuevo volvemos al principio. Cuando estemos en presencia de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa indivisible, semejante circunstancia no puede obviarse en base al alegato, discutible alegato desde ángulo conceptual estricto, de que el derecho de propiedad es susceptible de división por cuotas ideales, porque esta circunstancia no tiene conexión alguna con la dinámica de los derechos reales y porque la divisibilidad o no de la prestación no puede tener otro punto de referencia que el de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa, en cuanto su ejecución tiene que hacerse necesariamente a través de ésta.

Ahora bien, intentar llegar a esa correcta conclusión a través de los caminos de que los intereses del acreedor sufrirían perjuicio o de que los poderes dimanantes de la titularidad de cuota son cualitativamente diferentes de los que proceden de la titularidad del derecho entero, constituye una errada manera de ver las cosas, porque la justificación no está ahí ni tiene sentido alguno argumentar en base a unas consecuencias que indefectiblemente se producirán aunque se mantenga la indivisibilidad de la obligación de transmitir, ya que desde el instante en que la misma haya tenido cumplimiento la situación de cotitularidad de derecho adquirido determinará de manera mecánica la existencia y asignación de cuotas ideales sobre la cosa común, por lo que aquel indeseable efecto que se aducía para negar la divisibilidad de la obligación de transmitir se habrá producido en todo caso y, por ende, el mis-

mo dejará de tener virtualidad alguna en cuanto argumento válido para defender la indivisibilidad que se pretende.

Con lo que, una y otra vez, nos vemos abocados a la consideración de que la obligación de transmitir la propiedad deberá ser considerada divisible o indivisible en base a la única circunstancia de que la cosa cuya propiedad deba transferirse sea divisible o indivisible; cualquier otra apoyatura, amén de insuficiente e inadecuada, conduce a situaciones de difícil y aun imposible justificación dogmática, y, lo que es más lamentable, a utilizar argumentos que luego no cabe mantener de manera coherente, una vez que, por otras vías, se ha producido el efecto contemplado: la adquisición por varios acreedores del derecho real transmitido o constituido.

El no apreciar adecuadamente estas circunstancias puede conducir a extrañas y aun paradójicas situaciones al ponerse en conexión factores y conceptos que pertenecen a planos operativos diferentes, cual le sucede a Hernández-Gil en este punto. Para este civilista, el punto de partida debe ser que la división por cuotas del derecho conduce, en principio, a la divisibilidad de la obligación orientada a transmitirlo, en cuanto dicha divisibilidad obligatoria no es otra cosa que mera emanación y consecuencia necesaria del carácter divisible del derecho; ahora bien, a pesar de tan enfática proclamación, resulta que la situación no es tan clara y mediana en numerosos casos, y el propio autor correctamente lo constata en el supuesto que ejemplifica.

Si tres copropietarios de una cosa, dice, han vendido conjuntamente sus respectivas cuotas y uno de ellos no comparece al otorgamiento de la escritura pública (tradicción instrumental *ex art. 1.462* Código civil, el problema consistirá en determinar si esa abstención es un incumplimiento o sólo un cumplimiento parcial (y que sea uno o lo otro estará en función de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación), problema que no puede resolverse a través de una fórmula general y objetiva («la división por cuotas del derecho produce la divisibilidad de la obligación»), igualmente válida para todos los casos, por lo que la indivisibilidad «ha de constatarse siempre y en último término a través del cumplimiento que no concierne a la mera titularidad de los derechos ni la obligaciones, sino a su ejecución», y, en consecuencia, «el discernir si hay incumplimiento o cumplimiento parcial, cuando lo que objetivamente se presenta es un cumplimiento no completo, está en función de los concretos intereses en juego y del fin perseguido» (30).

Aun dejando a un lado la posibilidad y licitud de distinguir entre «incumplimiento» y «cumplimiento parcial», lo primero que salta a la vista es la futilidad de un aparente criterio general («derecho suscepti-

(30) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op.cit.*, pp. 164-165.

ble de división por cuotas da lugar a que la obligación orientada a transmitirlo haya de ser también divisible»), que cuando entre en conexión con un supuesto concreto o se trate de aplicarlo a un caso real resulta inoperante y no procura solución alguna; por lo que Hernández-Gil recomienda que la constatación de si la obligación de transmitir un derecho es o no divisible se realice siempre y en último término «a través del cumplimiento que no concierne a la mera titularidad de los derechos ni de las obligaciones, sino a su ejecución».

Cuando uno de los tres copropietarios vendedores de la finca no concurre al otorgamiento de la escritura pública, no parece razonable plantearse la hipótesis de si ha tenido lugar el incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad que a los mismos concierne o si, por el contrario, se ha producido el cumplimiento parcial de dicha obligación, y menos en función del criterio de la indivisibilidad o divisibilidad de la referida obligación de transmitir la propiedad.

En efecto, el cumplimiento de esa obligación de transmitir, que se produce mediante el otorgamiento de la escritura pública de venta, supone la tradición instrumental de la cosa vendida (art. 1.462 C.c.), por lo que no resulta fácil considerar que la entrega de la misma ha tenido lugar por cuotas. Una cosa es admitir la posibilidad de la división ideal del derecho real, construcción que según hemos tenido ocasión de considerar presenta muy serios defectos dogmáticos, y otra, singularmente diferente, que la adquisición de la posesión de la cosa objeto de mismo puede tener lugar por cuotas, pues en cuanto situación fáctica que es, la misma sólo tendrá sentido en razón de que se refiera a la materialidad de la cosa y nunca podrá entrar en relación con porciones ideales de la misma. Hablar de que el adquirente de una finca ha entrado en posesión de una porción aritmética de ella (las dos terceras partes) es sencillamente una *contra-dictio in adiecto*.

En consecuencia, por más que cada uno de los vendedores sea dueño de la finca por terceras partes y por más que pudiera entenderse que dicho derecho de propiedad es susceptible de división por cuotas ideales, el particular ejemplo que plantea Hernández-Gil nunca podría entenderse como un supuesto de cumplimiento parcial de la obligación de transmitir la propiedad del inmueble porque el otorgamiento de la escritura pública, por cuyo través ley finge que tiene lugar el susodicho cumplimiento, es una forma de tradición o entrega de la cosa vendida (tradición instrumental), y es obvio que en cuanto ésta supone poner dicha cosa «en poder y posesión» del comprador (art.1.462 C.c.), no resulta factible contemplar semejante situación posesoria a través del mecanismo de cuotas abstractas.

Incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad, por tanto, pero no porque la misma sea en sí indivisible, y menos si se pretende conectar esta indivisibilidad con una supuesta insusceptibilidad

del derecho de propiedad a ser dividido por cuotas, sino por una razón más elemental y comprensible. Los copropietarios vendedores no están enajenando porciones materiales y concretas de la finca común, sino tan sólo porciones ideales de la misma, ya que el inmueble por definición está indiviso, y, en consecuencia, si uno de ellos no concurre al acto por cuyo través va a tener lugar el cumplimiento de aquella obligación, no cabe estimar que los otros están procediendo a dicho cumplimiento porque no podrán asignar porciones concretas del bien vendido al comprador y sin ellas es imposible entender que se ha producido la entrega o tradición del mismo. Como considerar que se puede tener la posesión de un bien o que se ha producido la entrega mediante porciones aritméticas encierra una contradicción insuperable, no parece exista otra posibilidad que la de concluir que en la hipótesis que se comenta estamos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad, pero por razones ajenas a las ideas de que la misma resulte indivisible o de que el derecho cuya transmisión se contempla no sea susceptible de partición en cuotas ideales.

Pero Hernández-Gil dice algo que ha venido constituyendo el hilo conductor de la exposición que del problema hemos hecho en las páginas antecedentes y que encierra la máxima trascendencia, aunque recatemente entendido prive de sentido a buena parte de sus reflexiones en torno al caso que se plantea. Dice que la divisibilidad de la obligación de transmitir la propiedad ha de constatarse siempre a través del cumplimiento de la misma, y éste nada tiene que ver con la titularidad de los derechos, sino que hace referencia a su ejecución.

Y ahí está la piedra de toque. Que tres personas sean copropietarias por terceras partes de una finca no quiere decir que semejante partición ideal transforme automáticamente en divisible la obligación de transmitir su dominio cuando procedan a la venta conjunta de la misma, porque dicha obligación no se descompone, como dice Cicala, en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad, ni siquiera en este supuesto en que los vendedores son cotitulares del derecho de propiedad, sino que consiste y se resume en que el comprador adquiera la propiedad sobre la totalidad de la cosa comprada.

En realidad, como tantas veces hemos constatado, concluir si una concreta obligación de transmitir la propiedad de un bien es o no divisible ha de hacerse necesariamente a través de la susceptibilidad o no de división de dicho bien. Como el cumplimiento de la obligación sólo podrá ser parcial o por parte en la medida en que la cosa debida sea susceptible, por naturaleza o convenio de los interesados, de división, parece razonable, que es lo que definitivamente hace Hernández-Gil, referir la divisibilidad o no de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa al cumplimiento de la misma y no a la circunstancia de que el derecho a transmitir permita o no su pertenencia por cuotas ideales.

Lo que sucede es que sobre esa base buena parte de sus consideraciones y planteamientos carece sencillamente de sentido.

7. LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DE ENTREGAR O RESTITUIR UNA COSA

Hasta aquí nos hemos venido ocupando de la obligación de dar *stricto sensu*, esto es, de la obligación de transmitir la propiedad o de transmitir o constituir otro derecho real, pero cabe también la consideración de la obligación de dar *lato sensu*, es decir, como obligación de entregar o restituir al acreedor la simple posesión o detentación de una cosa, cual ocurre cuando los comodatorios, depositarios o arrendatarios devuelven la cosa que estaba en sus manos en cumplimiento de la obligación de restitución que les afecta.

Aquí estamos fuera del campo de los derechos reales, de la comunidad de bienes y del cumplimiento de las obligaciones orientadas a provocar cambios reales, por lo que difícilmente pueden producirse las interferencias y confusiones que la problemática de la comunidad por cuotas aritméticas es susceptible de provocar a la hora de indagar el carácter indivisible de las obligaciones de dar estrictas. Por el contrario, la situación es clara y meridiana: la cosa que se tenía a título personal ha de ser devuelta a su propietario, y en el supuesto de que los detentadores sean varios o de que la devolución deba hacerse a favor de un conjunto de personas, se plantea la posibilidad de que dicha obligación de restitución (exactamente lo mismo que la previa obligación de entrega) sea susceptible o no de cumplimiento parcial, esto es, se conforme como obligación divisible o indivisible.

La simple contemplación de la materia en los términos antedichos lleva implícita la respuesta al interrogante. Por el hecho de que sean varios los arrendatarios de una cosa y de que, por ende, el derecho arrendaticio sea objeto de cotitularidad, en cuanto aquí no existe asignación de cuotas ideales, mal podría considerarse que la devolución de la cosa al arrendador cuando termine el arrendamiento se va a producir *pro parte*, en cuanto éste no va a obtener derecho alguno que antes ya no ostentase y en cuanto lo único que se contempla es que la tenencia de la cosa de su propiedad, que antes estaban en ajenas manos, vuelva a las suyas.

Ha escrito Cicala que la transmisión de la posesión o de la detención es un efecto jurídico de la prestación, y que en cuanto el acto de la entrega es la prestación misma y objeto de la prestación es aquí, como en la obligación de dar, la cosa, debe concluirse que igual que ocurre

en ésta, la obligación de dar es divisible o indivisible según que la cosa sea divisible o indivisible (31).

La conclusión es correcta, aunque no lo sea tanto el camino seguido para llegar a ella. Cuando alguien está obligado a entregar o a devolver una cosa a otro ha de observar un comportamiento orientado a que el *accipiens* reciba la misma, y ello, en principio, no hace referencia tanto a la cosa como a la susceptibilidad de ejecución unitaria o no de la obligación. Lo que sucede que si la cosa a entregar no es divisible, escasamente tendría sentido considerar la divisibilidad de la obligación orientada a dicha entrega, porque la situación de detención o posesión a que la misma se orienta difícilmente podría conseguirse a través de hipotéticos cumplimientos parciales.

Ahora bien, la circunstancia de que la obligación de entregar una cosa deba reputarse como divisible o indivisible según que dicha cosa asuma una u otra condición nos sirve también para reforzar la aplicación de este mismo criterio en el campo ya estudiado de las obligaciones de dar estrictas, si se quiere mantener la armonía y la coherencia entre una y otra modalidad, ya que no tendría mucho sentido que en éstas se admitiese la indivisibilidad por razones ajenas a la cosa, mientras en aquéllas fuese la condición de dicha cosa la única circunstancia que la provocase.

En efecto, la obligación de dar estricta, en cuanto orientada a la transmisión o constitución de un derecho real a favor del acreedor, tiene que materializarse, al menos en los ordenamientos civiles como el nuestro en que no rige el principio de traspaso consensual sino la teoría de título y el modo, mediante la entrega o *traditio* de la cosa objeto del derecho. Pues bien, si se prescinde de la condición de dicha cosa a la hora de caracterizar las obligaciones relativas a ella, tendríamos que una obligación de dar, supuestamente indivisible al admitir, por ejemplo, la división por cuotas ideales el derecho de propiedad a transmitir, deberá considerarse indivisible bajo el ángulo de la entrega cuando la cosa, por naturaleza o por convenio de los interesados, no admitiese su fraccionamiento.

Hernández-Gil resuelve acriticamente la cuestión, advirtiendo tan sólo que si la prestación de dar no atiende a la transmisión de la propiedad u otro derecho real, sino a la entrega o restitución de la posesión de una cosa, como en el contrato de arrendamiento o en el depósito, la obligación correspondiente ha de reputarse indivisible (32). Albaladejo, en cambio, ya intuye el problema cuando escribe que aun admitiendo que la transmisión de una cuota del derecho dé respecto de él posición proporcionalmente igual a la de haberlo recibido entero, no puede

(31) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», *loc. cit.*, pp. 645.

(32) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 165.

decirse lo mismo respecto a la entrega material de la cosa sobre la que recaiga el derecho (33).

Pero ha sido Bercovitz quien, entre nosotros, ha captado nítidamente la situación y ha sabido sacar las conclusiones pertinente. En su opinión, aunque se admitiese la divisibilidad de la prestación sobre la base de la divisibilidad intelectual del derecho a que la misma haga referencia, habría que limitarla a la prestación de dar, en lo que se refiere a la transmisión de un derecho, pero no podría extenderse a la prestación de dar propiamente dicha, la relativa a la entrega de la cosa sobre la que recae el derecho que debe ser objeto de transmisión. Ahora bien, si se tiene en cuenta la íntima conexión que normalmente se da entre una y otra variedad de prestaciones, en la práctica nos encontraríamos en una mayoría determinante de supuestos ante una situación de obligaciones complejas, porque ambas modalidades obligatorias aparecerán interrelacionadas y en conexión necesaria; con lo que la solución del problema debería conducirse siempre a través de la consideración de la cosa debida, ya que «basta que se produzca la indivisibilidad de una de las prestaciones para que, dada la absoluta inescindibilidad de las prestaciones contenido de la obligación, se produzca la indivisibilidad total de ésta» (34).

El no haber advertido esta circunstancia es lo que ha llevado a buena parte de la doctrina a establecer una diferenciación en el seno de las obligaciones de dar *lato sensu* que ni tiene sentido ni puede justificarse cumplidamente.

Así, por ejemplo, Von Tuhr estima que debe distinguirse según se trate de transmitir la propiedad o la posesión de cosas específicas, pues mientras la propiedad es divisible y puede, por tanto, ser transferida por partes a varios acreedores o por varios deudores; en cambio, el traspaso de la posesión debe ser considerado como prestación indivisible, ya que la coposesión que pudiera asignársele al acreedor representaría un poder material sobre la cosa, limitado por la existencia de otro poseedor; por lo que debe considerarse prestación indivisible la restitución de un objeto alquilado, prestado o depositado, al igual que la entrega de la cosa del vendedor al comprador (35). En parecidos términos, para Enneccerus y Lehmann son divisibles los créditos dirigidos a la transmisión de un derecho divisible (propiedad, usufructo, prenda), y ello aunque las cosas sean divisibles; en cambio, son indivisibles los créditos dirigidos a la transmisión o constitución de derechos indivisibles (servidumbre predial) y a la entrega material de una cosa (deber del depositario, del comodatario o del arrendatario) (36).

(33) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II.1, *op. cit.*, p. 52.

(34) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 435.

(35) VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*. II, Madrid, 1934, pp. 280-281.

(36) ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1954, p. 21.

Existe en estas ideas una notable confusión y el intento fallido de establecer distinciones entre supuestos que, en definitiva, se reconducen el uno al otro o, al menos, uno de ellos engloba necesariamente al otro. En efecto, considerar que cuando se trate de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa estamos en presencia de una obligación divisible aunque la cosa en sí sea indivisible, mientras que si la obligación es de simple entrega o restitución de la cosa ha de ser necesariamente indivisible porque no cabe poner al acreedor en la posesión material de la misma a través de cuotas ideales, encierra el profundo contrasentido de establecer una diferenciación que los hechos desmienten y de prescindir del único criterio que puede servir para justificar la distinción: el de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa. Pues si la cosa cuya propiedad se ha de transmitir es indivisible, la obligación orientada a dicho traspaso también lo es, y si la cosa cuya detención ha de entregarse o restituirse al acreedor es divisible, la obligación dirigida a tal entrega o restitución asimismo lo será, por la sencilla razón de que si bien éstas no admiten la transmisión por cuotas ideales pueden perfectamente realizarse mediante sucesivas entregas materiales de partes del objeto debido (arg. ex 1.172 C.c.).

Y es que cuando existe la obligación de transmitir la propiedad de una cosa indivisible siempre existe también ínsita, unida o interrelacionada con ella la obligación de poner la cosa en posesión del acreedor, en cuanto ésta es simple correlato de aquélla o que no cabe ejecutar plenamente la primera si no tiene verificación la segunda. Es más, en nuestro sistema civil la situación podría plantearse todavía en términos más drásticos, pues aunque normalmente se acepta que ciertos contratos generan la obligación de transmitir la propiedad (por ejemplo, la compraventa), lo cierto es que el Código habla de que el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida (arts. 1.145 y 1.461), y es precisamente esa entrega la que provoca la adquisición de la propiedad por el comprador (arts. 600 y 1.095), por lo que, en puridad, ni siquiera estaríamos en presencia de una obligación estricta de dar que encierra otra de entregar, sino ante una de este tipo cuyo cumplimiento es susceptible de producir el cambio de dueño de la cosa enajenada.

Pero es que aunque se acepte la postura tradicional, lo que no cabe es dejar de estimar que el deudor de una obligación de dar cosa indivisible, a la hora de realizar el cumplimiento de la misma tendría que hacerlo mediante la ejecución de otro vínculo obligatorio orientado a la simple entrega de la cosa debida, ya que ni cabe producir aquel efecto sin la previa realización de éste, ni cabe su conducción si no es a través de la entrega real, simbólica o instrumental de la cosa. En consecuencia, al existir una íntima e inexcusable imbricación ante ambas situaciones jurídicas, al tener lugar la necesaria interrelación o conexión entre uno y otro vínculo obligatorio (otra cosa es que, según pretende Bercovitz, deba considerarse que estemos ante un supuesto de obliga-

ciones complejas), habrá que considerar que la obligación de transmitir la propiedad (o de transmitir o de constituir otro derecho real) de una cosa indivisible, en cuanto deberá tener plasmación mediante la ejecución de otro vínculo orientado a la entrega de la misma, vínculo que siempre e indefectiblemente tendrá la condición de indivisible, al margen de elucubraciones sobre situaciones de comunidad de bienes y de división ideal o por cuotas. Es lo que, con acierto, advierte Bercovitz cuando señala que, producida la indivisibilidad de una de las prestaciones, dada la absoluta inescindibilidad de las mismas, se produce también la indivisibilidad total de la obligación (37).

8. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CONDICION DIVISIBLE O INDIVISIBLE DE UN BIEN. REMISION A LA COMUNIDAD DE BIENES

No parece que exista, pues, otro camino válido a la hora de indagar la condición divisible o indivisible de cualquier obligación de dar que el de abocarse a la consideración de si la cosa es en sí misma susceptible o no de partición, para lo que, como es obvio, es necesario fijar los criterios a cuyo tenor cabe dictaminar si un concreto bien debe catalogarse como divisible o indivisible, pues al encontrarnos ante una calificación eminentemente jurídica (nominar de una u otra manera a las relaciones obligatorias), parece inevitable que no resulte suficiente la mera pauta de la indivisibilidad material de la cosa.

La ayuda que a este respecto brinda nuestro Código civil en el campo estricto de las obligaciones no es señalada, pues, según hemos tenido ocasión de ver, la referencia del párrafo primero del artículo 1.151 a los «cuerpos ciertos» no sirve para otra cosa que no sea la de advertirnos que la indivisibilidad obligatoria opera fuera del campo de la fungibilidad (prescindiendo, claro está, de la voluntad soberana de las partes), esto es, que se da en relación a los bienes infungibles o insustituibles. Habrá que indagar, en consecuencia, por otros caminos y a través de otros preceptos del propio Código civil el esclarecimiento de cuáles son las pautas que permiten determinar cuándo una obligación relativa a la *datio rei* debe reputarse como obligación indivisible.

A lo largo de este trabajo ya se han ido explicitando los criterios que los autores utilizan a la hora de afirmar la indivisibilidad de una cosa. Desde las pautas de que las cosas son divisibles cuando son susceptibles de «varias partes de igual naturaleza, sin detrimento de sustancia ni menoscabo de valor» (Von Tuhr) o «sin alteración de su

(37) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 435.

esencia o disminución de su valor» (Enneccerus y Lehmann), hasta los de que la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas han de entenderse en el sentido de posibilidad o imposibilidad de fraccionamiento en fracciones que conserven «la función y proporcionalmente el valor del todo» (Cicala), o de que para afirmar la divisibilidad hace falta que la cosa sea no sólo económicamente divisible, sino además que «todas las partes resultantes sean cualitativamente idénticas y cuantitativamente proporcionales» (Bercovitz), la doctrina gira en torno a las ideas básicas de que sólo cabe predicar la divisibilidad de una cosa cuando las porciones materiales que de la misma resulten conserven idéntica naturaleza o sustancia, cumplan la misma función y respeten el íntegro valor de la cosa madre. ¿Existen en nuestro Código civil puntos de apoyo suficientes para sostener la exigibilidad de tales criterios?

El Código civil contiene tres preceptos relativos a la materia. A tenor del artículo 401 se excluye la división de la cosa común, «cuando de hacerlo resulte inservible para el uso a que se destina»; en el artículo 404 se habla de que «la cosa fuere esencialmente indivisible», y, en fin, según el artículo 1.062, artículo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo remite a la órbita de la comunidad de bienes (sentencias de 5 de febrero de 1909, 31 de diciembre de 1927, 30 de mayo de 1933, 31 de enero de 1964, etc.), «cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división...»

Aunque los preceptos están formulados en relación a la disolución de la copropiedad o de la comunidad hereditaria mediante la división de la cosa común, es evidente que nos proporcionan un valioso punto de referencia legal respecto a cómo debe catalogarse una cosa de divisible o indivisible en nuestro Derecho. Así, por ejemplo, Beltrán de Heredia resalta que una de las excepciones al derecho a pedir la división de la cosa común viene impuesta por la naturaleza de la cosa, tanto cuando la misma «resulte inservible para el uso a que se lo destina», como cuando la cosa sea «esencialmente indivisible» (38). Y para Gullón Ballesteros procede la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 404 y 1.062 del Código civil cuando la cosa sea inservible para el uso a que se destina, cuando sea indivisible y cuando desmerezca mucho por la división (39).

Distintas sentencias del Tribunal Supremo han reconocido que aunque una cosa sea divisible materialmente no lo es por esencia (sentencia de 14 de junio de 1895); que sólo se puede llegar a la disolución de la comunidad por venta de la cosa cuando concurra la indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma y no haberse alcanzado

(38) BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad...*, *op. cit.*, pp. 343 y ss.

(39) GULLÓN BALLESTEROS, «La disolución de la comunidad en la jurisprudencia», en *Anuario de Derecho civil*, 1965, pp. 380 y ss.

el convenio de los interesados para su adjudicación a uno de ellos (sentencias de 28 de marzo de 1928, 30 de mayo de 1933, 28 de noviembre de 1904); y, en general, que la determinación de indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa en cuestión de hecho que habrá de ser apreciada en cada caso por el Tribunal sentenciador (sentencias de 15 de febrero de 1933, 12 de diciembre de 1949, 28 de noviembre de 1957, etc.).

Tres criterios, por tanto, de la ley española en orden a la indivisibilidad de las cosas: 1) que la cosa sea esencialmente indivisible; 2) que, si se divide, resulte inservible para el uso al que se le destina, y 3) que desmerezca mucho por la división. ¿Son homologables estas pautas con las que, según hemos visto, contempla la doctrina a la hora de pronunciarse sobre la divisibilidad o indivisibilidad de una cosa, siquiera semejante pronunciamiento no se produzca a propósito de la posibilidad de ejercicio de la *actio communi dividundo*, sino en la estricta esfera de la calificación como indivisible de una obligación de dar? Pensamos que sí.

En efecto, da lo mismo decir que una cosa es esencialmente indivisible que afirmar la indivisibilidad cuando las partes resultantes de la división no conserven la misma naturaleza o sustancia de aquélla. Lo que resulta en todo caso es que las porciones no pueden reputarse cualitativamente iguales o idénticas a la cosa matriz, esto es, que no mantienen la sustancia que permitiría nominarlas de la misma manera y reputarlas, aunque de menor consistencia material, iguales entre sí e iguales a la cosa originaria. La esencialidad de la división no hace, por tanto, referencia a la imposibilidad física de la misma, sino al hecho de que si se practicase, el resultado haría referencia a un conjunto de «nuevos» objetos que no cabría catalogar bajo membrete común junto a la cosa madre.

Que la cosa resulte inservible para el uso a que se la destina es lo mismo que afirmar que las partes resultantes de la división no cumplirían la función originaria de la cosa indivisa. El cometido, empleo, aplicación, finalidad o utilización normal de una cosa se manifiesta, de esta manera, como un freno a su divisibilidad, siempre que resulte que sus porciones materiales no son susceptibles de satisfacer aquellas necesidades que ordinariamente se cubren a través del todo.

En fin, el desmerecimiento de la cosa mediante su división es recurrir al criterio económico, ya que si la suma de los distintos valores parciales de las nuevas cosas es sensiblemente inferior al valor de la cosa íntegra tropezamos con un obstáculo que impide su fraccionamiento. En efecto, el criterio económico, que todo lo preside, determina que cuando, no obstante conservar las porciones materiales la naturaleza y función de la cosa entera, las mismas significan en el orden patrimonial una rebaja sustancial de la apreciación económica de aquélla, porque la división ha mutilado el valor añadido

que el todo representa, debe concluirse que hay que excluir la posibilidad del fraccionamiento, sin mayores indagaciones ni puntualizaciones.

Todo ello nos lleva, en consecuencia, a la conclusión de que los criterios que normalmente se manejan en orden a excluir la divisibilidad de las cosas tienen perfecto acomodo también entre nosotros, por más que los mismos vengán legalmente reflejados en relación a la división de las cosas comunes y a la partición de la herencia. Cabe por tanto, considerar que las obligaciones de dar *lato sensu* serán indivisibles cuando la cosa cuya propiedad deba transmitirse o cuya tenencia deba trasladarse al acreedor presente unas características tales que, de procederse a su fraccionamiento, las porciones resultantes del mismo no conservarían la sustancia, no cumplirían la función o no sumarían el valor económico de la cosa indivisa. Con lo que se nos revela, una vez más, que toda la materia de la indivisibilidad de las obligaciones gira en torno al punto de su cumplimiento, porque cuando de producirse las aludidas circunstancias se excluye que, en consecuencia, la obligación deba reputarse indivisible, lo que realmente se está significando es que de no adoptar esta actitud el deudor no cumpliría exactamente la prestación debida; y esto es lo que, en realidad, determina que la relación obligatoria se catalogue como indivisible, ya que, de otra manera, en su cumplimiento se estaría contraviniendo su tenor (art.1.101 C.c).

No es del parecer señalado el profesor Bercovitz, para quien la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo admite la división de los bienes sobre que recae la comunidad, en tanto en cuanto ni son esencialmente indivisibles, ni desmerecen mucho con la división, en razón de un criterio puramente económico; circunstancia que permite una especial elasticidad que no es trasplantable al campo de las obligaciones. De ahí que, en su opinión, resulte dudosa la remisión que la doctrina hace a la regulación de la división en la comunidad de bienes, ya que la divisibilidad o indivisibilidad en el momento de resolver la comunidad responde a criterios distintos de los que determinan la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones de dar.

Según Bercovitz para que una obligación de dar se repute divisible hace falta que la cosa sea no sólo económicamente divisible, sino que, además, todas las partes resultantes sean cualitativamente idénticas y cuantitativamente proporcionales, porque es importante, si no se quiere agravar especialmente la situación del acreedor, que éste obtenga una satisfacción proporcional a la total con el pago de cada una de las deudas resultantes, para lo que es necesario que cada una de ellas recaiga sobre una parte cualitativamente idéntica y cuantitativamente proporcional a la prestación total originaria; por lo que, concluye, no cabe hablar de divisibilidad de las obligaciones cuando las prestaciones conte-

nido de éstas sólo son divisibles en su valor de cambio y no en su valor de uso (40).

No resulta fácil aceptar semejante argumentación. Ciertamente, en el plano teórico, una cosa es la disolución de la comunidad mediante la partición del objeto común y otra el cumplimiento de una obligación de dar, pero lo que no cabe desconocer es que en uno y otro supuesto el interés a satisfacer de comuneros y acreedor reviste las mismas características y el procedimiento para su satisfacción tiene que seguir el mismo camino: la división de la cosa, objeto de la copropiedad u objeto de la prestación.

De lo que se trata en uno y otro supuesto es que no sufra quebranto el interés de los participantes en el momento en que la cosa que constituye el punto de referencia objetivo de su particular *status iuris* se divide; y no se diga que el interés del acreedor en una obligación de dar es más sensible, digno de tutela o necesitado de protección que el interés de los condóminos, porque ello no refleja la realidad de las cosas. Tanto cuando la ley contempla la división de la cosa común como cuando se ocupa de la posibilidad de partición de la cosa debida lo hace animada por un solo propósito y bajo el impulso de una misma preocupación: que semejante fraccionamiento no produzca en ninguno de los partícipes lesión apreciable de sus legítimos intereses.

Lo que ocurre es que la ley se ocupa de señalar los criterios de indivisibilidad en relación a la cosa común y nada dice al respecto cuando se trata del cumplimiento de las obligaciones de dar. ¿Querrá decir ello que en este segundo supuesto tales criterios deberán ser diferentes? Pero, en tal caso, ¿por qué la ley no los ha establecido? Y, en definitiva, ¿de dónde deberían extraerse?

En la simple formulación de tales interrogantes va implícita la respuesta, porque no parece razonable que no existiendo en la ley criterios en orden a la indivisibilidad de las obligaciones de dar y estableciéndolos la misma en relación a la comunidad de bienes, quepa prescindir de éstos cuando entre uno y otro caso no se aprecia diferencia importante y cuando los factores e intereses en juego son sensiblemente iguales.

El que una cosa deba reputarse indivisible cuando lo sea esencialmente, resulte, si se la divide, inservible para el uso a que se la destina, o desmerezca económicamente con la división, constituyen unos criterios suficientemente amplios y comprensivos como para encajar en ellos cualquier supuesto en que se contemple la consecuencia y posibilidad de partir una cosa, con indiferencia de cuál sea la situación jurídica, real u obligación, en cuyo contexto se considere la partición. Además, como hemos tenido ocasión de ver, adecuadamente entendidos

(40) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles...», *loc. cit.*, pp. 528 y ss.

tales criterios, no existe mayor problema para identificarlos con aquellos otros que, en relación a las obligaciones de dar, hablan de intangibilidad económica y de partes cualitativamente proporcionales, pues se trata tan sólo de dos maneras distintas de expresar una misma realidad y de indicar con otros términos una serie de exigencias que revisten la misma naturaleza, presentan idéntico formato y se orientan hacia igual objetivo tanto en la disolución de la comunidad como en el cumplimiento de las obligaciones de dar.

Quizá el único problema que pueda surgir en la identificación que sostenemos venga dado por el hecho de que en materia de división de la cosa común la ley la excluye cuando dicha cosa «desmerezca mucho por su división», y que probablemente no hará falta que el acreedor sufra un fuerte quebranto económico en el caso de cumplimiento parcial de la obligación de dar para negar la divisibilidad de la cosa debida. En tal sentido, Bercovitz aduce que un nuevo elemento para apreciar el distanciamiento del criterio de divisibilidad de la comunidad frente al de la divisibilidad de las obligaciones aparece si nos fijamos detenidamente en que aquél no sólo se basa exclusivamente (algo que no es cierto) en el valor económico de las partes resultantes, sino que incluso dentro de ese valor se mueve con una gran elasticidad, puesto que sólo cuando se produzca una notable desvalorización de la cosa se impone su indivisibilidad; y, en esa dirección, recuerda la sentencia de 31 de enero de 1914 que acepta la división de un conjunto de treinta y tres fincas, aunque ello implique un cierto desmerecimiento de las mismas (41).

En realidad, el problema se aminora de forma sensible y hasta se diluye al considerar que se trata de un dato de hecho que el juez apreciará en cada situación y tomará en cuenta en función de las específicas circunstancias presentes en el caso de que se trate. Quiere ello decir que normalmente los jueces no exigirán para negar la divisibilidad de la cosa común que la partición suponga una extraordinaria pérdida económica (a pesar de que el artículo 1.162 del Código civil emplee el término «mucho»), sino que se inclinarán por ello desde el momento en que el desmerecimiento sea sensible o apreciable; y, paralelamente, tampoco excluirán la posibilidad del cumplimiento parcial de una obligación de dar cuando la división de la cosa debida irrogue al acreedor perjuicio económico de no excesiva entidad. Y ello en razón de que debe facilitarse la realización de los intereses presentes en una u otra situación y de que procede una visión ponderada y realista de las mismas que conducirá, en una mayoría determinante de supuestos, a la sensible aproximación y hasta identificación de los criterios a aplicar. No parece, en consecuencia, que ni siquiera a través de este

(41) *Ibid.*, p. 530.

señalamiento quepa sostener la disimilitud entre las situaciones de división de la cosa común y de la cosa debida; en uno u otro caso, para aceptar o negar la divisibilidad deberán operar las mismas pautas y habrá que poner en juego idénticos criterios, aunque alguno de ellos precise de ciertas matizaciones o adecuaciones en relación a una de dichas situaciones.

De lo expuesto cabe deducir sin mayor esfuerzo que el juego de la divisibilidad presentará sus más serias dificultades en relación a los bienes inmuebles, habida cuenta lo poco normal que resulta la conciliación de la naturaleza y función de esta categoría de bienes con la idea de fraccionamiento de los mismos. Y, en este sentido, es cierto que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha utilizado y utiliza preferentemente el criterio del quebranto económico subsiguiente a la división; así, en la sentencia 9 de noviembre de 1881 niega la división de unos almacenes porque la misma menoscabaría mucho el valor de los mismos, y otro tanto ocurre en las sentencias de 17 de marzo de 1921 y 19 de abril de 1972.

Pero, en otras ocasiones, nuestra Casación atiende también para negar la división en referencia a que la misma destruiría la trabazón y armonía existente entre las fincas o a que el inmueble no admite cómoda y equitativa división (sentencia de 12 de noviembre de 1949). La sentencia de 27 de febrero de 1979 rechaza la división de un conjunto de cosas comunes en el que se hallaba un hotel en explotación, y la de 17 de mayo de 1981 sostiene la misma tesis respecto a una fábrica de cerámica.

Esta dificultad y falta de acomodo determinará que en la mayoría de los casos resulten indivisibles las obligaciones de dar bienes raíces, ya que sólo muy excepcionalmente los mismos se presentarán de manera tal que sea posible su cumplimiento parcial sin que el fraccionamiento del inmueble provoque seria alteración de los legítimos intereses de acreedor. La naturaleza, el cometido y el valor de las fincas presentan tales características que, de ordinario, la división de las mismas da lugar a la alteración básica e inaceptable de los factores que se toman en cuenta al contemplar la afección jurídica, obligatoria o real, de aquéllas. Es por que la doctrina señala que sólo cabrá admitir la divisibilidad de las obligaciones que recaiga sobre bienes inmuebles cuando se refieran a complejos de fincas que tengan las mismas características y función (chalets iguales, pisos idénticos, parcelas similares, etcétera (42).

(42) SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, p. 122; BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles...», *loc. cit.*, p. 533.

La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad

(Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)

CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: Introducción.—I. Algunas cuestiones generales sobre la protección jurídica a menores e incapaces. 1. El punto de partida constitucional. A) El principio constitucional de protección a menores y disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. B) La plasmación civil de los principios constitucionales sobre protección de menores e incapaces. 2. La protección civil de menores e incapaces: planteamientos generales. A) La llamada «incapacidad natural» como fundamento de la protección jurídica a menores e incapaces. B) Breve apunte sobre las relaciones entre capacidad natural y capacidad de obrar. a) Planteamiento general. b) Alcance y factores de disociación de la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar. C. Posibilidades y límites de una consideración conjunta de la situación de menores e incapaces ante el Derecho civil.—II. La edad como criterio determinante del sometimiento a un régimen de protección.—III. Hacia un replanteamiento de la importancia y consecuencias del límite legal de la mayor edad. 1. La prolongación de los sistemas de protección tras la mayoría de edad. 2. La progresiva adecuación de los mecanismos de protección a la capacidad natural del menor. A) La adaptación de la situación jurídica del menor a su capacidad natural a través del establecimiento de edades legales intermedias. B) La adaptación de la situación del menor a su capacidad natural en caso de ausencia de edades legales de alcance general previas a la mayoría. a) La limitada capacidad de obrar del menor. b) El reconocimiento legal de capacidades especiales. c) La eficacia de los actos ordinarios realizados por el menor conforme a los usos y sus circunstancias. d) La capacidad general del menor ex artículo 162.2.1.º C.c. e) Conclusiones: algunas propuestas «de lege ferenda». 3. La emancipación como mecanismo institucional de flexibilización del sistema legal de la mayoría de edad. A. Sentido y función de la emancipación. B. La llamada emancipación por vida independiente.—IV. Las instituciones jurídico-civiles de protección de

menores en el Derecho español 1. Planteamiento. 2. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: el modelo institucional y el modelo funcional. A) El modelo institucional de protección de menores en nuestro Derecho civil. a) Patria potestad. b) La asistencia paterna. c) La tutela. d) La curatela. e) El defensor judicial. f) Visión de conjunto. B. El modelo funcional: las instituciones asistenciales de protección de menores en nuestro Derecho civil. a) La consideración de la situación de hecho del menor, como punto de partida. b) Los nuevos mecanismos asistenciales y de protección jurídico-civil de menores. c) La preferencia por los sistemas de protección de carácter familiar. d) Breve apunte crítico. 3. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: disfunciones y ensayo de construcción conjunta. A) Los problemas de ajuste y coordinación entre el modelo institucional de protección y el modelo funcional. B) Intento de reconstrucción conjunta del sistema jurídico-civil de protección de menores. Bibliografía.

INTRODUCCION

Se inserta el presente estudio en una obra colectiva de alcance más amplio, cuyo objeto general son los aspectos civiles de la asistencia y protección a menores e incapacitados. Dentro de él, se desarrolla a continuación, de acuerdo con el plan de dicha obra, la problemática referente al menor de edad como sujeto beneficiario de dichas asistencia y protección. El enfoque adoptado para la realización del trabajo puede ser calificado como predominantemente teológico, más que analítico. Se trata de, a partir de los preceptos constitucionales involucrados (destacadamente, el artículo 39 de la Constitución, pero también otros, según veremos), proceder a un intento de reelaboración unitaria de la materia en nuestro Derecho civil; reelaboración caracterizada por responder a una perspectiva metodológica no del todo usual en este campo, y que se traduce en el análisis «transversal» de las instituciones civiles afectadas, antes que en un estudio particular, *in complexu*, de cada una de ellas. Esto permitirá obtener una visión global de cuál es la situación general de la protección de menores en nuestro ordenamiento civil, con sus virtudes, defectos, carencias, etc.; y a la vez, servirá para ofrecer criterios de interpretación de las concretas instituciones, quizás diferentes de los habitualmente empleados en las respectivas sedes. De cuyas advertencias resultan, por lo menos, las siguientes peculiaridades de este trabajo: 1. Se trata de una aproximación necesariamente parcial, tanto respecto a la obra colectiva general en la que se enmarca (puesto que se trata ahora de afrontar el estudio únicamente de lo referente al menor como sujeto beneficiario de las instituciones de asistencia y protección), como a cada una de dichas instituciones de asistencia y protección), como a cada una de dichas instituciones, cuyo estudio se abordará sólo en lo atinente a quien está protegido por ellas. 2. Se trata también, al menos tal y como yo lo concibo, de un análisis fundamen-

talmente teórico, pero no carente de consecuencia prácticas importantes, derivadas sobre todo de la identificación de los criterios de política legislativa que laten bajo las concretas opciones positivas acogidas en nuestro Derecho.

A partir de ahí, cabrá proponer los parámetros de interpretación y aplicación más adecuados a dichos criterios, y señalar eventualmente las líneas de reforma para una regulación más coherente con los principios en que se fundamenta, más útil desde el punto de vista práctico, y dotada de la suficiente cohesión interna (que en ocasiones, según veremos, brilla por su ausencia).

El trabajo se iniciará con una breve consideración conjunta de la situación de los menores y la de los incapaces (en la terminología constitucional, «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos»), en razón de los numerosos puntos en común que presenta el tratamiento jurídico de ambas categorías. De entre los cuales, por cierto, no es el menor la de conformar dichas dos categorías la más general de sujetos beneficiarios de las instituciones civiles de asistencia y protección, que son en buena parte comunes a menores e incapaces, en un paralelismo acentuado tras la reforma de 1983 (pero que se ha visto roto, según habrá ocasión de comprobar, por la inmediatez posterior de 1987). Conviene por ello resaltar tanto las razones de fondo de ese tratamiento conjunto, como los límites hasta los que razonablemente puede llegar.

I. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCION JURIDICA A MENORES E INCAPACES

1. El punto de partida constitucional

A) *El principio constitucional de protección a menores y disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*

En el Capítulo Tercero (*De los principios rectores de la política social y económica*) de su Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*), recoge nuestra Constitución los principios de protección a los menores (con las matizaciones terminológicas a que enseguida aludiré) —art. 39 C.E.— y a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos —art. 49 C.E.—. De acuerdo con el primero, los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos; se establece, también, a cargo de los padres el deber de prestar «asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; y, por último, se dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Por otro lado, y conforme al art. 49 C.E., «los poderes

públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos». De cuyos preceptos se deriva el que cabría denominar *principio de protección de menores e incapaces*.

Desde la perspectiva que aquí interesa (los sujetos beneficiarios, ahora de la protección brindada constitucionalmente), la terminología empleada es, dentro de su amplitud, suficientemente clara en el art. 49 («disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos»), y permite su identificación con la más tradicional, desde el punto de vista del Derecho civil, de incapaces. Sin embargo, las cosas no son tan claras respecto al art. 39, que emplea sucesivamente, sin obedecer en apariencia a ningún criterio preestablecido, las expresiones «hijo» (art. 39.2 C.E.), «hijo menor» [=«durante su minoría de edad»] (art. 39.3 C.E.) y «niño» (art. 39.4) (1). El círculo de protegidos queda, de esta manera, considerablemente difuminado. Aunque no han faltado propuestas dirigidas a dar sentido propio a cada uno de los párrafos indicados del art. 39 (2), la verdad es que no se logra evitar, por un lado, una cierta superposición de situaciones (el niño, por definición, es menor; y niños y menores reúnen la cualidad de hijos); y por otro, que la protección que ofrece el precepto llegue a proyectarse mucho más allá de lo que parece querer decir (3). La

(1) La aparente desconexión terminológica entre los distintos párrafos del art. 39 había sido ya puesta de relieve por la doctrina: cfr. BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, RJN 4 (1987), p. 125; EGEA I FERNÁNDEZ, «La protección de menores a Catalunya. Els diferents regims de protecció», en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya* (Barcelona, PPU, 1990), pp. 165 y s.; y LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de derecho civil*, IV (Barcelona, Librería Bosch, 1989), pp. 38 y s. Curiosamente, callan sobre ello los diferentes comentarios de la Constitución: cfr. el de ESPÍN CÁNOVAS al art. 39 en *Comentarios a las Leyes Políticas* (dir. ALZAGA VILLAMIL), *Constitución Española*, t. IV (Madrid, EDERSA, 1984) —en adelante, *Comentarios Alzaga*—, pp. 17 y ss.; y el de GÁLVEZ en *Comentarios a la Constitución* (dir. GARRIDO FALLA, Madrid, Civitas, 1985) —en adelante, *Comentarios Garrido Falla*—, pp. 757 y ss.

(2) Así, por ejemplo, LACRUZ, *op. et loc. cit.*: «acaso el propósito del legislador, teniendo en cuenta que de la protección de los niños se preocupa el párrafo 4.º; que del cuidado de los hijos menores se ocupa el 3.º; y que en este 2.º se menciona a las madres (contempladas, evidentemente, en el ejercicio de su función materna), sería el de centrar la efectividad del precepto en el momento y consecuencias del nacimiento: en los derechos que surgen de la filiación».

(3) En este sentido, GARCÍA CANTERO ha puesto de relieve que el art. 39.2 CE «no distingue entre la situación de mayoría y minoría de edad» (*El nuevo régimen de la tutela*, RGLJ 1984 —octubre—, p. 469); y más gráficamente, LACRUZ ha escrito que «de momento, y mientras no se ponga a punto otro procedimiento de producción de seres humanos, hijos somos todos, incluso los octogenarios o bien aquéllos cuyos progenitores no son legalmente conocidos» (*op. cit.*, p. 39). Habría que concluir, entonces, que toda la población española, desde que nace hasta que muere, está bajo el amparo que le ofrece genéricamente el art. 39.2 CE.

ambigüedad (y las consiguientes dificultades de interpretación) sube de tono si se acude a conceptos referibles (al menos parcialmente) a situaciones como las contempladas en el art. 39 C.E.: por ejemplo, los de juventud e infancia (arts. 20.4 y 48 C.E.) (4).

Tampoco el recurso a los textos internacionales a que se refiere el art. 39.4 C.E. resuelve demasiado, por la presencia en ellos de la misma indefinición y ambigüedad denunciadas (5).

En mi opinión, y a efectos principalmente de este estudio, resulta más adecuado utilizar la expresión *menor* por varias razones: 1. Porque, desde el punto de vista del Derecho positivo, es la que mejor define al sujeto beneficiario de las medidas de protección, que contemplan a quien no ha llegado a la mayor edad; 2. Porque es la categoría más fácilmente delimitable, al depender de un dato objetivo y comprobable, como es el de la edad, y no de otros de contornos más difusos; 3. Porque es la expresión de más amplio alcance, que abarca tanto a los niños como a los hijos (éstos, en las fases en que más necesitados se encuentran de esa protección a la que los primeros obligados son sus padres);

(4) Alude a ello EGEA I FERNÁNDEZ, *op. et loc. cit.*

(5) Así lo demuestra un breve espigueo: 1) en ellos se habla de *niños*: cfr. la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la ONU —20 de noviembre de 1959—; art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —19 de diciembre de 1966— (aunque en él se alude a las medidas de protección del niño «que su condición de menor requiere»); art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —19 de diciembre de 1966—; art. 6 del Convenio de la OIT sobre Trabajo de la Mujer y de los Menores —26 de junio de 1973—; arts. 7 y 17 de la Carta Social Europea —18 de octubre de 1961—; 2) se habla también de *adolescente*: art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; o art. 7 de la Carta Social Europea; 3) se habla también de *menor* (en ocasiones simultáneamente con el empleo de la expresión «niño»): cfr. X Convenio sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores —5 de octubre de 1961—, cuyo art. 12 se remite a las legislaciones nacionales para la determinación de quién debe ser considerado menor; art. 3 del Convenio de la OIT sobre Trabajo de la Mujer y de los Menores; art. 7.5 y 7.6 de la Carta Social Europea (que, además, alude a los «menores de 16 años»: art. 7.4, por ejemplo); el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores —25 de octubre de 1980—, que «dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años»; o el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores —20 de mayo de 1980— (que entiende por «menor» a una persona de edad inferior a los 16 años y sin derecho a fijar su residencia).

La misma ambigüedad e indefinición es resaltada por HABIB «La definition de l'enfant en Droit International Public», en *La protection Internationale des Droits de l'enfant* (ed. TORRELLI, París, PUF, s.d., pero 1983), pp. 72 y s.

Puede contribuir a clarificar el panorama (también a efectos de este trabajo) la reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño —20 de noviembre de 1989—, cuyo art. 1 dispone: «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

4. En fin, porque cuenta ahora con el apoyo mencionado del art. 1 de la Convención de la O.N.U. sobre Derechos del Niño (6).

De acuerdo con esto, de aquí en adelante emplearé las expresiones comunmente aceptadas de *menores e incapaces* para referirme, respectivamente, a los supuestos contemplados en los arts. 39 y 49 C.E., a los efectos que para este trabajo nos interesan.

Por los demás, no son éstas las únicas reglas constitucionales que aquí importan; hay algunas otras que también deben ser tomadas en consideración. De entre ellas, destaca el art. 10 C.E. (7), especialmente en cuanto garantiza el libre desarrollo de la personalidad (y entonces, en relación también con el art. 27.2 C.E.): este es, a mi entender, el otro principio, junto con el ya citado de protección, en torno al que debe girar la regulación civil de estas cuestiones. Ambos principios (el de protección y el desarrollo de la personalidad) se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad (lo que es especialmente importante en el caso de los menores), ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente (8).

Por lo demás, junto a los hasta ahora citados, cabe aludir también a los arts. 9.2 (9), 14 (10), 15, 41, 48 y 50, todos ellos de la Constitución, cuya importancia en relación con las líneas maestras que deben regir la situación de menores e incapaces hace que deban ser tomados en consideración repetidamente.

(6) Lo cual no quiere decir que las expresiones del art. 39 CE deban entenderse como referidas a los «menores». Es evidente, por ejemplo, que al referirse a los «hijos» en sus números 2 y 3, lo que quiere hacer el citado precepto constitucional es impedir la discriminación por razón de la filiación, y señalar a los padres como los primeros obligados a prestar asistencia al menor. Lo cual puede extenderse más allá de la minoría de edad (así, respecto a la filiación, cfr. los arts. 123, 132, 133 ó 137 Cc). Lo que ocurre es que, probablemente, vincular como hace el art. 39.2 CE la «protección integral» con vínculos de filiación no resulta del todo adecuado.

(7) Traído a colación por GORDILLO CAÑAS en relación con el tratamiento técnico de la capacidad jurídica y de obrar: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 14; y por GARCÍA CANTERO, en relación con las instituciones tutelares en general: *op. cit.*, p. 468, y «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Estudios sobre la tutela* (Madrid, RGLJ, 1986), p. 100.

(8) Subordinado a estos dos, por no ser de procedencia directamente constitucional, debe tenerse en cuenta también el principio de *seguridad jurídica*, que, como veremos, desempeña un papel importante a la hora de determinar el régimen jurídico de menores e incapaces.

(9) Lo hace también GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

(10) Citado por GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid, Civitas, 1985); y GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

B) *La plasmación civil de los principios constitucionales sobre protección de menores e incapaces*

La adaptación constitucional del Derecho civil, en punto a la protección de menores e incapaces, en el aspecto que aquí interesa, no precisa (ni excluye) intervenciones específicas del legislador para llevarla a cabo, tanto por tratarse de unos principios formulados muy genéricamente, como por abarcar su ámbito de aplicación materias bien alejadas del Derecho civil (11). Lo cual no quiere decir que los principios constitucionales antes mencionados sean civilmente inocuos, sino que la constitucionalización de esta parcela del Derecho civil puede producirse por vías distintas de la de una reforma legislativa dirigida a desarrollarlos (12).

Con todo, no han faltado en estos años reformas legislativas, como tampoco interpretaciones en la línea establecida por los principios constitucionales. Respecto a las primeras, cabe señalar, por ejemplo, la supresión del antiguo párrafo 2.º del art. 32 C.c., cuyo sentido se ha querido encontrar doctrinalmente en el principio constitucional de igualdad (13); o también, la reforma del Código civil en materia de incapacitación e instituciones tutelares por la ley de 24 de octubre de 1983, que si bien no es directamente desarrollo constitucional (14), sí puede ser indirectamente reconducida a los preceptos constitucionales que he citado más arriba (15). En cuanto a la adaptación constitucional por vía de la elaboración científica, la doctrina ha hecho hincapié en la

(11) Así, BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores... cit.*, p. 126, llega a decir que «el constituyente ha concebido la protección del menor desde unas ordenadas fundamentalmente administrativas». Sin llegar (formalmente) tan lejos, es especialmente significativo que los aspectos civiles brillen por su ausencia en los comentarios a los arts. 49 y 50 de la Constitución: *vid.*, por ejemplo, los de VIDA SORIA al art. 49 y SAGARDOY BENGOCHEA al art. 50, en los *Comentarios Alzaga, cit.*, pp. 363 y ss. y 375 y ss.; y los de GÁLVEZ a los mismos preceptos, en *Comentarios Garrido Falla, cit.*, pp. 837 y ss.

(12) Sobre lo cual, y para una aplicación concreta (la reforma de la incapacitación e instituciones tutelares), *vid.* las consideraciones de Díez-PICAZO, *Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela*, DJ, t. XI (enero/marzo 1984), p. 4.

(13) Cfr. GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 12; ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), *sub* art. 215 Cc, p. 220 (y nota 4, en la que recoge posiciones encontradas de Díez-PICAZO y BADOSA COLL sobre la oportunidad de esa supresión); y RODRÍGUEZ-INYESTO VALCARCE, *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona* (Pamplona, Aranzadi, 1990), pp. 30 y s.

(14) Cfr. Díez-PICAZO, *op. et loc. cit.*; parecidamente, GARCÍA CANTERO «Los principios de la nueva normativa de la tutela» *cit.*, p. 98.

(15) Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*; en línea cercana a ésta, ROCA TRÍAS refiere el vigente art. 215 Cc a las declaraciones constitucionales de protección contenidas en el art. 49 CE: *cfr.* su comentario al citado art. del Cc en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit., loc. cit.*

necesidad de replantear la construcción teórica y tratamiento técnico de la capacidad jurídica y de obrar a la luz de los principios constitucionales (16) ; derivando de éstos últimos, por ejemplo, consecuencia como la de que «sólo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad y de situaciones de incapacitación» (Gete-Alonso) (17).

De manera que no se trata, para conseguir la concreción civil de los principios constitucionales, de introducir nuevas instituciones o mecanismos de protección a menores e incapaces; sino de insuflar en las instituciones y mecanismos existentes (alguno de ellos milenario: patria potestad, tutela...) criterios de interpretación y aplicación que, actuando desde dentro, acentúen su contenido personalístico, convirtiéndose en medios eficaces para lograr los objetivos constitucionalmente formulados.

Precisamente desde esta perspectiva, la consideración de los sujetos beneficiarios de la protección civil de que estamos hablando cobra especial relieve, puesto que ellos se constituyen en el *elemento teleológico* de las instituciones civiles de asistencia y protección, cuyo centro de gravedad bascula ahora en torno a ellos, y a su mayor protección. Lo que formalmente puede aparecer como un mero elemento subjetivo en la estructura interna de cada una de esas instituciones, se revela como el punto central de las mismas, vértice de su organización y fuente de su virtualidad; y, por tanto, como guía e hilo conductor de su interpretación y aplicación. Ideas estas que se hallarán presentes (y demostrarán su eficacia, más allá de su apariencia de bienintencionadas declaraciones de principios) a lo largo del trabajo (18) .

(16) Cfr. GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades... cit.*, p. 14; RODRÍGUEZ-YNNESTO, *op. cit.*, p. 30.

(17) GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*; en la misma línea, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 42 y ss. De hecho, desaparecida la incapacitación por interdicción, y excluida la prodigalidad de entre las causas de incapacitación (cfr. art. 200 Cc: *infra* habrá ocasión de volver sobre la prodigalidad), ésa parece ser la situación en nuestro Derecho positivo, en el que las únicas limitaciones generales de la capacidad de obrar procederían de la minoría de edad y de las causas previstas en el art. 200 Cc: así, por ejemplo, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 45 y ss.; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I (7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989), p. 238. Con todo, no falta quien considera que la prodigalidad también debe ser incluida entre esas limitaciones generales, con lo que las cosas no serían exáctamente como se indica en el texto. No es éste el momento oportuno para detenernos en ello: poco más adelante habrá ocasión de hacerlo brevemente.

(18) En favor de un enfoque finalístico-personalista de esta materia, PESCARA «Provedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci», en el *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO), t. 4-III (Torino, UTET, 1982), p. 695.

2. La protección civil de menores e incapaces: planteamientos generales

A) La llamada «incapacidad natural» como fundamento de la protección jurídica a menores e incapaces.

Está claro, de acuerdo con lo visto hasta ahora, que en una primera aproximación, los sujetos beneficiarios de la especial protección de que venimos tratando son los menores, por un lado, y los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (= incapaces) por otro. Parece oportuno preguntarse ahora acerca del por qué de esa protección, y a esos sujetos. A ello cabría responder, naturalmente haciendo una sucinta referencia a los principios constitucionales a que he aludido *sub* 1. Pero eso no pasaría de ser una respuesta aparente, por dos razones: 1. porque una respuesta semejante sólo serviría para formular otra pregunta ulterior: ¿por qué la Constitución recoge entre los principios rectores de la política social y económica los de protección a menores e incapaces —respectivamente—?; 2. porque las instituciones y mecanismos de que dispone nuestro ordenamiento civil para llevar a cabo dicha protección existen desde mucho antes de que fuera promulgada la Constitución de 1978: de hecho, el tratamiento de la situación jurídica de ambas categorías de personas es una de las ocupaciones (y preocupaciones) perennes del Derecho civil (19).

Yendo más al fondo, la razón de la protección jurídica otorgada a menores e incapaces radica en que a ambos (en mayor o menor grado, y con las matizaciones que se irán haciendo en sus respectivos momentos) les falta la aptitud natural (capacidad de conocer y querer, y disposición de conocimientos suficientes) para atender por sí mismos al cuidado de su persona y bienes; es decir, lo que habitualmente se denomina la *capacidad natural* de autogobierno (20).

(19) Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. II (Madrid, 1952; reed. Madrid, Civitas, 1984), p. 42. Con todo, se ha dudado en la doctrina de si esas instituciones y mecanismos estaban dispuestos realmente al servicio de la protección de menores e incapaces; sobre lo cual, por todos, véanse las posturas contrapuestas de DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 142 y ss., especialmente 169 y ss. (menor edad) y 298 y ss. (incapacitación por locura o imbecilidad); y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona* (Madrid, Montecorvo, 1976), *passim*.

(20) A esta capacidad natural de conocer y querer se refiere usualmente la doctrina, sobre todo —pero no sólo— en cuanto presupuesto de la capacidad de obrar: cfr., por todos, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 48; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I-1.º (10 ed., Barcelona, Librería Bosch, 1985), p. 229; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona* (Madrid, Tecnos, 1986), pp. 24 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2.º (reimpr. de la 14 ed., revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, Reus, 1987), p. 163; o DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...* *cit.*, I-2.º (2.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1990), p. 12. También, fuera de nuestras fron-

Esta ausencia de capacidad natural postula, al menos, dos tipos de medidas jurídicas para la protección de quienes carecen de ella, que se presentan como el anverso y reverso de una sola respuesta jurídica global a su situación, complementándose mutuamente:

1. Medidas de lo que cabría denominar como *protección positiva*, a través de la previsión (y provisión) de instrumentos y mecanismos que atiendan al cuidado de la persona y bienes del menor o incapaz, en la estricta medida en que él no pueda hacerlo: es decir, que deleguen, en su beneficio o donde él no puede llegar, tanto, y principalmente, respecto al cuidado de su persona, como a la gestión de su patrimonio; a eso tienden las llamadas, en sentido amplio, instituciones de asistencia y guardar (patria potestad, tutela, curatela...) (21).

2. Y las que podrían ser consideradas como medidas de *protección negativa*, mediante las que se impide que la eventual actuación (o falta de actuación) del naturalmente incapaz, precisamente en cuanto se encuentra determinada por dicha incapacidad, pueda volverse en su contra; en palabras de Goubeaux, «los derechos subjetivos, que constituyen ventajas concedidas a su titular, corren el riesgo de producir el efecto inverso, en detrimento de los más débiles. Es preciso evitar que, por impotencia de la voluntad, algunas personas dejen en abandono sus derechos, así como es necesario impedir que otras comprometan su situación por decisiones insensatas» (22). A esta finalidad atiende la privación o limitación (según los casos y circunstancias), de la capacidad de obrar, que se presenta desde esta perspectiva —y en estos casos— como un dispositivo de protección de los afectados por ella (23).

teras: por todos, GOUBEAUX, *Les personnes*, en el «Traité de Droit civil» —dir. GHESTIN— (París, LGDJ, 1989), p. 435; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 1.^o (Padova, CEDAM, 1990), P. 137; o LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerliches Recht* (6. Aufl., München, Beck, 1983), p. 95. *Vid.*, sin embargo, las consideraciones de STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, (Camerino, Jovene, 1975), pp. 171 y ss.

(21) Cfr., por ejemplo, la caracterización general que hacen de las instituciones tutelares SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *El nuevo régimen de la familia*, III (Madrid, Civitas, 1984), p. 61; o ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV (4.^o ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989), p. 303. Sobre la patria potestad, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...* 5-II (9.^o ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1985), pp. 201 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Elementos...* IV-2.^o (3.^o ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1989), pp. 215 y ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 287; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* IV (5.^o ed., Madrid, Tecnos, 1989), pp. 285 y ss.

(22) GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 317.

(23) Cfr. GOUBEAUX, *op. et loc. cit.*; parecidamente, GORDILLO, *Capacidad, incapacidades...* *cit.*, p. 42; GITTER, en el *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 1 (2. Aufl., München, Beck, 1984), *sub* §§ 104 y ss., p. 691.

Naturalmente, ambos tipos de protección están directamente relacionados, de forma que puede decirse que constituye como la cara y cruz de una misma moneda; dos aspectos (dependientes de dos diversos enfoques) de un solo sistema general de protección. Es claro que si el menor o el incapacitado no pueden obrar *por sí solos* con eficacia jurídica, alguien tendrá que obrar por ellos; de la misma forma que si no pueden cuidar de sí mismos, alguien tendrá que cuidar de ellos. Con todo, la diferenciación propuesta entre el aspecto positivo y el negativo de esa protección, sirve también para acercarse al conjunto de medidas tuitivas de menores e incapaces desde dos puntos de vista complementarios, que permiten tener una visión global del sistema general, y de los ámbitos y características con las que se presta esta protección. Así, mientras el enfoque negativo desemboca naturalmente en la consideración de la capacidad de obrar *ad extra* del menor o incapaz, el enfoque positivo permite dar una atención preferente a los contenidos más personales de esa protección; es decir, a lo relativo al cuidado de la persona del menor o incapaz. Lo cual se podrá apreciar con claridad meridiana a lo largo de este estudio.

En relación con este segundo aspecto (negativo) de la protección del incapaz natural, me parece oportuno que nos detengamos brevemente ahora en algunas cuestiones relacionadas con la capacidad de obrar.

B) *Breve apunte sobre las relaciones entre capacidad natural y capacidad de obrar*

a) Planteamiento general

La posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos, pueda hacerlo mediante el reconocimiento de plena eficacia jurídica a su actuación, aparece actualmente como una consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 C.E.). En este sentido, la atribución de capacidad de obrar [presupuesta la universalización de la capacidad jurídica, como «dimensión estática y necesaria de la personalidad» (24)], y con ella de la posibilidad jurídica de hacer frente a los propios asuntos a través de la propia actuación, se revela como «cauce ordinario del desarrollo de la personalidad», de manera que «allí donde tal capacidad de autogobierno se verifica, allí mismo debe reconocerse, y en esa misma medi-

(24) La afortunada expresión es de GORDILLO, *op. cit.*, p. 20.

da, la capacidad de obrar» (25). A partir de lo cual, la consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto de la capacidad de obrar puede ser defendida, para nuestro Derecho, en línea de principio (sin perjuicio de las matizaciones que enseguida habrá que hacer) (26).

Como corolario de esta relación entre capacidad natural y capacidad de obrar, y a la luz de los arts. 10, 39 y 49 C.E., se ha llegado a afirmar en la doctrina, como he señalado ya *supra*, que «la capacidad de obrar de las personas no es limitable en nuestro actual Derecho sino por cau-

(25) Las frases entrecomilladas son, nuevamente, de GORDILLO, *op. cit.*, p. 42. En parecida línea, se ha puesto de relieve en la doctrina alemana que si la participación en el tráfico jurídico es simultáneamente expresión del desarrollo de la personalidad, entonces la negación de la capacidad de obrar significa una limitación impuesta al desarrollo de la personalidad: cfr. MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie* (Berlín, Dunker & Humblot, 1989), página 54.

(26) En ello está mayoritariamente de acuerdo la doctrina, tras las últimas reformas del Cc: cfr., GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, p. 12 (y *passim*); GORDILLO, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; ROCA TRÍAS, en su comentario al art. 215 (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*), p. 221; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 24 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, I-2.º *cit.*, p. 163; LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ, *La tutela del deficiente mental*, ponencia presentada al «Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia», publicada por Tapia (Madrid 1987), p. 63; DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos... I-2.º cit.*, p. 12; o RODRÍGUEZ-YNNESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 51.

Frente a esta opinión (si bien es verdad que trabajando a partir de unos datos de Derecho positivo muy diferentes, que avalaban en gran medida su postura: piénsese en la incapacidad de la mujer casada, o en la ya mencionada incapacitación por interdicción), DE CASTRO —*Derecho Civil de España*, II, *cit.*, pp. 49 y s.— entendió que «la doctrina jurídica ha sufrido uno de sus errores mayores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el Derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer»; antes bien, para el egregio civilista «la economía de los textos legales muestra que la capacidad de obrar depende del estado civil y, en su caso, de la condición civil de las personas». La dependencia entre la capacidad de obrar y el estado civil es afirmada todavía, entre nosotros, por ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I-1.º, *cit.*, p. 22. Como veremos, algo de razón hay en esta postura.

Lo que ocurre es que las últimas reformas han venido a afectar también a la propia consideración del estado civil, y muy especialmente a sus relaciones con la capacidad de obrar, acentuando la disociación entre ambos conceptos (sobre lo cual, *vid.*, por ejemplo, las ilustrativas páginas que a la cuestión dedica GORDILLO, *op. cit.*, pp. 48 y ss.). En este sentido, escribe DELGADO ECHEVERRÍA al caracterizar el contenido y efectos de los estados civiles: «algunos de estos estados civiles determinan la capacidad de obrar (como los derivados de la edad, o de la incapacitación); otros, por el contrario, no le afectan (como los que derivan del matrimonio o de la filiación); todos (además, en su caso, de afectar a la capacidad de obrar) definen la situación jurídica de la persona en la sociedad, y le atribuyen determinadas facultades o acciones (de estado)»; parecidamente, RODRÍGUEZ-YNNESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 51, donde propone un completo cuadro de correspondencias entre la capacidad natural, la capacidad de obrar y los estados civiles, llegando a conclusiones muy similares a las ahora indicadas.

sas que supongan la imposibilidad natural de actuar y decidir libre y responsablemente» (Gordillo) (27). Afirmación que, siendo correcta en lo esencial, precisa en mi opinión de algunas matizaciones (quizás referibles más que al pensamiento del autor a la radicalidad con la que aparece formulado).

En el caso de los incapaces las cosas son, claramente, así; en el de los menores, con algunas precisiones que habrá que hacer más abajo, puede afirmarse sin grandes dudas que también: ambas situaciones darían lugar, en correspondencia con los arts. 39 y 49 C.E., a supuestos de privación o limitación de la capacidad de obrar, con finalidad claramente tutiva del afectado por ellas. Pero nuestro ordenamiento conoce también un tercer mecanismo de limitación de la capacidad de obrar que, *prima facie* —también por inercia respecto de la situación anterior a la reforma de 1983— podría ser equiparable a los anteriores, aunque no estén del todo claros ni su fundamento último ni su alcance en nuestro Derecho (28): me refiero a la prodigalidad.

Tras la reforma del Código civil operada por ley de 24 de octubre de 1983, de la regulación positiva de la prodigalidad en el Derecho español pueden obtenerse algunas conclusiones interesantes para nuestro propósito: 1. Que, en sí misma considerada, la prodigalidad no es causa de incapacitación (arts. 199 y 200 C.c.) (29), pero sí supone una clara limitación a la capacidad de obrar del declarado pródigo (art. 298 C.c.) (30); 2. Que la finalidad de esta institución no es la

(27) GORDILLO, *op. cit.*, p. 47.

(28) Cfr. las agudas observaciones de SALVADOR CODERCH, en el comentario a los artículos correspondientes en los *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, especialmente, pp. 723 y ss.; en la misma línea, DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos... I-2.º, cit.*, p. 143.

(29) Así, expresamente, GETE-ALONSO, *La nueva normativa...*, p. 275; MONSERAT VALERO, *La prodigalidad*, RGLJ 259 (1985), pp. 898 y ss.; GORDILLO, *op. cit.*, página 43; DíEZ-PICAZO, en su comentario al art. 200, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, p. 180; OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad* (Madrid, Montecorvo, 1987), pp. 109 y ss.; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La declaración de prodigalidad en Derecho Español*, RGLJ 262 (1987), pp. 873 y s.; DíEZ-PICAZO y GUILLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 270; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 146.

(30) Así, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 271; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, pp. 109 y ss.; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. cit.*, p. 873; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 142 y ss.; o RODRÍGUEZ YNYESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 62. Algunos autores llegan más lejos: para LETE DEL RÍO se trataría de una «cuasi-incapacidad» (*Derecho de la persona, cit.*, p. 105); mientras que para ALBALADEJO llega a asimilarse a la incapacitación: «la prodigalidad de algún modo da lugar a una cierta clase de incapacitación, en cuanto es innegable que al declarado pródigo se le limita su capacidad normal, lo que no sólo puede llamarse incapacitación dando a esta palabra el sentido tanto de *reducción* como de *limitación* de la capacidad, sino que admitido que en verdad la incapacitación, rigurosamente hablando, puede consistir en *limitar* la capacidad del incapacitado sometiéndose a curatela (art. 210), es evidente que la prodigalidad da lugar a una situación tan de incapacitación como la que pesa sobre los incapacitados sometidos a curatela» (*Derecho Civil I-1.º, cit.*, p. 267).

protección del declarado pródigo (31), sino la de sus familiares más próximos (art. 294 C.c.) (32).

A partir de estos datos, puede afirmarse que en el caso de la prodigalidad parece claro que hay una limitación de la capacidad de obrar, que no responde a una efectiva incapacidad natural por parte del declarado pródigo (33), ni se dirige a protegerle (aunque indirectamente pueda tener efectos beneficiosos para él). Con todo, no me parece que esto altere fundamentalmente lo que ha quedado expuesto, ya que, en mi opinión, la prodigalidad, como limitación de la capacidad de obrar, no puede ser situada al mismo nivel que la incapacitación del enfermo mental o físico, o que la situación del menor de edad. Ello, por las siguientes consideraciones:

1. Por que se trata de una limitación de la capacidad de obrar restringida, cuantitativamente, a la esfera patrimonial, y que dentro de ésta afecta solamente a la realización de aquellos actos que expresamente determine la sentencia que la declare; de manera que el pródigo es perfectamente capaz para la realización de cualesquiera actos no patrimoniales, o para la de los patrimoniales no contemplados en la sentencia.

2. Porque se trata de una limitación de la capacidad de obrar de grado mínimo, cualitativamente, puesto que no impide al pródigo realizar los actos que exprese la sentencia *por sí mismo*, sino realizarlos *por sí sólo*: para poder llevarlos a cabo precisará la intervención del curador.

(31) A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno: cfr. las referencias de SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 725, nota 33. A ellas puede añadirse una nueva referencia, esta vez a Portugal, donde la inhabilitación del pródigo tiene como primera finalidad proteger sus propios intereses: cfr. PAÍS DE SOUSA y FRÍAS DE OLIVERA, *Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados* (Coimbra, Almedina, 1983), p. 269.

(32) Lo ha advertido, también, la doctrina: entre otros, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 267 y 281; LETE DEL RÍO, en su comentario introductorio a los preceptos del Cc que regulan la prodigalidad, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO) —en adelante, *Comentarios Albaladejo*—, t. IV (2.ª ed., Madrid, EDESA, 1985), p. 451; MONTSERRAT VALERO, *op. cit.*, p. 884; SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 724 ó 735; o RODRÍGUEZ-YNTESTO, *op. cit.*, p. 104.

(33) La prodigalidad, en sí misma considerada no supone necesariamente alteraciones psíquicas en el pródigo, aunque pueda ser, en algunos casos, síntoma de las mismas. Actualmente es clara la autonomía de la prodigalidad con respecto a las enfermedades psíquicas a que se refiere el art. 200: la limitación de la capacidad de obrar deriva simplemente de la conducta derrochadora del pródigo (y la concurrencia de los demás requisitos legales), y no de una eventual enfermedad mental que necesariamente explicaría esa conducta. Sobre lo cual, *vid.*, con mayor extensión, las consideraciones de MONTSERRAT VALERO, *op. cit.*, pp. 880 y ss.; SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 725 y ss.; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; o RODRÍGUEZ-YNTESTO, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

3. Por último, hay que señalar que, siendo fundamento de la prodigalidad la defensa de los intereses de la familia más próxima del pródigo y no intereses futuros (como ocurría antes de la reforma de 1.983), sino actuales y de índole vital («...que reciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos...», dice el art. 294 C.c.) (34), al menos en relación con ascendientes y descendientes (35). la finalidad y fundamento de la institución del principio constitucional de protección a la familia.

De acuerdo con cuanto antecede, la limitación de capacidad que supone la prodigalidad, si bien no se basa en la ausencia de capacidad natural, sí es verdad que tiene una función de protección (no del pródigo, sino de su familia) que responde, al menos indirectamente, al mencionado principio constitucional. Y por otro lado, se trata de una limitación de la capacidad de obrar que, por su contenido y alcance, puede ser ella misma calificada como limitada o parcial —no, desde luego, general—, y proporcionada a los fines que mediante ella quieren lograrse. Por ambas razones no creo que pueda entenderse que hay aquí una vulneración injustificada y desproporcionada del principio de libre desarrollo de la personalidad.

Con todo, hay también que advertir que debido a ese mismo carácter limitado (*institucionalmente limitado*, quiero decir) (36) que caracteriza a la prodigalidad, no me parece que pueda ser considerada como un caso de privación o limitación general de la capacidad, en el sentido y grado en que lo son, institucionalmente, la incapacitación o la minoría de edad: ambas dos, en su grado máximo, pueden llegar a suponer la privación total de la capacidad de obrar, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal; lo cual nunca ocurre (ni puede ocurrir) con la prodigalidad.

(34) En la misma línea, SALVADOR CODERCH señala que con la prodigalidad «el Código no tutela intereses estamentales ni de clase, sino precisamente *intereses vitales*» (*op. cit.*, p. 735).

(35) Respecto al cónyuge, parece más probable la opinión que considera independiente su legitimación para pedir la declaración de prodigalidad, de la existencia del derecho de alimentos en sentido estricto (así, entre otros, GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 286 y s.; SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 736; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, p. 81; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. cit.*, p. 877; o RODRÍGUEZ-YNNESTO, *op. cit.*, p. 256; en contra, sin embargo MONSERRAT VALERO, *op. cit.*, p. 893); aunque también sea habitual referirse, en relación con esta cuestión, a los deberes de ayuda, actuación en interés de la familia, socorro mutuo y levantamiento de las cargas del matrimonio (*vid.* las diferentes consideraciones que en torno a ello hacen, por ejemplo, SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 736; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, p. 82; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. et loc. cit.*; o RODRÍGUEZ-YNNESTO, *op. cit.*, pp. 254 y ss.).

(36) Y en ello se diferencia, por ejemplo, de un supuesto de incapacitación en que la sentencia que la declare someta al incapacitado a una curatela de contenido tan limitado, para ese caso, como el que corresponde con carácter general a la curatela por prodigalidad.

Por tanto, una cosa es que, como principio, la capacidad de obrar dependa con carácter general de la capacidad natural, y otra muy distinta que todas las limitaciones de aquélla —es decir: *cualquier* limitación— deban proceder de un defecto de ésta: ello sólo ocurre en los dos supuesto de privación o limitación general de la capacidad de obrar de que vengo hablando (incapacitación y menor edad), pero no en otros casos de limitación de dicha capacidad, a los que, como he señalado, no conviene en sentido estricto la calificación de «general» (típicamente, la prodigalidad; pero no cuesta mucho recordar ahora la situación especial de concursados y quebrados...).

b) Alcance y factores de disociación de la correspondencia entre capacidad natural de obrar

Llevada a su extremo, la correspondencia entre la capacidad natural y la capacidad de obrar (que sería un mero reflejo jurídico de aquélla) obligaría a comprobar caso por caso la capacidad natural de las personas, para poder determinar así, también caso por caso, su concreta capacidad de obrar; lo cual es impracticable por que, evidentemente, paralizaría por completo la vida jurídica. Estos efectos perjudiciales se producirían, aunque en menor grado (pero con una eficacia perturbadora todavía considerable), si dicha necesidad de comprobación se limitara a aquellas personas frente a las que pueden surgir razonablemente dudas acerca de su capacidad natural por razón de su edad, de su desarrollo psicobiológico, de su formación, o de la presencia de alteraciones mentales (37). Por estas o parecidas consideraciones (que no aportan, desde luego, nada que no se supiera) «es práctica común en los ordenamientos jurídicos concretar el reconocimiento (limitación o condicionamiento) de la capacidad de obrar a ciertos hechos o datos objetivos, uniformes y generales para todas las personas, como son el haber alcanzado determinada edad, no padecer determinadas enfermedades (físicas o psíquicas) o defectos, o bien por otras causas que la ley establece» (Lette del Rio) (38).

(37) Exteriormente reconocibles, claro está; otra cosa convertiría la limitación en papel mojado.

(38) LETTE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, cit., p. 24. Como he dicho, no son planteamientos novedosos: cfr., por todos, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 149; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, cit., pp. 12 y ss. (con el enfoque crítico-ideológico que caracteriza esta obra); Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* I, cit., p. 252; o DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 12 y s. También, fuera de nuestras fronteras: cfr., por ejemplo, GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 321; o MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB* (4. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1990), p. 200.

Según esto, la capacidad de obrar de las personas deriva directamente, con carácter general, de la concurrencia de esos hechos o datos objetivos, a los que el ordenamiento la liga. Lo que también es verdad, en la actual situación de nuestro Derecho positivo, es que los hechos o datos a los que se vincula el reconocimiento de la capacidad de obrar abstracta y general, han sido fijados precisamente teniendo en cuenta que ellos permiten establecer razonablemente una presunción de existencia (o limitación, o inexistencia) de la capacidad natural. Lo cual quiere decir que, para la atribución de esa capacidad de obrar abstracto y general, se parte de una presunción legal de capacidad natural, que obra con base en datos externos objetivos y fácilmente reconocibles: la mayoría de edad (a partir de la cual el legislador presume que una persona ha llegado ya al desarrollo físico y mental, y al nivel de conocimientos y experiencia que le permite desenvolverse por sí sólo), y la ausencia de incapacitación (39).

Se puede decir que, en orden a la atribución de capacidad de obrar general, la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar es una correspondencia teórica —pero con fundamento real—, basada en presunciones legales, con alcance general, y que sitúa a la persona en una posición jurídica fácilmente identificable por quienes tienen que tratar con ella.

Este planteamiento supone la apertura de un brecha clara en la correspondencia real, concreta, entre la natural y la de obrar, que ha motivado introducción de algunas medidas de adecuación. Todo ello, en dos sentidos:

1. Primero, cuando el ordenamiento reconoce capacidad de obrar a quien naturalmente es incapaz o sólo limitadamente capaz: sería el caso, por ejemplo, del mayor de edad afectado por una enfermedad mental que le impide hacer frente a sus propios asuntos, pero que no ha sido incapacitado. A estos supuestos, en sus manifestaciones más graves de perturbación de las facultades mentales, atiende el Derecho

(39) Así, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 13; y RODRÍGUEZ-YNNESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 58. Es en esta perspectiva en la que, como indicaba antes, tienen parte de razón DE CASTRO y ALBALADEJO (también para el Derecho civil vigente), cuando ligan la capacidad de obrar al estado civil, y no a la capacidad natural; lo que ocurre es que las cosas no suceden con la radicalidad con las que son planteadas por dichos autores. Efectivamente, la capacidad general de obrar de una persona no depende directamente de su capacidad natural, sino sólo indirectamente, y en un plano puramente abstracto o teórico; directamente, deriva de un estado civil (pero no de *cualquier* estado civil, como sabemos: la mayor o menor edad, y la incapacitación), que, éste sí, se funda en una presunción de capacidad o incapacidad natural derivada de las etapas del desarrollo de la personalidad (es el caso de la menor y la mayor edad), o en la constatación de esa incapacidad en un momento determinado (incapacitación) —o la ausencia de dicha constatación— que se presume continúa en tanto no se acredite la recuperación total o parcial de la capacidad natural.

mediante la exigencia de la efectiva de capacidad natural en el momento concreto de la realización del acto de que se trate; de manera que la carencia de dicha capacidad natural, aunque el sujeto sea formalmente capaz de obrar, afecta directamente a la validez y eficacia de sus actuaciones (40).

2. Segundo, cuando quien carece de capacidad general de obrar tiene capacidad natural suficiente, bien en general, bien para la realización de determinados actos. En este caso las soluciones que ofrece el ordenamiento son menos claras que en el anterior, pero no faltan dispositivos mediante los que se consigue aproximar la capacidad de obrar reconocida por el Derecho a la capacidad natural efectivamente presente en el sujeto. Baste citar, en relación con el menor, la posibilidad de emancipación (especialmente, desde este punto de vista, la llamada emancipación por vida independiente), o el progresivo reconocimiento —legal y, desde luego, doctrinal— de una limitada capacidad de obrar, en paralelo al desarrollo físico y psíquico del menor; y, en relación con los incapacitados, además de la flexibilización de la figura operada por la reforma de 1.983 en cuanto a sus causas, alcance y mecanismos protectores, las posibilidades de modificación y cesación de dicha situación, si el incapacitado recupera total o parcialmente su capacidad natural, o los casos en los que la capacidad de obrar para la realización de actos determinados aparece ligada a la capacidad natural (típicamente, el matrimonio —art. 56 C.c.— o el testamento —art. 665 C.c.—).

De acuerdo con esto, la capacidad natural, además de fundamentar el reconocimiento de la capacidad (o incapacidad) general de obrar, en la forma que se ha indicado, adquiere relevancia jurídica propia, precisamente en los casos más graves de disociación entre la capacidad de obrar general (=capacidad natural presumida legalmente) y la capacidad natural real de una persona determinada, como mecanismo corrector de las disfunciones que esa disociación podría producir (41).

(40) En el mismo sentido, ALBALADEJO señala que «para realizar válidamente un acto se precisa: 1.º Capacidad de obrar... 2.º Estar, además, en condiciones psíquicas de poder llevarlo a cabo» (*Derecho Civil I, cit.*, p. 230).

(41) Así, con particular energía (y un alcance general que no comparto, al menos en la formulación literal del autor) STANZIONE —*Capacità e minore età nella problematica della persona umana, cit.*, pp. 176 y s.— señala que la consideración autónoma de aquélla tiene sentido, desde el punto de vista jurídico, sólo en la medida en que esa consideración se proyecte sobre una situación opuesta de capacidad (o incapacidad) de obrar; en consecuencia «aparece claro que a la incapacidad natural compete una función negativa y subsidiaria, consistente en la exclusión de la validez o de la imputabilidad de un acto que, por el contrario, debería revestir precisamente esos caracteres. Pero no se puede negar, por otro lado, que la capacidad natural pro-

C) *Posibilidades y límites de una consideración conjunta de la situación de menores e incapaces ante el Derecho civil*

a) Hemos visto hasta ahora cómo entre la situación del menor y la del incapaz —que constituyen el elemento teleológico de las instituciones civiles de asistencia y protección— hay puntos de contacto importantes, que permiten una aproximación entre ellas, y justifican suficientemente el tratamiento conjunto que la doctrina hace —ocasionalmente, con brevedad y sin profundizar demasiado en ello— de ambas (42). Destacan, entre esos puntos de contacto, el fundamento de la protección que se les dispensa (que proporciona el componente teleológico de las instituciones y mecanismos de protección): la incapacidad natural de autogobierno; y junto a él, las líneas maestras del contenido de esa protección; la importancia del principio del respeto al libre desarrollo de la personalidad, como límite y modalizador de ese contenido, o la necesidad de tener en cuenta el principio de seguridad del tráfico para orientar, también, el mencionado contenido.

Esta proximidad entre las dos situaciones es todavía mayor si reparamos ahora, una vez analizado ya lo relativo a la que he denominado más arriba «protección negativa» (privación o limitación de la capacidad de obrar), en algunos aspectos del contenido positivo de dicha protección; es decir, referidos a los mecanismos de guarda, asistencia y representación de menores e incapaces.

Tras las reformas de 1981 y 1983, parece claro que se ha producido un más que notable acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la incapacidad (o capacidad limitada), y, en su caso, atender al cuidado de la persona y bienes de los menores, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto a los incapaces. Ello es así hasta el punto de que se ha podido hablar, con razón, de una cierta «fun-

voca, a su vez, la validez o imputabilidad de un acto con respecto al cual el estado, presumido legalmente, de incapacidad de su autor impediría —o todo lo más dejaría en suspenso— la producción de efectos, o bien evitaría la anudación de toda responsabilidad».

(42) Cfr., por ejemplo, DE CASTRO, *Derecho Civil de España, cit.*, p. 42; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, I-II, *cit.*, p. 165; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, *cit.*, p. 238; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, I-2.º, *cit.*, pp. 12 y s. Con mayor detalle, puesto que ese tratamiento conjunto es una de las tesis de su trabajo, CASANOVAS MUSSONS, *La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida*, RJC 1985, pp. 85 y ss. Fuera de nuestras fronteras, cfr. las referencias de PESCARA a la doctrina italiana («I provvedimenti...» *cit.*, pp. 754 y ss.); WEIL y TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (5.ª ed., París Dalloz, 1983), pp. 727 y ss.; LARENZ, *Allgemeiner Teil... cit.*, p. 95; GITTER, en el *Münchener Kommentar... cit.*, sub §§ 6 (pp. 97 y ss.) y 104 y ss. (pp. 690 y ss.); MEDICUS, *Allgemeiner Teil, cit.*, pp. 199 y ss.; y HEINRICH, *Palandt BGB* (50 Aufl., München, Beck, 1991), sub §§ 6 (pp. 10 y ss.), y 104 y ss. (pp. 71 y ss.).

gibilidad institucional» de tales figuras (43). En efecto, la introducción en 1981 de la patria potestad prorrogada o rehabilitada como mecanismo apto para la representación y protección de determinados incapaces, permite extender el alcance de la patria potestad más allá de lo que hasta entonces aparecía como su ámbito natural de actuación, limitado a la minoría de edad del hijo *inpotestate*. A partir de ahí, resulta que el menor, dependiendo de sus circunstancias personales, podrá estar sometido, bien a la patria potestad, bien a la tutela; y, del mismo modo, el mayor incapacitado podría verse sometido, también en función de sus circunstancias personales, bien a la tutela (que incluye el caso de tutela prorrogada: art. 278 C.c.) (44), bien a la patria potestad prorrogada o rehabilitada. De esta forma —en palabras de Casanovas Mussons— «se confería a la institución protectora (patria potestad, tutela) un carácter accidental respecto a la causa de la incapacidad; permitió prescindir (a estos efectos generales, más allá del contenido concreto) del hecho de que la intensidad máxima venga determinada por la minoría de edad o por la incapacitación» (45).

Por otro lado, la introducción de la curatela en la reforma de 1983 tiene un efecto similar respecto al grado o intensidad mínima de la incapacitación (régimen de asistencia o complemento de la capacidad) (46), en la medida en que, dependiendo nuevamente de sus circunstancias personales, el menor emancipado puede ver complementada su capacidad mediante la asistencia de sus padres o de un curador (arts. 286 y 323 C.c.); y el mayor de edad sometido a curatela puede verse asistido, bien por sus padres (en función de curadores), o bien por personas diferentes de ellos (art. 291 C.c., en relación con el art. 234 C.c.).

Este acusado paralelismo (47) (e intercambiabilidad, en el sentido indicado) entre las instituciones de asistencia y guarda de menores e incapacitados, obedece a una clara aproximación también en cuanto a las respectivas estructuras básicas conforme a las que se organizan los estatutos jurídicos respectivos, en lo que se refiere a la afectación de la capacidad de obrar: en ambos supuestos se conocen situaciones de incapacidad máxima (vgr., la del recién nacido, o la del incapacitado plenamente), que determinan el sometimiento a un régimen de sustitución

(43) La significativa expresión es de CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, p. 96.

(44) Sobre las peculiaridades más notables de esa tutela prorrogada, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit., sub art. 278*, pp. 616 y ss.

(45) CASANOVAS MUSSONS, *op. et loc. cit.*

(46) Cfr. CASANOVAS MUSSONS, *op. et loc. cit.* Sobre la distinción entre regímenes de sustitución y regímenes de asistencia o complementación, *vid.* CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, pp. 89 y s.; y ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit., sub art. 215*, p. 225.

(47) Que resaltan también ROCA TRÍAS, *op. cit., sub arts. 216 y 217*, p. 227; y GARCÍA CANTERO «Los principios de la nueva normativa de la tutela» *cit.*, p. 87.

ción (patria potestad o tutela); y situaciones de incapacidad mínima —o de limitación mínima de la capacidad de obrar, si se quiere— (vgr., la del menor emancipado, o la del incapacitado limitadamente), que determinan el sometimiento a un régimen de asistencia (asistencia paterna o curatela) (48). También en ambos casos se conocen grados intermedios de capacidad de obrar entre esas intensidad máxima y mínima, según tendremos ocasión de ver. Todo lo cual sirve para justificar la aproximación entre los respectivos tratamientos jurídicos de la situación de los menores y la de los incapacitados (49).

b) Frente a estas consideraciones, no han faltado quienes han señalado que no es correcto realizar un tratamiento unitario de la situación de menores e incapaces (50).

(48) Cfr., también, CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, p. 89; y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, sub art. 215, p. 225.

(49) Parecidas ideas en CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, pp. 91 y ss., donde intenta la construcción unitaria del estatuto jurídico de la capacidad limitada.

La aproximación entre la situación de los menores y la de los incapacitados no se produce únicamente en nuestro Derecho. Cfr., por ejemplo, las referencias de PESCARA («I provvedimenti...» *cit.*, pp. 754 y ss.) a los argumentos con los que se justifica en la doctrina italiana la remisión que hace el art. 424 del *Codice*, en sede de interdicción e inhabilitación, a las reglas reguladoras de la protección de menores; o, respecto al Derecho francés, las consideraciones de WEIL y TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, *cit.*, pp. 727 y ss.

En el Derecho alemán los datos normativos apuntan también en esta dirección. Por ejemplo, el § 104 BGB considera incapaces negociales, además de al menor de 7 años, al incapacitado por enfermedad mental, y a quien se encuentra en un estado no transitorio de perturbación patológica de la actividad mental, que impida la libre determinación de su voluntad; mientras que gozan de capacidad negocial limitada el menor de edad mayor de 7 años (§ 107 BGB), y también los incapacitados por debilidad mental, prodigalidad, alcoholismo o toxicomanía (§ 114). Sobre lo cual, *vid.* LARENZ, *Allgemeiner Teil*, *cit.*, pp. 95 y ss.; GITTER, en el *Münchener Kommentar... cit.*, sub §§ 6 (pp. 97 y ss.) y 104 y ss. (pp. 690 y ss.); MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, *cit.*, pp. 199 y ss.; y HEINRICH, *Palandt BGB*, *cit.*, sub §§ 6 (pp. 10 y ss.), y 104 y ss. (pp. 71 y ss.). En relación con ello, conviene advertir que a partir del 1 de enero de 1992 la regulación alemana de la incapacitación se verá fuertemente afectada por la entrada en vigor de la denominada «Ley de Asistencia» (*Betreuungsgesetz*) de 12 de septiembre de 1990: dan noticia de ella PALANDT, *op. cit.*, p. 10 y, con información sobre su contenido más relevante, STOLL y WEINREICH, *Evolución del Derecho privado alemán en los años 1987-1989* (trad. SANTOS BRIZ), RDP 1991, pp. 496 y ss.

(50) Entre nosotros, sin ulteriores precisiones, ROCA TRÍAS (*op. cit.*, pp. 224 y ss.), para quien de dicho empeño derivan dificultades de operatividad. En Italia, pueden verse también las reflexiones de PESCARA (*op. cit.*, pp. 754 y ss.), motivadas fundamentalmente por la ya aludida remisión que efectúa el art. 424 del *Codice* a las reglas de protección de menores, que resultan (según señala el citado autor) inadecuadas para dar solución a las peculiaridades de la situación de los incapaces, lo que acaba resolviéndose en lagunas e inconvenientes prácticos de naturaleza muy variada; naturalmente, la ausencia en nuestro Derecho de una norma como la italiana hace que alguna de las razones allí expuestas sean para nosotros de escasa utilidad.

En relación con ello, Goubeaux parte de la idea de que «el problema legislativo planteado por los mayores necesitados de un estatuto protector es muy diferente del que plantean los menores» (51). A continuación, desgrana las siguientes diferencias: 1. La universalidad de la situación del menor, como etapa por la que pasa todo ser humano, frente al carácter minoritario de las situaciones de incapacidad natural en mayores de edad. 2. La homogeneidad, en general, de las etapas y grados del desarrollo humano, frente a la diversidad de las anomalías psíquicas. 3. La temporalidad del estado del menor, que tiende por su propia naturaleza hacia la obtención de la plena capacidad, frente a la persistencia que caracteriza a muchas enfermedades mentales (52). De donde concluye este autor que «el punto de contacto entre las dos categorías es de técnica jurídica: ciertos aspectos de la incapacidad de obrar pueden constituir un método de protección de los intereses de los mayores y, en esta medida, cabe encontrar mecanismos análogos a los que se utilizan respecto a los menores. Pero es claro que la utilización común de algunos medios no sirve para crear una identidad artificial entre cuestiones que son diferentes» (53).

c) Las apreciaciones de Goubeaux, que en sí mismas son acertadas, ponen de relieve los límites necesarios a la aproximación y (en su caso) tratamiento conjunto de la situación de los menores y la de los incapacitados. Es verdad, por un lado, que esa aproximación y tratamiento conjunto, hasta el límite de lo posible y razonable, puede resultar fructífero, y ayudar a entender mejor y más profundamente las líneas de la regulación jurídica de cada una de esas dos categorías de personas (y pienso que las páginas que anteceden pueden servir como botón de muestra), más allá del puro componente técnico a que se refiere Goubeaux. Pero es también verdad que las diferencias sustantivas entre la situación (y por tanto, las necesidades) de los menores, y la de los incapaces, en la línea marcada por el citado civilista francés, son claras y postulan un contenido específico, diferente, para los mecanismos de protección atinentes a cada una de dichas dos categorías; de esta forma se podrán evitar las disfunciones, lagunas, dificultades, falta de operatividad, etc., que la doctrina ha achacado a un tratamiento conjunto que no atiende particularizadamente a esas peculiaridades. Forzar esos límites creando una superestructura conceptual para homogeneizar el tratamiento de ambas situaciones, haría perder en los dos casos la flexibilidad imprescindible para conseguir el equilibrio óptimo entre los principios fundamentales involucrados en esta regulación: el de protección a menores e

(51) GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 435.

(52) Cfr. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 435 y s.

(53) GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 436.

incapaces, el de respecto al libre desarrollo de su personalidad, y el de seguridad jurídica y del tráfico.

Buena muestra de ello puede ser, en nuestro Derecho positivo, la presencia de un conjunto de medidas destinadas específicamente a la protección del menor (y más concretamente, como veremos, del menor no emancipado), en razón de sus más urgentes necesidades de atención y cuidados, que no son extensibles a los incapacitados. Me refiero, básicamente, a la tutela automática *ex art 172.1 C.C.*, a la guarda administrativa *ex art. 172.2 C.C.*, y al acogimiento familiar (54): todas ellas diseñan un ámbito jurídico de protección de menores, que no encuentra correspondencia en relación con los incapacitados.

II. LA EDAD COMO CRITERIO DETERMINANTE DEL SOMETIMIENTO A UN REGIMEN DE PROTECCION

Es un dato empíricamente comprobable por cualquiera que el hombre, en el momento de su nacimiento, necesita para sobrevivir atención y cuidados inmediatos; y también la lentitud de su ulterior desarrollo físico y psíquico, hasta llegar a la madurez psicobiológica. Durante este largo período precisa también que le sean prestados cuidados y atenciones. En palabras de Goode (55), «como muchos otros animales, el hombre está desvalido al nacer, y sin cuidados moriría rápidamente. Sin embargo, a diferencia de la mayoría, el hombre tampoco puede cuidarse por sí mismo durante varios años. Esta característica está enlazada con otras varias para formar un complejo que sitúa aparte al hombre:

1. El hombre madura más tarde que cualquier otro animal.
2. No tiene instinto para simplificar su ajuste al medio.
3. Posee el cerebro más complejo entre todos los animales» (56).

A estas o similares consideraciones alude Moritz cuando se refiere al «origen antropológico del pensamiento de necesidad de protección del niño» (57).

(54) A las que cabría añadir la adopción, en su contenido —hoy fundamental— de protección a menores en desamparo.

(55) Citado por LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos...* IV-1.º (Barcelona, Liberría Bosch, 1989), pp. 12 y s.

(56) Parecidamente, desde la perspectiva psicobiológica, SEVA DÍAZ «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico», en *El régimen jurídico de la adopción* (Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1989), p. 29.

(57) MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 43; aunque sería más correcto hablar de origen antropológico de la *necesidad* de protección, puesto que se trata de una realidad, y no de una corriente doctrinal o filosófica.

A este desarrollo psicobiológico, consistente en la consolidación suficiente (58) de sus facultades intelectivas y volitivas, hay que añadir un ulterior componente de esa capacidad natural de autogobierno, consistente en un aprendizaje de carácter general, cuyo objeto es precisamente el autogobierno. Efectivamente, una vez que la inteligencia y la voluntad han llegado a un grado suficiente de madurez psicobiológica, le falta todavía al menor para poder desenvolverse por sí solo la *experiencia* necesaria para hacerlo (59). De manera que en una primera fase, el menor es protegido básicamente por la falta (o limitada presencia) de las facultades intelectivas y volitivas; y en una segunda fase, considerablemente más cercana a la mayoría de edad, la protección deriva de la inexperiencia del menor en el manejo de esas facultades de las que ya dispone, en relación con su propio autogobierno (60).

Estas consideraciones me parecen relevantes, porque sirven para ponderar, en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad, la adecuación de los mecanismos de protección a las necesidades reales del menor, en relación con el fundamento de esa protección que se le ofrece. Por ejemplo, respecto a la conveniencia de dotar al menor de un medio de protección que le permita simultáneamente obtener la experiencia que le hace falta en la última etapa de su desarrollo antes de la mayoría de edad (61).

El momento concreto en que se alcanza, efectivamente, esa capacidad natural de autogobierno, es diferente para cada persona; como tam-

(58) Hay que advertir que, desde el punto de vista jurídico, no interesa tanto el desarrollo óptimo de esas facultades (que puede llegar a no conseguirse, sin impedir a una persona mantener una vida de relación normal), sino un desarrollo mínimo, por debajo del cual lo que procede es ya la incapacitación.

(59) Con todo, es precisamente esa madurez de las facultades de conocer y querer la que debe tenerse en cuenta primeramente, por que ellas constituyen el instrumento con el que el hombre (*cualquier* hombre) puede enfrentarse también a situaciones para las que nunca fue educado.

(60) Lo alude GOUBEAUX, *Les personnes*, *cit.*, p. 319.

(61) Frente la vinculación de la capacidad de obrar a la capacidad natural, tal y como ha quedado diseñada, otros autores hacen hincapié en la madurez social (cfr. las referencias de STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 275 y ss.: allí mismo indica el autor las aporías de esa dirección doctrinal) o en el aprendizaje social —profesional— (R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, *cit.*, pp. 12 y s.). La postura no me convence. Ligar la capacidad de obrar (como propone R. BERCOVITZ) a la función que se va a desarrollar en la sociedad, y por tanto a la finalización del específico aprendizaje dirigido a poder llevarla a cabo, conduce fácilmente, al menos en el plano teórico, a una cierta estamentalización de la sociedad, en la que la capacidad de obrar de cada uno depende de su situación (actual o prevista) laboral. Por último (para no extenderme demasiado), una toma de postura semejante podría acarrear consecuencias prácticas no deseables: por ejemplo, ¿habría que incapacitar o limitar la capacidad de quien, preparado para desarrollar una función, se encuentra de pronto en unas circunstancias que sobrepasan la función para la que se preparó (piénsese en el típico caso de herencia cuantiosa e inesperada, de administración compleja)?

bién es distinto el proceso concreto que ha seguido hasta llegar a esa madurez (aunque entre todos los hombres se dé un acusado paralelismo, más acentuado a medida que las circunstancias culturales, sociales, económicas, etc. son más próximas).

Evidentemente, el Derecho podría optar por atender a las circunstancias personales de cada individuo, para determinar cuándo ha llegado a la madurez, o cuál es el grado de madurez al que ha llegado (62). Pero esta es una solución impracticable por las dificultades de comprobación que plantea (63), más en un modelo de sociedad cuyo entramado de relaciones económicas, políticas, sociales, etc. es tan complejo como el actual. De ahí que el Derecho —al menos en nuestro ámbito cultural y jurídico— tienda a adoptar un criterio externo, fácilmente comprobable, que permite una considerable simplificación del funcionamiento de la vida jurídica, como es el de ligar a la edad del sujeto tanto la capacidad de obrar como, en general, el sometimiento a un régimen especial de protección. La razón de obrar así es clara: en palabras de Goubeaux (64), «el paso de una cualidad, la aptitud para conducir razonablemente sus asuntos, a una cantidad, un número determinado de años transcurridos desde el nacimiento, ignora ciertamente algunos matices, pero es una aproximación la mayor parte de las veces suficiente, y su simplicidad le confiere una incontestable superioridad práctica». De ahí que la solución legal sea considerada, también por la doctrina, preferible por sus innegables ventajas prácticas (65).

Antes de seguir, y precisamente para poder hacerlo con más provecho, creo conveniente detenernos muy brevemente en ese dato elegido

Es sabido, ya en otra perspectiva, que históricamente se ha atendido a otras «idoneidades» o «capacidades» para fijar edades jurídicamente relevantes: vgr., la pubertad, o la capacidad de portar armas: cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età...* cit., p. 274; o R. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

(62) Por ejemplo, ese era el criterio defendido en Roma por los sabinianos, para determinar cuándo una persona había alcanzado la pubertad; pero, por consideraciones prácticas, acabó imponiéndose la opinión de los proculeyanos, y fijándose un límite legal mínimo (14 años para los hombres, y 12 para las mujeres): cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (6.^a ed., Pamplona, EUNSA, 1986), p. 350; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 150 (quien señala que el Derecho musulmán sigue todavía ese criterio); STANZIONE, *op. cit.*, p. 271.

(63) STANZIONE (*op. cit.*, p. 273) llega a decir que «la única vía que se puede indicar —pero que en la práctica no es transitable— para salir del dilema consiste en someter a *test* al sujeto, a fin de comprobar si ha llegado o no a la madurez exigida».

(64) GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 321.

(65) Cfr., por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º*, cit., p. 243; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, cit., p. 52; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* I, cit., p. 252; y DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos...* 1-2.º, cit., p. 100. En relación con ello, denuncian DíEZ-PICAZO y GULLÓN que estas consideraciones se están olvidando en las recientes reformas del Código Civil «que se inclinan por una dependencia entre capacidad y aptitud concreta de la persona que se trate, prescindiendo del dato objetivo de la edad. Tal orientación parece peligrosa por arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad

por el legislador como determinante de la capacidad de obrar, y de la situación legal de protegido (66): el de la edad. Puede ser definida, con Delgado Echeverría, como «el tiempo que lleva viviendo (una persona) desde su nacimiento hasta el momento que se computa. Como se ve — sigue el citado autor—, resulta de una combinación de dos ideas muy elementales: la de *vida* y la de *duración*» (67). Si la segunda de las referencias temporales que se toman para el cálculo de la edad es, por definición, variable (dependerá precisamente del momento en el que la edad se quiera computar), el término inicial goza de fijeza legal: en nuestro Derecho, se cuenta desde el momento del nacimiento —no, por tanto, desde el de la concepción— (68), y se incluye en el cómputo, completo, el día del nacimiento [art. 315 C.c., referido a la mayor edad, pero referible, según la mejor doctrina (69), a cualquier supuesto de cómputo de la edad (70)].

La elección realizada por el legislador encierra una vinculación entre edad y capacidad natural —presumida ésta a partir de aquella— que

real, que se traducirá en el reconocimiento de capacidad de obrar jurídica, a un juicio subjetivo» (p. 252; similares consideraciones, en LETE DEL RÍO, *op. et loc. cit.*): más adelante habrá ocasión de volver sobre ello.

(66) El tema es tratado habitualmente en relación con la capacidad de obrar, pero puede ser referido también al estatuto de protección jurídico-civil en general, en la medida en que tanto el reconocimiento jurídico de capacidad de obrar a una persona, como el sometimiento o no a un régimen de asistencia o guarda legal, dependen ahora, por la finalidad protectora que ambos revisten, de su capacidad o incapacidad natural. Lo cual, como es sabido, históricamente no siempre ha sido así: hasta fechas bien recientes, si hacemos cuenta de la más que bimilenaria historia del Derecho Civil, el sometimiento a la patria potestad era por completo independiente de la capacidad natural, o de la edad, del sometido a ella, que podía morir ya septuagenario sin haber llegado a ser *sui iuris* (en realidad, tampoco la patria potestad era, como es ahora, una institución fundamentalmente tuitiva), y por tanto, sin haber adquirido plena y autónoma capacidad de obrar. En nuestro país, la vinculación de la obtención de la plena capacidad de obrar y simultánea salida de la patria potestad a la edad de la mayoría no tuvo lugar hasta el período codificador (y más concretamente, hasta la ley del Matrimonio Civil, de 1870): cfr. sobre ello, y sobre la situación anterior, DE CASTRO, *Derecho Civil de España, cit.*, pp. 151 y ss.; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 14 y s., y 18 y s.; y GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 13 y ss.

(67) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. cit.* Es un concepto, por lo demás, que goza de amplio consenso doctrinal, ya que las diferencias son únicamente de formulación: cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 149; R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 9; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 52; o CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 174.

(68) Que no deja de ser otra posibilidad existente: cfr. R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 10.

(69) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 153 y ss.; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 54; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 253.

(70) Tampoco faltan aquí otras posibilidades, discutidas en nuestro Derecho hasta que una intervención legislativa en 1943 zanjó la cuestión en el sentido indicado en el texto: cfr. sobre todo ello las exposiciones de DE CASTRO, *op. cit.*, p. 152; R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 9; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 53; o CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 177.

no tiene por qué corresponderse con la situación real de quien ha alcanzado esa edad. Con todo, no se trata de una elección arbitraria, sino que viene abonada por la existencia de una cierta adecuación conceptual entre ambas, así como por un juicio del legislador que justifica esa presunción, en el sentido que sigue:

1. Como acabo de señalar, la adquisición de la capacidad natural es fruto de un proceso vital que se desarrolla en el tiempo. La edad, por su parte, puede ser considerada, desde este punto de vista, como la expresión numérica del desarrollo temporal de una persona (71) (es decir, el tiempo de duración de su vida hasta un momento determinado). El paralelismo entre ambas realidades —desarrollo en el tiempo de la capacidad natural de una persona, y desarrollo también en el tiempo de la vida de una persona— permite emplear una (la edad) como instrumento para determinar la otra (la capacidad natural), dando así fijeza (artificial, pero necesaria) a algo que es por su propia naturaleza dinámico (72). Es decir, que para medir una realidad dinámica y no mensurable, se utiliza otra, que discurre paralelamente, pero es —esta vez sí— mensurable (73).

2. De todas formas, las consideraciones que anteceden servirán de poco si no cupiera establecer una relación entre la edad y la capacidad natural, que justificara las presunciones legales. Y es que la edad (o edades: luego hablaremos de ello) de que se trate, está dispuesta por el legislador a partir de la consideración (*id quod plerumque accidit*) de que una persona normal, en condiciones normales, a dicha edad ha adquirido ya la capacidad natural bastante para llevar a cabo la actuación o actuaciones a que el legislador le autoriza —o, si se trata de la edad de la mayoría, para reconocerle con carácter general la capacidad de obrar—.

Pero que presumir la capacidad natural a partir de la edad sea razonable, no debe hacernos olvidar el hecho de que, por medio de este sistema, se sustituye (utilizando las acertadas expresiones de Goubeaux) (74) una realidad cualitativa (la efectiva adquisición de capacidad natural) por otra meramente cuantitativa (el paso del tiempo, a

(71) Parecidamente, STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, p. 262, quien califica la edad de una persona como la «expresión numérica de un estadio de su desarrollo físico-psíquico»: como veremos más adelante, hay en esta caracterización un elemento no del todo convincente.

(72) Pero en esto la edad también se revela como adecuada, ya que el paralelismo se mantiene: también la edad es, por su propia naturaleza, esencialmente dinámica, en cuanto, en último extremo (se pueden calcular hasta los segundos...) siempre está cambiando. Hace hincapié en el carácter dinámico de la edad, STANZIONE, *op. cit.*, p. 261.

(73) Reflexiones parcialmente similares en STANZIONE, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

(74) Que, por otro lado, este autor toma de ROUBIER: cfr. STANZIONE, *op. cit.*, p. 262, nota 354.

contar desde un momento determinado). En este sentido, es claro que la edad no mide más que eso: el paso del tiempo en relación a la vida; y no, como parece pretender Stanzione (75), el desarrollo físico y psíquico de esa misma persona, con respecto al que sólo puede servir como punto de referencia aproximativo, con base en *id quod plerumque accidit*, según he indicado. De ahí resulta que, como escribe De Castro, «la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona» (76).

La elección de la edad como criterio a partir del que se presume la capacidad natural de autogobierno (con sus consecuencias respecto a la capacidad de obrar y la extinción de los mecanismos de asistencia o guarda legal) puede plasmarse de diferentes formas. En palabras, nuevamente, de De Castro (77) «se advierte una pluralidad de sistemas respecto al número y significado de las edades tenidas en cuenta. Pueden señalarse, como sus extremos, de un lado, la admisión de una sola edad como divisoria de la vida de la persona y como única o casi única edad tenida en cuenta, y de otra parte, el de señalar para cada acto una edad especial, teniendo en cuenta sus características especiales de peligrosidad o de exigencia de particulares condiciones; el primero tiene la ventaja de la sencillez y de evitar complicaciones respecto a la validez de los actos; el segundo, puede llegar a resultados más equitativos. Entre ambos, se ha generalizado otro sistema: el de señalar una edad básica (mayoría de edad), que determina la diferencia de estado de la persona, y junto a ella se tienen en cuenta una serie de edades de significado más restringido, que señalan la capacidad jurídica especial para cada uno de los distintos actos».

En la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno (incluido el nuestro) se ha optado por este último sistema —con matizaciones, a las que aludiré más adelante, y diferencias notables de unos a otros— (78). En él se aúnan las ventajas de la fijeza, seguridad y sencillez derivadas del establecimiento de una edad general para la atribu-

(75) Cfr. STANZIONE, *op. et loc. cit.*

(76) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 149.

(77) DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 150 y s.

(78) Así, mientras en los países del ámbito latino la edad de la mayoría se presenta como la única relevante con carácter general, los del ámbito germánico conocen, junto a ella (que sigue conservando su preeminencia, al determinar la plena capacidad) otras edades intermedias: así, en Alemania, la de los 7 años, a partir de la cual el menor (que lo sigue siendo) tiene capacidad negocial limitada (§ 106 BGB); o, con mayor complejidad, en Austria, donde junto a la edad de 7 años —determinante de la situación de *Unmündigkeit*—, aparece la de 14 años, que determina la *Minderjährigkeit von Mündigen*: cfr. § 21 ABGB. En el ordenamiento español, el Derecho Civil aragonés presenta una situación similar, ya que, como es sabido, el menor de edad mayor de 14 años «puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes» (art. 5 Comp. Ar., sobre el cual, en general, *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a la Compila-*

ción de plena capacidad de obrar y la extinción de los mecanismos positivos de protección, con la posibilidad de introducir flexibilizaciones en esa regla para determinados actos, respecto a los cuales el legislador considere necesaria una mayor capacidad, o admisible otra menor. Tanto en España (por mandato constitucional —art. 12 CE—, y disposición legal —art. 315 C.c.—), como en los países de nuestro entorno más cercano (Francia —art. 388 del *Code*—, Italia —art. 2 del *Codice*, Alemania —§ 2 BGB—, Portugal —art. 122 del Código Civil— o Gran Bretaña —*Family Law Reform Act* de 25 de mayo de 1969—, por citar algunos) (79), ese límite general se encuentra situado en los 18 años, cuyo cumplimiento determina la adquisición de plena capacidad de obrar (80), y la cesación de cualquier mecanismo de representación, asistencia, o guarda en general, a que el hasta entonces menor estuviera sometido (81). A esta, acompañan otras edades fijadas por el legislador para la adquisición de capacidades de obrar especiales (algunas de las cuales, como he indicado antes, pueden revestir alcance considerable) (82).

Como ya he dicho más arriba, este sistema es entre nosotros relativamente reciente, ya que cabe situar su adopción en la etapa de nuestra codificación civil —más concretamente, en la Ley del Matrimonio Civil de 1870—, siendo consagrado después por el Código civil. Hasta ese momento, el Derecho español no conoció una única y verdadera mayoría de edad, cuyas consecuencias fueran tanto el reconocimiento

ción del Derecho Civil de Aragón (dir. LACRUZ BERDEJO), t. I —Zaragoza, 1988—, sub art. 5, pp. 325 y ss.); no creo que pueda asimilarse a éstos, sin embargo, el caso del Fuero Nuevo de Navarra, conforme a cuya Ley 50 «los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de 14 años de uno y otro sexo»: cfr. DE PABLO CONTRERAS, en DE PABLO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil Navarro*, t. I (Pamplona, EUNSA, 1990), pp. 328 y ss.

(79) Sobre la cuestión, en general, con más información sobre otros ordenamientos europeos (hasta la fecha del trabajo, claro está) *vid.* MENEGAZZI MUNARI, «L'abassamento della "maggiore età" nelle piú recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa», en CRISTOFARO y BELVEDERE (dir.), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (Milano, Giuffrè, 1980), pp. 645 y ss.

(80) Salvo, naturalmente, previa incapacitación del menor: art. 201 Cc.

(81) Esto hace que la edad determinante de la mayoría adquiera un valor general, cualitativa y cuantitativamente, del que carecen las demás edades legales. Así, DE CASTRO afirma que «la mayoría de edad adquiere el valor sustantivo de ser una edad creadora y la única que crea, por sí sola, el estado en que goza de la plenitud de la capacidad» (*op. cit.*, p. 156).

(82) De ahí la habitualidad de la formulación de escalas legales de edades por parte de los autores: por ejemplo, la ya obsoleta de DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; o la más actualizada, pero incompleta, de CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español...* 1-II, *cit.*, pp. 178 y ss. Fuera de nuestras fronteras, como un modelo de exhaustividad, *vid.* la propuesta, para el Derecho alemán, por GITTER, en el *Münchener Kommentar...* *cit.*, pp. 94 y ss.

de la plena capacidad de obrar, como la extinción de las instituciones de guarda y representación (lo que afectó fundamentalmente a la patria potestad) (83).

La generalización, en nuestro ámbito jurídico más cercano, de los 18 años como frontera legal de la mayoría de edad, producida alrededor de la década de los años 70 (84), se ha presentado doctrinalmente, a la vez como un fenómeno de necesaria adaptación de la regla legal a las circunstancias sociológicas, y como una exigencia de coherencia interna del ordenamiento (85):

1) Desde el primer punto de vista, escriben Weill y Terré (86): «en el plano de los hechos, se ha subrayado que “es una evidencia que la edad de la madurez biológica de las jóvenes generaciones ha descendido, sobre todo desde hace un cuarto de siglo” (87). Puede identificarse en este fenómeno la influencia de un modo de vida más fácil, de una mejor alimentación, de una modificación profunda de la psicología.

(83) Para la situación anterior, y la evolución que desembocó en el sistema actual, *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 156 y ss.; R BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 14 y ss.; o GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 13 y ss. En los territorios forales, la situación era muy similar: *vid.*, por ejemplo, respecto a Aragón, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a la Compilación... cit.*, sub art. 4, pp. 303 y ss.; y respecto a Navarra, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro, cit.*, pp. 319 y ss.; y SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo*, t. XXXVI, vol. 1.º (Madrid, EDESA, 1990), sub Ley 50, pp. 122 y ss.

(84) Así, en Gran Bretaña por la citada *Family Law Reform Act* de 25 de julio de 1969; en Francia por Ley de 5 de julio de 1974; en Alemania, por Ley de 31 de julio de 1974; en Italia, por Ley de 8 de marzo de 1975; y, por fin, entre nosotros, por el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 (para Navarra, Real Decreto-ley de 5 de diciembre de 1978). En el ámbito europeo, es también habitual la referencia a la Resolución 29/72, de 19 de septiembre, del Consejo de Europa, sobre la reducción de la edad de la plena capacidad jurídica, en la que recomienda adelantar la edad de la mayoría precisamente a los 18 años; sobre la cual, *vid.* CASTÁN VÁZQUEZ, *La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica*, RDP 1973, pp. 3 y ss.

(85) Conviene advertir, en este punto, que la reducción de la edad legal de la mayoría no es una constante histórica (como parece querer STANZIONE, *Capacitá e minore età... cit.*, p. 272), sino que ha presentado oscilaciones muy marcadas a lo largo de la Historia, como bien señala R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 16 [*vid.*, también, el análisis histórico, con profusión de datos, de STOLJAR, en *International Encyclopedia of comparative law*, vol. IV (*Persons and family*), Capítulo —fascículo— 7 (*Children, Parents and Guardians*, 1973), pp. 33 y ss.]. En realidad, esta disminución viene produciéndose con un cierto carácter de regularidad desde la etapa de la Codificación, precisamente porque, en general, ésta asumió un límite legal de edad considerablemente elevado (idéntico o muy cercano a los 25 años: por ejemplo, en el caso español, los 23 años).

(86) WEILL y TERRÉ, *Droit civil... cit.*, pp. 734 y ss.; en pp. 733 y s., una breve exposición del hasta cierto punto tormentoso proceso de elaboración de la Ley de Reducción de la Mayoría de Edad en Francia; y en pp. 735 y ss., algunos de los argumentos esgrimidos contra dicha reducción.

(87) El dato temporal de esta afirmación, entrecomillada en el texto citado, debe referirse a 1974, fecha en que fue realizada.

Gracias a la prolongación de la escolaridad así como a la abundancia de las informaciones de que disponen a través de los medios audiovisuales, los jóvenes son aptos para aprehender la vida a una edad más precoz que anteriormente. La necesidad de una protección eficaz de los jóvenes por medio de las medidas particulares pierde importancia, si se toman en cuenta las disposiciones que tienden a proteger cada vez más a la población de cualquier edad en el terreno económico y social. En fin, la reducción de la edad de la mayoría debería permitir el desarrollo en los jóvenes de un sentimiento de responsabilidad» (88).

2) Con mayor frecuencia, se acude sin embargo a la exigencia de coherencia interna del ordenamiento, conforme a la cual el señalamiento de la frontera legal de la mayoría de edad en los 18 años no haría sino extender al ámbito civil lo que ya era así (en cuanto a capacidades, pero también en cuanto a obligaciones) en otras ramas del Derecho (Derecho penal, laboral...); y, lo que es más, homogeneizar el estatuto de la persona de 18 años, que si por una parte tenía la consideración de menor de edad a efectos civiles, era por otro lado considerado plenamente capaz en ámbitos de actuación y responsabilidad particularmente relevantes. En palabras de R. Bercovitz «existe un número importante de preceptos legales en los que nuestro ordenamiento viene a reconocer plena capacidad o plena responsabilidad a menores de 18 años (89) con respecto a sectores de la realidad social importantes. Con lo que resulta que son considerados mayores para aquellas circunstancias en que un menor debería verse especialmente protegido y, sin embargo, siguen siendo considerados como menores por nuestro

(88) Con todo, el argumento sociológico podría quedar afectado por algunas situaciones de hecho que se prodigan actualmente, como la de la permanencia de los hijos mayores de edad en el hogar familiar, en tanto finalizan su formación profesional o académica, o encuentran su primer (o posterior...) empleo; lo que es, en palabras de DELGADO ECHEVERRÍA (*Comentario a la sentencia de 5 de noviembre de 1984*, CCJC 7 —1985—, p. 2.130) «expresión de una adolescencia social y culturalmente cada vez más larga, al menos en las clases medias y altas de los países económicamente desarrollados. El acceso a los estudios superiores —sigue el autor citado— de una proporción creciente de ciudadanos plantea el problema de su financiación cuando los alumnos resultan ser mayores de edad sin medios propios de fortuna. Crece la distancia temporal entre la capacidad de obrar (y la responsabilidad por los propios actos), que el Derecho fija en atención, preferentemente, al desarrollo intelectual y, como término cada vez más lejano, la independencia o autonomía económica»; una constatación similar respecto de Italia, en RESCIGNO, *I minori tra famiglia e società*, RDFP 1982, p. 282. Más adelante habrá ocasión de retomar la cuestión.

(89) Entiendo que, puesto que escribe cuando la mayoría de edad se alcanzaba en España a los 21 años, R. BERCOVITZ se refiere con esta expresión no a quienes tienen menos de 18 años, sino a menores *que tienen* 18 años: las argumentaciones que siguen, en su trabajo, así lo confirman.

Código civil» (90); y cita, a continuación, la legislación laboral, la penal, el servicio militar, etc. (91).

No creo que pueda decirse, con seguridad, cual es la edad concreta en que debería fijarse la mayoría: la Historia, o incluso un examen de las diferentes condiciones en que actualmente viven (y maduran) los niños convencen de que es algo contingente, que depende en gran parte de las circunstancias sociales, económicas, culturales, etc., en un momento y lugar determinado (92). En todo caso, hay que contar hoy en día con el dato legal de los 18 años, parece que suficientemente asentado en nuestra cultura legal (93): es significativo el ya mencionado art. 1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, conforme al cual «se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años».

Resta por examinar, sin embargo, la eficacia real de esa edad, desde el punto de vista de la situación y capacidad de la persona; y en sus dos sentidos: la de quien todavía no ha cumplido los 18 años, y la de quien ya los ha pasado. A ello se dedicará el siguiente apartado.

III. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DE LA IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS DEL LIMITE LEGAL DE LA MAYOR EDAD

Es evidente en nuestro ordenamiento (como en la mayoría de los de su entorno), que dentro de lo que cabe llamar la «escala legal de edades», la de los 18 años (o, si se quiere en una formulación más abstracta, la edad legal de la mayoría) es, con diferencia, la más significativa, por su trascendencia cualitativa y cuantitativa en la situación legal de las personas. En efecto, ella supone el reconocimiento —al

(90) R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, cit., pp. 21 y s.

(91) Cfr. R. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 22 y s. Conviene advertir que la argumentación de este autor se desarrolla, como ya he indicado, en el marco de una situación en que la mayoría de edad no llega hasta los 21 años, pero en la que ya se veía cercana la reducción (que el propio R. BERCOVITZ augura como próxima: p. 23). Argumentos similares se ofrecen, por ejemplo, respecto a Francia (cfr. WEILL y TERRÉ, pp. 736 y s.) o Alemania (GITTER, en el *Münchener Kommentar...*, cit. sub § 2, pp. 93 y s.).

(92) *Vid.*, por ejemplo, las consideraciones, desde el punto de vista sociológico, de HABIB «La définition de l'enfant en Droit International Public», en *La protection internationale des Droits de l'enfant* (ed. M. Torrelli, París, PUF, s.d. pero 1983), pp. 76 y s.; en cuanto a la Historia, me remito a las referencias de R. BERCOVITZ y STOLJAR recogidas en la precedente nota 85.

(93) Aunque no carece de aspectos discutibles: cfr. lo expuesto, por ejemplo, por GITTER, *op. cit.*, p. 94 (sobre lo que volveremos en seguida).

menos a nivel formal— general e ilimitado, desde el punto de vista jurídico, de la capacidad de autogobierno. Sin embargo, precisamente por reunir la adquisición de la capacidad natural los caracteres propios de una evolución progresiva (en un proceso que, como sabemos, es distinto en cada persona, aunque paralelo en sus líneas maestras), la consideración de ese límite como determinante de una separación drástica entre dos situaciones jurídicas radicalmente distintas, sería excesivamente distorsionadora de esa correspondencia edad-capacidad natural de que venimos hablando (94). La fijación de un límite legal de edad para la obtención de la mayoría de edad, no puede suponer, en una consideración realista de las cosas, la asociación de una alteración tan radical de la situación jurídica de una persona a un instante de razón (una especie de momento «mágico»), que, en la vida real, apenas si supone variación alguna en la capacidad natural de esa persona.

Precisamente lo que de ficticio tiene la asociación de una realidad cualitativa (la adquisición de la capacidad natural) a otra cuantitativa (el cumplimiento de una edad prefijada), hace que, aunque formalmente las cosas puedan parecer así de tajantes, en la realidad práctica (pero también en la jurídica) el corte es mucho menos pronunciado, y el paso de la situación de protegido a la de plenamente autónomo se produce con mayor suavidad y en un espacio de tiempo más prolongado (95).

Lo cual sucede no solo a través del reconocimiento al menor de una esfera de actuación jurídica progresivamente más amplia —cuya máxima expresión, institucionalmente, la constituye la emancipación—, a medida que va acrecentando y consolidando su capacidad natural; sino en cuanto siguen perviviendo tras la mayoría de edad algunos mecanismos de protección específicos, dirigidos tanto a solucionar los eventuales problemas de inserción social de quien acaba de cumplir los 18 años, como a permitirle finalizar su formación profesional adecuadamente.

Ello supone que, ni desde el punto de vista de los hechos (al menos, habitualmente), ni desde el del Derecho, el paso de la menor a la mayor edad constituye un corte tan tajante como en una primera aproximación pudiera parecer, puesto que a ambos lados de la frontera legal existen dispositivos que lo suavizan y le dan un contenido hasta cierto punto progresivo. Pero sin hacerle perder su importancia fundamental, que

(94) Pero es la que parece ofrecer DE CASTRO, cuando habla de «la división radical de la vida del hombre en dos estados, cuyas fronteras se cruzan al pasar esa edad que hace mayor» (*Derecho civil de España, cit.*, p. 156).

(95) En el mismo sentido, GOUBEAUX, *Les personnes, cit.*, p. 324; similares consideraciones en NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* (París, LGDJ, 1984), p. 235.

hace que ésa sea, según he indicado, la edad cualitativa y cuantitativa-mente más importante de entre las que el ordenamiento recoge.

1. La prolongación de los sistemas de protección tras la mayoría de edad

El cumplimiento de los 18 años supone la adquisición de la mayoría de edad legal; pero no necesariamente que quien los ha cumplido haya llegado a la madurez socio-psicológica requerida para ocuparse de sus propios asuntos e insertarse así adecuadamente en la vida social (96); ni tampoco que disponga de la autonomía económica que le permita hacerlo, o de la formación profesional que le capacite para acceder a esa autonomía económica (y tampoco de los medios para financiar la adquisición de esa formación, claro está) (97). A cuyas situaciones no atiende, por cierto, nuestra Constitución, cuyo art. 39 prevé la asistencia por parte de los padres a los hijos mayores de edad «en los casos en que legalmente proceda» (98).

Para dar solución a estos problemas, algunos ordenamientos han dispuesto sistemas especiales de protección en favor de quien acaba de entrar en la mayoría de edad, orientados a solucionar las dificultades de inserción social con que puedan tropezarse (99).

(96) Cfr. NEIRINCK, *op. cit.*, p. 248; o GITTER, en el *Münchener Kommentar... cit.*, sub § 2 BGB, p. 94.

(97) Cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 297 y s.; NEIRINCK, *op. cit.*, pp. 248 y s.; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario... cit.*, pp. 2.129 y s.

(98) Alude a ello DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 2.131; y, apuntando la diferencia de nuestro texto constitucional con el italiano, en su comentario al art. 142 Cc, en *Comentarios a las reformas del derecho de Familia*, vol. II (Madrid, Tecnos, 1984), p. 1.031, nota 12.

(99) Es el caso de Francia, donde conforme al art. 1 del Decreto de 18 de febrero de 1975 (7 meses posterior a la reducción de la edad legal de la mayoría a los 18 años) «hasta la edad de 21 años, toda persona mayor o menor emancipada que pruebe graves dificultades de inserción social, tiene la facultad de demandar al juez de menores (*juge d'enfants*) la prolongación o la organización de una acción de protección judicial» (cfr., sobre ello, NEIRINCK, *op. cit.*, pp. 248 y s.; y la sucinta referencia de GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 324). Se establece un sistema de protección de carácter judicial y contenido educativo, que no constituye propiamente una continuación de los preexistentes (patria potestad, tutela), pero sí hacer surgir una suerte de *tertium genus* entre el menor de edad y el mayor de edad (el «mayor protegido»), que se extiende hasta los 21 años, como tope máximo.

Por otro lado, en Alemania es cuestión debatida la de la posibilidad de una reactivación de la potestad paterna, respecto al mayor de edad con derecho a alimentos, al amparo del llamado «derecho de determinación» (*Bestimmungsrecht*) que compete a los padres en virtud del § 1.612.2 BGB: cfr. MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, pp. 47 y ss. (y con más detalle, sobre el § 1.612, pp. 512 y ss.).

El dispositivo más extendido de esa modalización del régimen de la mayor edad está constituido para hacer frente al problema de quienes habiéndola alcanzado, carecen de autonomía económica (viven con su familia, y no tienen patrimonio propio) y de la formación profesional necesaria para conseguirla (están todavía realizando sus estudios, principalmente superiores) (100). Con dicha finalidad, es habitual en los países de nuestro entorno establecer a cargo de los padres, legal o jurisprudencialmente, una obligación de mantenimiento que se extiende hasta el final de los estudios, o de la formación profesional de que se trate (101).

Nuestro Código Civil, en relación con ello, prevé expresamente que «los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable» (art. 142.2; *vid.* también, art. 143.2). Propiamente, en los casos en que esa obligación incumbe a los padres (102), se trata de una prolongación de sus obligaciones respecto a los hijos por el mero hecho de la filiación, más allá de la existencia o no de la patria potestad (que en este caso, por hipótesis, se ha extinguido) (103). A lo que entiendo, se contempla aquí el caso de un menor que, en el curso normal de su proceso educativo, alcanza la mayoría de edad, sin tener —lógicamente— medios económicos para financiar la finalización de ese proceso, y acceder por tanto a su capacitación profesional: a remediar su situación, permitiéndole continuar esa formación profesional, se dirige el art. 142.2 Cc aludido. Se puede hablar, entonces, de un mayor protegido, pero protegido en dependencia directa con su situación anterior de minoría, durante la que no ha podido (en virtud de la organización del sistema educativo) finalizar su formación, ni tampoco, por tanto, obtener autonomía económica (104). De ahí que quepa afirmar que el mayor de edad así protegido

(100) Piénsese que en España, con el actual modelo escolar, el acceso a la Universidad tiene lugar a partir de los 17/18 años de edad, de manera que prácticamente toda la enseñanza superior se desarrolla siendo los estudiantes mayores de edad —y sin recursos económicos propios—; panorama que se prolongará en el más inmediato futuro: *cfr.* art. 17.b), de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). Lo resalta, también, P. BELTRÁN DE HEREDIA, en su comentario al art. 142, *Comentarios Albaladejo*, t. III, vol. 2.º (Madrid, EDERSA, 1982), p. 30.

(101) *Cfr.*, las referencias de DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, *cit.*, pp. 1.030 y s.

(102) Que será lo habitual en el caso que estamos examinando, aunque el precepto no les afecte sólo a ellos, sino a todos los obligados a dar alimentos, incluidos los hermanos (art. 143.2): *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, *op. últ. cit.*, pp. 1.031 y 1.035.

(103) Lo apunta DELGADO ECHEVERRÍA, *op. últ. cit.*, p. 1.031.

(104) En lo que se diferencia de la protección ofrecida, con carácter general, por la figura de los alimentos. Nótese que la vinculación entre la minoría, el proceso educativo y la mayoría de edad resulta directamente del art. 142.2; y que la previsión de que dentro de

no es *cualquier* mayor de edad, sino sólo el *inmediatamente próximo a la minoría*; se trata de un sistema de protección *específico*, dentro de una institución de alcance conocidamente más amplio.

Pero cabe llegar más lejos: no sólo es un mayor protegido, sino hasta cierto punto dependiente. En efecto, el art. 149 Cc dispone que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos» (105). En el caso de que estamos hablando —al que puede entenderse que hace referencia el actual art. 93.2 Cc, introducido por la Ley de 11 de octubre de 1990—, este precepto se traduce en la convivencia del ya mayor de edad con sus padres, en el domicilio familiar (106); y entonces, la dependencia económica por un lado, y la (limitada) dependencia personal derivada de esa convivencia hacen que, *de facto* (pero con repercusiones jurídicas claras) (107), esté en una situación de limitación de la capacidad. Limitación que, desde el punto de vista jurídico, es muy tenue, sobre todo si se la compara con la del menor, puesto que aquí no hay representación ni asistencia legal; pero, en la práctica muy presente en numerosos e importantes ámbitos de la vida. Cabe concluir que, en esa consideración realista de las cosas con la que estoy intentando esta aproximación, tiene más relevancia a efectos de real autogobierno, la obtención de una autonomía económica efectiva que la simple llegada a la mayoría de edad (108).

También aquí, aunque sin el alcance que en Francia, puede hablarse de una situación especial del mayor de edad próximo a la minoría, determinada por la necesidad de finalizar su formación profesional, que supone a la vez un dispositivo dirigido a proporcionarle los medios para ello, y, paralelamente, una (formalmente leve) limitación en las posibi-

los alimentos se incluyan también los gastos de educación tienen un cierto carácter excepcional, puesto que no es el contenido normal de la obligación alimentaria (art. 142.2, en relación con el 142.1).

(105) Sobre el cual, cfr. COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia* (Madrid, Montecorvo, 1990), pp. 162 y ss.

(106) Salvo si, por razones de estudios vive fuera de él (vgr. estudia en una ciudad diferente). Pero esto sólo atenúa la dependencia, no la hace desaparecer.

(107) Por ejemplo, con relación a la elección de domicilio, pero también en general todas las derivadas de la dirección de la vida familiar que corresponde a los padres, a cuyas decisiones en este ámbito está sometido el mayor alimentista conviviente —si no, la convivencia resultaría imposible—; pero no en razón de la ya desaparecida patria potestad, sino de la dirección de la vida familiar a que he aludido.

(108) Como veremos, la autonomía económica, entendida como capacidad de subvenir a las propias necesidades a través del desarrollo de una actividad económica autónoma, desempeña también un papel de relevancia en los últimos estadios de la situación del menor: me refiero a la emancipación por vida independiente (art. 319 Cc), y a la administración por el menor (aún no emancipado) y no por sus padres, de los bienes que «el hijo mayor de dieciséis años hubiere adquirido con su trabajo o industria» (art. 164.3 Cc).

lidades de autogobierno. Con la advertencia de que no se trata de un escalón de paso obligado para todos los mayores próximos a la minoría —una etapa intermedia de tránsito necesario para todos los que sales de la menor edad—, sino de un sistema de protección a quien efectivamente lo necesite (a diferencia de lo que ocurre antes de llegar a la mayor edad, donde tanto la limitación de capacidad como la representación o asistencia legal tienen carácter general para todos los menores). Lo que demuestra más a las claras que se trata de un mecanismo *específico de adaptación* a la mayor edad, previsto para su empleo sólo respecto a quienes realmente lo precisan.

De manera que, también entre nosotros, parece claro que en esta vertiente de la edad legal de la mayoría, la cesación de las medidas de protección y la entrada en el autogobierno efectivo y pleno puede producirse, si es necesario, más paulatinamente que lo que una aproximación puramente formal podría dar a entender (109).

2. La progresiva adecuación de los mecanismos de protección a la capacidad natural del menor

Cuanto acabamos de ver que se puede defender razonablemente con respecto a la situación de quien he denominado «mayor protegido», por su proximidad con la minoría de edad, me parece todavía más claro cuando nos referimos al menor próximo a la mayoría; pero también, en general, respecto a toda la situación jurídica del menor. En este caso es aún más evidente el carácter progresivo y escalonado de la salida de la menor edad, y entrada en la mayor edad (siempre, insisto, en torno al decisivo punto de inflexión que constituye la edad legalmente determinada). Y es que aquí se ve con mayor limpidez la conveniencia (*rectius*, necesidad) de que esto sea así, en razón de la correspondencia entre la capacidad natural y la capacidad de obrar a que me he referido repetidamente. Si, en una consideración abstracta y estática, desde el punto de vista de la mayoría de edad, la fijación de un límite legal es razonable (la presunción de que quien ha llegado a ella normalmente habrá adquirido ya la suficiente capacidad natural), no lo

(109) En el Derecho alemán MORITZ, dentro de un replanteamiento general de las edades jurídicamente relevantes en ese ordenamiento (al que nos referiremos nuevamente *infra*), ha intentado la creación de una figura intermedia entre el menor y el mayor de edad, designada como *Heranwachsende*, distinta de la de la mayoría de edad, de contenido flexible —ligado también (pero no sólo) a la prestación de alimentos a estudiantes—, que no está unida necesariamente a limitaciones en la capacidad (el término que emplea el autor es *Mündigkeit*), cuya frontera inferior se situaría en los 18 años, y la superior en los 27: cfr., para esta caracterización general, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, pp. 45 y ss.

es tanto en una perspectiva dinámica, centrada en la situación del menor (110). Sobre todo si lo que se pretende es reconducir la situación jurídica de los menores a un *status* de contenido único e invariable, cuya única eventual flexibilización (además del reconocimiento de algunas capacidades de obrar especiales) sería la procedente de la emancipación. Pero el tratamiento que dé el Derecho a un recién nacido, y a un menor que ya ha cumplido 17 años no puede ser el mismo, precisamente porque la capacidad natural de este último se encuentra mucho más próxima a la de quien ya ha cumplido 18 (de quien, sin embargo, le separa la barrera legal de la mayoría de edad), que a la de aquel recién nacido (con quien le une, sin embargo, su idéntica consideración de menores). Las necesidades a que hay que atender, las posibilidades de actuación personal consciente, el alcance y contenido de la protección que en cada uno de esos casos se precisa, son radicalmente distintos; y aquí entra en juego, entonces, junto al principio constitucional de protección, y para modalizar su contenido, el de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Como veremos a continuación, estas consideraciones (que son de puro sentido común), han sido acogidas, mediante diferentes expedientes, en nuestro Derecho. También aquí la consideración de lo que ocurre en los principales ordenamientos de nuestro entorno proporciona datos de interés.

A) *La adaptación de la situación jurídica del menor a su capacidad natural a través del establecimiento de edades legales intermedias*

Para atender a esta realidad evidente, algunos ordenamientos han optado por establecer algunas edades intermedias, de alcance más gene-

(110) En ese sentido, no creo que pueda hablarse de una presunción negativa, correspondiente a la que he indicado en el texto, según la cual habría que entender que ningún menor de edad tendría suficiente capacidad natural, por no haber llegado a los 18 años. Que a partir de esa edad se pueda razonablemente considerar que todos han adquirido capacidad natural, no debe querer decir que antes de ella nadie la haya adquirido; la presunción que fundamenta el límite legal de la mayoría de edad opera sólo en el primero de los sentidos, pero no en este segundo.

En parecida línea —aunque llegando todavía más lejos, con doctrina no siempre compartible según veremos *infra*—, la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989 señala que «si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni (*sic*) con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

ral, y con repercusiones directas sobre el contenido y alcance de los dispositivos de protección (es decir, la limitación de la capacidad de obrar y el sometimiento a una institución de guarda legal). Entre nosotros, como es sabido, tal es el sistema a que responde el Derecho aragonés. Conforme al art. 5 de su Compilación «el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables» (111). Se trata de un régimen que procede directamente del Derecho histórico aragonés (112), y que no tiene paralelismo en nuestro Derecho. No lo es, según he apuntado ya más arriba, la ley 50.2 del Fuero Nuevo de Navarra, pese a su dicción literal: «los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de 14 años de uno y otro sexo». Como observa De Pablo «preciso es reconocer, sin embargo, que pese a que la Ley 50 del Fuero Nuevo configura la pubertad como un estadió determinante de una ampliación general de la capacidad de obrar de los menores, son escasos los actos que los púberes menores de edad pueden realizar por sí solos» (113).

Ese mismo sistema es seguido, fuera de nuestras fronteras, por algunos ordenamientos de tipo germánico. Así, el Derecho alemán distingue entre los menores de 7 años, que carecen de capacidad negocial (§ 104 BGB), y los mayores de 7 años pero menores de 18, que tienen capacidad negocial limitada, en los términos de los §§ 107 y ss. (§ 106

(111) La posición jurídica del menor aragonés mayor de 14 años queda completada con los arts. 9, 10, 11, 12 y 14 Comp. Ar., fundamentalmente. Sobre el art. 5 y su interpretación, *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en los *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*, pp. 325 y ss.; en ese mismo volumen, pueden verse también los comentarios de DELGADO ECHEVERRÍA a los demás preceptos aragoneses citados más arriba. Además, *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios Albaladejo*, t. XXXIII, vol. 1.º (Madrid, EDERSA, 1986), *sub* arts. 5 y ss. Comp. Ar., pp. 69 y ss.

(112) Cfr. la exposición detallada de antecedentes en SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 331 y ss. Allí, califican estos autores la situación del mayor de 14 años, para el Derecho histórico, como de «mayores con imperfecta capacidad, o mayores en aprendizaje vigilado».

(113) DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro, cit.*, p. 329; a continuación, recoge el autor algunos de esos actos que pueden realizar por sí solos los mayores de 14 años. A lo señalado en el texto se puede añadir que la disposición del Fuero Nuevo es hasta cierto punto innecesaria, puesto que, evidentemente, no añade nada nuevo a las capacidades concretas que el propio texto compilado pueda reconocer a los mayores de dicha edad, que serían igualmente válidas en ausencia de dicho precepto; y, por otro lado, no adiciona a dichas capacidades ninguna otra distinta que le dé un significado ampliatorio autónomo. Se trata, a lo que entiendo, más de una pura declaración de principio que de una verdadera ampliación de la capacidad del mayor de 14 años.

BGB) (114); el sistema se complementa con las previsiones del § 110, que considera eficaz el contrato celebrado por un menor sin la asistencia legalmente prevista, cuando el menor ejecuta la prestación convenida con medios que le han sido confiados específicamente para ese fin o, en general, para su libre disposición, por su representante legal o con su consentimiento (el llamado «dinero de bolsillo» —*Taschengeld*—) (115). Por su parte, el Derecho austriaco conoce una situación algo más complicada, por la presencia de un grado más de edad, y la diferenciación entre menores capaces (*mündigen*) e incapaces (*unmündigen*) (116); así, se distingue entre infancia, hasta los 7 años; menores incapaces, entre 7 y 14 años; y menores capaces, entre 14 y 18 años.

Las gradaciones vistas hasta ahora responden, con mayor o menor fidelidad, a una diferenciación que es tradicional en esta materia, entre infancia (hasta los 7 años, aproximadamente), pre-pubertad (hasta los 12 ó 14 años, aproximadamente), y pubertad (hasta la mayoría de edad) (117).

(114) Esa es la escala legal de edades que resulta directamente del BGB, y más habitualmente recogida por la doctrina: cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 95; MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, p. 200; o EICHLER, *System des Personenrecht* (Berlín, Duncker & Humblot, 1989), p. 41; HEINRICHS, en *Palandt BGB*, cit., p. 10, añade la edad de 16 años, determinante de algunas (importantes) capacidades especiales (limitada testamentifacción activa, posibilidad de dispensa de edad para contraer matrimonio); una exhaustiva escala legal de edades en GITTER, *Münchener Kommentar... cit.*, pp. 94 y ss.

Recientemente MORITZ ha propuesto una gradación de edades de alcance general diferente, distinguiendo —*de lege lata*— entre infancia, hasta los 14 años (y dentro de ellos, un grupo especial de mayores de 7 años), y juventud, entre los 14 y los 18 años —grupo al que seguiría el ya mencionado de los *Heranwachsende*—: cfr. *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 50, y en pp. anteriores la justificación más detallada; en relación con ello, propone *de lege ferenda* la edad de 15 años como determinante de un grado de capacidad parcial (*Teiljährigkeitsstufe*): pp. 321 y ss.

(115) Sobre lo cual, *vid.* LARENZ, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; MEDICUS, *op. cit.*, pp. 213 y ss.; GITTER, *op. cit.*, pp. 746 y ss.; MORITZ, *op. cit.*, pp. 303 y ss.; o HEINRICHS, *Palandt BGB*, cit., p. 76.

(116) Cfr. EICHLER, *op. cit.*, p. 43.

(117) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español... I-II*, cit., p. 179. HABIB propone una gradación similar, pero a partir de otros datos («La definición de l'enfant... cit., p. 67): «utilizando, por ejemplo, el criterio del medio en el que vive el niño, aquél al que debe adaptarse pero también el que es responsable de su desarrollo, se distinguen fácilmente tres subcategorías importantes: los niños que dependen completamente de la familia para todas sus necesidades y que todavía no han sido escolarizados (desde la concepción hasta los 6 u 8 años); los que dependen para su desarrollo a la vez de la familia y del colegio, en el marco de la escolaridad obligatoria (de 6 u 8 años a 12 ó 16 años); los adolescentes, último estadio antes de la integración completa en el mundo de los adultos, cuyo medio se ha ampliado, por consiguiente a todas las demás instituciones estáticas». Como se ve, esta clasificación: a) es excesivamente amplia en los términos inicial o final de alguno de sus grados; b) depende de criterios

La fijación de límites de edad intermedios, que sirvan para delimitar legalmente distintas etapas (con su correspondiente reflejo jurídico) en la situación del menor, presenta la ventaja de una mayor adecuación, también desde el punto de vista legal-formal, a lo que es el proceso real de efectiva adquisición de la capacidad natural, y, en general, de desarrollo físico y psíquico y adquisición de experiencias de la persona. De esta manera, a las etapas más señaladas (traducidas en edades concretas, por consideración al principio de seguridad jurídica) del desarrollo real corresponde el reconocimiento jurídico de nuevos y crecientes ámbitos de actuación personal —se pasa de la incapacidad absoluta o casi absoluta a sistemas de capacidad limitada—, así como la modificación cualitativa del contenido y alcance de los organismos de guarda legal, que responden cada vez más al criterio de asistencia o complemento de capacidad (118), frente al de sustitución inicialmente previsto (más adecuado éste para situaciones de ausencia completa o insuficiencia notoria de la capacidad natural). Esta dulcificación legal del régimen de protección (a partir, sobre todo, de los 14 años) se ajusta mejor a la situación de quien tiene ya en uso las facultades de entender y querer, pero adolece sobre todo de una falta de experiencia que le hace merecedor de protección (119). Sobre todo ello volveremos *infra* con algún detenimiento.

B) *La adaptación de la situación del menor a su capacidad natural en caso de ausencia de edades legales de alcance general previas a la mayoría*

Nuestro Código Civil no contempla ninguna edad, antes de la legal de la mayoría, que afecte de modo general a la situación jurídica del menor, estableciendo uno o varios puntos de inflexión que marquen etapas diferentes de este *status* global de la minoría (120). De ahí resulta que, en una primera aproximación, y a salvo en todo caso esas capaci-

bien variables, como el de la escolarización (piénsese, por ejemplo, en la escolarización precoz, cada día más frecuente por causa del trabajo de las madres —o, si se prefiere, de ambos padres—).

(118) Como ocurre, por ejemplo, en el Derecho aragonés, o fuera de nuestras fronteras, en el alemán.

(119) Vale la pena destacar aquí la finalidad educativa que GRTER atribuye a la limitación de capacidad de los §§ 106 y ss. BGB, destinada a que el menor, mediante la actuación propia y la asistencia de quien tiene a su cargo el complemento de capacidad, vaya aprendiendo y adquiriendo experiencia en la vida jurídica: *Münchener Kommentar... cit.*, p. 692.

(120) No lo son, desde luego, las edades que determinan capacidades especiales, a las que luego me referiré brevemente, por muy importantes que sean los actos concretos que autoricen, precisamente por ese carácter especial y limitado. Tampoco lo es la edad a

dades de obrar especiales reconducibles a edades determinadas, la condición jurídica del menor es aparentemente muy similar desde su nacimiento hasta que llega a la mayoría de edad.

Naturalmente, las cosas no son así en la práctica social ni jurídica; y la doctrina ha dedicado notables esfuerzos a justificar teóricamente una práctica más que razonable, aunque algunos de esos intentos (a los que habrá que hacer limitada referencia) pecan de excesiva artificiosidad (pero no una artificiosidad gratuita, sino determinada por la ausencia de datos normativos que permitan más directamente esa fundamentación) (121).

La cuestión se ha planteado también en otros ordenamientos con datos normativos similares. Destacadamente, en Italia, donde se han suscitado (y de donde se han tomado) algunos de los planteamientos debatidos entre nosotros, y donde en general se ha realizado una aproximación al tema de carácter más amplio que el habitual en nuestra doctrina (122). En Francia, con un punto de partida muy similar, la situación es algo diferente (y, en relación con determinados aspectos de la discusión, considerablemente más clara), porque los datos normativos actuales ya no son los mismos; así, destaca la presencia de una norma especial que exceptúa de la representación legal los supuestos en los que la ley o el uso autorizan a los menores a obrar por sí mismos (artículos 389-3 y 450 del *Code*); aunque, respecto a lo demás, el tratamiento doctrinal y la situación legal presenta, en una aproximación ge-

partir de la que cabe la emancipación (en nuestro Derecho, 16 años), porque lo que actúa como determinante del cambio de estado del menor no es el mero cumplimiento de una edad determinada, sino la concurrencia, una vez cumplida dicha edad, de alguna de las causas de emancipación; más adelante volveremos también sobre ello.

(121) Sobre algunos de esos intentos, además de la magistral y decisiva intervención de DE CASTRO, que significó un punto de inflexión en el tratamiento de la consideración del *status* de los menores en nuestro Derecho (*Derecho Civil de España, cit.*, pp. 174 y s.), *vid.* las notables aportaciones de JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, RDP 1984, pp. 883 y ss. y DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos... 1-2.º cit.*, pp. 103 y ss. Además, *vid.* R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 24 y s.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 25 y ss.; y LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 59 y ss.

(122) Cfr., con carácter general, el vol. col. *cit.*, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (dir. CRISTOFARO y BELVEDERE), y el número de la RDFP dedicado monográficamente a la situación de los menores (XI, 1982, n.º 1); especialmente, por lo que aquí interesa, el replanteamiento general de BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, pp. 54 y ss. Además, y en cuanto a los aspectos que más directamente nos conciernen, *vid.* FALZEA, voz «Capacità (teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI (Milano, Giuffrè, 1960), pp. 24 y ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 292 y ss.; PIZZORUSSO, «Le persone fisiche», en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (dir. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1988), pp. 147 y ss.; o GALGANO, *Diritto civile e Commerciale, cit.*, pp. 137 y ss.

neral, numerosos puntos de contacto con la española, pero también algunas peculiaridades (123).

Naturalmente, el enfoque adoptado para la realización de este estudio no consiente una exposición exhaustiva de la situación jurídica del menor. Pero sí autoriza a intentar un acercamiento a dicha situación, desde la perspectiva subjetiva del menor; es decir, partiendo del punto de vista de la relevancia de su capacidad natural respecto al funcionamiento y contenido de los mecanismos de protección. Ahora, destacadamente en relación con la limitación de la capacidad de obrar (lo relativo a las instituciones de guarda legal, sin perjuicio de las alusiones precisas, será objeto de consideración autónoma más adelante). Lo que haré a continuación serán una serie de acotaciones sobre los aspectos más importantes que, desde ese punto de vista, determinan la situación del menor, con remisión, en cuanto a lo demás, a los tratamientos generales del tema hechos por la doctrina.

a) La limitada capacidad de obrar del menor

A partir de la decisiva aportación de De Castro, es opinión mayoritaria —que comparto— en la doctrina la consideración del menor no como un incapaz absoluto (no hay ningún precepto que así lo declare), sino como una persona cuya capacidad de obrar se encuentra limitada (124). Concretamente, interesa aquí destacar que, de acuerdo con la opinión del citado civilista, esas limitaciones proceden de tres causas: la

(123) Sobre la condición del menor en el Derecho francés, *vid.* WEILL y TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, *cit.*, pp. 859 y ss.; y GOUBEAUX, *Les personnes*, *cit.*, pp. 349 y ss.

(124) Así, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, *cit.*, pp. 174 y ss.; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, *cit.*, pp. 24 y ss.; JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, *cit.*, pp. 883 y ss.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 25 y ss.; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *cit.*, pp. 59 y ss.; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º, *cit.*, pp. 103 y ss.

No es, sin embargo, opinión unánime. Así, ALBALADEJO opta por dejar abierta la cuestión (*Derecho Civil* 1-1.º, *cit.*, pp. 244 y ss.). CASTÁN TOBEÑAS, por su parte (*Derecho Civil Español...* 1-II, *cit.*, p. 180) estima que la incapacidad del menor es la regla, y el reconocimiento de capacidades especiales la excepción —pero *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, páginas 174 y 175—; en palabras de CASTÁN-DE LOS MOZOS (en mi opinión no suficientemente justificadas con datos de Derecho positivo) «con las recientes reformas y como consecuencia de haberse rebajado la edad para la plenitud de los derechos civiles a los dieciocho años, no sólo han desaparecido algunas edades especiales, sino que también lógicamente se ha reducido su capacidad de obrar, lo que se manifiesta, sobre todo, como veremos, en materia de Derecho de familia. Con ello, el principio de la incapacidad de los menores se cierra sobre su propio fundamento, contradiciendo en alguna medida la inspiración de estas reformas».

eventual falta de capacidad natural del menor, el sometimiento a una institución de guarda que determina su falta de independencia, y la posibilidad de eludir las consecuencias de los actos realizados por sí solo a través del mecanismo de la anulabilidad. En conclusión —prosigue De Castro— «prácticamente, en algunos supuestos, la concurrencia de estas tres causas en una misma persona dará un resultado que ha podido parecer igual al de la condición de incapaz», lo que no pasa de ser, en expresión del mismo autor «un espejismo» (125). A esto, que me parece que es así por muchas razones —además de las alegadas por De Castro, pueden ser añadidas ahora las procedentes del texto constitucional— (126) cabe hacer algunas observaciones.

La primera es que las conclusiones así obtenidas no son trasladables al Derecho navarro, respecto al que la afirmación de que los contratos realizados por los menores con capacidad natural son válidos si no se impugnan no es cierta; la Ley 19.2 del Fuero Nuevo prevé expresamente que «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 50, son nulas las declaraciones de voluntad emitidas por menores no emancipados». De donde cabe concluir, con De Pablo, que «en el sistema del Fuero Nuevo, el menor es incapaz de modo general, sin perjuicio de ciertas excepciones derivadas de la capacidad limitada de los púberes y de otras establecidas para actos concretos» (127).

La segunda de las observaciones anunciadas se refiere al alcance real de esa limitación de capacidad del menor. Es verdad que, desde el punto de vista teórico, la consideración del menor no como un incapaz absoluto, sino como una persona con capacidad limitada, supone un giro cuasi-copernicano de indudable trascendencia, como punto de apoyo teórico para futuras construcciones (128). Pero, en la práctica, supone solamente una atenuación de la severidad del régimen legal al que se ve sometido el menor, que no consigue evitar la gravedad de las limitaciones a que se encuentra sujeta su actuación, con carácter general, y sea cual sea su edad o capacidad natural (insisto, con independencia de las capacidades especiales); ni se

(125) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 176.

(126) Cfr., expresamente, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 885. En general, me remito a lo expuesto *sub I* en este mismo trabajo.

(127) DE PABLO, *Curso de Derecho Navarro, cit.*, p. 327.

(128) No sólo doctrinales. Los planteamientos de DE CASTRO (cuya utilidad habrá ocasión de comprobar más adelante) son fácilmente reconocibles en la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989, a que ya he hecho referencia (*obiter dictum*): «en torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí». Como veremos, la doctrina de esta Resolución refleja también otros planteamientos doctrinales más discutibles, a que haré referencia *infra*.

ve dotado de un campo propio de actuación en el que pueda desarrollar adecuadamente, con eficacia jurídica, esa capacidad natural de la que eventualmente dispone. En palabras de Delgado Echeverría (129) «diversos datos legales hacen que las anteriores observaciones (se refiere a la opinión de De Castro) no puedan eliminar lo que hay en el menor de efectiva incapacidad por razón de la edad, y no debido a una concreta situación psíquica. De una parte el deber de obediencia a los padres o al tutor, que, aún evolucionando con arreglo a su fin conforme aumenta la edad del menor, provoca siempre la consiguiente pérdida de autonomía. De otra, el hecho de que el guardador tiene en su poder, para administrarlos, los bienes del menor (arts. 164, 270 Cc.), que quedan sustraídos a la acción de éste. Pero, sobre todo —y en esto no siempre se repara bastante— la disminución de la propia autonomía patrimonial (que) lleva consigo la representación legal del menor por su guardador, en virtud de la cual éste, en servicio de los intereses del hijo o pupilo, y oyéndole si tuviere suficiente juicio, puede celebrar incluso contra la voluntad del menor (a veces, precisando autorización judicial o familiar: véase, entonces, art. 2.012 Lec.), cualesquiera contratos no personalísimos a nombre de aquél y vinculando su patrimonio. Finalmente. ni la posibilidad del menor de anular —él o su guardador— los contratos que él solo celebre anima a contratar, en cuanto se trata de un negocio de alguna importancia, a los posibles interesados; ni la impugnabilidad del contrato con la sola alegación de la falta de capacidad del menor equivale a la *restitutio* romana, que exigía lesión o perjuicio en el *puber* contratante» (130).

Estas palabras, además de poner de relieve la intensidad de la limitación a que el menor ve sometida su capacidad de obrar, como consecuencia de los mecanismos inicialmente previstos para protegerle, y con independencia de su capacidad natural, sirve para poner de relieve la inadecuación de dichos mecanismos para servir eficazmente a las finalidades a las que formalmente están destinados. En efecto, como bien señala Delgado Echeverría (y no es una observación frecuente, como él mismo advierte), uno de los factores de limitación más importantes es el constituido por el sometimiento del menor no emancipado a la representación legal de su guardador: la situación de dependencia del menor no resulta solamente de su falta de autonomía —la imposibilidad de actuar por sí solo con eficacia jurídica—, sino correlativamente del sometimiento de otra voluntad distinta en cuanto

(129) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 104. La cita es larga, pero ilustrativa de lo que quiero decir.

(130) Una interpretación más suave de los datos legales en GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 28 y s.

al gobierno de sus propios asuntos —fundamentalmente patrimoniales— (131); es decir, a la presencia de un importante factor de *heteronomía*. El problema, entonces, es de inadecuación del mecanismo protector previsto por nuestro Derecho para adaptarse a las necesidades reales del menor, a partir de una cierta etapa de desarrollo de su capacidad natural. La representación legal resulta ser un dispositivo de intensidad excesiva, puesto que supone la sustitución del menor por su guardador a efectos del tráfico jurídico, del que el menor (salvo emancipación, y las demás excepciones que veremos a continuación) (132) queda al margen casi por completo hasta su mayoría de edad (133). En este caso, el equilibrio entre el principio de protección y el de respeto al libre desarrollo de la personalidad queda claramente roto en favor del primero; pero innecesariamente roto, porque la misma protección puede ser obtenida a través de otros mecanismos que, sin embargo, permiten una participación directa del menor en el tráfico jurídico (la referencia, en nuestro ordenamiento, al sistema aragonés, es obligada).

De manera que hay que buscar nuevos caminos, tanto *de lege lata* (para ofrecer soluciones adecuadas a partir de los datos normativos con los que ahora contamos), como *de lege ferenda* (para procurar una mejor adecuación entre la situación jurídica del menor y su capacidad natural, que no obligue a construcciones artificiosas, o a interpretaciones forzadas de los textos legales). Caminos que, justo es advertirlo, son tributarios precisamente de esta aportación de De Castro, que por ello puede justamente ser calificada como decisiva.

(131) Poco más adelante haremos referencia a la esfera personal del menor.

(132) Entre las que hay que incluir, naturalmente, los supuestos legales de exclusión de la representación legal (art. 162 Cc), la interpretación de alguna de las cuales (concretamente, del 162.2.1.º) podría llegar a vaciar de contenido la representación legal en relación con el menor naturalmente capaz: cfr. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 891 y ss., especialmente pp. 896 y ss. (más adelante volveremos brevemente sobre esta interpretación).

(133) La cuestión se plantea también en el Derecho italiano, donde BUSNELLI (*Capacità ed incapacità di agire del minore, cit.*, pp. 68 y ss.) ha propuesto una relativización del «dogma» de la plena y definitiva validez de los actos realizados por el representante del menor, debidamente autorizado, que «no se sustraen por completo a la posibilidad, aunque sea excepcional, de una impugnación» (p. 68). La relativización de este dogma (que se refiere al componente de heteronomía en la limitación de la capacidad del menor) se corresponde con la relativización, propuesta igualmente por el mencionado autor, del también correspondiente dogma de la invalidez de los actos realizados por los menores (componente de falta de autonomía en la limitación de la capacidad del menor): pp. 67 y s.

b) El reconocimiento legal de capacidades especiales

El segundo mecanismo que, esta vez con mayor eficacia, sirve para ampliar la esfera de actuaciones posibles del menor —y que precisamente arguye en favor de su capacidad meramente limitada—, es el constituido por las capacidades de obrar especiales que le reconocen el Código Civil o las leyes especiales, así como por otras posibilidades de intervención menos intensas (señaladamente, la audiencia del menor) en asuntos que le conciernen; ambas cosas tanto (y principalmente) en la esfera personal como en la patrimonial, formando un conjunto cuantitativamente numeroso y cualitativamente importante de posibilidades de actuación o influencia. No voy a hacer aquí un elenco de esas capacidades de obrar especiales, que habitualmente —pero no siempre— (134) se encuentran asociadas al cumplimiento de una edad determina-

(134) En ocasiones se conceden en relación no con una edad determinada, sino con la madurez de juicio del menor: así ocurre, destacadamente, en el art. 162.2.1.º Cc, o en su último párrafo; o en el art. 3.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen. En muchos otros supuestos el Cc utiliza el mismo criterio de madurez de juicio del menor para ligar a ella una participación más o menos intensa en los asuntos que le conciernen: cfr., por ejemplo, los casos recogidos por DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º, *cit.*, pp. 109 y ss.; también se encontrarán en el detallado análisis de GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 32 y ss. El empleo de este mecanismo de adecuación (parcial) del régimen jurídico de la minoría de edad a la capacidad natural ha sido criticado, como sabemos, por representar una orientación «peligrosa por arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad real, que se traducirá en el reconocimiento de capacidad de obrar jurídica, a un juicio subjetivo»: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* 1, *cit.*, p. 252; similarmente LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *cit.*, p. 52. La verdad es que en muchas de estas ocasiones la suficiencia de juicio de que hablan los textos legales no se exige en relación con una concreta capacidad de obrar, sino como determinante de la audiencia del menor (vgr., arts. 92.2, 154.3, 156.2, 177.3.3.º ó 231 Cc): en tales casos —como observa DELGADO ECHEVERRÍA en relación con el art. 154— el requisito de audiencia no excluye la licitud de las actuaciones realizadas contra la opinión del menor (p. 109) —similarmente, JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, *cit.*, p. 895—. Otras veces, la suficiencia de juicio sirve de base al reconocimiento de una capacidad de obrar limitada, puesto que necesita el consentimiento concurrente del guardador (art. 162, párrafo 3.º). Por otro lado, esta exigencia se plantea en relación con actuaciones que afectan más o menos directamente a la esfera personal del menor, por lo que hay que ver en ellas más que un mecanismo general de adecuación de la capacidad de obrar a la capacidad natural (lo que tampoco consienten sus limitadas consecuencias), un dispositivo dirigido a permitir una participación creciente de la persona del menor en cuestiones que le atañen directamente, en la misma línea que marca el principio de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Perfiles distintos presenta, más en la línea apuntada por Díez-PICAZO y GULLÓN, la vinculación entre madurez de juicio y posibilidades de actuación que resulta del art. 162.2.2.º Cc: a ello me referiré expresamente más adelante.

da (135). Sí me detendré, en cambio, en algunas de esas edades, no por la importancia intrínseca de los actos que autorizan al menor (como podría ser la capacidad de testar a partir de los 14 años: arts. 662 y 663 Cc), sino en cuanto pueden ser determinantes de que se opere una ulterior ampliación general de esa capacidad.

En primer lugar, el menor puede contraer matrimonio, con dispensa judicial, a partir de los 14 años (art. 48.2 Cc); si, efectivamente, lo contrae, quedará emancipado como consecuencia directa de su matrimonio (art. 314 y 316 Cc), y con ello adquirirá el estado de menor emancipado —sometido, en este caso, a algunas reglas especiales: señaladamente, las derivadas del art. 324 Cc—, que supone un aumento muy considerable de las posibilidades de decidir con eficacia jurídica sobre sus propios asuntos. De esta manera, la fijación de una capacidad especial de obrar muy concreta (la de contraer matrimonio, con dispensa), supone, indirectamente, el adelanto de la edad habitual a partir de la que la emancipación es posible —16 años— (136), y, contraído el matrimonio, un cambio sustancial en la situación jurídica del menor (ahora ya, menor emancipado) (137). Por lo demás, el reconocimiento de esta capacidad matrimonial conlleva la de algunas otras capacidades especiales, como la de hacer capitulaciones matrimoniales (138) o donaciones *propter nuptias* (art. 1.339 Cc) (139).

(135) En la doctrina se han formulado elencos de esas capacidades especiales con amplitud considerable. Destacó en su momento, aunque hoy ha quedado ya muy obsoleto, el realizado por DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., pp. 179 y ss.; recientemente (pero sin incluir, por razones evidentes de fecha del trabajo, la reforma de la adopción), cabe resaltar el llevado a cabo por GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* cit., pp. 29 y ss.; y, por la aproximación teórica que efectúa simultáneamente, la exposición de los casos más importantes que hace DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º, cit., pp. 106 y ss.; más brevemente, pueden consultarse los de LETE DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 60 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, I-II, cit., pp. 180 y ss.; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 254 y s.

(136) Lo apunta GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 107 y s.

(137) El supuesto planteado en el texto es que la doctrina reconoce más claramente como de emancipación por matrimonio: cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º*, cit., p. 249; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 72 y s.; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* (Madrid, Tecnos, 1988), pp. 36 y ss.; CASTÁN DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 189 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 119 y s. Junto a él, se han apuntado como de emancipación por matrimonio el caso en que lo contrae el menor que vive independiente en los términos del art. 319 Cc (GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 109; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 39); y el del mayor de 16 años no emancipado que obtiene dispensa judicial (GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*, en donde la dispensa será, según la autora, no de la edad, sino del requisito de previa emancipación).

(138) Sobre lo cual, cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 117 y ss.; y DURÁN RIVACOBÁ, *La capacidad en las capitulaciones matrimoniales*, ADC 1991, pp. 104 y ss.

(139) Sobre lo cual, *vid.* GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

El otro caso de eficacia general indirecta del reconocimiento de una capacidad especial al menor en el que quería detenerme no procede del Código Civil, sino de la legislación laboral (concretamente, en el art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores) (140). Puesta en conexión esta confusa norma (anterior a las reformas del Código Civil de 1981) con la normativa civil vigente, la doctrina deduce la capacidad del mayor de 16-años no emancipado para realizar contratos de trabajo, con autorización de su guardador (141). Ahora bien, el reconocimiento de esta posibilidad tiene las siguientes consecuencias sobre la situación jurídica del menor:

1) Los bienes que el menor consiga mediante ese trabajo quedan excluidos de la administración paterna y de la representación legal (arts. 164. 3.º y 162.2.3.º Cc) (142);

2) El hecho de que el menor obtenga ganancias propias, unido al consentimiento paterno, posibilita la llamada emancipación por vida independiente, con la consiguiente ampliación general de la capacidad de autogobierno (art. 319 Cc) (143).

Por otro lado, un rápido repaso de los actos para los que se requiere la intervención del menor (con mayor o menor intensidad: audiencia, consentimiento concurrente con el del guardador, consentimiento asistido por el guardador) demuestra que afectan predominantemente a la esfera personal. Pueden servir de ejemplo bien significativo el art. 162.2.1.º (que exceptúa de la representación paterna «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madu-

(140) El citado precepto dice así: «Podrán contratar la prestación de su trabajo: b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo».

(141) Cfr. GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 47; CASTÁN-DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 183; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 107. Extensamente, más consideraciones sobre la cuestión —especialmente, sobre la forma en que el art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores puede haber sido afectado por la nueva normativa del Código Civil— en JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor, cit.*, p. 897, nota 25 bis.

(142) Lo que debe ser considerado aplicable al caso del menor sometido a tutela, por analogía: así, expresamente, MAJADA, *La incapacitación, la tutela y sus formularios* (Barcelona, Editorial Bosch, 1985), p. 87; implícitamente, al considerar aplicables a la representación legal del tutor las reglas que se encuentran en sede de patria potestad, GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, sub art. 267, p. 491.

(143) Aunque textualmente el art. 319 Cc refiera la emancipación por vida independiente al supuesto del menor sometido a patria potestad, la doctrina considera (razonablemente) que también es aplicable al caso del menor sometido a tutela: cfr. GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 141 y s.; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 59; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 260; pero *vid.* las dudas del DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 122.

rez, pueda realizar por sí mismo»), y el mismo artículo en su párrafo tercero («para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste, si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158») (144). De donde cabe deducir que el legislador ha privilegiado la intervención del menor en aquellos asuntos que más directamente afecten a su ámbito personal; lo cual puede ser reconducido sin excesivos problemas al principio constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

No creo que quepa extraer de esta consideración, sin embargo, la conclusión (que entiendo apresurada y errónea) de que en la esfera más inmediatamente personal de los asuntos del menor (vgr., derechos de la personalidad), la actuación del representante legal queda totalmente excluida (145). Queda, sí modalizada, pero no descartada: baste, para justificarlo, tomar en consideración el art. 3.2 de la Ley Orgánica de Protección Civil del Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen, en la que se admite una actuación representativa del guardador, sometida a control judicial. El precepto se refiere al consentimiento legitimador de las intervenciones de terceros en dichos ámbitos, que deberá ser prestado por el menor si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3.1): en los restantes casos «el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez». Desde otro punto de vista, la actuación del guardador respecto a la esfera personal del menor puede venir autorizada (y aún exigida), no por su condición de representante legal, sino en cumplimiento de su función de velar por él (146).

(144) Sobre los cuales, en una aproximación similar a la efectuada en el texto, pero con mayor profundidad en el análisis, JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, cit., pp. 893 y s. Por lo demás, puede comprobarse que esto es así con carácter general, en cualquiera de los elencos actualizados a que me he referido antes: cfr., por citar el de tratamiento más amplio, GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(145) Así, por ejemplo, DíEZ-PICAZO y GULLÓN afirman textualmente (*Sistema... IV* —5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989—, p. 292) que «en realidad, en los derechos de la personalidad no cabe la representación».

(146) Sobre todo lo cual, *vid.* las atinadas observaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 110 y s. En el mismo sentido que en el texto, acerca de la segunda de las posibilidades de actuación del guardador señaladas, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... IV cit., loc. cit.*; contra, pero no de la posibilidad de que actúe, sino de su calificación jurídica, SANCHO REBULLIDA, *Elementos... IV-2.º* (3.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1989), p. 256, para quien en todo caso se trataría de una actuación representativa jurídicamente lícita, cuya intensidad y autonomía sería variable en relación con las circunstancias del menor y los datos legales.

c) La eficacia de los actos ordinarios realizados por el menor conforme a los usos y sus circunstancias

Una tercera vía de progresiva adecuación de la situación del menor a su capacidad natural viene impuesta por la existencia de un ámbito propio de autonomía negocial del menor, socialmente admitido y delimitado; y, como consecuencia de ello, por las construcciones jurídicas realizadas para explicar tanto la existencia de ese ámbito social de autonomía, como la validez definitiva de las actuaciones realizadas por el menor dentro del mismo.

A falta de previsiones legales similares a las de los arts. 389-3 ó 450 del *Code* (que, como sabemos, excluyen de la representación legal los casos en que el uso autoriza al menor a obrar por sí mismo), o del § 110 BGB (que considera eficaces, como también hemos visto, los contratos celebrados por sí solo por el menor, si se cumplen con medios que le han sido entregados por el guardador o con su asentimiento, para esta finalidad o para su libre disposición por el menor), la doctrina ha hecho considerables esfuerzos para llegar a soluciones satisfactorias, a partir de la atribución unánime de plena eficacia a dichos actos, siempre que sean conformes a los usos sociales y a las circunstancias del menor (147).

En lo que no hay unanimidad es en la explicación. Así, se ha dicho que se trata de actos excluidos de las reglas generales de la capacidad de obrar (148); o que aquí, propiamente el menor actuaría como mandatario o representante de su representante legal (149); o que cabría identificar una renuncia tácita del menor y de su guardador a la impugnación del negocio, o, en algunos casos, una gestión de negocios por el menor de obligaciones (en general, la de velar) que incumben a su guardador (150); o, en fin, se ha tratado de ampararlos en el artícu-

(147) Así, DE CASTRO, *Derecho Civil de España, cit.*, p. 200; JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor cit.*, pp. 887 y 897 y ss.; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades... cit.*, pp. 214 y s.; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... 1-2.º cit.*, pp. 108 y ss.

En la doctrina italiana, donde se ha planteado la cuestión en torno a los allí denominados *atti della vita quotidiana*, —pero sobre la efectiva unidad de la categoría, *vid.* las consideraciones de STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 295 y s.—, cfr. FALZEA, voz «Capacità» *cit.*, p. 25; PIZZORUSSO, «Le persone fisiche» *cit.*, p. 151; GALGANO, *Diritto civile e commerciale, cit.*, p. 141.

(148) Cfr. PIZZORUSSO, *op. et loc. cit.*

(149) Cfr. DE CASTRO, *op. et loc. cit.*; GALGANO, *op. et loc. cit.* Pero *vid.* también las observaciones de JORDANO FRAGA acerca de la artificiosidad e inconvenientes de esta solución: *op. cit.*, pp. 888 y ss.

(150) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. ult. cit.*; y nuevamente las observaciones de JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 890 y s.

lo 162.2.1.º Cc, en la medida que excluye de la representación legal los actos que el menor puede realizar por sí mismo, de acuerdo con sus condiciones de madurez (151).

En verdad que en algunas de esas explicaciones hay una notable dosis de artificiosidad (152); y que otras no aclaran suficientemente su fundamento último (153).

En mi opinión, la explicación más clara y sencilla (pero muy probablemente no la más compartida ni la mejor recibida) es la que encuentra un fundamento consuetudinario a la validez de esos actos. Lo cual sirve, además, para delimitar la esfera de actos en los que el menor tiene esa capacidad —los socialmente admitidos para cada edad—, proporcionando un criterio a la vez objetivo (154) y flexible para deslindar ese ámbito de capacidad. De esa manera lo que se logra es:

1) Conceder al menor, ya desde épocas muy tempranas (el ejemplo es tópico: compra de tebeos y chucherías...), un campo de actuación

(151) Cfr. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 897 y ss. A esta interpretación dedicaremos brevemente nuestra atención más adelante.

(152) Con la advertencia de que lo artificioso es la construcción jurídica, y no la realidad social a la que se refiere: no me parece dudoso que en gran número de estos supuestos el menor obre con la autorización y consentimiento —expreso o tácito, actual, habitual o virtual, pero en todo caso real— de su guardador. Lo artificioso, insisto, es tener que considerarlo a partir de ahí representante o gestor de negocios de su representante, o imaginar una renuncia tácita a la acción de impugnación: pero es que estas construcciones son necesarias, a falta de explicación más convincente (y es dudoso que alguna lo sea por completo: incluida la que yo apuntaré más adelante), para salvar la eficacia definitiva de esos actos. Porque, como indica DELGADO ECHEVERRÍA (*op. et loc. ult. cit.*) el simple consentimiento o autorización del guardador no es bastante a esos efectos.

(153) Así, la opinión de PIZZORUSSO de que esos actos están excluidos de las reglas generales de la capacidad de obrar, a falta de norma legal que así lo disponga, ¿en qué se apoya?

(154) En lo que aventaja, a mi modo de ver, a la interpretación propuesta por JORDANO FRAGA, de la que resulta una delimitación de índole subjetiva, determinada por las condiciones de madurez de un concreto menor; ello pese a la vinculación que el mencionado autor establece en más de una ocasión entre los actos que un menor puede realizar de acuerdo con su capacidad natural, y los que los usos sociales le autorizan (cfr. su *op. cit.*, pp. 891 y 901). Pero una cosa es que la práctica social atribuya al menor un ámbito de actuación propio, en cuya atribución se tenga en cuenta la progresiva adquisición por los menores de capacidad natural (sin tener en cuenta, por tanto, la capacidad natural de un menor concreto, sino, nuevamente, *id quod plerumque accidit*); y otra que el criterio legal de atribución, de acuerdo con la interpretación que propone JORDANO FRAGA del art. 162.2.1.º Cc, sea el de la capacidad natural de *ese concreto menor*.

En este sentido, conviene recordar que el Derecho francés utiliza este criterio del uso como instrumento para determinar los actos que el menor puede realizar por sí solo (arts. 389-3 y 450 del *Code*).

personal, que se verá progresivamente ampliado, en la medida en que los usos sociales asocian esa creciente capacidad de actuación autónoma a la edad de las personas.

2) Permitir que el menor vaya tomando parte en el tráfico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su patrimonio (y menos aún para su persona).

3) Garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica (y del tráfico), puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de esos actos que un menor puede realizar, en relación con su edad, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor.

Naturalmente, la opinión que sustento no está exenta de escollos. El primero, deriva de la jerarquía de fuentes de nuestro Derecho (art. 1 Cc), que parece que impediría reconocer tan importante papel al Derecho consuetudinario. Pero no faltan medios para salvarlo:

1) En el plano teórico, cabría hablar, a partir de la consideración generalizada del menor como persona limitadamente capaz —en el sentido propuesto por De Castro—, de que esta es una costumbre *praeter legem* (se limitaría a concretar los límites de esa incapacidad) y *secundum Constitutionem* (en cuanto puede ser legítimamente presentada como reconducible al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad) (155).

2) Y, si se prefieren consideraciones menos teóricas y quizás más seguras, no creo que resultara difícil aceptar la aplicación, frente a la pretensión del menor o de su guardador de impugnar el acto así realizado, del art. 7 Cc (principio de buena fe y exclusión del abuso de Derecho) (156), entendiendo que dicha impugnación, contraria a los usos sociales —en mi opinión no sólo sociales, sino con la relevancia jurídica necesaria para integrar una verdadera costumbre—, es abusiva y contraria también a la buena fe.

Naturalmente, debe ser advertido que esta solución no es predicable de la actividad del menor en general, sino únicamente respecto de los actos ordinario de la vida corriente socialmente admitidos.

(155) Recuérdese como la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989 hace hincapié en la inexistencia de norma alguna que declare la incapacidad del menor, insistiendo más adelante en que la falta de previsión normativa expresa en relación con la cuestión debe ser cubierta por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal, con cita expresa del art. 1, que es precisamente el que contempla la costumbre como fuente de segundo grado.

(156) Sobre estas y otras cuestiones, con mayor profundidad, *vid.* SANCHO REBULLIDA, *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho Civil Navarro* (Pamplona, Universidad de Navarra, 1984), pp. 16 y ss.

Sin los inconvenientes dogmáticos y legales que acabo de exponer, esta misma solución es la patrocinada por De Pablo respecto al Derecho navarro (157).

Por otro lado, cuanto ha quedado recogido anteriormente pone una vez más de manifiesto lo inadecuado de un dispositivo de protección como el que existe en nuestro Derecho, que inhibe casi por completo, en el plano teórico, la posibilidad del menor de desenvolverse de acuerdo con su propia capacidad natural, e impide la realización jurídicamente eficaz de actos que el menor, de acuerdo con esa capacidad y con la consideración social, podría ya realizar por sí mismo.

d) La capacidad general del menor ex artículo 162.2.1.º Cc

Queda ya aludir a la vía propuesta por Jordano Fraga, en cuya virtud se produciría una correspondencia absoluta entre la capacidad natural del menor y su capacidad de obrar, con base en el art. 162.2.1.º Cc. Tras indicar los tres planos en los que, en su opinión, opera la norma (actos relativos a derechos de la personalidad, actos que el menor puede realizar por sí mismo de acuerdo con la ley, y actos que el menor puede realizar por sí mismo de acuerdo con sus condiciones de madurez), centra su atención en el tercero de ellos, que es «del que se desprende la existencia de la capacidad general de que aquí se trata. Del ámbito de la representación legal se excluyen —prosigue Jordano Fraga—, además de los actos que la ley consiente realizar expresamente al menor, aquellos «*otros que el hijo de acuerdo con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo*» (158). Según esto, la capacidad natural del menor aparece como el criterio que «delimita el propio ámbito en que al menor no emancipado se le reconoce por ley capacidad (general) para actuar válidamente por sí», con exclusión, entonces, de la representación paterna —y tutelar— (159). Y, como conclusión, señala que «el menor no emancipado en el ámbito de su capacidad (general) propia (art. 162.2.1.º) puede contratar válidamente y no ya sólo celebrar contratos eficaces en tanto no se impugnen (art. 1300 Cc y ss.), sino absolutamente válidos (*inatacables*)» (160).

(157) Cfr. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro*, cit., p. 330: «para Navarra creo perfectamente defendible la existencia de una costumbre contra ley, de modo que tales actos o negocios de los menores han de considerarse válidos: pocos usos existen tan extendidos y razonables y respecto a los cuales pueda afirmarse con mejor fundamento la concurrencia de la *opinio iuris general*». Se adhiere a esta opinión SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo*, XXXVI-1.º cit., sub Ley 50 FN, p. 130.

(158) JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, cit., pp. 897 y s.

(159) JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 898; sobre la aplicación analógica al tutor, p. 892.

(160) JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 899.

La interpretación propuesta por Jordano Fraga (161) es sugestiva, pero debo reconocer que no me convence, por las razones que brevemente paso a apuntar:

1) En cuanto al punto de partida, no veo clara gramaticalmente la lectura que Jordano Fraga hace del precepto interpretado, y sobre la que funda sus ulteriores argumentaciones. Es ésta una lectura que, si no la entiendo mal, puede ser calificada de disyuntiva —vendría a ser: «(se exceptúan de la representación legal) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes o con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»— (162). Pero la letra del precepto apunta más claramente hacia una consideración cumulativa de ambos términos —lo que dice el precepto es: «(se exceptúan de la representación legal) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»—. De acuerdo con esto, la interpretación que me parece gramaticalmente más adecuada es la que considera exceptuados de la representación legal: *i*) los actos relativos a derechos de la personalidad; *ii*) otros que el hijo pueda realizar por sí mismo, porque la ley lo autoriza y, además, sus condiciones de madurez lo permiten (163); lo que hay aquí, a lo que entiendo, es la fijación de dos requisitos diferentes para la exclusión de la representación legal, y no de dos causas diferentes y autónomas de dicha exclusión.

(161) De la que creo encontrar eco en la varias veces citada resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989, especialmente cuando afirma que no cabe derivar la incapacidad del menor «de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (*vid.* artículo 162.1.º del Código Civil)». En la medida en que esta recepción se produzca, valdrán para la doctrina de dicha resolución las mismas observaciones que desarrollo en el texto, a continuación.

(162) Es verdad que en ningún lugar de su trabajo aparece así dicho; pero se deduce con toda claridad de los tres planos en que, de acuerdo con su interpretación, opera la norma, entre los que señala como diferentes los que en el texto he separado mediante la conjunción disyuntiva o (cfr. pp. 892 y ss.); así como del tratamiento autónomo que hace de los dos términos así separados.

(163) De manera que si un menor realiza un acto que la ley le autoriza sin reunir las condiciones precisas de madurez (es decir, sin la capacidad natural necesaria para realizar ese acto), entonces el acto no es válido —y conviene recordar la insistencia del propio JORDANO FRAGA en que las condiciones de madurez (capacidad natural) son presupuesto común de las excepciones a la representación legal *ex art.* 162.2.1.º Cc: *vgr.*, p. 892—. Del mismo modo, si un menor con capacidad natural suficiente realiza un acto no autorizado por la ley, de acuerdo con el art. 162.2.1.º, las consecuencias serían las mismas (pero precisamente a evitarlo se dirigen todos los intentos que he venido reseñando, incluido este de JORDANO FRAGA).

2) Desde otro punto de vista, entiendo que las consecuencias de esta interpretación son de un alcance excesivamente grave, en cuanto trastocan radicalmente el sistema de capacidad de obrar de las personas, tal y como aparece diseñado en el Código, provocando además notables faltas de coherencia interna con los preceptos en que se funda ese sistema: *i*) por un lado, viene a desaparecer casi por completo el sentido del límite legal de la mayoría de edad, sustituido según este nuevo criterio, por el subjetivo e individual de la capacidad natural del menor: la única eficacia práctica de la edad de la mayoría sería en relación con los casos en el el Código u otras leyes la exijan expresamente; *ii*) el sistema resultante, como he dicho, pecaría de incoherencia, al contener previsiones que pugnarían, en su sentido y contenido, con ese principio de capacidad de obrar del naturalmente capaz, con independencia de su edad: así, no se explicaría que el art. 164.2.3.º Cc (164) pida el consentimiento paterno para los actos de extraordinaria administración (165) sobre los bienes que el menor ganó con su trabajo o industria, cuando sobre los demás (quizás más cuantiosos o importantes) no necesitaría consentimiento alguno; *iii*) del mismo modo, la emancipación pasaría a tener sentido sólo en relación con quienes carecieran de capacidad natural, porque si la tuvieran, habrían alcanzado ya simultáneamente la de obrar, sin las limitaciones a que se refiere el art. 323 Cc.

3) Además, quedaría afectado también el mecanismo de representación legal, que se vería excluido automáticamente en el momento en que el menor adquiriera capacidad natural suficiente para la realización de un acto determinado, o de un grupo de actos. Precisamente, el art. 162.2 lo que contiene son, propiamente, las excepciones a la representación legal; de manera que a lo que lógicamente conduce la interpretación tan sugestivamente propuesta por Jordano Fraga, es no sólo a permitir actuar al menor, sino a la vez a impedir que sea el representante legal quien actúe por él (166). El factor de inseguridad que se introduce así es tan importante, que merece consideración autónoma.

4) Por último, en la línea que acabo de apuntar, no me convence esta interpretación por la inseguridad jurídica que genera, al sustituir en los términos indicados el dato externo y objetivo de la edad por el subjetivo y en ocasiones difícilmente aprehensible de las condiciones de madurez; que es, precisamente, lo que intentó evitar el legislador espa-

(164) Al que JORDANO FRAGA dedica su atención en pp. 898 y ss., aunque desde otro punto de vista.

(165) Que incluirían los de disposición extraordinaria, mientras que los de disposición ordinaria («necesarios... para la conservación productiva de los bienes, que no afecten a su propia fundamental subsistencia») quedarían asimilados a los de ordinaria administración: cfr. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 898.

(166) Lo advierte el propio JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 898.

ñol (y muchos otros, según hemos visto) al establecer el límite legal de la mayoría (167). De prosperar dicha interpretación, habría que proceder a comprobar caso a caso la capacidad natural del menor, para saber quien está legitimado para la realización del acto de que se trate.

e) Conclusiones: algunas propuestas «de lege ferenda»

Según hemos ido viendo, del mismo modo que sucedía con la entrada en la mayoría de edad, pero todavía más acusadamente, la finalización de la minoría no supone un corte en la situación del menor tan tajante y radical como inicialmente pudiera suponerse. Se produce, más bien, escalonadamente, de forma que el menor va viendo aumentar — de hecho y de Derecho— sus posibilidades de actuación a medida que va teniendo lugar su desarrollo físico y psíquico. Pero se trata de un aumento que se asienta, en más de una ocasión, sobre bases jurídicas poco firmes (la mención del tratamiento de los actos de la vida cotidiana es forzosa). En otras ocasiones, tiene un carácter inarmónico, al estar determinado por el reconocimiento de capacidades especiales particularizadas, que no logran formar entre ella un entramado sistemático y coherente: ni por las edades fijadas, en su caso (12, 14, 16 años), ni por la intensidad de la intervención del menor (que oscila entre la mera audiencia y el consentimiento pleno y único).

Por otro lado, hemos visto también cómo la regulación de nuestro Código Civil dista mucho de ser adecuada, puesto que coarta excesivamente las posibilidades de actuación del menor a través del mecanismo (único previsto, con algunas excepciones) de la representación legal. Ya he indicado que este dispositivo supone tanto que el menor no puede actuar en sus propios asuntos (falta de *autonomía*), como que es otro quien puede gobernarlos en su nombre con plena eficacia (criterio de *heteronomía*) (168). El empleo de esta técnica de sustitución es ajustado durante los primeros años de la vida de una persona, en los que carece de las condiciones mínimas de capacidad natural que le permitan actuar por sí mismo; pero resulta de una intensidad excesiva para aquellas etapas de su desarrollo en las que puede ya desenvolverse (limitadamente) por sí mismo, aunque su falta de experiencia aconseja la presencia de un mecanismo de protección adecuado a esa situación. Y adecua-

(167) Pero algo así es lo que, indirectamente, viene a proponer la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989, cuando señala que por debajo de los dieciocho años «habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad».

(168) Según pone de relieve muy acertadamente DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* I-2.º *cit.*, p. 104.

do, en un doble sentido: porque permita una intervención del menor en sus propios asuntos más acorde con su capacidad natural; y porque le sirva de medio para adquirir la experiencia de que ahora carece. Lo que falta es, entonces, esa flexibilidad en los mecanismos de guarda (en *cuáles* son y *qué contenido* tienen) que caracteriza ahora, por señalar la referencia legal más próxima, a la situación de los incapacitados —en relación, precisamente, con su capacidad natural—. Podría decirse, empleando una frase ya tópica, que es la asignatura pendiente de la reforma de las instituciones y mecanismos de tutela y guarda, en general (comprendiendo, por tanto, la patria potestad).

Por estas consideraciones, y otras que han quedado reflejadas en las páginas que anteceden, cabe proponer algunas reformas de nuestro Derecho, en punto a la situación jurídica de los menores, utilizando para ello tanto modelos procedentes de otros ordenamientos, de eficacia y utilidad contrastadas, como (nuevamente), otros extraídos de nuestros Derechos forales —y el recurso al Derecho aragonés me parece aquí especialmente útil—.

1) Comenzando por la reforma que alteraría de manera más importante el sistema de relaciones entre edad y capacidad de obrar en el Código Civil, y recurriendo ya al modelo ofrecido por el Derecho aragonés (169), creo que sería conveniente reemplazar el actual sistema de representación legal del menor, hasta que llegue a la mayor edad (o a la emancipación), por uno de *asistencia a partir de los 14 años de edad* (170). Esta solución creo que consigue un equilibrio adecuado entre los principios en juego: *i*) desde el punto de vista de la protección del menor, la asistencia de su guardador le asegura frente a los eventuales peligros de su inexperiencia, puesto que, en el caso más extremo, la negativa de éste a prestar su asentimiento impediría al menor la realización plenamente eficaz del acto (171); *ii*) desde el punto de vista del libre desarrollo de la personalidad del menor, atribuirle la capacidad de

(169) Con la ventaja, entonces, de disponer de una construcción doctrinal y de una práctica judicial ya consolidadas, dentro del propio marco del Ordenamiento general español. Ello evitaría los problemas de una reflexión *ex novo* carente de puntos de referencia cercanos para la aplicación de la eventual reforma. Así, sobre el sistema aragonés, en general, *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO (*sub arts. 4 y 5*) y DELGADO ECHEVERRÍA (*sub arts. 11 y ss.*), en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*; y en ellos, nuevas referencias.

(170) Considero preferente esta edad (que es también la que fija el Derecho austriaco para delimitar el concepto de menores capaces) a la excesivamente temprana de 7 años propuesta por el BGB: en ésta última las facultades intelectivas y volitivas, aunque ya presentes, no están lo suficientemente desarrolladas como para tomar habitualmente parte activa en la vida jurídica; en muchas ocasiones, la asistencia del guardador se traduciría, en la práctica, en una verdadera representación. Por lo demás, respecto al BGB, recuérdese el replanteamiento propuesto por MORITZ, uno de cuyos pilares es, precisamente, la edad de 14 años: *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 49 y ss.

(171) Cfr. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO (*op. cit.*, p. 340), respecto al Derecho Aragonés.

sarrollo de la personalidad del menor, atribuirle la capacidad de obrar *por sí mismo* (pero no *por sí solo*) a partir de dicha edad, no sólo es más conforme con el mencionado principio constitucional, sino que permite al menor ir adquiriendo la experiencia que le falta para completar su desarrollo (172); por último, la seguridad jurídica y del tráfico quedaría suficientemente asegurada al establecerse claramente las condiciones de participación del menor de más de 14 años en el mismo.

Por lo demás, esta reforma presentaría la ulterior ventaja de consentir más fácilmente la validez de los actos de la vida ordinaria realizados por el menor, en los que habitualmente cabrá identificar un asentimiento o autorización de su guardador —lo que es insuficiente respecto al sistema actual de representación legal—, o podría ser después ratificado por el mismo.

2) En relación con esta última cuestión suscitada, tendría menor calado y trascendencia, pero contribuiría poderosamente a adecuar la situación jurídica del menor a sus condiciones de capacidad natural —aún en el caso de que se mantuviera la representación legal—, la inclusión en el Código Civil de una regla de excepción a la representación legal similar a la contemplada por los arts. 389-3 ó 450 del *Code* (recordemos nuevamente: la representación legal cesa en los casos en que la ley o el uso autoricen al menor a obrar por sí mismo); quizás mejor —aunque es otro modelo a tener en cuenta— que una regulación del llamado «dinero de bolsillo» al ejemplo del § 110 BGB (que convierte en eficaces los contratos celebrados por el menor si éste realiza la prestación con medios que le han sido dados para tal fin o para su libre disposición, por su guardador o con su asentimiento). Se trata, en cualquiera de estos casos (173), de reformas de menor alcance que la anteriormente propuesta (con la que no son, por otro lado, incompatibles), tendentes a dar una solución más clara, directa y menos objetable al problema de los actos de la vida diaria.

En todo caso, entiendo que la reforma de la situación jurídica del menor debe pasar por un replanteamiento del alcance y contenido de la

(172) Recuérdese la calificación del menor aragonés mayor de 14 años como «menor en aprendizaje» o «en preparación» [SANCHO REBULLIDA y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 331 (Derecho histórico), y pp. 337 y s. o 340 (Derecho vigente)]. Y también la finalidad educativa que GITTER atribuye al régimen de capacidad negocial limitada de los §§ 106 y ss. BGB (*Münchener Kommentar... cit.*, p. 692).

(173) Junto a los que cabría mencionar también § 52.3 del ZGB de la ex-DDR, de acuerdo con el cual son válidos los contratos realizados por el menor —la norma se refiere a incapaces de obrar en general— para la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana, sobre objetos de escaso valor, siempre que ambas obligaciones se hayan visto cumplidas inmediatamente: dan noticia GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades... cit.*, pp. 214; y DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-1.º, cit.*, página 109.

representación legal, que es el mayor obstáculo, en mi opinión, para una formulación correcta de dicha situación en nuestro Derecho (174).

3. La emancipación como mecanismo institucional de flexibilización del sistema legal de la mayoría de edad

La separación entre el estado de menor edad y el de mayor edad aparece flexibilizada en nuestro Derecho a través de la previsión general de un *status* intermedio de acceso individualizado (la emancipación). Dicho *status* amplía considerablemente la capacidad de obrar del sometido a él, pero contempla todavía algunas (limitadas) medidas de protección, que afectan a esa misma capacidad, generando así el estado de *menor emancipado* (175).

La emancipación, en su significación, comprende tanto la salida de la patria potestad (176) como la ampliación general de la capacidad de obrar del menor —con algunas limitaciones: destacadamente, art. 323 Cc, y para Navarra, la Ley 66.3 FN— (177). De ella interesa aquí

(174) En lo cual hay que reconocer el evidente acierto de fondo del planteamiento de JORDANO FRAGA (*La capacidad general del menor, cit., passim*), que precisamente se mueve en esta dirección.

(175) Sobre la emancipación, antes de las reformas operadas a partir de 1981, *vid.* DE CASTRO, *Derecho Civil de España, cit.*, pp. 205 y ss.; y R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 35 y ss. Para el Derecho vigente, PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, cit. sub arts.* 314 y ss., pp. 1.222 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º, cit.* pp. 246 y ss.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 65 y ss.; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 64 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, pp. 256 y ss.; y DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-2.º, cit.*, pp. 112 y ss. Monográficamente, PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado, cit.*

(176) Para la tutela existe, como es sabido, la figura paralela del beneficio de mayor edad por concesión judicial (art. 321 Cc). El estado resultante es muy similar al de menor emancipado, mientras que las diferencias fundamentales se refieren a los tipos de emancipación: en caso de tutela, evidentemente, no cabe la habilitación por concesión de los titulares de la patria potestad —art. 317 Cc— (tampoco la que sería su correspondiente: concesión por el tutor), ni tampoco otra semejante a la prevista en el art. 320, cuyo fundamento son precisamente las situaciones de anormalidad referidas a la patria potestad. Entonces, en el beneficio de mayor edad, las causas son: por concesión judicial (art. 321), por matrimonio (art. 316, cuya aplicación al caso del menor sometido a tutela no creo que ofrezca dudas —así, expresamente, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 106—) y por vida independiente (cfr. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1.237; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 141 y s.; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 59; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 260; pero *vid.* las dudas de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 122). En cuanto al contenido de la situación del menor habilitado de edad, es similar a la del emancipado (art. 323.3).

(177) Lo cual no siempre ha sido así, como es notorio. La regulación actual procede de la fusión, en la etapa codificadora, de la emancipación propiamente dicha (que determinaba tradicionalmente la salida de la patria potestad) con la *venia aetatis* (que determi-

no tanto su regulación normativa concreta (178), cuanto —y a la vez— su consideración como determinante de una modificación sustancial en el *status* del menor, en tanto que beneficiario de una especial protección jurídico-civil; y como mecanismo de flexibilización de la regla abstracta y general de la mayoría legal de edad. Por eso, nos detendremos a continuación en dos cuestiones: el sentido y función de la emancipación en nuestro Derecho, en relación con la situación y capacidad natural del menor (A), y la llamada emancipación por vida independiente (B).

A. Sentido y función de la emancipación

Es habitual en la doctrina presentar la emancipación como un medio de mitigar la rigidez propia del sistema legal de la mayoría de edad, que permite a quienes han alcanzado un grado suficiente de capacidad natural antes de cumplir los 18 años acceder a una situación jurídica de capacidad cuasi-plena, únicamente atenuada por el sometimiento a algunas limitaciones de índole protectora (179). A lo cual cabría añadir un cierto componente de etapa de aprendizaje, preparatoria de la capacidad de obrar plena (180). En torno a lo cual, que me parece básicamente correcto, creo conveniente hacer algunas precisiones que contribuyan a aclarar mejor la cuestión:

1) La emancipación es una *posibilidad* prevista con carácter *general* por el ordenamiento, que *potencialmente* puede afectar a cualquier menor en quien concurren los requisitos fijados para cada uno de los tipos de emancipación. Pero su puesta en práctica, su actuación, *es individual*: actualmente sólo afecta a aquellos menores que han sido emancipados, uno por uno (181).

naba la ampliación de la capacidad de obrar). Sobre los antecedentes de la emancipación, en general, *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 205 y ss.; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; y PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

(178) Respecto a lo que me remito a las obras generales citadas en la nota 175 precedente.

(179) Cfr. R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, p. 36; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, p. 26 (y nuevamente en la 67); PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado, cit.*, p. 32; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-2.º cit.*, p. 112; fuera de nuestras fronteras, GOBEAUX, *Les personnes, cit.*, p. 324.

(180) Así, la sentencia del TS de 16 de mayo de 1984, señala (*obiter dictum*) que «la emancipación representa, siempre dentro de la minoría de edad... un período diferenciado en la vida del menor de edad que tiene por finalidad la de prepararle para la mayoría».

(181) Lo resalta GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 324. De ahí que se haya afirmado el carácter excepcional de la emancipación, que estaría destinada a afectar exclusivamente a una minoría de menores (CORNU, citado por STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, p. 282, nota 384).

2) Por lo tanto, tal y como pone de relieve Stanzione, la emancipación «no constituye una etapa necesaria entre la menor y la mayor edad» (182), ya que no aparece directamente vinculada a la edad, ni a ninguna otra circunstancia de concurrencia obligada en cualquier menor en algún momento de su desarrollo (183).

3) La capacidad natural puede servir, como hemos visto, para determinar el sentido y función de la emancipación, considerados en abstracto y desde un punto de vista teórico: constituyen, por así decir, la explicación de cómo se integra la emancipación en el sistema de relaciones entre edad, capacidad natural y capacidad de obrar de la persona. Pero, en la práctica, la relación entre capacidad natural y emancipación es muy similar a la que une la misma capacidad natural con la determinación de la edad legal de la mayoría. Es decir, que en la emancipación se considera que, a partir de la concurrencia de una edad determinada —16 años— (184) o, excepcionalmente, de una circunstancia legalmente prevista —matrimonio del menor—, una persona tiene ya capacidad natural suficiente como para autorizar (pero no imponer) una considerable ampliación de su capacidad de obrar. A partir de ahí (los 16 años —junto con los demás requisitos legales— o el matrimonio), pese a ser un mecanismo de actuación individualizada, es jurídicamente indiferente, por ejemplo, si de hecho el mayor de

(182) STANZIONE, *op. cit.*, p. 282.

(183) Lo cual no empece, frente a lo que opina STANZIONE (*op. et loc. cit.*), a su función de correctivo del sistema de la mayoría de edad: lo que ocurre es que se trata de un mecanismo de corrección que sólo potencialmente es general; es decir, que está a disposición de los implicados (menores, guardadores, tribunales), quienes podrán ponerlo en marcha cuando lo consideren conveniente, útil o necesario. Precisamente ahí radica su carácter corrector, con vistas a adecuar la situación legal de minoría a las específicas necesidades de un concreto menor.

(184) Sobre la edad fijada para la emancipación, GETE-ALONSO (*La nueva normativa... cit.*, p. 89), sin descartar el componente de adecuación a la capacidad natural, opina que no ha sido ese el fundamento de tal fijación, sino que ha sido una elección arbitraria, relacionada directamente con la reducción del límite legal de la mayoría de edad. Esto último es evidente (la emancipación se producía antes de la reforma a los 18 años: mantenerlo no hubiera tenido sentido); pero calificar la elección de arbitraria no me parece del todo correcto, ni sociológicamente (cfr. el análisis de PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, *cit.*, pp. 16 y ss), ni jurídicamente: baste señalar, desde este último punto de vista, la relevancia penal del límite de los 16 años —arts. 8.2 y 9.3.º C. Pen.—; o la posibilidad ya citada de realizar contratos de trabajo a partir de esa edad, con lo cual se dota al menor de la posibilidad de conseguir la autonomía económica que actúa como presupuesto de la llamada emancipación por la vida independiente —art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores—; o la fijación de la enseñanza obligatoria hasta esos 16 años —art. 5.1 LOGSE—. También la emplean la Carta Social Europea (art. 7.4), el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores (art. 1.a)), o el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (art. 4), por citar algunos.

16 años tiene esa capacidad natural, o si la intención subjetiva de los padres al conceder a su hijo mayor de 16 años la emancipación es precisamente la de adecuar su situación jurídica a su capacidad natural, o no (185). Dicho de otra manera, no se exige en ningún momento un control individualizado ni de la capacidad natural del menor cuya emancipación se pretende (que, insisto, la ley presupone a partir de la edad o el matrimonio), ni de que la finalidad subjetiva de esa concreta emancipación sea la de adecuar la situación jurídica del menor a su capacidad natural (186).

Siguiendo en esta misma línea, convendrá considerar brevemente, desde la perspectiva adoptada, dos de las causas de emancipación expresamente contempladas en el Código Civil: la emancipación por concesión judicial y la emancipación por matrimonio (187).

El caso de emancipación del hijo de familia por concesión judicial aparece en nuestro Código Civil causalizado, puesto que en él se vincula la emancipación (además de a la edad de 16 años y a la previa solicitud del menor), a la concurrencia de una situación de anormalidad en el ámbito personal-familiar del menor (188). En este caso, a la función

(185) Podría ser, por ejemplo, la de sustraer determinados bienes al principio de responsabilidad patrimonial universal (cfr. STS de 30 de abril de 1985); o también, según apunta DELGADO ECHEVERRÍA (*Elementos... I-2.º, cit.*, p. 118) la de «liberarse de las cargas y molestias de la patria potestad», con perjuicio objetivo del hijo, en cuyo caso el citado autor duda de la validez del acto de concesión: se trataría de una suerte de «desviación de potestad» (que ha de ejercitarse en beneficio del menor: art. 154.2 Cc), respecto a la que cabría quizás apreciar —además— fraude de ley (siendo la defraudada la regulación general de la patria potestad, en cuanto impone los deberes y obligaciones que se intenta eludir; y la fraudatoria el art. 317 Cc).

(186) En este sentido, la resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986, señala a mayor abundamiento «que en el acto de emancipación no hay necesariamente un control oficial, desde el punto de vista del interés público, de la especial aptitud del sujeto para merecer la emancipación».

(187) Con respecto al elenco legal, ya hemos hablado de la (impropiamente) enumerada emancipación por mayoría de edad; y poco después haremos alguna referencia más detallada a la llamada emancipación por vida independiente (que el art. 314 no contempla, y de la que se duda si es o no verdadera emancipación). En cuanto a la que queda —emancipación por concesión de quienes ostentan la patria potestad, a la que podría ser asimilado el beneficio de mayor edad del art. 321, en este aspecto—, no presenta peculiaridades desde el punto de vista que ahora interesa.

(188) GETE-ALONSO (*La nueva normativa... cit.*, p. 100) reconduce las causas del art. 320 Cc a «la existencia de una situación de anormalidad en el ejercicio de la patria potestad que aconseja —si el mayor de 16 años así lo solicita— la conveniencia de conceder, al hijo de familia, la independencia en la que consiste la emancipación»; similarmente, al analizar cada una de las causas, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-2.º, cit.*, p. 113. Lo cual, siendo cierto, me parece una contemplación hasta cierto punto parcial, limitada a la patria potestad: ésta es mencionada únicamente en la causa 3.ª del art. 320 Cc, mientras que ni en la 1.ª ni en la 2.ª tiene por qué producirse una alteración en el ejercicio o la titularidad de la patria potestad. En estos dos casos, más bien (pero sin

(predicable con carácter general de toda emancipación) de mecanismo de mitigación del rigor de la regla de mayoría de edad, y a la presunción legal de capacidad natural que opera con base en haber alcanzado ya la edad de 16 años, se une a una finalidad específica en relación con la situación personal-familiar de determinados menores, respecto a los que se considera personalmente más conveniente (no por su capacidad real de autogobierno, sino por la aludida situación de anormalidad familiar) que gocen de la autonomía que caracteriza al menor emancipado. Cabe decir que, en este caso, la edad (a partir de la que se presupone la capacidad natural suficiente) *autoriza* la emancipación, y la anómala situación personal-familiar del menor la *aconseja*.

En el caso de la emancipación por matrimonio, la capacidad natural del menor se presupone por el mismo hecho de haber sido autorizado judicialmente a contraer matrimonio: no necesita especial demostración la afirmación de que éste es uno de los actos más trascendentes (desde el punto de vista personal, pero también desde el patrimonial) que puede realizar una persona, puesto que está asociado a la asunción de un conjunto de cargas, deberes, obligaciones y responsabilidades de notable importancia. Es claro que a quien se ha reconocido jurídicamente la capacidad para asumir ese estado, difícilmente se le puede negar la capacidad de gobernar por sí mismo sus propios asuntos (más aun cuando ésta se encuentra limitada por la presencia de mecanismos protectores, que limitan parcialmente esa capacidad). Junto a esta consideración, se alega también (razonablemente) que «quien por el matrimonio constituye una nueva familia, no ha de seguir sujeto a otra autoridad familiar» (Delgado Echeverría) (189).

B. *La llamada emancipación por vida independiente*

De acuerdo con el art. 319 Cc «se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consenti-

descartar que puedan causar, como indica DELGADO ECHEVERRÍA, perturbaciones en el ejercicio de la patria potestad), parece que lo que hay es una situación familiar anómala, en relación con la cual el menor puede tener dificultades de adaptación que aconsejen su emancipación. No creo que quepa exigir en estos casos la presencia de un efectivo entorpecimiento del ejercicio de la patria potestad para acordar la emancipación, sino que bastará para ello con la efectiva concurrencia de las situaciones contempladas en el precepto.

(189) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 120; similarmente, BUCCIANTE «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO) 4-III *cit.*, p. 674 (y allí más referencias a la doctrina italiana).

miento de los padres viviere independientemente de éstos» (190). De este artículo interesa menos, a efectos del presente estudio, su calificación dogmática como emancipación (191), cuanto la efectiva ampliación de la capacidad de obrar del menor que provoca (192).

Esta ampliación, a diferencia de los restantes supuestos de emancipación, no opera sobre una presunción legal de capacidad natural de autogobierno, sino a partir de la constatación fáctica de que esa capacidad natural de gestionar sus propios asuntos e intereses —centrada básicamente en la efectiva autonomía económica— (193) existe, porque de hecho el menor lo está haciendo (194).

(190) El Derecho navarro conoce una norma similar a ésta, aunque con algunas diferencias significativas —repárese en la exigencia de justa causa para la revocación de la vida independiente—, en su Ley 66.4 FN: «el mayor de dieciséis años que con el consentimiento de sus padres viva independiente de ellos se considerará para todos los efectos como emancipado. Los padres podrán con justa causa revocar este consentimiento» (sobre lo cual *vid.* DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, *cit.*, p. 337 y s.; SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo XXXVI-1.º*, *cit.*, *sub* Ley 66, pp. 307 y s.). Paralela, aunque con mayores diferencias de contenido y alcance, es la regla del art. 5.3 Comp. Ar.: «el mayor de catorce años que con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes»; sobre lo cual, *cfr.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, *cit.*, pp. 360 y ss.; o MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios Albaladejo*, t. XXXIII-1.º *cit.*, pp. 83 y ss.

(191) Cuestión discutida: parecen considerarla tal, pero con peculiaridades de regímen significativas, GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 139 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 260; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-2.º cit.*, pp. 120 y s.; pero frente a ello, *vid.* las consideraciones de PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, *cit.*, pp. 1.236 y s.; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *cit.*, p. 78; o PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, *cit.*, p. 58.

(192) A través, al menos conceptualmente, de un mecanismo indirecto de doble ficción, en cuya virtud se considera al menor de vida independiente como si fuera emancipado (art. 319), y al menor emancipado como habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 323). De forma que al menor de vida independiente se le reputa habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor.

(193) En lo que la doctrina es unánime, a partir DE CASTRO (también, en este caso, con relación a la redacción del art. 160 Cc anterior a las reformas de 1981): *cfr.* *Derecho Civil de España*, *cit.*, p. 196. Para el texto vigente, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º cit.*, p. 251; GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 142; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 59 y s.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 260; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 121.

A lo que entiendo, esta autonomía económica no debe entenderse simplemente como la posibilidad de hacer frente a los propios gastos con los propios bienes (vgr., procedentes de la herencia paterna, o de donaciones que el menor haya recibido), porque eso demuestra únicamente que el menor tiene patrimonio, pero no que sepa gobernarlo (es decir, que sea naturalmente capaz de hacerlo). Más bien debe entenderse como la adquisición de autonomía económica por el propio menor, que puede hacer frente a sus propios gastos con ingresos debidos a su actividad (que bien pueden proceder, naturalmente, de una acertada gestión de la herencia paterna o de las donaciones recibidas). Ese parece ser el sentido de la autonomía económica a que se refieren los autores citados, aunque no lo aclaren tan explícitamente.

(194) Así lo hacen notar R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, *cit.*, p. 50 (en relación con el antiguo art. 160 Cc); y PÉREZ DE CASTRO, *op. et loc. cit.* y DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. ult. cit.*

Tal posibilidad se constituye, de esta manera, en la vía más sencilla (a partir de un mínimo de edad que el legislador considera irrenunciable en este caso, probablemente también por razones de protección laboral a la infancia —recuérdense los arts. 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores—) de adaptación de la situación jurídica del menor a su efectiva capacidad natural; y una capacidad natural —insisto— no presumida legalmente, sino demostrada en el plano de los hechos por su vida independiente. Probablemente en este caso la permanencia del menor de vida independiente bajo la potestad de su guardador, en la medida en que no responde a un criterio de protección que la propia vida independiente ha demostrado ya en su mayor parte innecesario (y más claramente con la intensidad que reviste esa protección en la patria potestad y en la tutela), constituye una restricción injustificada al desarrollo de su personalidad (195). Esta figura (y más si no se considera conceptualmente como una emancipación) supone, a mi modo de ver, el puente que más claramente une en nuestro ordenamiento la capacidad natural con el reconocimiento jurídico de una capacidad de obrar cuasi-plena; también, en cuanto para que tenga lugar esta considerable ampliación de la capacidad de obrar no se requiere ningún requisito formal especial, y el consentimiento paterno (o del guardador) que la ley exige es apreciado en la forma flexible a que luego haré referencia.

Por otro lado, la puesta en relación de este precepto con otras normas conexas (destacadamente, los arts. 164.2.3.º Cc, y 7 b) del Estatuto de los Trabajadores) muestra la peculiar importancia que tiene para nuestro ordenamiento la autonomía económica, como una de las más características demostraciones de la presencia de capacidad natural en el menor (siempre a partir de los 16 años, por las razones de protección laboral de la infancia antes apuntadas). Así: 1) en un primer nivel, los bienes que el menor adquiere con su trabajo o industria quedan exceptuados de la administración paterna en los términos del art. 164.2.3.º Cc; ello no supone necesariamente que sea autosuficiente desde el punto de vista económico, ni tampoco una vida efectivamente independiente, pero sí instaura una relación entre la capacidad del menor de adquirir bienes y el reconocimiento de un ámbito de autonomía (la administración ordinaria, y, con el consentimiento paterno, la extraordinaria), con exclusión de la representación legal (art. 162.2.3.º Cc) precisamente en relación con esos mismos bienes: es decir, que el Derecho le considera capaz de gobernar —en su caso, con el comple-

(195) Y no está de más recordar como principio orientador, con DELGADO ECHEVERRÍA (*Elementos...* I-2.º, *cit.*, p. 100) que «en las legislaciones modernas, la patria potestad y la tutela son institutos de cuidado y protección, y por tanto no se extienden a la persona que, por sus condiciones físicas y mentales, ya no los precisa».

mento de capacidad de sus padres— lo que es capaz de ganar; 2) en un segundo nivel, la autonomía económica real determina la concesión de un ámbito de autogobierno considerablemente más amplio, puesto que asimila al menor que dispone de ella con el menor emancipado (art. 319 Cc): aquí la correspondencia no es entre la capacidad de adquirir bienes y el aumento de la capacidad de obrar sobre esos mismos bienes, sino entre la demostrada capacidad de vivir autónomamente y la capacidad de obrar, ahora ampliada con carácter general.

Conviene que nos detengamos a continuación en la exigencia legal de que la vida independiente del menor cuente en todo momento con la aquiescencia —ya sea como consentimiento previo, ya sea como no revocación posterior— de sus padres (196). Pues bien, el Código no exige

(196) Aquí es donde cabe residenciar uno de los problemas de la eventual extensión de la emancipación por vida independiente al caso del menor sometido a tutela. Aplicando analógicamente a ese supuesto lo que establece para el caso de patria potestad el art. 319 Cc, habría que concluir que el consentimiento requerido por el precepto debe otorgarlo el tutor. Ahora bien: resulta que esa disposición expresa del art. 319 Cc se integra coherentemente en un sistema de emancipación en el que el padre puede concederla expresamente a su hijo en los términos del art. 317 Cc (de forma que cabría considerar que el consentimiento a la vida independiente no es sino otra forma de hacer, menos formalmente y con requisitos y efectos diferentes, lo que puede hacer con carácter general según el art. 317 Cc). Pero aplicar analógicamente el art. 319 Cc en el sentido indicado, tropieza con el escollo de que en nuestro ordenamiento el tutor no puede conceder al menor el beneficio de la mayor edad, sino que esa facultad corresponde al juez (art. 321 Cc); de forma que podría ser incoherente con el sistema permitir que el tutor emancipe (de hecho, y con los efectos limitados —revocabilidad— que caracterizan a esta figura) al tutelado a través de su consentimiento a la vida independiente (y de la no revocación de ese consentimiento), cuando no tiene facultades para hacerlo por la vía directa.

Sin embargo, pienso que sigue siendo razonable mantener tanto que la emancipación por vida independiente cabe también en el supuesto de menor sometido a tutela (y si se apura la argumentación, cabría elevarse hasta el principio constitucional de igualdad...), como que entonces el consentimiento legalmente exigido (o la revocación legalmente autorizada) es del tutor, y no del juez. La clave me parece que está en el carácter fáctico que reviste el presupuesto básico de este tipo de emancipación —o de esta causa de ampliación de la capacidad de obrar, si se prefiere—, que exige que la vida independiente tiene que serlo con consentimiento precisamente de aquél frente a quien se independiza de hecho el menor: la independencia del menor lo es con respecto a la persona de la que antes dependía (padre o tutor), por lo que es dicha persona la que, lógicamente, ha de consentir que esa vida independiente tenga lugar. Dicho con otras palabras: el supuesto de hecho que fundamenta esta figura está integrado no sólo por la vida independiente del menor, sino también por el consentimiento con que, de hecho, tal cosa sucede; de manera que, aunque conceptualmente quepa distinguirlos para estudiar mejor sus peculiaridades, la vida independiente y el consentimiento del guardador no forman dos requisitos diferentes, fáctico el primero y jurídico el segundo, sino uno solo, de carácter fáctico —con las conocidas consecuencias jurídicas, claro—: la vida independiente consentida; y el consentimiento que integra la *fattispecie*, precisamente por ese carácter fáctico, no puede proceder sino de quien tiene la guarda legal del menor, padre o tutor. Por lo demás, podría coadyuvar a esta interpretación el confuso art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce ca-

que la oposición del guardador, sea cual sea el momento en que se manifieste, responda a una justa causa: en una interpretación meramente literal de la norma, no habría nada que oponer a una denegación arbitraria del consentimiento o una revocación igualmente arbitraria del inicialmente prestado —a diferencia de lo que ocurre en Derecho navarro, en el que, como hemos visto, se exige justa causa para la revocación— (197). Esta interpretación es, sin embargo, contraria a la función o sentido de la emancipación por vida independiente, dentro del sistema de relaciones entre capacidad natural, edad y capacidad de obrar, tal como más arriba ha quedado descrito. Hay, además, datos doctrinales y legales más que suficientes para rechazarla, y optar por otra más adecuada a los principios que rigen la materia:

1) En primer lugar, a través de la flexibilización de la exigencia del consentimiento inicial del guardador, entendiéndose que concurre cuando los padres o el tutor conocen la vida independiente del menor y no se oponen expresa y formalmente (198); lo que podría verse complementado con una presunción —*iuris tantum*— de anuencia de los padres —o tutor—, frente a terceros de buena fe, a partir de simple dato de la vida independiente: correspondería, entonces, a los guardadores legales, probar su oposición formal y expresa, o (en su caso) la revocación del consentimiento inicial (199).

2) En segundo lugar, a partir de la constatación de la efectiva capacidad de autogobierno del menor, por medio de la introducción de un criterio causal de la eventual intervención de los guardadores dirigi-

pacidad para contratar a los mayores de 16 años «que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores».

Plantea el problema, y las posibles soluciones (que consienta el tutor o el juez) PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., p. 59.

(197) Ponen de relieve ese carácter aparentemente abstracto de la revocación, tal y como literalmente resulta del art. 319 Cc, PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 1.239 y s.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* cit., p. 143; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, cit., p. 79.

(198) Como tantas otras veces, la interpretación trae causa de la propuesta por DE CASTRO respecto al antiguo art. 160 Cc (*Derecho Civil de España*, cit., p. 196); para el vigente art. 319, lo sostienen también PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1.238; GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 142; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., p. 59; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* I-1.º cit., p. 121.

(199) Parecidamente, aunque con mayor radicalidad, DE PABLO, (*Curso de Derecho Civil Navarro*, cit., p. 337), en relación con la Ley 66.4 del Fuero Nuevo de Navarra: «la mínima seguridad jurídica —no siendo inscribible esta emancipación por vida independiente en el Registro Civil— exige entender que, frente a terceros de buena fe, el consentimiento de los padres acompaña a la vida independiente del mayor de dieciséis años, al ofrecer el ordenamiento jurídico resortes suficientes a los padres para impedirla, tanto *ab initio* como en caso de revocación de su consentimiento».

da a impedir (denegación del consentimiento) o revocar la ampliación de capacidad de obrar provocada por la vida independiente del menor; es decir, exigiendo que tanto la denegación del consentimiento como su revocación posterior respondan a la existencia objetiva de una justa causa, cuya concurrencia habrá de apreciarse en función del interés del menor. Todo lo cual puede ser deducido de la obligación que incumbe tanto a padres como a tutores de obrar en el ejercicio de sus respectivas potestades (y esos consentimiento o revocación forman parte, indudablemente, de dicho ejercicio) en beneficio del menor (arts. 154 y 216 Cc, respectivamente). Exigencia todavía más clara en relación con la revocación, precisamente por la existencia de un consentimiento previo del guardador: como escribe Delgado Echeverría, la revocación «habrá de fundarse en alguna razón objetiva, ya que el hijo, con el hecho de la vida independiente, ha mostrado su aptitud para ella, y los padres, al consentirla, manifestado su juicio positivo respecto de esta aptitud» (200).

Conviene advertir, por último, que en caso de que el menor de vida independiente contraiga matrimonio (a lo que está autorizado *ex arts.* 319 y 46 Cc), cesará la revocabilidad, al consolidar el matrimonio la emancipación de hecho que había producido la vida independiente —o, si se prefiere, al suponer el paso de la mera ampliación de la capacidad de obrar a una verdadera emancipación— (201). Lo mismo (apunta Gete-Alonso) que si es emancipado formalmente el menor que vivía independientemente, en cualquiera de las formas previstas por la ley (202).

IV. LAS INSTITUCIONES JURIDICO-CIVILES DE PROTECCION DE MENORES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Planteamiento

En las páginas que anteceden hemos centrado nuestra atención, básica pero no únicamente, en el tratamiento del que he denominado contenido *negativo* de la protección jurídico-civil de menores (la privación de capacidad de obrar, en su propio beneficio). Limitar el estudio a ese aspecto, sin embargo, supondría ofrecer una visión incompleta y hasta cierto punto deformada del sistema de protección de menores en su

(200) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 121; en la misma línea, PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1.239 y s. (donde se inclina por la apreciación de abuso de derecho en caso de revocación arbitraria); GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 143 y s.; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 79; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 59; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 260.

(201) Así, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 146; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 40 y s.

(202) Cfr. GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*

conjunto, tal y como resulta de nuestro Derecho positivo. Ello, no tanto porque queden en la sombra los dispositivos de protección *positiva* (instituciones de guarda y asistencia, en su sentido más amplio) (203), sino porque ofrece una visión parcial, que deja fuera del campo de observación aspectos fundamentales de la protección jurídico-civil de los menores en nuestro ordenamiento.

En efecto, el análisis del sistema de protección de menores desde el punto de vista de su contenido o aspectos negativos, desemboca predominantemente en la consideración de las posibilidades de actuación *ad extra* del menor, en relación con sus propios asuntos personales o patrimoniales; y, en consecuencia, para cuando esas posibilidades no existen o están limitadas, en la necesidad de arbitrar un dispositivo que actúe por quien no puede hacerlo (o puede hacerlo sólo limitadamente). Todo ello, con una cuidadosa ponderación de las necesidades efectivas de protección (a fin de evitar perjuicios al menor, derivados bien de su actuación incosciente, bien del abandono de sus propios asuntos por imposibilidad natural de actuar), y del principio de libre desarrollo de la personalidad del menor, a fin de lograr, en cada momento, el equilibrio más adecuado entre ambos principios, en relación con la capacidad real del protegido. A todo esto es a lo que se han dedicado las páginas antecedentes.

Pero este análisis, que se revela útil y necesario, aparece también como incompleto, en la medida en que deja en penumbra los aspectos más propiamente personales de la protección del menor: los relativos al cuidado de su persona. Y precisamente la consideración de la que he llamado protección positiva, tal y como resulta de los mecanismos que a tal fin arbitra nuestro Derecho, permite que detengamos ahora nuestra atención en ese aspecto, hasta el momento preterido, de la atención personal que precisa el propio menor, en cuanto incapaz (en mayor o me-

(203) Que queden en la sombra no quiere decir que desaparezcan por completo. Según se advirtió ya en su momento, esos aspectos positivo y negativo aparecen en gran medida como cara y cruz de la misma moneda: la privación de la capacidad de obrar —por falta de capacidad natural— tiene su complemento necesario en la previsión de un mecanismo que actúe en lugar del menor (o junto con él) tanto en la esfera personal como en la patrimonial; es decir, actúe por él, ya que él no puede hacerlo por sí mismo. A su vez, la presencia de un dispositivo de actuación en lugar del menor o junto con él, se corresponde con una evidente limitación de la capacidad de obrar del menor. En este sentido, y según se ha visto, cualquier ampliación en la capacidad de obrar se corresponde con una disminución en la intensidad o extensión de los mecanismos de guarda o asistencia hasta llegar, con la plena capacidad de obrar, a su extinción. De ahí que en el análisis precedente haya una correspondencia constante entre el tratamiento de la capacidad de obrar y el contenido y alcance del mecanismo de guarda previsto para cada caso: desde este punto de vista, es claro que todo lo dicho afecta también al contenido de las instituciones de guarda, en general. Pero, por un lado, no afecta a todas por igual —hay algunas de las que todavía no hemos hablado—; y por otro lado, esa consideración no agota la importancia propia de dichas instituciones, como se verá, a continuación, en el texto.

nor medida) de cuidar de sí mismo. A ese enfoque, complementario del anterior —y por sí solo también insuficiente—, dedicaremos ahora nuestra atención, con la advertencia, ya usual en el presente trabajo, de que la perspectiva adoptada para el análisis es la *teleológica*, a partir de la caracterización de los sujetos beneficiarios de la protección (en nuestro caso, los menores) como *elemento teleológico* de esa protección, que se ha hecho más arriba. Lo que quiere decir que el estudio de cada una de las instituciones concretas de guarda, asistencia o protección no nos interesa —ni va a ser abordado— en su conjunto, de forma exhaustiva y sistemática, sino sólo en la medida en que afecte o sea afectado por la situación (legal o real) del beneficiario de las mismas. A otras cuestiones de regulación legal de dichas instituciones no se aludirá más que en lo que sea útil o conveniente en relación con la finalidad pretendida. Pero precisamente este enfoque —al igual que ha ocurrido en el caso de la protección negativa— se revela fructífero, en cuanto sirve para resaltar las líneas maestras y el sentido de esas instituciones, y para explicar el porqué de unas relaciones entre unas y otras que, como veremos, son en ocasiones de difícil elucidación.

En efecto, hasta ahora hemos aludido a las instituciones de protección en su conjunto, y al menor como un sujeto beneficiario indiscriminado de la protección de esas «instituciones y mecanismos de protección», pero sin concretar más el contenido de la expresión. Sin embargo, está claro que no todos los menores están sometidos, a la vez, a todas las instituciones tuitivas. En una aproximación inicial, resulta patente que el factor de discriminación, el criterio determinante del sometimiento a cada una de ellas, se sitúa en la concurrencia en el menor de determinadas circunstancias personales, legalmente previstas (204). Una consideración más detenida, precisamente desde el punto de vista de las circunstancias del sujeto beneficiario a que atiende el Derecho para establecer un concreto dispositivo de protección, revela que nuestra legislación civil no ofrece un sistema orgánico y coherente de instituciones de protección, previstas armónica y complementariamente cada una de ellas para hacer frente a unas determinadas circunstancias del menor, y cuyo perfecto encaje asegure, al final, una protección integral (en todos los ámbitos y para todas las circunstancias) y eficaz de dicho menor. Al contrario, al hilo de las últimas (y bienintencionadas) reformas —destacadamente, tras la operada por ley de 11 de noviembre de 1987, en materia de adopción—, el examen de las circunstancias del menor a que atiende cada una de las figuras legalmente establecidas pa-

(204) Lo cual ocurre también, como es sabido, respecto al tratamiento de los incapacitados, que se ven sujetos a uno u otro mecanismo —tutela, curatela y patria potestad prorrogada o rehabilitada—, y con una u otra intensidad, en función de las características de su incapacidad así como de su situación familiar: cfr. arts. 171, 210, 215, 222, 286 y concordantes del Cc.

ra protegerle, revela la existencia de dos modelos bien diferenciados, con enfoques diversos y hasta cierto punto inconexos, que provocan solapamientos, interferencias, desajustes y disfunciones entre unas y otras de tales figuras, y en consecuencia serios problemas de interpretación y aplicación del conjunto de instituciones protectoras de menores en nuestro Derecho Civil. Como veremos a continuación, se puede hablar de instituciones protectoras, pero no de la existencia de un verdadero sistema global de protección, en su sentido más propio (205).

(205) A cuya complejidad *institucional y funcional*, hay que sumar una creciente complejidad *normativa*, provocada por la concurrencia sobre esta materia de normas de diferente procedencia, en las que se yuxtaponen en ocasiones los aspectos civiles y los administrativos, provocando una progresiva introducción de criterios administrativos en la legislación civil. Esta administrativización ha sido puesto de relieve, por ejemplo, en relación con la última reforma de la adopción: cfr. GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, adición al t. 5-II de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español... cit.* (Madrid, Reus, 1988), p. 29; SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia*, vol. IV, *Acogimiento y adopción* (Madrid, Civitas, 1989), p. 30; o PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción* (Madrid, Civitas, 1989), pp. 62 y ss.

La complejidad normativa es también especialmente relevante en relación con las instituciones relacionadas con la adopción, respecto a los que existe ya una relativamente abundante normativa autonómica. Así, se pueden citar hasta la fecha de elaboración de este trabajo (septiembre de 1991), y sin afán de exhaustividad:

Cataluña: Ley de 13 de junio de 1985, de Protección de Menores (modificada por la de 21 de noviembre de 1988); Decreto de 9 de mayo de 1986, conteniendo el Reglamento de Tratamiento y Prevención de la Delincuencia infantil y juvenil y de la Tutela; Decreto de 21 de noviembre de 1988, sobre Protección de Menores (que ha derogado reglamentaciones anteriores, como el Decreto de 3 de diciembre de 1987 o la Orden de 14 de marzo de 1988).

Aragón: Ley de 25 de abril de 1988, de Modificación del artículo 19.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, sobre Adopción; Ley de 14 de diciembre de 1989, de Protección de Menores; Decreto de 21 de junio de 1988, sobre Protección y Tutela de Menores; y Orden de 30 de septiembre de 1988, sobre Aplicación de la Normativa de Protección de Menores (estos dos últimos, afectados pero no expresamente derogados por la Ley de 14 de diciembre de 1989).

Navarra: Decreto Foral de 25 de marzo de 1986, sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención a Menores.

Castilla y León: Decreto de 7 de abril de 1988, sobre Protección de Menores; y Decreto de 20 de septiembre de 1990, conteniendo el Reglamento de Expedientes Administrativos de Adopción.

Galicia: Decreto de 28 de julio de 1988, sobre Protección y Tutela de Menores Desamparados; y Orden de 31 de agosto de 1989, por la que se crean los Registros de Solicitudes de Acogimiento Familiar y Adopción.

Andalucía: Decreto de 13 de septiembre de 1988, sobre adopción y protección de menores.

Madrid: Decreto de 23 de noviembre de 1988, sobre Procedimiento de Constitución y ejercicio de la tutela y guarda de Menores Desamparados; Orden de 25 de noviembre de 1988, sobre Composición y Régimen de funcionamiento de la Comisión de Tutela del Menor; Orden de 18 de marzo de 1991, sobre Promoción del Acogimiento de Menores y la Adopción.

La Rioja: Decreto de 18 de abril de 1991 sobre Adopción y otras Formas de Protección de Menores.

Por otro lado, y para ir acabando esta ya larga introducción, no está de más señalar como ese conjunto inorgánico e inarmónico de instituciones está lejos de dar solución a todos los problemas que plantea la protección del menor, desde el punto de vista civil. Por poner un ejemplo que me parece especialmente significativo, no está nada claro, en bastantes de esas instituciones, qué patrimonio es el que debe hacer frente a los gastos ocasionados por la atención del menor. Eso, que no presenta dudas en el caso de menor sujeto a la patria potestad, queda muchas otras veces en el aire, bien por la falta de previsión legal, bien por la ambigüedad de lo legalmente previsto (206).

2. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: el modelo institucional y el modelo funcional

Como acabo de indicar, un estudio de las diferentes instituciones jurídico-civiles de protección de menores, desde el punto de vista de las situaciones en que se encuentra el menor y que provocan su puesta en funcionamiento, revela la existencia de dos modelos o perspectivas normativas bien diferenciados, que cabría caracterizar, aproximativamente, como el modelo *institucional* y el modelo *funcional o asistencial*. A continuación, pasaré a hacer un breve examen de cada uno de ellos, y de las figuras que agrupan para, ya en el siguiente apartado, se-

(206) No voy a entrar en esta cuestión, que pertenece más bien a lo que es contenido de cada una de las instituciones. Me remito, pues: respecto a la *tutela*, a cuanto exponen sobre el particular SANCHO REBULLIDA, *El nuevo Régimen de la familia*, III, *Tutela e instituciones afines* (Madrid, Civitas, 1984), p. 114; ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., sub art 217, pp.230 y s.; y GÓMEZ LAPLAZA, sub art. 269, pp 510 y s.; LETE DEL RÍO, *Comentarios Albaladejo T. IV* (2.^a ed., Madrid, EDESA, 1985), p 376; MAJADA, *La capacidad, la tutela y sus formularios*, cit., página 101, SAURA MARTÍNEZ, *Incapacitación y tuición* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 81, nota 10; COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia*, cit., pp. 82 y ss.; o (respecto al Derecho aragonés) GARCÍA CANTERO, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, cit., pp. 546 y ss.

Respecto al *acogimiento* también se ha planteado: cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores*, AC 1988, pp. 153 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 98, nota 25; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1990), pp. 217 y ss.; y EGEA I FERNÁNDEZ, en relación con el acogimiento regulado por la Ley catalana de Protección de Menores «La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nova regulació)», en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent Anys de Codi Civil des de Catalunya* (Barcelona, PPU, 1990), p. 222.

También se lo ha planteado, en relación con la delegación de la patria potestad, J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad* (Granada, Comares, 1989), pp. 241 y ss.

ñalar las principales disfunciones y conflictos que la diversidad de perspectivas y la falta de una coordinación sistemática entre ambos modelos provoca.

A. *El modelo institucional de protección de menores en nuestro Derecho Civil*

El ordenamiento civil español arbitra un conjunto de instituciones de protección de menores, previstas con carácter general para atender, de modo global y estable, a las necesidades de protección de cualquier menor. Estas instituciones se encuentran relacionadas entre sí, según criterios de supletoriedad y complementariedad, de modo que, en su conjunto y al menos desde el punto de vista formal, atienden a todas las situaciones en las que el menor pueda encontrarse, y a todas las necesidades que se deriven de ellas, ofreciendo así un sistema completo, al menos tendencialmente (207). Lo decisivo aquí, en mi opinión, es que la situación del menor a la que se atiende viene determinada desde una perspectiva institucional, para la que lo decisivo es la posición de formalmente protegido o no —es decir, sometido o no a una institución de guarda legal— en la que el menor se encuentra ante el Derecho: lo que cabría denominar, por referencia al modelo funcional, el «desamparo institucional».

a) *Patria potestad*

Cuando entre el menor y otra persona existe un vínculo jurídico de filiación legalmente reconocido, nuestro Código Civil establece a cargo de ésta última, y como mecanismo general de protección, la *patria potestad*. Esta figura se presenta como vértice y centro del sistema civil de protección, tanto desde el punto de vista sociológico (la mayor parte de los menores españoles se encuentran sometidos a él), como jurídico: en efecto, es la figura de contenido más amplio y regulación más completa, que se constituye como paradigma y punto de referencia de otras que coinciden con ella en el alcance o contenido de la protección que ofrecen (destacadamente, la tutela o el acogimiento familiar) (208).

(207) No totalmente, por defectos técnicos en la regulación (quizá procedentes de ausencia de criterios de fondo para solucionar los problemas conforme a ellos): recuérdese, por ejemplo, lo señalado más arriba acerca del patrimonio que debe sufragar los gastos ocasionados por la atención del menor.

(208) No está de más recordar que el carácter tuitivo de la patria potestad no caracteriza a esta figura desde sus orígenes, sino que es fruto de una lenta evolución, ya biminaria. Por lo que respecta a nuestro Derecho, una de las características de la reforma

Pero esta no es la única institución de este carácter que conoce nuestro ordenamiento. En Aragón, el papel que respecto al Código (u otros Derechos forales como, destacadamente, el navarro: leyes 63 y ss. del Fuero Nuevo) cumple la patria potestad, se realiza por medio de una combinación de disposiciones legales, sobre la llamada autoridad familiar, el deber de crianza y educación, y las funciones de representación del menor y administración de sus bienes (arts. 9 y ss. Comp. Ar.) (209). Como se ve, en este caso no se puede hablar de una sola institución, sino de una combinación de varias, que conduce a resultados semejantes —pero mediante mecanismos más flexibles—, desde el punto de vista de la protección de las necesidades del menor.

El carácter prioritario de la protección dispensada por los padres, frente a la eventual puesta en funcionamiento de otros mecanismos diferentes, responde:

1) Por un lado, en cuanto a su fundamentación última, a una consideración del contenido natural de las relaciones paterno-filiales (210), no sólo en cuanto *responsabilidad* de los padres por el hecho de la ge-

operada en 1981 sobre esta materia ha sido la enfatización sobre su carácter de función en beneficio del hijo (emblemáticamente, cfr. el art. 154 Cc): sobre lo cual, cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad como función en el nuevo Derecho de familia*, DJ 33-36 (1982), monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia, vol. I, pp. 177 y ss; del mismo autor «La reforma de la patria potestad», en *Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1983), pp. 43 y ss.; además, con referencias a la evolución histórica del instituto, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, t. 5-II (9.ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1985), pp. 201 y ss.; y SANCHO REBULLIDA, *Elementos... IV-2.º* (3.ª ed. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1989), pp. 215 y ss.

Esta evolución, que se ha producido paralelamente en otros ordenamientos, ha llevado en alguno de ellos a modificar la denominación tradicional del instituto, de forma que se habla, por ejemplo, en Francia, de autoridad paterna (*autorité parentale*: art. 371 y ss. del *Code*); o, en Alemania, de cuidado paterno (*elterliche Sorge*: §§ 1626 y ss.) —aunque, en este ordenamiento, se ha dicho que el cambio de denominación tuvo, en realidad, un carácter «cosmético»: cfr. MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 44—. En el mismo sentido, la Recomendación 874/1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a una Carta Europea de Derechos del Niño, aconseja sustituir la noción de autoridad paterna (*a fortiori*, la de patria potestad), por la de responsabilidad paterna (II.cc).

(209) Como explica DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*, sub art. 9, p. 416 «en la Compilación Aragonesa la “autoridad familiar” no es el equivalente de aquella institución (la patria potestad), pues no abarca la administración de bienes y la representación del menor —aunque ambas funciones le sean normalmente anejas— ni tampoco el deber de crianza y educación, que es externo y previo a la “autoridad” y le sirve de fundamento y medida».

(210) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS-CASTÁN-VÁZQUEZ, *Derecho Civil Español... 5-II, cit.*, p. 205; SANCHO REBULLIDA, *Elementos... IV-2.º, cit.*, p. 215.

neración (o de la asunción voluntaria —adopción— o atribución legal —caso de empleo de las técnicas de reproducción asistida— del vínculo de filiación), sino en cuanto, habitualmente, proporciona al menor el entorno familiar en el que más favorablemente se producirá su desarrollo (211).

2) Por otro, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, al art. 39 de la Constitución, conforme al cual parece clara la presencia de una cierta ordenación jerárquica de los ámbitos de protección, empezando por el paterno (familiar), y siguiendo por los poderes públicos (212).

De acuerdo con cuanto antecede, quedan protegidos por la patria potestad (o, en Aragón, por la autoridad familiar y figuras conexas), tanto los hijos naturales como los adoptivos (213). Por su parte, la filia-

(211) Sobre lo cual, cfr. las extensas consideraciones de BAVIERA, *L'adozione speciale* (2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1982), pp. 11 y ss. Como veremos más adelante, el intento de proporcionar al menor que carece de él un ámbito familiar en el que pueda desarrollarse es una constante en la regulación de las instituciones de protección de menores, desde la perspectiva funcional; así ocurre, por ejemplo, en el ámbito del Código Civil, en el que la reinscripción en la familia de origen, la adopción o el acogimiento familiar, se dirige precisamente a proporcionar al menor ese entorno familiar (cfr. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 119 y ss., y especialmente 121 y ss.): sobre lo cual volveremos más adelante.

(212) En palabras de GARCÍA CANTERO «la asistencia y protección de los menores incumbe, en primer lugar, a sus progenitores y a su familia, y (que) en defecto de los anteriores, recae sobre el Estado la obligación supletoria de llevar a la práctica la protección integral de los hijos» (*El nuevo régimen jurídico de la tutela*, cit., pp. 469 y ss.). Similarmente, DE DIEGO LORA, «El menor, centro de atribución de derechos en las relaciones paterno-filiales», en RIVERO *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis* (Pamplona, EUNSA, 1982), pp. 446 y s.; GÁLVEZ, *Comentarios Garrido Falla*, cit., sub art. 39, p. 760; BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, cit., p. 127.; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» cit., p. 166. Pero *vid.*, sin embargo, la opinión parcialmente disidente de ESPÍN, en *Comentarios Alzaga*, cit., sub art. 39, p. 37.

También los textos internacionales pueden ser invocados, al amparo del art. 39.4 CE: baste citar la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas —20 de noviembre de 1959—, cuyo principio 6 dice textualmente: «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material» (cfr. también los arts. 7.1 y 9.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño —20 de noviembre de 1989—).

(213) La adopción, en cuanto determinante de la atribución de la patria potestad al padre adoptivo, tiene un lugar propio pero no autónomo, en este grupo de instituciones: propio, en cuanto constituye un mecanismo de generación de un vínculo de filiación entre dos personas; y no autónomo, porque el mecanismo de protección no es tanto la adopción como el régimen genérico de la patria potestad que ella crea. De manera que lo que se contempla aquí es, valga la expresión, la adopción *in facto esse*. Por otro lado, la adopción es

ción natural incluye tanto la que cabría denominar ordinaria, como la procedente de utilización de las técnicas de reproducción asistida; advertencia que no está de más, porque la correspondencia más o menos fiel que se pretende establecer, en el caso de la filiación natural ordinaria, entre la realidad biológica y la realidad jurídica, queda desdibujada cuando se trata de filiación procedente del empleo de las citadas técnicas. En este último caso, habrá que estar a las reglas específicas que nuestro ordenamiento conoce ya sobre la materia (214).

b) La asistencia paterna

Derivada también de la existencia de vínculos de filiación, pero en una cierta conexión con la patria potestad, cabe situar la función de complemento de la capacidad que incumbe a los padres respecto a sus hijos emancipados (art. 323 Cc, ley 66.3 FN), o en el Derecho aragonés, respecto al hijo menor de 14 años (*asistencia paterna*) (215).

también una técnica dirigida, en su regulación actual, a proteger a los menores desde la perspectiva funcional, promoviendo su inserción definitiva en un ámbito familiar que les proporcione esa protección integral y estable a que me he referido más arriba: es la que, siguiendo con el mismo símil empleado, cabría denominar adopción *in fieri*. Precisamente lo más peculiar de la adopción es este segundo aspecto (en lo demás, a partir de la equiparación absoluta entre filiación natural y adoptiva —art. 108 Cc—, apenas presenta rasgos diferenciales); de ahí que hayamos de referirnos a ella dentro del segundo modelo normativo —el funcional— de que antes he hablado.

(214) Así, cfr. los arts. 7 y ss. de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; y, para Cataluña, *vid.* las reglas específicas que, integradas en el régimen catalán de la filiación, establece la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de Filiación. Respecto a la primera, hay ya algunos análisis generales: cfr., con gran detalle, RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos...* IV-2.º, *cit.*, pp. 147 y ss. (especialmente, 155 y ss.); monográfica y corrosivamente —el título del trabajo es suficientemente significativo—, también sobre la ley, PANTALEÓN PRIETO «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en *Homenaje al profesor Roca Juan* (Murcia, 1989), pp. 641 y ss. (específicamente *ad rem*, pp. 648 y ss.); además, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV (4.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989), pp. 272 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* IV (5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989), pp. 278 y ss.

(215) La cuestión de las relaciones entre la patria potestad y la función de asistencia paterna no es del todo pacífica y se encuentra vinculada a la más inmediatamente práctica de determinación de los sujetos llamados a prestar esa asistencia: ¿quiénes ostentaban la patria potestad antes de la emancipación, o del cumplimiento de los 14 años en Derecho aragonés —respuesta que a mí me parece más probable—, o los padres en general, con independencia de que hubieran sido privados de ella? No podemos entrar en ello; baste señalar que, en mi opinión, no parece razonable dar entrada en esta función de complemento de capacidad, en beneficio del menor, a quien quedó privado de la patria potestad por incumplir sus deberes respecto al mismo. Sobre lo cual, *vid.* GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 121 y s.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, *cit.*, pp. 150 y ss. (y en ellos nuevas referencias).

c) La tutela

Para el menor no emancipado, que no está sometido a la patria potestad, el Código Civil prevé, con clara naturaleza supletoria, y carácter necesario (cfr. arts. 228, 229 y 230 Cc) (216), la constitución de la *tutela*, que se ejercitará en beneficio del menor (art. 216 Cc), bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 230 Cc).

De la regulación de esta figura en el Código Civil, interesa destacar ahora tres cosas:

1) La forma en la que el art. 222.1.º Cc determina los menores sujetos a tutela, que no deja resquicios ni posibilidad de situaciones de desamparo institucional entre ella y la patria potestad: quedan sujetos a tutela los no emancipados (para los emancipados hay, como veremos, otra institución) no sometidos a patria potestad, con independencia de la causa por la que ello sea así; lo importante aquí es el resultado («no estén bajo la patria potestad»), y no sus causas. De manera que un menor, o está emancipado (y entonces, sometido a asistencia paterna o curatela); o se encuentra bajo la patria potestad; o se ve sujeto a tutela. Tratándose de menor no emancipado, entre tutela y curatela *tertium non datur* (217). La conjunción de esta previsión, con la de privación de la patria potestad como consecuencia del incumplimiento de las funciones paternas (art. 170 Cc), hace que la tutela pueda ser considerada como un dispositivo con el que se suple formalmente no sólo la falta o ausencia física de los padres, sino también la ineficacia del régimen protector que pivota en torno a ellos, para obtener las finalidades que con él se persiguen.

2) El Código Civil contempla, además, un conjunto de previsiones dirigidas a garantizar que esa complementariedad institucional entre la tutela y la patria potestad se produzca también en la práctica, a través de la efectiva constitución de la tutela, cuando desaparezca la patria potestad (arts. 228, 229 y 230 Cc). En palabras de Sancho Rebullida «el Có-

(216) Deducible directamente de la dicción del art. 222.1.º Cc. Además, lo ponen de relieve SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *El nuevo régimen de la familia*, III, *Tutela e instituciones afines* (Madrid, Civitas, 1984), pp. 58 y 71; LETE DEL RÍO, en *Comentarios Albaladejo*, t. IV (2.º ed., Madrid, EDESA, 1985), p. 260; CASTÁN TOBEÑAS-CASTÁN-VÁZQUEZ, *Derecho Civil Español... 5-II, cit.*, p. 397.

(217) Prescindo en cuanto a la caracterización de las causas de la tutela, del art. 222.4.º Cc, introducido por la reforma de 1987, que es una de las muestras más patentes de las interferencias y disfunciones a que más arriba he aludido: dicho precepto debe situarse, como veremos, en el plano funcional o asistencial, y no en éste. Por lo demás, ni por su ámbito personal, ni por su contenido, ni por las reglas a que se sujetan, coinciden las dos «tutelas» a que se refieren, por un lado el art. 222.1.º Cc, y por otro el n.º 4 del propio citado precepto.

digo trata de que la constitución de la tutela sea inmediata al hecho o situación que la determina. Para ello establece: la actuación de oficio o a instancia de parte; la acción pública de denuncia; y la obligación de denunciar, impuesta a determinadas personas y al Ministerio Fiscal» (218), con la peculiaridad de que el incumplimiento de la obligación de promover la constitución de la tutela, impuesta a los particulares, lleva consigo, en su caso, la de indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 229 Cc) (219).

3) Por último, se establece también un mecanismo de urgencia, con carácter provisional, para atender a la protección de la persona y bienes del menor, en tanto se sustancia el procedimiento constitutivo de la tutela, y queda esta definitivamente constituida (artículo 299 bis) (220).

Nuevamente, hay que aludir al especial régimen del Derecho aragonés, por el diferente ámbito personal de la autoridad familiar, en cuanto a quienes pueden ostentarla. Tras la reforma de la Compilación operada por la Ley de 21 de mayo de 1985, esa función puede ser desempeñada, además de por los padres (y para el caso de que éstos fallezcan, o sean privados de la autoridad familiar o su ejercicio por decisión judicial), por los abuelos del menor, por sus hermanos mayores, o por el «cónyuge no progenitor del bínubo premuerto» (más fácil: padrastro o madrastra) —art. 10 Comp. Ar.— (221): es claro que, en tales supuestos, ejercida la autoridad familiar por esas otras personas, no procede la constitución de la tutela. Por otro lado, la regulación específica que la Compilación del Derecho Civil de Aragón contiene sobre la tutela (arts. 15 a 18), no afecta a las cuestiones que aquí nos interesan. De todas formas, el art. 222.1.º Cc permite, por su dicción literal —y en una interpretación adaptadora a todas luces necesaria— solventar los eventuales

(218) SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, cit., pp. 103 y s.

(219) Se produce aquí una grieta en el modelo institucional de protección, en relación con el caso de incumplimiento por los padres de los deberes inherentes a la patria potestad, puesto que no se establecen dispositivos similares a los aludidos en el texto para garantizar la privación de la patria potestad, requisito previo para la ulterior constitución de la tutela.

(220) Pese a su ubicación sistemática, no parece que se trate de un supuesto de defensor judicial, ni respecto al Ministerio Fiscal, ni en cuanto al administrador de los bienes de que habla el precepto: cfr., en el mismo sentido, LETE DEL RÍO, *op. ult. cit.*, p. 476; PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., sub art. 299 bis Cc, p. 774; MORENO QUESADA, *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, RDP 1985, p. 322; SAURA MARTÍNEZ, *Incapacitación y tuición* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 108; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial* (Madrid, Civitas, 1990), pp. 137 y ss.

(221) Sobre esta oscura expresión, vid. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, cit. sub art. 10, pp. 450 y s.; también MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios Albaladejo XXXIII-1.º*, cit., pp. 142 y s.

problemas, y ser considerado como aplicable en Aragón, sustituyendo en el mismo la expresión patria potestad, por la de autoridad familiar: así, quedarían sometidos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la autoridad familiar, sea ésta de los padres, o de aquéllos a quienes la extiende el art. 10 de la Compilación.

d) La curatela

La función de complemento de capacidad, cuando no puede ser desempeñada por los padres, se ejercita en nuestro Derecho Civil común, a través de la curatela. Lo que comprende, de acuerdo con el art. 286 Cc, dos situaciones diferentes:

1) Menores que cuando fueron emancipados se encontraban sometidos a patria potestad, y respecto a los que sus padres no pueden desarrollar su función de asistencia, por haber fallecido o haber quedado impedidos para ello (art. 286.1.º), de hecho o de Derecho (222). Respecto a ello, la imposibilidad de que esa función de complemento de capacidad sea llevada a cabo por quienes inicialmente estaban llamados a hacerlo, determina la constitución de la curatela; de modo que ésta actúa con respecto a la asistencia paterna, con el mismo carácter supletorio que la tutela con respecto a la patria potestad (223).

2) Menores sometidos a tutela, que han obtenido el beneficio de la mayor edad —caso que incluye, según acabo de señalar (y de acuerdo con las previsiones del propio Código), a quienes fueron sometidos a tutela por privación de la patria potestad de sus padres—: entonces, la función de complemento de capacidad es desempeñada por el curador, con el añadido de que, de acuerdo con el art. 292 «si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa». En este segundo supuesto, la curatela actúa con respecto a la tutela de la misma forma que la asistencia paterna respecto a la patria potestad.

(222) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Notas sobre la curatela*, RDP 1984, p. 795.

(223) A lo que entiendo, no cabe aquí el supuesto de que los padres se hayan visto privados de la patria potestad (naturalmente, antes de la emancipación: después, se ha extinguido) —como parece apuntar GETE-ALONSO, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., sub art. 286, p. 689—, ya que ello hubiera determinado la constitución inmediata de la tutela; y, más que de emancipación, hubiera habido que hablar de la concesión del beneficio de la mayor edad: pero entonces ya estamos en el campo del art. 286.2.º Cc.

Por lo demás, entiendo que la curatela abarca también el caso del menor emancipado por vida independiente (224), ya que no se ve por qué, de entre los efectos para los que se le reputa emancipado, hay que exceptuar el relativo al complemento de capacidad que establece el art. 323 Cc. En este supuesto, la asistencia deberá ser prestada por los padres, o por el tutor (argumento *ex arts.* 323 y 292 Cc) o, en el caso del art. 286.1.º —los padres que consintieron la vida independiente han fallecido, o han quedado impedidos para prestar su asistencia— por el curador que nombre el Juez (225).

En cuanto al Derecho aragonés, en el que como sabemos la función de asistencia se realiza a partir de los 14 años del menor (art. 5 Comp. Ar.), quienes están llamados a hacerlo, en defecto de los padres, son el tutor o la Junta de Parientes. Lo que quiere decir, a lo que entiendo (y brevemente, porque no es éste el objeto directo del presente análisis): 1) que la función de asistencia no se vincula directamente a la autoridad familiar, por lo que no corresponde a quienes, sin ser padres, la desempeñan; 2) que hasta la emancipación (226), no hay duda de que en defecto de los padres esa asistencia la llevará a cabo el tutor; 3) que a partir de ella, aunque el Derecho aragonés desconoce la figura del curador, y precisamente por el carácter incompleto o parcial de la regulación de la tutela en la Compilación aragonesa, esa función de complemento de capacidad corresponderá a un curador, en los términos en que lo concibe el Código Civil (227).

Por su parte, el Derecho navarro presenta como peculiaridad más destacada la concurrencia entre el curador y los Parientes Mayores, a la hora de prestar esa asistencia en defecto de los padres; concurrencia que, en opinión de Sancho Rebullida, será alternativa, al no especificarse otra cosa (228).

(224) Son de la misma opinión GARCÍA CANTERO, *Notas sobre la curatela*, *cit.*, p. 795; MORENO QUESADA, *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, *cit.*, p. 309; RODRÍGUEZ-INYESTO, *La prodigalidad...* *cit.*, p. 242. Contra, LETE DEL RÍO, *Comentarios Albaladejo IV*, *cit.*, pp. 435 y s.

(225) En mi opinión, la facultad de revocar la emancipación quedaría reservada al juez, previa petición justificada del curador así nombrado. Tampoco creo que hubiera especiales problemas para que fuera el Juez quien consistiera la realización de esos actos (o los ratificara *a posteriori*), si el menor de vida independiente así se lo solicita.

(226) Sobre el sentido de la emancipación en el Derecho aragonés, histórico y actual, cfr. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, *cit.*, sub art. 5, pp. 368 y ss. (y allí, nuevas referencias).

(227) Cfr. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, *cit.*, sub Título III del Libro 1.º, pp. 519 y ss.

(228) Cfr. SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo XXXVI-1.º*, *cit.*, sub Ley 66 FN, p. 306.

e) El defensor judicial

Por último, como pieza de ajuste del sistema (229), el Código Civil prevé la figura del defensor judicial, con un doble cometido: *i*) asumir las funciones de representación o asistencia del menor, cuando haya conflicto de intereses entre éste y sus guardadores legales (padres, tutor, curador) —art. 299.1.º Cc— (230); *ii*) asumir las funciones generales de protección del menor «en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo»: art. 299.2.º Cc, y cfr. también, en relación con algunos casos concretos, los arts. 249 ó 256 Cc.

Como puede comprobarse, se trata de una institución de cierre del sistema protector, prevista para procurar una protección efectiva del menor, en los casos en los que los mecanismos legales dispuestos con carácter general para la obtención de dicha finalidad, no la garanticen suficientemente frente a eventuales desviaciones interesadas en el ejercicio de sus facultades, por parte de quienes deben prestarla (conflicto de intereses); o simplemente, se encuentren paralizados por cualquier causa (no ejercicio de las funciones de que se trate) —pero esto último sólo en relación con la tutela o la curatela— (231).

En este escalón, las peculiaridades del sistema aragonés son también acusadas; aunque, como hemos podido ver hasta ahora, es un sistema que se desenvuelve formalmente de manera muy parecida al del Código Civil, en cuanto al ajuste entre las distintas instituciones de protección. También presenta algunos mecanismos de cierre, pero esta vez en dos escalones, con figuras y funciones diferentes: *i*) la función de asistir al menor en caso de conflicto de intereses con sus guardadores legales incumbe, específicamente, a la Junta de Parientes (art. 5.2 Comp. Ar.), lo que creo que, a falta de norma aragonesa expresa, habrá de extenderse también al caso de representación legal; *ii*) la función de sustituir al tutor —en su caso, también al curador—, mientras no sea designado (232), o cuando no pueda desempeñar sus funciones, corres-

(229) Emplean la expresión, que me parece afortunada, JIMÉNEZ ASEÑO, voces (de contenido específico ya muy anticuado) «Defensor de menores» y «Defensor judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI (Barcelona, Seix, 1985), pp. 342 y 357 respectivamente; y FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., p. 20.

(230) Esa misma función la realiza en Derecho navarro, conforme a la Ley 64 FN. Sobre el cual, por extenso, SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo*, XXXVI-1.º cit., pp. 284 y ss.

(231) Nuevamente, el caso de paralización de la patria potestad (sin que se haya visto extinguida) queda fuera de las previsiones legales.

(232) Cuyo equivalente en el Código Civil es el ya aludido art. 299 bis.

ponderá al protutor, si lo hay (art. 18.2 Comp. Ar.); y en su defecto, a falta nuevamente de regla expresa, al defensor judicial, conforme a lo dispuesto por el Código Civil (233).

f) *Visión de conjunto*

Tras este somero repaso de las instituciones de protección de menores en nuestro Derecho Civil, desde la perspectiva de la peculiar situación del menor a la que cada una atiende, y con referencia sólo al modelo institucional, puede obtenerse fácilmente la conclusión de que nuestro sistema ofrece, al menos formalmente, una protección casi integral, que abarca prácticamente todas las posibles situaciones personales en que puede encontrarse el menor: tanto si tiene padres, como si no los tiene, como si los tiene pero han quedado privados de su función protectora —como sanción al incumplimiento de los deberes paternos— (234); tanto si es emancipado, como si no lo es; y, para cerrar definitivamente el sistema (esta vez sí, coherente y orgánico), también para los casos en los que el menor pueda resultar perjudicado, como consecuencia de producirse desviaciones interesadas, por parte del guardador, en el ejercicio de las facultades que le son otorgadas por el ordenamiento en defensa del menor; y para aquéllos en los que la desprotección efectiva del menor no admita esperar hasta la definitiva constitución del mecanismo supletorio de protección, o en los que el mecanismo legalmente establecido no desarrolle su función protectora —pero aquí sólo respecto a la tutela y la curatela—.

La cobertura es, institucionalmente, completa, y el sistema, cerrado, coherente y orgánicamente cohesionado, formando un entramado de instituciones de protección, agrupadas en tres escalones: protección prestada por los padres; protección prestada por tutor o curador; y, como pieza de ajuste, la prestada por el defensor judicial (y, en Derecho aragonés, las figuras equivalentes), para los casos especialmente previs-

(233) Sobre lo cual, cfr. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, cit., sub art. 18, pp. 556 y ss.

(234) Como he indicado ya en varias ocasiones, es en relación con la ineficacia de la patria potestad (subsistente, pero ineficaz por incumplimiento de los deberes paternos) donde este modelo institucional presenta un flanco más débil. No por falta de previsión (para tales casos se prevé con carácter general la privación de la patria potestad), sino por falta de dispositivos conducentes a garantizar que esa privación se produzca, ocurrido el incumplimiento: y aquí la exclusión de la patria potestad del ámbito de actuación del defensor judicial *ex* art. 299.2.º es especialmente significativa. Pero nótese, en todo caso, que esa debilidad procede no de la inexistencia de una institución protectora vigente (la patria potestad), sino de cuestiones relacionadas con su defectuoso o nulo funcionamiento. Es decir, que el problema no es tanto institucional, como funcional.

tos, en los que la protección prevista en los anteriores escalones puede resultar ineficaz (con las limitaciones repetidamente aludidas).

Como puede observarse, la perspectiva adoptada por el Código Civil (y las legislaciones forales analizadas), es predominantemente la de si el menor está o no legalmente sometido a una institución de protección; y por eso se establece un conjunto de medidas dirigidas a procurar que ello sea así. A lo que se atiende, y lo que se intenta impedir, es lo que más arriba he denominado como *desamparo institucional*: es decir, la posible existencia de un menor no sometido a ninguna institución de guarda legal. Precisamente, los flancos de este sistema más abiertos a la crítica son los relacionados con el funcionamiento —o no funcionamiento— en la práctica de esas instituciones, pese a la presencia de algunas previsiones al respecto ya aludidas, y que como veremos a continuación, se han mostrado insuficientes.

B. *El plano funcional: las instituciones asistenciales de protección de menores en nuestro Derecho Civil*

El sistema de protección que he descrito en las páginas que anteceden, pese a su carácter cerrado y completo, precisamente por la perspectiva institucional a que obedece, se ha demostrado en la práctica ineficaz para dar solución adecuada a los problemas que intentaba resolver. De ahí que, también en la práctica, se hayan dado con una cierta frecuencia dos situaciones aparentemente contradictorias, pero estrechamente vinculadas a los defectos del mencionado sistema: la presencia de menores carentes de cualquier protección efectiva, con independencia de si se encontraban o no sujetos a alguna institución legal de protección; y la presencia de menores atendidos en sus necesidades por quienes no ostentaban respecto a ellos título legal alguno para hacerlo (abuelos, parientes, vecinos...), también con independencia de si dicho menor se encontraba o no formalmente sometido a alguno de los mecanismos de protección descritos.

Si las instituciones a que me he referido son, formalmente, suficientes, se puede hablar también de una inepticia funcional de las mismas para garantizar a los menores la protección que necesitan, en los supuestos más graves. De hecho, el sistema sólo resulta eficaz en las situaciones normales de sometimiento a la patria potestad, pero no en aquéllas, de carácter patológico, en las que el menor, esté o no formalmente sujeto a ella, no recibe en la práctica la asistencia que precisa. Lo cual ocurre, fundamentalmente, por dos razones:

1) La rigidez, complejidad y lentitud de la puesta en marcha de los mecanismos supletorios, determinada sobre todo por la intervención judicial, muchas veces en distintos momentos: piénsese, por ejemplo,

en que ante el incumplimiento por los padres de sus deberes respecto a los hijos menores, es preciso, en primer lugar, la privación judicial de la patria potestad —de iniciativa problemática, como sabemos—, y después, la constitución, también judicial, de la tutela. Muchas veces la iniciativa constituyente, pese a todos los dispositivos legales expuestos más arriba, no llega a tener lugar: por ejemplo, si el menor se encuentra atendido de hecho, porque las complicaciones de todo orden son excesivas para obtener una protección de que el menor ya disfruta (235).

2) La inadecuación de la tutela para proporcionar un entorno personal adecuado a las necesidades del menor: efectivamente, la tutela, aun considerada como una institución parafamiliar construida a imagen de la patria potestad, no sirve, en esos mismos casos patológicos a que me he referido (y menos, conforme aumenta la gravedad de la desprotección de hecho del menor) para proporcionar a dicho menor el ambiente familiar que necesita, puesto que la institución tutelar no supone necesariamente su integración en una familia en sentido estricto (236).

Esta incapacidad funcional de los mecanismos institucionales para proveer al menor de una protección eficaz, ha propiciado un más que notable cambio en la perspectiva desde la que el legislador (y ahora, tanto el Código Civil como numerosas regulaciones autonómicas) ha enfocado el problema. Ello se ha manifestado tímidamente en la reforma de la tutela e instituciones afines en 1983, y ya abiertamente en la de la adopción de 1987. La perspectiva con la que ahora se atiende a la protección jurídico-civil del menor se encuentra en estrecha relación con su más radical consideración como elemento teleológico de la legislación enderezada a tal fin: la nueva regulación se hace depender estrechamente de la situación real del menor necesitado efectivamente de protección (como punto de partida), y de la eficacia de los mecanismos de protección arbitrados para obtenerla.

Por lo demás, el modelo funcional presenta la característica de que reúne un conjunto de medidas peculiares de la protección de menores; es decir, no comunes a menores e incapacitados (con la única excepción a que enseguida aludiré), como ocurre con las figuras previstas en el sistema institucional. En la misma línea, se reservan, en cuanto tales mecanismos de protección (237), a la situación de los menores no

(235) Y, acaso, la desaparición de esa situación de hecho, quizás en perjuicio del propio menor.

(236) Sobre la importancia de la familia en el desarrollo del menor, desde los primeros meses de su vida, *vid.* SEVA DÍAZ «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico», *cit.*, pp. 29 y ss.

(237) No, cuando sirven a otras finalidades, como ocurre típicamente con la adopción.

emancipados, puesto que se supone que los mancipados no necesitan ya la protección personal que proporcionan tales dispositivos (238).

En mi opinión, este cambio en el enfoque, del institucional al funcional (o asistencial, según se mire), puede ser reconducido a tres puntos, que paso a tratar a continuación.

a) La consideración de la situación de hecho del menor como punto de partida

El dato que el Derecho toma en consideración ya no es el de sometimiento formal o no a un mecanismo legal de guarda, sino la situación de hecho real del menor: su efectiva necesidad de protección, con independencia de si está o no sujeto a uno de esos mecanismos, y, en su caso, a cuál sea éste.

La primera manifestación de ello se encuentra en la regulación de la *guarda de hecho*, por la Ley de 24 de octubre de 1983, en la que, por primera vez, la legislación civil toma en cuenta si realmente el menor (o, en este caso, también el presunto incapaz) (239) se encuentra eficazmente atendido; con la particularidad de que, por la vía indirecta de la remisión que hace el art. 303 Cc al art. 228 Cc, se intenta la regularización de esa situación a través de la constitución del mecanismo tutelar, para que éste asuma, ahora institucionalmente, la guarda y protección del menor (240).

La adopción de esta nueva perspectiva aparece con mucha mayor claridad en la regulación «de la adopción y otras formas de protección de menores», incluida en el Código Civil por la Ley de 11 de noviembre de 1987. En ella (y desde el punto de vista teleológico que a nosotros nos interesa), aparecen como piezas claves del sistema de protección de menores —si es que puede hablarse de tal, como ya veremos—, el concepto de desamparo por un lado (situación que determina la puesta en

(238) Cfr. LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 39, 49, 138 (en relación con las diferentes figuras).

(239) Sobre los supuestos a los que se extiende la guarda de hecho *vid.*, por todos, R. BERCOVITZ, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, sub arts. 303 y ss. pp. 787 y ss.; y ROGEL VIDE, *La guarda de hecho* (Madrid, Tecnos, 1986), pp. 37 y ss.

(240) En palabras de R. BERCOVITZ (*op. ult. cit.*, pp. 788 y s.) «lo primero que destaca en la regulación de la guarda de hecho es que el Código la considera lógicamente como una situación a extinguir. Se trata de resolver los problemas provocados por una conducta anterior y de permitir la adopción de medidas provisionales hasta que se ordene debidamente la representación legal del menor o incapacitado (...). Por ello, lo primero que se establece en el artículo 303 cc es la necesidad, en su caso, de proceder, en consonancia con los artículos 203 y 228, a la incapacitación y/o constitución de la tutela».

marcha de los dispositivos de protección), y el de integración familiar del menor por otro (solución definitiva a esa situación que se considera más deseable).

La situación de desamparo es definida legalmente como «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172.1, 2.ª prop.). De esta definición, que presenta doctrinalmente algunos puntos oscuros (241), interesa destacar ahora dos aspectos:

1) Que se trata de una situación de hecho en la que, pese a lo que pudiera hacer suponer la dicción literal del precepto, interesa más el resultado —la efectiva falta de asistencia moral o material—, que las causas que lo han motivado —y más específicamente, que la imputabilidad del desamparo a quien ostentaba la guardia legal— (242), que operan en un segundo plano (243). Nuevamente aparece clara la primacía de la perspectiva funcional, que se apoya en la efectiva falta de asistencia moral o material al menor, sobre la institucional, que haría mayor hincapié en el incumplimiento de los deberes de protección por parte del guardador legal.

(241) Sobre lo que me remito a las consideraciones de GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento familiar y la adopción*, cit., pp. 10 y s.; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., pp. 61 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia*, IV, *Acogimiento y adopción*, cit., pp. 33 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 76 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 38 y ss.; EGEA I FERNÁNDEZ «la protección de menores a Catalunya...» cit., pp. 179 y ss.; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil* (Madrid, CEURA, 1990), pp. 2.043 y ss.

(242) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 35 (también, en *Elementos...* IV-2.º, cit., p. 185: en adelante, sólo citaré por la primera obra, y por ésta, en lo que eventualmente añada a aquélla); PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 84 y ss. Lo critica J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., pp. 63 y ss.; pero *vid.* también las observaciones sobre esa crítica de LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 50 y ss.

(243) Efectivamente, el centro de gravedad de la definición legal de desamparo debe situarse en el primer inciso («la que se produce de hecho») y el último («cuando éstos —los menores— queden privados de la necesaria asistencia moral o material»). A partir de esos datos, puede fácilmente entenderse que ha habido incumplimiento de los deberes de protección, o ejercicio inadecuado o imposible de los mismos: porque si siendo posible, no fueron cumplidos, hay evidente incumplimiento. En la misma línea, escribe PÉREZ ALVAREZ (*op. cit.*, p. 83) que «es preciso distinguir entre lo que, propiamente, constituye el desamparo y lo que, más bien, representa el ámbito, así como las causas que pueden motivarlo». Sobre estas cuestiones, y otras relacionadas, cfr. también J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *Tutela «ex lege»...* cit., pp. 63 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 49 y ss.; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya», cit., pp. 186 y ss.; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» cit., pp. 2.045 y ss.

2) En congruencia con lo anterior, la existencia de un guardador de hecho que efectivamente atienda a las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo (244). Necesariamente la guarda *de hecho* excluye que *de hecho* se produzca desamparo del menor (245).

b) Los nuevos mecanismos asistenciales y de protección jurídico-civil de menores

Con base en esa aproximación a la situación real del menor que necesita protección, con independencia de cuál sea su situación legal, se intenta proveer a nuestro Derecho de unos instrumentos de protección que no adolezcan de los defectos que caracterizan al modelo institucional: es decir, que sean simples, eficaces, y permitan una intervención urgente para remediar las también urgentes necesidades del menor.

Uno de los medios empleados para ello es la sustitución de la intervención judicial, que se ha demostrado lenta e ineficaz, por la de determinados organismos administrativos, que se estima más ágil y rápida, capaz por tanto de atender más inmediatamente a las necesidades urgentes del menor (246).

En cuanto a los mecanismos concretos, son los siguientes:

1) La llamada *tutela automática* de las entidades públicas a que se refiere el art. 172.1 Cc, para el caso de desamparo del menor que ya ha tenido lugar. Se concibe como una medida administrativa de intervención rápida, para hacer frente a las necesidades más inmediatas del menor desamparado. Sus características más relevantes son: *i*) que, apa-

(244) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 36; PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, p. 84, nota 108; VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 2.045.

(245) Lo cual tiene, por cierto, ulteriores consecuencias: el mecanismo definitivo de protección del menor sometido a guarda de hecho será más fácilmente el tutelar, ligado institucionalmente a la guarda de hecho, según hemos visto, que el adoptional, ligado más próximamente al desamparo (aunque no se pueda excluir, naturalmente, una adopción en este caso: por ejemplo, por parte del guardador de hecho). Lo cual es un argumento más en favor de la importancia del concepto de desamparo como clave de bóveda, desde el punto de vista de los sujetos protegidos, de las técnicas de protección incluidas por la reforma de 1987.

(246) Lo cual me parece razonable, en aras de la consecución de una protección eficaz. Pero siempre que no signifique una exclusión radical de cualquier control judicial, que debería producirse preferiblemente *a posteriori*, sobre todo en los casos en que la intervención administrativa puede interferir con las instituciones legales de guarda preexistentes (pero ineficaces). De ahí que no me convezcan los intentos de introducir por la puerta falsa de la declaración de desamparo —como propone J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., pp. 64 y ss., especialmente 68 y s.— un dispositivo judicial que se ha querido excluir expresamente por su demostrada ineficacia.

rentemente, se trata de una tutela en sentido estricto (argumento literal, más los procedentes de otros preceptos del Código, como los arts. 222.4.º y 239) (247), de forma que habría que considerar extinguida la patria potestad o tutela anteriormente existente (248); *ii*) a diferencia de la tutela ordinaria, no precisa ser constituida por declaración judicial (249); *iii*) y tiene carácter provisional, en tanto se arbitra una solución definitiva a la situación del menor (reinserción en la propia familia,

(247) Así opina también la mayor parte de la doctrina, aunque observando algunos autores que sería una tutela especial o extraordinaria: cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 60 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción, cit.*, p. 50; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, pp. 204 y s.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 23 y ss.; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051. Se adecúa mejor, en mi opinión, a las finalidades de esta tutela automática, y plantea menos problemas de adaptación sustantiva al sistema institucional de protección de menores, la postura de PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, pp. 87 y ss., para quien no es sino una medida administrativa de cobertura; esta opinión choca, sin embargo (además de con los preceptos citados en el texto) con la interpretación que de la tutela automática han realizado las Comunidades Autónomas, cuya normativa en la materia presupone que se trata de una tutela en sentido estricto, si acaso con algunas peculiaridades de régimen: puede ser emblemática la cita del art. 8 de la Ley Aragonesa de Protección de Menores (Ley Ar. PM), de 14 de diciembre de 1989, conforme al cual «la Administración de la Comunidad Autónoma formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón».

(248) Así, por ejemplo, J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, p. 65; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051; en cambio, se inclina por pensar que sólo hay suspensión de su ejercicio EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, p. 204; y, en congruencia con su posición sobre la naturaleza y alcance de esa tutela automática, PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, p. 92, entiende que «la tutela administrativa no conlleva de por sí la extinción de la patria potestad, tutela o guarda preexistente».

(249) Se deriva de la propia dicción del art. 172.1 Cc, y del mecanismo que diseña. Expresamente, lo recalcan LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 52 y ss. (con observaciones extensas sobre el particular); EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, p. 202; y VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.049. Es de notar el esfuerzo de J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 64 y ss., para dar entrada a la decisión judicial a través, si no de la tutela, sí de la declaración de desamparo: pero no me convence, como ya he tenido ocasión de decir, porque podría comprometer seriamente la eficaz de dicha tutela automática. Por último, no está de más señalar, también, que las legislaciones autonómicas sobre la materia contienen previsiones específicas bien sobre la declaración administrativa de desamparo, bien sobre la constitución de la tutela *ex lege*: por ejemplo, art. 7.2 Ley Ar. PM; art. 14 del Decreto de Castilla y León sobre Protección de Menores, de 7 de abril de 1988 (Dec. C-LPM); art. 8 del Decreto gallego de Protección de Menores, de 28 de julio de 1988 (Dec. Gal. PM); art. 2.a) del Decreto Andaluz de Adopción y Protección de Menores (Dec. And. PM), de 13 de septiembre de 1988; o art. 7 del Decreto riojano de Adopción y otras formas de Protección de Menores (Dec. R.PM), de 18 de abril de 1991.

adopción, o constitución de tutela regular: cfr. arts. 172.4, 239 Cc y artículo 13 Ley Ar.PM.) (250).

2) La *guarda administrativa*, para «cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves» (251). Se trata, en palabras de Sancho Rebullida, de «una suerte de desamparo como futuro, potencial o previsto» (252). En efecto, el supuesto es fácilmente reconducible a la hipótesis del desamparo, pero no como producido, sino como previsto (o previsible) por los titulares de la institución legal de guarda preexistente. Con esta figura se atenúan las graves consecuencias que puede acarrear sobre dicha guarda legal, y sobre el futuro del menor en general, el hecho de que se produzca el desamparo y se dé así lugar a la tutela automática. Como escribe Pérez Alvarez «el recurso previo a la guarda administrativa evitará que después pueda la entidad pública apreciar que el menor se encuentra privado de asistencia moral o material y evitará, por tanto, que pueda la entidad pública dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o en adopción» (253). Como en el caso de la tutela automática, se trata de una institución de carácter claramente provisional, cuya regulación positiva presenta notables lagunas e indefiniciones (254). Entre ambos mecanismos queda aparentemente cubierta la situación de desamparo, actual (tutela automática) o potencial (guarda administrativa); pero una consideración más detenida revela la existencia de casos en los que el desamparo potencial puede no quedar atendido, por denegación administrativa de la solicitud de guarda (255).

(250) Cfr. ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, RGLJ 263 (1987), p. 757; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 52; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 119 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., p. 26; EGEA I FERNÁNDEZ «La protecció de menors a Catalunya...», cit., p. 206.

(251) Además de para cuando el juez la acuerde, en los casos que legalmente proceda. Pero aquí el que interesa, por su relación con la situación de desamparo, es el inciso reproducido en el texto.

(252) SANCHO REBULLIDA, *Elementos...* IV-2.º cit., p. 186; similarmente, PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 102.

(253) PÉREZ ALVAREZ, *op. et loc. cit.*

(254) Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., p. 72.

(255) Que es perfectamente posible: cfr., por ejemplo, J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., p. 71 (quien se muestra partidario, en beneficio del menor «de que el ente prestase ayuda a todos los menores cuyos padres solicitasen de ellos (sic) la constitución de la “guarda”, sin entrar momentáneamente en el análisis de las causas de solicitud, y dejando siempre abierto el camino de un ulterior recurso a la autoridad judicial para clarificar la situación»); o LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 75 y ss.

c) La preferencia por los sistemas de protección de carácter familiar

Por último, se produce una clara opción del legislador por los sistemas de protección del menor en desamparo (como siempre: actual o potencial) de carácter familiar, por entender que ése es el entorno más beneficioso para el menor en general, y en particular para el menor que carece más gravemente de él. Así, se arbitran una figura tuitiva de carácter provisional, y otra de carácter definitivo (256).

1) La primera de ellas, introducida por el art. 173 es el *acogimiento familiar*, figura de contornos imprecisos, regulación insuficiente y amplio campo de aplicación (257), que, en opinión de Sancho Rebullida, es clave en la reforma de 1987 (258). Pérez Alvarez la caracteriza como «medio de integración familiar que tiene por objeto propiciar la participación personal del menor en un ámbito familiar idóneo» (259). Se trata, a lo que entiendo, de una figura que podría ser calificada como adjetiva o polivalente, ya que puede cumplir la función que le es propia —«la participación del menor en un ámbito familiar idóneo», en las citadas palabras de Pérez Alvarez— en relación con situaciones del menor diferentes entre sí: lo determinante, en este caso, es el empleo de un mecanismo de integración familiar como instrumento más adecuado para la protección integral del menor (260), en circunstancias jurídicamente bien distintas (con o sin desamparo, ya sea actual o previsto; con tutela automática o guarda administrativa, o sin ellas; con finalidad adoptiva, o no).

(256) A lo que hay que sumar las previsiones de muchas regulaciones autonómicas sobre apoyo a la familia de origen. Con ello se trata de arbitrar medidas asistenciales de orden administrativo, que eviten con carácter previo la situación de desamparo, sin que sea preciso extraer al menor de su entorno familiar natural (apoyo económico, guarderías, ayuda domiciliaria, servicios de asistencia y orientación, etc.): cfr. arts. 9.a), 10 y 11 Ley Ar. PM; arts. 2.1, 4 y 5 del Decreto Foral Navarro sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención de Menores (Dec. F.N. AM), de 25 de marzo de 1986; arts. 9, 11 y 12 Dec. C-L.PM; arts. 2.a) y 6 Dec. Gal. PM; arts. 3, 8 y 9 Dec. R. PM.

(257) Cfr. los planteamientos de J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, páginas 145 y ss.

(258) SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción, cit.*, p. 1.987.

(259) PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, p. 133.

(260) Mejor, desde luego, que el hospitalismo: cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 61 y s. De hecho, las legislaciones autonómicas contemplan la posibilidad de internamiento de los menores en centros públicos, residencias o instituciones de atención de menores semejantes, como el último recurso, ante el que se prima, desde luego, el acogimiento: cfr. art. 20 de la Ley Catalana de Protección de Menores (Ley Cat. PM) de 21 de noviembre de 1988; art. 9 Ley Ar. PM; art. 2 Dec. F.N. AM; art. 9 Dec. C-L PM; art. 2 Dec. Gal. PM.

Como he dicho antes, puede ser considerado como un mecanismo de carácter provisional (261), pero sin una duración preestablecida, ya que ello dependerá de cuál sea la situación del menor en que se inserta —y a la que sirve— dicho acogimiento (262). De ahí que probablemente sea lo más acertado decir que es de duración indefinida (263).

2) En segundo lugar, y como respuesta de carácter definitivo a la situación de desamparo del menor, nuestro Código Civil establece, bien la reinserción del menor en su familia de origen, bien la plena integración en una familia de recepción diferente de la de procedencia, a través de la adopción (264).

Como puede verse, el legislador ha utilizado el mecanismo adopcional en función (no única, pero sí la más importante) de la protección de los menores (265); de esta forma, se ha dado el último paso en la etapa final (por el momento...) de la larga y atormentada evolución de la adopción. Etapa cumplida desde su apurada introducción en el Código

(261) Resalta el carácter provisional del acogimiento PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 120.

(262) Lo que acarrea que, de hecho, esa situación provisional pueda no desaparecer, y desembocar en la mayor edad o emancipación del acogido; así se deduce, por ejemplo, del art. 175.2 Cc (cfr., también GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento...* cit., p. 14).

(263) «El acogimiento no tiene duración prevista; es indefinida y está concebida como institución de tránsito a la reinserción del menor en su propia familia (arts. 172,4 y 173,2) o la adopción (arts. 175,2 y 176,2,3.º)»: SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 14).

(264) Lo expone con especial claridad (que creo que compensa la extensa cita), PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 119 y s.: «La finalidad que persigue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, consiste en proteger a los menores privados de una vida familiar normal, propiciando su integración familiar (cfr. preámbulo, párrafos 2.º, 4.º y 5.º). Y en la reforma de 1987 se atiende a esta integración familiar de los menores desamparados por medio de dos cauces antagónicos: uno está representado por la reinserción del menor en su familia; el otro, por la adopción. La *reinserción* es la medida preferente que debe procurar la Administración y constituye un medio de integración del menor desamparado en el propio ámbito familiar del que ha sido extraído al haber asumido la entidad pública la tutela que le atribuye el artículo 172.1 del Código Civil (cfr. art. 172.4 Cc). A su vez, la *adopción* constituye un medio de integración del menor desamparado en un núcleo familiar diferente al originario; dicha integración es consecuencia de la nueva relación de filiación establecida entre adoptante y adoptado, así como de la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia anterior que la adopción conlleva (art. 178.1). En todo caso, la adopción es un medio de integración familiar no provisional (cfr. art. 180), al que sólo se accede en virtud de resolución judicial (cfr. art. 176) y de carácter pleno; ello, por cuanto la relación de filiación a que da lugar es equiparable a la derivada de la filiación por naturaleza (cfr. art. 108 cc).

(265) Cfr. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* IV cit., p. 302; ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *El acogimiento familiar y la adopción...* cit., p. 769.

Civil, hasta su regulación actual, a través de las diferentes reformas que ha sufrido (266).

Hay que hacer ahora una breve referencia a una institución tradicional del Derecho navarro, intermedia —a lo que entiendo— entre el acogimiento y la adopción. Se trata del *prohijamiento*, regulado por la Ley 73.4 FN: «las personas entregadas formalmente por establecimientos tutelares o benéficos y acogidas en prohijamiento, se equiparan a las adoptadas con adopción simple o menos plena, siempre que la relación se haya mantenido durante un plazo de diez años y que la persona que prohijó no tuviera al hacerlo hijos por naturaleza o adopción plena». Lo característico de esta figura es que, a diferencia del acogimiento familiar, es un dispositivo definitivo de protección de menores, en cuanto supone la permanencia estable del prohijado en el seno de la familia de recepción (267). Tras la reforma del Código Civil de 1987, y el Dec.F.N. AM de 25 de marzo de 1986 —que no contempla la institución—, Arregui Gil ha señalado que el prohijamiento ha quedado virtualmente derogado (268). Con todo, entiendo que puede seguir teniendo una virtualidad específica cuando se produzca la situación que en la norma se contempla; para lo cual, hay que entender vigentes en Navarra las reglas de la adopción simple o menos plena, derogadas respecto al Código Civil (269).

d) Breve apunte crítico

Resta sólo hacer ahora una valoración conjunta de estas medidas previstas por nuestro Ordenamiento para el caso de desamparo real (actual o previsto) del menor. La principal es que, a diferencia de los mecanismos establecidos de acuerdo con el modelo institucional, aquí no puede hablarse con propiedad de un verdadero sistema, aunque haya atisbos (pero nada más), del mismo. Entre esos atisbos de que he hablado cabe mencionar la estructuración del tratamiento jurídico del desamparo real en dos momentos diferentes (desamparo actual y desamparo

(266) Un análisis detallado de esta última etapa, en PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 13 y ss.; por otro lado, un interesante estudio comparativo de la evolución de los principios rectores de la adopción en las sucesivas reformas del Código Civil en esta materia en MORENO QUESADA «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», *Centenario del Código Civil*, II, cit., pp. 1.513 y ss.

(267) Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, cit., p. 135.

(268) Cfr. ARREGUI GIL, en *Comentarios Albaladejo*, XXXVI-1.º, cit., sub Leyes 73 y 74, p. 401.

(269) Es la conclusión que propone ARREGUI GIL, *op. cit.*, p. 400 aunque sólo para quienes conserven esa situación de prohijados.

previsto), haciendo variar en correspondencia la intensidad de la actuación administrativa; o también la fijación como criterio de atención preferente al menor el de procurarle un entorno familiar, bien transitoriamente (acogimiento familiar), bien definitivamente (reinserción familiar, adopción).

Pero eso no basta para construir un verdadero sistema (270): la regulación positiva es fragmentaria e incompleta, según ya se ha indicado; y el ajuste entre las diferentes piezas de este engranaje funcional brilla por su ausencia. Como señala Sancho Rebullida «la intención y teleología de la reforma es, sin duda, encomiable. Su realización concreta, no tanto» (271).

Así, pueden señalarse algunos —no todos— de esos desajustes internos (de los externos, en relación con las figuras propias del modelo institucional, hablaremos a continuación):

1) La tutela automática no garantiza —porque, en realidad, no hay forma de hacerlo—, aunque facilita una cobertura real del menor desde que se produce la situación de desamparo: por definición, esa tutela comienza, automáticamente (272), cuando el menor empieza a estar desamparado; lo cual no quiere decir que la entidad pública conozca esa situación, y pueda acudir a remediarla. De hecho, en este caso, el menor está tan desamparado (por ejemplo), por su padre, como por la entidad pública que ya ostenta la tutela automática (273).

(270) Sobre todo si, como veremos, esos planteamientos «sistematizadores» no están exentos de lagunas y faltas de coordinación interna.

(271) SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 29.

(272) Y en ello es claro que las por otro lado comprensibles previsiones de las diferentes regulaciones autonómicas sobre la declaración del desamparo o constitución de la tutela, se alejan de lo que pretende con su automatismo el art. 172.1 Cc.

(273) Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., p. 60; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 52; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...», cit., p. 2052. En cambio, para EGEA I FERNÁNDEZ («La protección de menores a Catalunya...», cit., p. 193, y nota 31) «la entidad pública, por definición, no puede desamparar a un menor». Pero esto supone volver a la perspectiva institucional: el menor no está desamparado porque está sometido a un régimen de protección (la tutela automática). En cambio, de acuerdo con el enfoque funcional, desamparo es el que se produce de hecho. Otra cosa es que el desamparo por la entidad no tenga consecuencias peculiares sobre el régimen de protección ostentado por ella: éste es el de último grado, ante la ineficacia de los demás; su (posible) ineficacia no está contemplada, por lo que la tutela automática sigue en pie... hasta que la entidad se entere (si se entera). De ahí que las diferentes regulaciones autonómicas señalen como punto de partida de su actuación el conocimiento de la situación de desamparo: cfr. art. 5 Ley Cat. PM; art. 14 Dec. C-L. PM; art. 8 Dec. Gal. PM; o art. 5 Dec. R. PM. Por su parte, el art. 7.3 Ley Ar. PM, con una técnica que se ha demostrado ineficaz en la regulación de la tutela ordinaria, prevé que «toda persona que tenga conocimiento de una situación de desamparo deberá notificarlo a la Administración de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las comunicaciones procedentes a la autoridad judicial competente o al Ministerio Fiscal».

2) Como he indicado, parece que la tutela automática está prevista para el caso de desamparo actual, y la guarda administrativa para el de desamparo previsto. Pero una y otra pueden ejercerse a través del acogimiento familiar (274), o de alguna otra forma (275). Por otro lado, la eventual denegación por parte de la entidad competente de la guarda administrativa solicitada por el guardador legal, puede desembocar en que el desamparo previsto pase a ser efectivo, y de esta manera se llegue a la tutela automática (mecanismo de intervención con consecuencias considerablemente más intensas que las de la mera guarda administrativa, según también hemos visto).

3) El desamparo del menor, por su parte, sólo aparentemente ocupa un lugar central en la organización global de estos mecanismos, precisamente por lo que cabría denominar polivalencia o «polifuncionalidad» de figuras decisivas en el modelo funcional (acogimiento y adopción); así, el desamparo no es requisito del acogimiento (276) ni de la adopción (277), aunque puede dar lugar a ambos. A su vez, el acogimiento puede desembocar o no en la adopción (respecto a la que tiene prioridad la reinserción del menor en su propia familia: art. 172.4 Cc) (278); o incluso, como hemos visto, puede prolongarse hasta la mayor edad emancipación del menor (supuesto en el que, una vez producido, cabe también la adopción: art. 175.2 Cc). Estos desajustes o faltas de correspondencia entre los diferentes dispositivos predisuestos por el legislador impiden que se pueda hablar de un sistema por completo coherente, y desdibujan en ocasiones su verdadera finalidad. No hay una correspondencia exacta entre la situación del menor y los instrumentos legales con que se intenta su protección, que a veces dan la impresión de solaparse desordenadamente, sin un criterio claro de delimitación (279).

(274) Expresamente, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV*, cit., p. 285.

(275) Y aquí, nuevamente, la mención de las regulaciones autonómicas, es ilustradora: cfr. art. 20 Ley Cat. PM; art. 9 Ley Ar. PM; art. 2 Dec. F.N. AM; art. 9 Dec. C-L PM; art. 2 Dec. Gal. PM.

(276) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 62; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 133 y s.

(277) Cfr. VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» cit., p. 2.042.

(278) Cfr. también PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 120.

(279) Por ejemplo: el menor en desamparo (y prescindiendo por ahora de las instituciones de guarda legal pertenecientes al modelo institucional) queda sometido a la tutela automática de la entidad pública; ésta puede ejercerla a través del acogimiento familiar, que, a su vez, puede desembocar en la adopción, en la reinserción familiar, en la tutela ordinaria (art. 239.2) o en la mayoría de edad. Pero: 1) por un lado ni el desamparo o la tutela automática son siempre requisito previo del acogimiento; ni tampoco el desamparo, la tutela automática o el acogimiento son siempre requisito previo de la adopción; 2) por otro lado, ni la tutela automática desemboca siempre en el acogimiento familiar; ni la tutela automática o el acogimiento acaban siempre en la adopción.

4) Este que acabo de mencionar es precisamente uno de los aspectos más confusos del modelo funcional de protección, puesto que deja en una considerable indefinición los criterios conforme a los que se acude a una u otra de las medidas legalmente establecidas; es decir, el sistema de relaciones internas entre los mecanismos jurídicos integrantes del mencionado modelo funcional. De hecho, el único criterio que aparece claramente definido es el que sirve de fundamento último de todas estas actuaciones (y también del modelo institucional, y de la que he llamado protección de contenido negativo...): el beneficio del menor. Pero este es un principio demasiado ambiguo, que no permite aclarar mínimamente las eventuales prioridades entre unas y otras de las figuras contempladas: acogimiento familiar, guarda por la entidad, o por una institución dependiente; adopción, reinserción o tutela (280). El solapamiento entre las diferentes posibilidades contribuye poderosamente a aumentar esa sensación de confusión institucional que produce el modelo funcional: y es que si el modelo institucional tiene su flanco más débil en sus aspectos funcionales, el modelo funcional lo tiene en sus aspectos institucionales.

Todo lo cual se ve complicado por la presencia de unas regulaciones autonómicas cada vez más numerosas, que guardan un cierto mimetismo, pero entre las que hay, también, notables diferencias.

Cuanto he expuesto, en su conjunto, aún siendo cuestiones muy razonables y hasta explicables tomadas una a una, no puede menos que causar una sensación de falta de cohesión, indefinición, incoherencia y, en suma, de inseguridad. Sensación que se acentúa todavía más si lo ponemos en relación (ahora ya *ad extra*) con el modelo de protección institucional diseñado por nuestro Código, tal y como ha quedado descrito más arriba.

(Con la advertencia de que no me refiero en estos casos a que, *excepcionalmente*, un acogimiento o una tutela automática no generen una adopción, sino a que está previsto que haya casos en que ello sea como he dicho: el problema, pues, es estructural, no de aplicación práctica). Como se ve, la falta de correspondencia entre unas y otras instituciones es más que notable, e impide en realidad que pueda hablarse aquí de un verdadero sistema.

Todo lo cual se complica todavía más si se admiten figuras diferentes de las hasta ahora contempladas, pero que bien podrían fundarse (precisamente por esa «polifuncionalidad» a que me he referido) en el acogimiento: véase, por ejemplo, el intento de J. M. RUIZ-RICO RUIZ en relación con la admisibilidad en nuestro Derecho de la delegación de la patria potestad: *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, cit.

(280) Las regulaciones autonómicas, sin embargo, sí establecen (a veces implícitamente) un cierto orden de prioridades en sus actuaciones: cfr. art. 9 Ley Ar. PM; art. 2 Dec. F.N. AM; art. 9 Dec. C-L. PM; art. 2 Dec. Gal. PM.

3. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: disfunciones y ensayo de construcción conjunta

Como he venido diciendo, la coexistencia en el Código Civil de esos dos modelos (institucional y funcional) de protección de menores, ha provocado la existencia de disfunciones, desajustes y falta de coherencia entre ellos, así como de desviaciones en la aplicación de cada uno de ellos, por influencia de previsiones pertenecientes al otro. A continuación señalaré las que son, a mi juicio, las más importantes de esas disfunciones o desajustes, para intentar después una reconstrucción sistemática y unitaria, en la medida en que lo consientan la propia fragmentación de fondo del sistema global de protección —cuyos mecanismos responden a dos planteamientos o enfoques bien distintos— y la defectuosa técnica utilizada.

A. Los problemas de ajuste y coordinación entre el modelo institucional de protección y el modelo funcional

Prescindiendo ahora de los eventualmente derivados de la defectuosa integración interna de los dispositivos de carácter funcional, tal y como han quedado descritos, entiendo que las dificultades de ajuste y descoordinación aparecen, sobre todo, en dos planos:

1) En primer lugar, respecto a los principios que orientan la relación interna entre los diferentes dispositivos con que se intenta atender a las necesidades del menor en cada uno de los dos modelos. Así, como hemos visto, el modelo funcional responde al criterio de integración familiar del menor, manifestado en la preferencia del acogimiento familiar como mecanismo de protección de carácter transitorio (pero duración indefinida), y de la reinserción familiar o adopción como solución definitiva a esas necesidades de protección. Trasladando estas previsiones —sobre todo, las definitivas: reinserción y adopción— a la perspectiva institucional, quiere decir que a la patria potestad (o tutela) preexistente e ineficaz, le sustituye, no ya la tutela (como ocurre en el modelo institucional), sino la patria potestad nuevamente, bien en el marco del mismo núcleo familiar de procedencia (supuesto de reinserción del menor en la familia de origen), bien en el de otro núcleo familiar diferente (adopción). Es decir, que la tutela como instrumento de protección, en caso de desamparo del menor, queda relegada a un segundo plano, frente a los de carácter más puramente familiar (281). Ello, con dos adver-

(281) De la misma manera que la tutela automática, la guarda administrativa y el acogimiento desplazan a las medidas urgentes y provisionales del art. 299 bis Cc.

tencias: la primera, que la tutela no queda radicalmente relegada, ni existe entre ella y la integración familiar un orden jerárquico rígido, en virtud de lo dispuesto por el art. 239.2 Cc; la segunda, que la tutela —aunque sea extraordinaria y especialísima— aparece como el instrumento fundamental de asistencia inmediata al menor actualmente necesitado de ella: es el caso de la tutela automática (282).

De manera que el sistema institucional se ve directamente afectado en sus previsiones de funcionamiento y en sus mecanismos de relación interna, por la incidencia de previsiones pertenecientes al modelo funcional, en caso de desamparo del menor (283).

2) En segundo lugar, uno de los puntos más oscuros de la reforma de 1987, que me parece conceptualmente sin salida (pese a todos los meritorios y bienintencionados esfuerzos de la doctrina por dársela, incluido en su caso el que brevemente expondré luego), es el de las relaciones entre la tutela automática de la entidad pública y el régimen institucional de guarda legal eventualmente preexistente: sobre todo, patria potestad, pero también tutela (284).

Hay que considerar, en primer lugar, el supuesto de concurrencia de la tutela automática con un régimen legal de guarda preexistente. El desajuste es patente: desde el punto de vista institucional, la patria potestad y la tutela son incompatibles (art. 222.1.º Cc) (285), de forma que la tutela automática, o no puede constituirse (pero se constituye: arts. 172.1, 222.4 Cc) o debería acarrear la desaparición o extinción de la patria potestad previamente existente sobre el menor; pero para la privación de la patria potestad hace falta una declaración judicial (art. 170 Cc, y Ley 66.5 FN para el Derecho navarro) que en el caso de la tutela automática brilla por su ausencia. Cabría entonces concluir que

(282) Aunque, como sabemos, entre ésta y la ordinaria las diferencias sean casi mayores que las similitudes.

(283) Sobre lo cual, puede verse también las consideraciones de LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 26 y ss.

(284) A lo que, como he indicado, la doctrina ha consagrado notables esfuerzos: cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El acogimiento familiar y la adopción... cit.* pp. 756 y ss.; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 65 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción, cit.*, pp. 50 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, pp. 92 y ss.; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema... IV cit.*, p. 304; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 27 y ss. (con referencias específicas al caso en que el régimen preexistente sea el de tutela ordinaria); VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, pp. 2.049 y ss.; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menors a Catalunya...» *cit.*, pp. 199 y ss.

(285) Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, p. 65; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051; contra, DE LA HAZA DÍAZ, *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento en el Código Civil español*, RGLJ 263 (1987), p. 984.

el art. 172.1 comete una incorrección terminológica, que el intérprete estaría autorizado a subsanar, entendiendo que no se trata de una tutela propiamente dicha. Pero esa conclusión, probablemente la más correcta en un plano abstracto, es difícilmente sostenible frente a los artículos 222.4.º y 239 Cc (286). Como he dicho, el conflicto me parece directamente insoluble, y sólo cabe hacerle frente a través de una interpretación correctora —que es lo que hace la doctrina a la que me he referido— (287).

Los problemas a que he aludido se plantean también en relación con el art. 239.2 Cc, de acuerdo con el cual «se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste». Parece claro que respecto a este supuesto no cabe argüir con base en la excepcionalidad de la tutela automática *ex art.* 172.1 (ó 239.1); por tanto, esa constitución de la tutela «conforme a las reglas ordinarias» deberá ser precedida

(286) Consideraciones parecidas podrían hacerse cuando la concurrencia fuera entre una tutela ordinaria y la tutela automática: ésta última no puede considerarse, en puridad, un caso de tutela plural o cotutela (cfr. VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051), porque las competencias atribuidas a la entidad pública *ex arts.* 172.1 y 222.4.º no son compartidas. Ahora bien, la remoción del tutor anterior exige, en nuestro Derecho, previa declaración judicial (art. 248 Cc). Como se ve, el problema es muy similar.

(287) Así, están quienes parte de que la patria potestad no se extingue, porque la tutela automática no lo es en sentido estricto (PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, *cit.*, pp. 92 y ss., quien se inclina, además, por una intervención judicial *a posteriori* para controlar la actuación de la entidad pública: pp. 97 y s.); quienes entienden que la patria potestad no se extingue, sino que queda en suspenso su ejercicio (EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, p. 202); quienes, a partir de la extinción de la patria potestad por la tutela automática, propugnan el control judicial previo (J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 63 y ss.), concomitante (VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.055 y s.), o *a posteriori* (LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 30 y ss.).

Por mi parte (siendo consciente de que se trata de una interpretación tan correctora como las demás), brevemente, entiendo: 1) que, a falta de declaración judicial, no hay privación de la patria potestad; 2) que, más correctamente, habría que hablar de un *desplazamiento* de su contenido desde ella hacia la tutela automática; 3) que ese desplazamiento debe encontrarse sometido a control judicial posterior, bien a instancia de los titulares de la patria potestad, bien de la misma entidad pública, a través de un procedimiento dirigido a la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes que le son inherentes (sobre las vías del procedimiento judicial, *vid.* PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, *cit.*, p. 97); en todo caso, el juez podría decidir la atribución a la entidad no de la tutela, sino de la mera guarda (VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.056); 4) mientras no se produzca la privación de la patria potestad, los padres del menor siguen siendo titulares de la misma, a los efectos principalmente, bien de instar la finalización de la tutela automática, bien de intervenir en el procedimiento adoptacional con su asentimiento o audiencia, en los términos del art. 177.2.2.º y 177.3.1.º (si se tratara de tutor ordinario, 177.3.2.º).

de la privación de la patria potestad o de la remoción del anterior tutor; sobre lo cual, el art. 239.2 calla (288).

Pasemos ya al caso en que la tutela automática no coexista con ninguna institución legal de guarda (289). En buena lógica, la asunción de esa tutela automática por la entidad pública debería enervar la eficacia de lo dispuesto por los arts. 228, 229 y 230 Cc, puesto que, desde la perspectiva institucional, el menor no está desamparado, sino sometido a la tutela automática: no hay, institucionalmente, ningún vacío que llenar (que es la hipótesis a que se aplican dichos preceptos). De forma que, paradójicamente, los artículos citados sólo tendrían pleno sentido en aquellos casos en los que el menor carente de guardador legal está siendo atendido de hecho por otra persona; es decir, en los de guarda de hecho (290). De manera que también en este supuesto se produce un desplazamiento de las normas que regulan la protección de menores según el modelo institucional, por las propias del modelo funcional.

B. Intento de reconstrucción conjunta del sistema jurídico-civil de protección de menores

En mi opinión, la reconstrucción unitaria del sistema jurídico-civil de protección de menores, en la medida en que es posible hacerlo, gira en torno a la situación real del menor, y más concretamente alrededor de una situación fáctica de desamparo, actual o previsto. Dicha situación es la que determina la puesta en marcha de los mecanismos de carácter funcional, y el consiguiente desplazamiento, con mayor o menor intensidad y alcance, según los casos, de los de carácter institucional.

(288) No me parece que cupiera entender que el art. 239.2 lo que hace es prever un caso en que la tutela automática cede ante la ordinaria y no se constituye, puesto que ello sería contrario a los principios de atención inmediata al menor, a que responde la reforma de 1987. Una tal interpretación significaría una concesión al modelo institucional cuyo sentido y procedencia no veo claras en absoluto. Creo, más bien que habrá tutela automática en tanto no se constituya la ordinaria (previa privación de la patria potestad o remoción de la tutela anterior), que aparece así en un segundo momento, como una solución estable a la situación del menor sometido a la tutela administrativa, hasta cierto punto alternativa a la reinserción en la propia familia o a la adopción.

(289) Por ejemplo, por fallecimiento de los padres sin constitución posterior de la tutela.

(290) Eventualmente, cabría añadir los casos comprendidos en el art. 239.2 (aunque no está claro, por el empleo de ese enigmático impersonal: «se procederá...» ¿quién procederá?); y aquéllos en los que la inmediatez del suceso que ha motivado la extinción del régimen inicial de guarda legal permitan identificar no una situación de guarda de hecho estable, sino una puramente transitoria, en tanto se constituye la tutela: pero la proximidad conceptual a la guarda de hecho en sentido estricto, es bien patente.

Con la advertencia de que éstos últimos constituyen, en todo caso, la columna vertebral de la protección de menores en nuestro Derecho Civil, puesto que en ellos desembocan, en los términos que a continuación veremos (y con excepciones posibles, pero no contempladas estructuralmente como soluciones estables a la situación del menor), los de índole funcional: pero siguiendo la lógica interna de éste último modelo, y no la propia del modelo institucional —es decir, con el orden de prioridades que establece el modelo funcional entre los mecanismos de carácter institucional— (291).

1) Si no hay desamparo real, actual o previsto, resulta de aplicación el sistema institucional de protección, tal y como ha quedado descrito más arriba, con el complemento de las previsiones legales sobre la guarda de hecho (292).

2) Si hay desamparo real, actual o previsto, se produce un desplazamiento del sistema institucional por parte de los mecanismos y técnicas de carácter funcional. Pero se trata, según hemos visto, de un desplazamiento de contenido desigual y alcance diverso, según los casos. A fin de atender a esa situación fáctica de desamparo, se establecen, como sabemos, dispositivos de carácter —estructuralmente— provisional, y otros de índole definitiva.

i) Entre los de carácter provisional, hay que distinguir nuevamente entre el desamparo previsto y el desamparo actual.

El desamparo previsto ocasiona la guarda administrativa, que no afecta a la titularidad de la patria potestad o a la tutela antecedentes. Antes bien, puede ser considerada como una forma de cumplir los deberes inherentes a la guarda legal, por delegación legalmente autorizada en la entidad pública. Su destino natural es la recuperación plena del contenido delegado de la patria potestad o tutela, una vez cesadas las causas que motivaron la solicitud de guarda (293). Como puede com-

(291) Conviene advertir, antes de seguir adelante, que me limitaré a exponer el sistema de relaciones entre el modelo institucional y el funcional, dejando de lado lo que son relaciones internas en cada uno de esos modelos: por ejemplo, interesa aquí la guarda administrativa solicitada por el titular de la guarda legal (relaciones entre los dos modelos), y no cuando es pedida por el acogedor del menor (relaciones internas del modelo funcional).

(292) Aunque ésta, como sabemos, se ve inmersa también en la lógica interna del sistema institucional, a través de la remisión del art. 303 Cc al art. 238 Cc.

(293) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 107. Que ese sea el destino natural de la guarda administrativa no quiere decir que sea el único posible. Como escribe SANCHO REBULLIDA (*Acogimiento y adopción*, cit., p. 55): «La mera guarda está prevista como solución urgente y, además, transitoria (*durante el tiempo necesario*, dice el precepto), abocada a situaciones más estables: patria potestad o tutela (curada la enfermedad de los padres o del tutor), nueva tutela ordinaria (si se extinguiese la ante-

probarse, en principio el desplazamiento del sistema institucional por el funcional es mínimo, limitándose a añadir una posibilidad de ejercicio del contenido de la guarda legal, para las situaciones de desamparo previsible (294).

Por su parte, el desamparo actual motiva un desplazamiento más significativo del sistema institucional, puesto que supone la constitución inmediata y automática de la tutela de la entidad pública, con las características y consecuencias que ya han quedado indicadas. Aquí, el desplazamiento del contenido de la patria potestad, o de la guarda legal en general, es sin previa solicitud de su titular; y de la misma forma, la posición jurídica de la entidad pública es considerablemente más intensa, al ser titular de la tutela extraordinaria, y no meramente de una delegación de contenidos.

En todo caso, tanto la mera guarda como la tutela automática pueden ser ejercitadas a través del acogimiento familiar.

ii) Pasemos ya al examen de los mecanismos de carácter definitivo. Precisamente aquí es donde de nuevo vuelven a encontrarse el modelo institucional y el funcional, ya que éste desemboca en instituciones propias de aquél; pero no necesariamente, según he puesto ya de relieve, en las que aquél hubiera desembocado.

Para el caso de desamparo actual, se prevén tres posibles soluciones, que provean al menor de un régimen de protección estable y definitivo (295): la reinserción en la propia familia (y con ella, la rehabilitación de la patria potestad anteriormente existente); la adopción (es decir, el sometimiento a una patria potestad derivada del vínculo de filiación que nace con dicha adopción); o la tutela ordinaria, en los términos del art. 239.2 Cc. En todo caso, el criterio para optar por una u otra

rrior o la patria potestad), tutela administrativa (si, removida la circunstancia grave, los titulares de la potestad no reiniciasen la guarda a ella correspondiente y se produjese, así, desamparo actual), acogimiento o adopción, conforme al régimen de tales institutos».

(294) De ahí que, como acertadamente señala PÉREZ ALVAREZ (*op. cit.*, pp. 102 y 107), en principio la mera guarda «es excluyente de la adopción, ya que no deberá originar situaciones irrevocables que obsten al restablecimiento de la situación familiar que la hubiera precedido». En este sentido, entiendo que la alusión de SANCHO REBULLIDA a la adopción en el texto reproducido en la nota precedente, ha de entenderse referida a la previa situación de desamparo de que habla, que extingue la mera guarda sustituyéndola por la tutela automática.

(295) No cabe incluir aquí el acogimiento familiar, aunque sea susceptible de prolongarse hasta la mayoría de edad, porque esa es una prolongación de índole excepcional, fruto más de la duración indefinida del acogimiento que de su eventual carácter definitivo.

de estas posibles soluciones será el del beneficio o interés del menor (arts. 172.4, 176.1 y 239.2 Cc).

En el caso de desamparo previsto, según acabamos de ver, la mera guarda desemboca naturalmente en el restablecimiento de la institución legal de guarda preexistente; y eventualmente, a través del desamparo actual y la consiguiente tutela automática, en la poco probable reinserción familiar, en la adopción o en la tutela ordinaria, en los términos que acabo de indicar.

De esta manera, se advierte cómo el modelo funcional desemboca habitualmente (aunque en algunos casos pueda no suceder así) en el institucional, al preverse, como solución definitiva a la situación del menor desamparado, la patria postestad (a través de la reinserción familiar o la adopción) o la tutela ordinaria (en los casos del art. 239 Cc).

Cáceres, septiembre de 1991.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCIA: *Derecho Civil*, I-1.º (10 ed., Barcelona, Librería Bosch, 1985).
- *Curso de Derecho Civil*, IV (4.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989).
- ARCE Y FLOREZ VALDES: *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, RGLJ 263 (1987).
- ARREGUI GIL: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXVI-1.º (Fuero Nuevo de Navarra), sub leyes 73 y 74, pp. 380 y ss.
- BAVIERA: *L'adozione speciale* (2.ª ed., Milano, Giuffré, 1982).
- BELTRAN AGUIRRE: *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, RJN 4 (1987), pp. 117 y ss.
- BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), t III, vol. 2.º (Madrid, EDESA, 1982), sub arts. 142 y ss., pp. 1 y ss.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona* (Madrid, Montecorvo, 1976).
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub arts. 303 y ss. pp. 784 y ss.
- BUCCIANTE: «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO) 4-III (Torino, UTET, 1982), pp. 463 y ss.
- BUSNELLI: *Capacità e incapacità di agire del minore*, RDFP 1982, pp. 54 y siguientes.

- CASANOVAS MUSSONS: *La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida*, RJC 1985, pp. 85 y ss.
- CASTAN VAZQUEZ: *La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica*, RDP 1973, pp. 3 y ss.
- *La patria potestad como función en el nuevo Derecho de la familia*, DJ 33-36 (1982), monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia, vol. I, pp. 177 y ss.
- «La reforma de la patria potestad», en *Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1983), pp. 43 y ss.
- CASTAN TOBENAS: *Derecho civil español, común y foral*, I-II (reimpr. de la 14 ed., revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, Reus, 1987); 5-II (9.ª ed., revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ, Madrid, Reus, 1985).
- DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, t. II (Madrid, 1952; reed. Madrid, Civitas, 1984).
- COBACHO GOMEZ, *La deuda alimenticia* (Madrid, Montecorvo, 1990).
- DELGADO ECHEVERRÍA: en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol II (Madrid, Tecnos, 1984), sub arts. 142 y ss., pp. 1.027 y siguientes.
- *Comentario a la sentencia de 5 de noviembre de 1984*, CCJC (1985), pp. 2.127 y ss.
- *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. LACRUZ BERDEJO), t. 1 (Zaragoza, 1988), sub arts. 9 y ss., pp. 405 y siguientes.
- DE DIEGO LORA: «El menor, centro de atribución de derechos en las relaciones paternofiliales», en RIVERO *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis* (Pamplona, EUNSA, 1982), pp. 443 y s.
- DIEZ-PICAZO: *Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela*, DJ, t. XI (enero/marzo 1984), pp. 3 y ss.
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 200, pp. 178 y ss.
- DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema de Derecho Civil*, I (7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989); IV (5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989).
- D'ORS: *Derecho Privado Romano* (6.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1986).
- DURAN RIVACOBA: *La capacidad en las capitulaciones matrimoniales*, ADC 1991, pp. 97 y ss.
- EGEA I FERNANDEZ: «La protecció de menors a Catalunya. Els diferents regims de protecció», en *V Jornades de Dret Catala a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya* (Barcelona, PPU, 1990), página 161 y ss.
- EICHLER: *System des Personenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1989).
- ESPIN CANOVAS: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española*, (dir. ALZAGA VILLAAMIL) t. IV (Madrid, EDESA, 1984), sub art. 39, pp. 17 y ss.
- FALZEA: voz «Capacità (teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI (Milano, Giuffrè, 1960), pp. 8 y ss.

- FLORENSA I TOMAS: *El defensor judicial* (Madrid, Civitas, 1990).
- GALGANO: *Diritto civile e commerciale*, vol. 1.º (Padova, CEDAM, 1990).
- GALVEZ: en *Comentarios a la Constitución* (dir. GARRIDO FALLA, Madrid, Civitas, 1985), sub arts. 39, 49 y 50, pp. 757 y ss. y 837 y siguientes.
- GARCIA CANTERO: *El nuevo régimen de la tutela*, RGLJ 1984 (octubre), pp. 465 y ss.
- *Notas sobre la curatela*, RDP 1984, pp. 787 y ss.
- «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Estudios sobre la tutela* (Madrid, RGLJ, 1986), pp. 85 y ss.
- *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. LACRUZ BERDEJO), t. I (Zaragoza, 1988), sub arts. 15 y ss., pp. 495 y siguientes.
- *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, adición al t. 5-II de CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. (Madrid, Reus, 1988).
- GETE-ALONSO: *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid, Civitas, 1985).
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 286, pp. 688 y ss.
- GITTER: en el *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 1 (2. Aufl., München, Beck, 1984), sub §§ 1 y ss., pp. 79 y ss.; y 104 y ss., pp. 690 y ss.
- GOMEZ LAPLAZA: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 267, pp. 488 y ss.
- GORDILLO CAÑAS: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid, Tecnos, 1986).
- GOUBEAUX: *Les personnes*, en el «Traité de Droit civil» —dir. GHES-TIN— (París, LGDJ, 1989).
- HABIB: «La définition de l'enfant en Droit International Public», en *La protection Internationale des Droits de l'enfant* (ed. TORRELLI, París, PUF, s.d., pero 1983), pp. 65 y ss.
- DE LA HAZA DIAZ: *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil Español*, RGLJ 263 (1987), pp. 959 y ss.
- HEINRICHS: *Palandt BGB* (50 Aufl., München, Beck, 1991), sub §§ 6 (pp. 10 y ss.), y 104 y ss. (pp. 71 y ss.).
- JIMENEZ ASEÑO: voces «Defensor de menores» y «Defensor judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI (Barcelona, Seix, 1985), pp. 342 y ss. y 356 y ss.
- JORDANO FRAGA: *La capacidad general del menor*, RDP 1984, pp. 883 y siguientes.
- LACRUZ BERDEJO et al: *Elementos de Derecho Civil*, I-2.º (2.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1990); IV-1.º (3.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989); IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1989).
- LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerliches Recht* (6. Aufl., München, Beck, 1983).

- LETE DEL RIO: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), t. IV (2.ª ed., Madrid EDERSA, 1985), sub arts. 199 y ss., pp. 159 y ss.
- *Derecho de la persona* (Madrid, Tecnos, 1986).
- LUNA SERRANO y RIVERO HERNANDEZ: *La tutela del deficiente mental*, ponencia presentada al «Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia» (Madrid, Tapia, 1987).
- LLEBARIA SAMPER: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1990).
- MAJADA: *La incapacitación, la tutela y sus formularios* (Barcelona, Editorial Bosch, 1985).
- MEDICUS: *Allgemeiner Teil des BGB* (4. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1990).
- MENEGAZZI MUNARI: «L'abassamento della "maggiore età" nelle più recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa», en CRISTOFARO y BELVEDERE (dir.), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (Milano, Giuffrè, 1980), pp. 645 y ss.
- MERINO HERNANDEZ: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXIII, vol. 1.º (Madrid, EDERSA, 1986), sub arts. 5 y ss. Comp. Ar., pp. 69 y ss.
- MONTSERRAT VALERO: *La prodigalidad*, RGLJ 259 (1985), pp. 877 y ss.
- MORENO QUESADA: *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, RDP 1985.
- «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil II* (Madrid, CEURA, 1990), pp. 1.513 y ss.
- MORITZ: *Die (zivil-) rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie* (Berlin, Dunker & Humblot, 1989).
- NEIRINCK: *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* (París, LGDJ, 1984).
- OSORIO SERRANO: *La prodigalidad* (Madrid, Montecorvo, 1987).
- DE PABLO CONTRERAS: en DE PABLO y MARTINEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil navarro*, t. I (Pamplona, EUNSA, 1990).
- PAIS DE SOUSA y FRIAS DE OLIVEIRA: *Da incapacidade juridica dos menores, interditos e inabilitados* (Coimbra, Almedina, 1983).
- PANTALEON PRIETO: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 278, pp. 616 y ss.
- «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje al profesor Roca Juan* (Murcia, 1989), pp. 641 y ss.
- PEREZ ALVAREZ: *La nueva adopción* (Madrid, Civitas, 1989).
- PEREZ DE CASTRO: *El menor emancipado* (Madrid, Tecnos, 1988).
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ: *La declaración de prodigalidad en Derecho Español*, RGLJ 262 (1987), pp. 857 y ss.
- PESCARA: «Provedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche progettive dei maggiorenni incapaci», en el *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO), t. 4-III (Torino, UTET, 1982), pp. 691 y ss.

- PIZZORUSSO: «Le persone fisiche», en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (dir. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1988), pp. 111 y ss.
- PUIG FERRIOL: en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II (Madrid, Tecnos, 1984), sub arts. 314 y ss., pp. 1.222 y ss.
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 299 bis Cc, pp. 773 y ss.
- RESCIGNO: *I minori tra famiglia e società*, RDFP 1982, p. 271 y ss.
- ROCA TRIAS: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 215 Cc, pp. 219 y ss.
- RODRIGUEZ-YNNESTO VALCARCE: *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona* (Pamplona, Aranzadi, 1990).
- ROGEL VIDE: *La guarda de hecho* (Madrid, Tecnos, 1986).
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: *La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores*, AC 1988, pp. 57 y ss. y 137 y ss.
- *Acogimiento y delegación de la patria potestad* (Granada, Comares, 1989).
- SAGARDOY BENGOCHEA: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL) t. IV (Madrid, EDERSA, 1984), sub art. 50 y pp. 375 y ss.
- SALVADOR CODERCH: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub arts. 294 y ss., pp. 715 y siguientes.
- SANCHO REBULLIDA, en LA CRUZ BERDEJO *et al.*: *El nuevo régimen de la familia, III Tutela e instituciones afines* (Madrid, Civitas, 1984); y *Acogimiento y adopción* (Madrid, Civitas, 1989).
- *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho civil navarro* (Pamplona, Universidad de Navarra, 1984).
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXVI, vol. 1.º —Fuero Nuevo de Navarra— (Madrid, EDERSA, 1990), sub leyes 50, pp. 120 y ss., y 63 y ss., pp. 248 y ss.
- SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS: en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. LACRUZ BÉRDEJO), t. I (Zaragoza, 1988), sub arts. 4 y ss., pp. 302 y ss.
- SAURA MARTINEZ: *Incapacitación y tuición* (Madrid, Tecnos, 1986).
- SEVA DIAZ: «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico», en *El régimen jurídico de la adopción* (Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1989).
- STANZIONE: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana* (Camerino, Jovene, 1975).
- STOLJAR: en *International Encyclopedia of comparative law*, vol. IV (*Persons and family*), Capítulo —fascículo— 7 (*Children, Parents and Guardians*, 1973).

- STOLL y WEINREICH: *Evolución del Derecho privado alemán en los años 1987-1989* (trad. SANTOS BRIZ), RDP 1991, pp. 491 y ss.
- VALLADARES RASCON: «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil II* (Madrid, CEURA, 1990), pp. 2.041 y ss.
- VIDA SORIA: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL) t. IV (Madrid, EDERSA, 1984), sub art. 49, pp. 363 y ss.
- WEIL y TERRÉ; *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (5.^a ed., París, Dalloz, 1983).

El dolo en el saneamiento por vicios ocultos

MARIA ROSA LLACER MATA CAS

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Las distintas causas de imputación del «id quod interest» al vendedor, y su moderación.—3. La incardinación de la indemnización del «id quod interest» en las acciones de saneamiento.—4. La reticencia intencional. 4.1. La dualidad tradicional entre conocimiento e ignorancia del vicio. 4.2. La reticencia intencional como criterio de imputación del «id quod interest». 4.2.1. ¿Es dolo incidental? 4.2.2. El dolo causa de indemnización no es incumplimiento doloso de una obligación de manifestar los vicios. 4.2.3. La conducta dolosa contemplada por el Código. 4.2.4. La prestación del dolo en los contratos onerosos y gratuitos. 4.3. Dolo «in contrahendo» y acción « quanti minoris ».—5. Culpa «in contrahendo» e indemnización del «id quod interest». 5.1. Planteamiento. 5.2. La doble ubicación de la culpa lata: su no formulación en relación al vendedor. 5.3. La «culpa in contrahendo» en el ámbito profesional: la prestación del «id quod interest» por el fabricante y el comerciante. 5.3.1. Su elaboración doctrinal. 5.3.2. La evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas: a) La imputación de responsabilidad al vendedor de buena fe. b) La responsabilidad del perito.

1. PLANTEAMIENTO

En relación a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la cosa defectuosa en el patrimonio del comprador, el artículo 1486,2 establece: «Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión». De dicho párrafo segundo se desprenden dos primeras constataciones. En primer lugar, el Código se está refiriendo a un dolo precontractual o dolo «in contrahendo», y no a otras posibles

formas o manifestaciones del dolo (dolo en el cumplimiento, o dolo en la conservación de la cosa). En segundo lugar, las consecuencias jurídicas del dolo consisten en la reparación de todos los daños y perjuicios sufridos por el comprador: así la responsabilidad del vendedor es radicalmente distinta en consideración a su situación subjetiva. Si ignoraba los vicios, esto es, si procedió de buena fe, sólo deberá los «gastos del contrato», junto con la restitución; si conocía los vicios, es decir, si obró de mala fe o dolosamente, deberá indemnizar todos los daños y perjuicios.

No hay pues término medio: el Código no contempla la figura del vendedor negligente, ni prevé una forma de indemnización matizada que admitiera el resarcimiento de los daños directamente causados por los defectos de la cosa, y excluyera los que no tuvieran relación con ésta. Ello no deja de ser chocante, en un sistema que tiene por objeto la protección del comprador, y sacrifica la buena fe del vendedor a la reparación del perjuicio objetivamente sufrido por el comprador (1). A la vez, el tema ha sido preocupante a efectos prácticos (al menos en España, hasta la promulgación de la ley de defensa de los consumidores, de 19 de julio de 1984), pues privaba a los compradores de una indemnización satisfactoria en el ámbito de la contratación moderna, para el que no estaba pensada la regulación del saneamiento. Ciñéndonos, como es el objeto de este trabajo, al saneamiento en el ámbito del Código, abordaremos el estudio de la indemnización de los daños y perjuicios. Defendemos una interpretación estricta, y tradicional, del párrafo segundo del art. 1486. Para ello son inevitables algunas referencias históricas.

2. LAS DISTINTAS CAUSAS DE IMPUTACION DEL «ID QUOD INTEREST» AL VENDEDOR, Y SU MODERACION

Para examinar las distintas formas de indemnización a las que podrá verse obligado el vendedor, nos centraremos en la reparación de los daños y perjuicios originados en la perfección y el cumplimiento del contrato.

El inicio de la moderna concepción del «id quod interest» y de lo que tiene que ser la limitación de la responsabilidad hay que situarla en Dumoulin. Cimentaremos nuestro estudio a partir de este autor hasta nuestros días, para delimitar las causas de imputación del interés en el ámbito del saneamiento por vicios ocultos (las recogidas por nuestro

(1) ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia 1974, pp. 241-242, nota 8.

Código; y las posibles, pero no recogidas), así como la extensión del «id quod interest» indemnizable (2).

A partir de Dumoulin, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Crea el concepto de «*casus interesse*» (cierto o incierto), superando la distinción entre contrato cierto e incierto (en función de los que se podía prestar el interés singular o sólo el común). «*Casus interesse*»

(2) El origen de la moderación del «id quod interest» se encuentra en el C.7,47, ley única. Aparecía como limitación de la indemnización del interés singular en los contratos ciertos. Destacamos los siguientes puntos:

a) *Contratos ciertos e inciertos*. Ver ODOFREDUS (*Insecundam Codicis partem*, Lugduni, 1552 —reproducción anastática, Bolonia 1969—) C. de sent. n.º 2: «habet contractum certam naturam vel certam quantitatem. ut est cum vendis mihi domum tua pro centum»; y BARTOLUS (*In secundam Codicis partem commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574) C. de sent. n.º 3 y 4: la certeza puede ser «respecto sui» (se conviene que se entregará una cosa determinada o genérica), o «respecto adjuncti» (los contratos correctivos o correlativos serán ciertos porque, aunque se convenga un factum, se tiene la referencia de en cuánto lo estiman las partes). El contrato incierto no permite valorar su cantidad o naturaleza (promesa de ir a Roma, o la misma promesa, a cambio de ir a París). En el mismo sentido véase ALBERICUS DE ROSATE (*In secundam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1585 —reproducción anastática, Bolonia, 1979—), *ibid.* n.º 11.

b) *Interés singular*. A diferenciar del «conventum» y del «commune» (ODOFREDUS n.º 8 princ.). El interés común es el que representa el precio de la cosa (así el precio pagado por la cosa que no se entrega): es la común apreciación de la cosa, en función de sus cualidades (IACOBUS DE ARENA *ibid.* n.º 3: «*communi pretio seu estimatione*»), o el daño estimado comúnmente (ALBERICUS *ibid.* n.º 5). El interés singular es el daño o pérdida que experimenta una persona determinada, y que puede exceder del común (ODOFREDUS *ibid.* n.º 8: «*est singulare interesse, quando plus interesse mea habere quam alterius*»; BARTOLUS *ibid.* n.º 7). Será mayor que el común en función de la afección («*interesse singulare esse dicitur nisi appetitatio rei supra commune modum seu valorem ex affectione petentis ad causam aliquam probabilem ratione concepta*» IACOBUS *ibid.* n.º 9).

c) *Límite al interés singular*: El interés singular puede exceder en mucho el interés común. El C. de sent. impone un límite para evitar que los daños y perjuicios se deban hasta el infinito («*nam potest esse quod istud singulare interesse excederet non solum duplum: imo vel quadruplum, vel decuplum: unde propter infinitatem vitandam lex voluit reformare quod non teneatur nisi usque ad duplum communis: sed ubi petitur interesse ex contractu incerto, id est qui non habet certam quantitatem vel naturam: ibi non est verisimile quod singulare interesse excedat commune.*» ODOFREDUS *ibid.* n.º 8; y n.º 5 y 6; BARTOLUS *ibid.* n.º 1). Esto es así porque el interés común o estimación de la cosa representa como mucho al *interés circa rem o intrínseco* (el que es consecuencia inmediata de la cosa: «*intrinsicum interesse debet dici illud, quod est ipsa res, seu eius aestimatio... Item illud quod est inmediate ex ipsa re ut fructus, & partis, & similia*» BARTOLUS *ibid.* número 13, 14 y 15; IACOBUS *ibid.* n.º 3 y 4; FUMEUS, A. *De eo quod interest*, Venetiis 1584, capítulo 3, n.º 22), mientras que el interés singular abarca el *interés extra rem* («*ea vero veniunt occasione rei, non ex ipsa re, debent dici extrinsecum*» BARTOLUS *ibid.* n.º 14; ALBERICUS *ibid.* n.º 18).

De modo que en los autores del Derecho común anteriores a DUMOULIN la limitación del C. de sent. recae sobre el interés singular (*extra rem*), y consiste en una moderación del interés hasta el duplo.

es la contingencia de la que nace la obligación de indemnizar, ya sea mora, culpa, contravención, evicción u otras circunstancias de las que puede nacer obligación de indemnizar (3).

b) *Todo interés es extrínseco* y se diferencia del precio, a la vez que rechaza el concepto de interés intrínseco (4): tanto el caso cierto como el incierto suponen la indemnización de un daño extrínseco, es decir que se sobrepone al precio (5).

c) *Limitación de la responsabilidad*. El «casus interesse» cierto se limitará al duplo del precio. Para Dumoulin es extrínseco por oposición al precio. Hay que tener en cuenta que Pothier, guarda una terminología quizá más acorde con la romana, pero que bajo ella está utilizando los conceptos de Dumoulin (6). Así:

— bajo la denominación de intereses «propter rem ipsam», en relación a la cosa, o intrínsecos (7), encontramos los que, con

d) *Moderación que no existe si la razón por la que se pide el «id quod interest» es el dolo* (ABERICUS *ibid.* n.º 19). Ejemplo: D.19,1,13 princ. y 1: el vendedor que entrega cosa viciosa conociendo el vicio responde siempre de todo el interés, mientras que el ignorante deberá sólo el quanto minus. En cambio, el que vende una cosa ajena, responde por la evicción, a pesar de su ignorancia, y deberá el interés extrínseco, pero no todo, sino limitado por la ley única del C. de sent.. (BARTOLUS *ibid.* n.º 19: «si vero agitur propter malefactum, & tunc aut fuit malefactum scienter, aut ignoranter. Si scientem, venit interesse extrinsecum (...) Si vero ignoranter, & tunc aut agitur contra aliquem qua res est evicta, & isto casu venit interesse extrinsecum, non tamen in totum, sed usque ad duplum pretii conventi (...)»). En cambio, si no se entrega lo que se debe, la ley 21,3 del D.19,1 entiende que se deberá el interés intrínseco (emplea la expresión «circa rem»). Así se diferencia el «non tradere» del «male tradere» (el male tradere o entregar cosa viciosa determina, en algunos casos la prestación del interés extrínseco, a pesar de la ignorancia del defecto; ODOFREDUS C. de sent. n.º 10; y ley Julianus, D. de act. empt. n.º 2 in fine; BARTOLUS C. de sent. n.º 19; ALBERICUS C. de sent. n.º 18). Sobre la interpretación del C. 7.47, véase LUPOLI, M., *Il dolo del debitore nel Diritto italiano e francese*, Milano, 1969, pp. 38-44.

(3) MOLINAEUS, C. *Tractatus de eo quod interest*, en *Omnia quae exstant opera*, T. III, París 1681, n.º 45, y n.º 41: «casus interesse in se, puta, mora, culpa, contraventio, evictio, vel alius eventus, ex quo obligatio ad interesse oritur & committitur, nullam de se habet certam quantitatem, vel naturam, cum de se incertus si & incerto consistat». Véase en el n.º 44 los requisitos para que se dé un caso cierto (en el mismo sentido, SCACCIA *Tractatus de commerciis et cambio*, Coloniae 1738, ap. VII, gl. VII, n.º 72):

1. prestación principal cierta (estimable comúnmente: es decir, se puede doblar).
2. existencia de casus interesse.
3. que el casus no tenga más objeto que una cosa con naturaleza cierta (supuesto de la mora, evicción). No así si su objeto supone la previsión de un daño en los demás bienes (n.º 48).

(4) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 11.

(5) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 68: la acción «ex empto» tiene dos objetos: «ad pretium» y «ad quod interest»; véase POTHIER, *vente* n.º 69 in fine.

(6) Véase LUPOLI, *ob. cit.* pp. 69-70.

(7) POTHIER, R.J., *Oeuvres de Pothier*, T.I.: *Traité des Obligations*, París, 1825 n.º 164.

Dumoulin, son generados por el casus (extrinsecus) certus. Cambio terminológico que quizá se explica por el respeto que Pothier guarda a la expresión del D.19,1,23,1 (8).

- la expresión interés extrínseco se reserva a lo que Dumoulin denomina casus (extrinsecus) incertus (9).

La limitación de la responsabilidad guarda relación con la previsibilidad del daño que marca la extensión de la obligación de indemnizar (10). La previsibilidad del daño varía en función del «casus interesse» y de la buena o mala fe. En general, es evidente que la obligación de indemnizar será más extensa en el deudor de mala fe (11). Son supuestos de imputación del interés al deudor no doloso:

- si el deudor es de buena fe: la *evicción* de una cosa que entregó creyendo que era suya (12).
- el deudor es negligente si comete *mora o culpa en la contratación* («engagement téméraire» o bien culpa por haberse puesto en imposibilidad de cumplir) (13).

El deudor de buena fe sólo puede haber previsto el perjuicio sufrido en relación con la cosa objeto de la obligación, pero no los perjuicios sufridos en los demás bienes (14). Limitación que en Pothier ya no se justifica con la aplicación del C.7,47, sino por un principio de equidad (15). Estos perjuicios consisten en el aumento en el precio de la cosa (16).

(8) POTHIER, *Tr. Obl.* n.º 73. Queda pues eliminado el sentido de interés intrínseco como secuela o accesión a la cosa.

(9) POTHIER, *Tr. Obl.* n.º 165; *Tr. vente* n.º 74.

(10) MOLINAEUS, n.º 5; DOMAT, JEAN, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, T. IV, París, 1822, tit. V, sect. II, n.º 4 y 8.

(11) DOMAT, n.º 8 cit..

(12) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 48; DOMAT, *Lois*, T. IV, tit. V, sect. II, n.º 8 y 10; POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 161.

(13) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 160.

(14) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 161 cit. «damni et interesse propter ipsam rem non habitam»; Oeuvres de Pothier contenant les traités de droit français (ed. M. Dupin), T. II, *Traité du contrat de vente*, París, 1827, n.º 70 y 72. Al respecto véase también LUPOL, *ob. cit.*, pp. 46-49.

(15) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 164 in fine.

(16) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 161 «Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêt que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourroit souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution lui a occasionés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceus soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation»; *Tr. vente*, n.º 72. Observación: en el *Tr. vente*, n.º 71 se incluye en el resarcimiento «tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur outre le prix...tels que sont les frais de contrat, le centième denier, les profits payés aux seigneurs, les frais de voyage pour voir l'héritage. etc.»

Lo cierto es que en la mencionada culpa en la contratación, hallamos dos manifestaciones:

- culpa «in contrahendo» en relación al futuro cumplimiento. Determina la indemnización de los intereses ordinariamente previstos (17).
- culpa in contrahendo en relación al conocimiento de los defectos ocultos de la cosa que se predica del perito y del no perito. Determina la indemnización de los daños producidos en los demás bienes de quien recibe la cosa defectuosa (interés extrínseco) (18). Es una forma de reticencia que se asimila al dolo.

d) *El vendedor de mala fe responde de todo el interés* porque el dolo implica la previsión de todos los daños (19), con la única limitación que supone la relación de causalidad entre dolo y daño (20). El dolo también tiene dos manifestaciones:

- dolo «in contrahendo», cuyo ejemplo típico consiste en el conocimiento de los vicios por el vendedor (21).
- en el cumplimiento: no entrega dolosa (22).

3. LA INCARDINACION DE LA INDEMNIZACION DEL «ID QUOD INTEREST» EN LAS ACCIONES DE SANEAMIENTO

Dos son las posibles causas de imputación del interés al vendedor que entrega la cosa defectuosa:

(17) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 160: «Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation, soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il de pouvoit accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement; dans ces cas le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêt qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pouroit souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceus-ci».

(18) MOLINAEUS, *ob. cit.*, n.º 5 y 49; POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 163; *Tr. vente*, n.º 213 y 214.

(19) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 155; POTHIER, *Tr. Obl.* n.º 166: «... sans qu'il y ait cas de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur doit être censé s'y être soumis: car celui qui commet un dol s'oblige, velit nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera»; *Tr. vente*, n.º 74.

(20) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 166 y 168

(21) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 166: «Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il savoit être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion; car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage».

(22) POTHIER, *Tr. Obl.*, n.º 169.

- si incurre en «dolo in contrahendo», en caso de conocer el vicio y no manifestarlo (arts. 1486,2; 1487; 1488).
- si se aprecia «culpa in contrahendo» o desconocimiento imputable del vicio. Este es un supuesto teóricamente posible y no desconocido por la doctrina histórica española, aunque no fue recogido en el Código civil.

En materia de vicios el vendedor nunca podrá responder únicamente del daño experimentado en relación a la cosa (es decir, previsible). La entrega de cosa defectuosa presupone el cumplimiento, y el vicio no puede imputarse a una negligencia en la conservación, ni en el cumplimiento de la obligación. El vendedor está obligado a entregar la cosa, y así lo hace en el día y lugar determinados. La aparición del vicio determina la posibilidad de ejercitar una normas causales (saneamiento por vicios ocultos) propias de todo contrato oneroso y de pedir el saneamiento. Este no responde a una especial configuración de la obligación de dar, ni puede constituir un incumplimiento (23).

El saneamiento por vicios ocultos sólo admite pues la responsabilidad por dolo precontractual. La indemnización es debida, no por aplicación de los arts. 1101 y 1107, que reflejarían el dolo en el cumplimiento de la obligación, sino por imperativo del art. 1486,2 (y art. 1487 y 1488) que, junto con el art. 1752, constituye la manifestación más clara del «dolo in contrahendo» en nuestro Código (24). La expresión «dolo in contrahendo» no debe entenderse referida al dolo en relación a las posibilidades de llevar a cabo un futuro cumplimiento (art. 1101), ni como el conocimiento de la futura rescindibilidad (25) (la cual puede no acontecer, si el comprador opta por la acción estimatoria, y además no se plantea en los contratos gratuitos). Representa el simple conocimiento del vicio del objeto entregado, y la asunción de todos los daños que pueda causar en el patrimonio del vendedor. El art. 1107 puede tomarse en cuenta, sin embargo, como criterio delimitador de la extensión de los daños (26).

El interés de una aplicación del art. 1101 en un supuesto de saneamiento es ciertamente de índole práctica, e irá dirigida a obtener una protección completa del comprador en sus transacciones. La jurisprudencia ha buscado esta finalidad a través de dos vías: mediante la admisión de la concurrencia de las acciones de saneamiento e indemniza-

(23) GETE-ALONSO, M.^a del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 535-536; LLÁCER MATAACÁS, M.^a Rosa, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pp. 157 y ss.

(24) ROJO, *ob. cit.*, pp. 285-286; BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 226-228.

(25) ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual*, R.C.D.I. 1971, p. 905.

(26) MORALES MORENO, A. M., *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, A.D.C. 1982, p. 595.

toria, y a través de una nueva elaboración del concepto de «aliud pro alio», que se caracterizaría por la imposibilidad funcional de dar satisfacción al comprador y daría lugar a la acción resolutoria por incumplimiento. La primera posibilidad parte de una mala delimitación entre saneamiento e incumplimiento (27). Mayor relevancia tiene la segunda vía de aplicación del art. 1101, que responde a una reciente tendencia jurisprudencial a la ampliación del concepto de «aliud». Configurado un concepto expansivo de «aliud», la estrechez del art. 1486,2 queda reservada a los casos que sólo puedan admitir la calificación de vicios ocultos. La resolución de los demás casos que puedan integrarse en el concepto de «aliud» no presentaría problema porque, tratándose de un incumplimiento, se aplicará con propiedad el art. 1101 del Código civil. Cabe señalar, aunque la observación se sitúe fuera del ámbito de este trabajo, que la problemática ha quedado parcialmente superada con la promulgación de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984, ley que persigue una extensa protección de las personas que merezcan la calificación de consumidores y usuarios (art. 1, párr. 2 y 3). La reparación de los daños y perjuicios sufridos se define como un derecho básico de los consumidores y usuarios (art. 2, párr. 1.c), y se concreta como contenido indispensable de la garantía que debe entregar el productor o suministrador (art. 11, párr. 3) (28).

(27) Señala D. ESPÍN CÁNOVAS, en «Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos, en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales», *R.G.L.J.*, 1967, I, p. 931, que la jurisprudencia española «se muestra favorable a la admisibilidad de las acciones generales, siempre que no exista oposición con preceptos concretos de saneamiento». Cita en este sentido la STS de 6 de mayo de 1911 (ponente D. Antonio Guillón), que dice lo siguiente en su segundo considerando: «Considerando que entre el art. 1101 de dicho Código, que establece el principio general de las responsabilidades (...), de una parte, y de otra los art. 1484 y demás referentes a la compraventa (...) no existe oposición alguna que autorice a estimarlos infringidos (...) porque la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida por defectos ocultos y el derecho del comprador de optar en tal caso entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio, son perfectamente compatibles con el derecho del último a ser indemnizado cuando a consecuencia de esos defectos se le causen daños y perjuicios...». Véase ROJO, *ob. cit.*, pp. 285 a 289.

(28) Art. 11,3 de la citada ley: «Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado».

4. LA RETICENCIA INTENCIONAL

4.1 La dualidad tradicional entre conocimiento e ignorancia del vicio

El comprador de cosa defectuosa puede resultar perjudicado de dos formas: o bien porque la cosa vale menos; o bien porque la cosa defectuosa ha causado daños en los demás bienes del comprador. No todos los daños que sufre el comprador serán imputables al vendedor ya que junto a la constatación del daño concurre la consideración subjetiva de su conducta. En el Derecho común se observa una constante oposición entre el vendedor que ignora el vicio oculto y el que lo conoce, basada principalmente en los textos del D.18,1,45 y D.19,1,13(14), princ. y párr. 1. Esquemáticamente:

- el vendedor que desconoce el vicio («ignorans») deberá solamente el precio que el comprador entregó de más, en consideración al valor de la cosa (el «quanti minus»), a través de la acción «ex empto».
- el vendedor que conocía la existencia del vicio («sciens») deberá prestar todo el interés (o interés «extra rem»).
- en algunos casos el vendedor ignorante no responde del «quanti minus»: cuando el esclavo es ladrón y cuando el predio oculta tributos («servus furem» y «predio tributario» en expresión del D.19,1,13,1) (29).
- en otros, el vendedor ignorante responderá de todo el interés: cuando se trata de compra o arrendamiento de toneles o tinajas que resultan defectuosas (quebradas o que imprimen mal sabor: «vas vitiosum»; D.19,1,6,4; y D.19,2,19,1).

Se constata pues una contraposición constante entre prestación del «quanto minoris» y la prestación de «omne interesse», en función de la ignorancia o el conocimiento del vicio (30). Esta oposición se prolonga

(29) Azo, *Summa super Codicem, Instituta extraordinaria*, Lugduni, 1557 —reproducción anastática, Torino, 1966—, C. de act. empt. 3a. col.; ODOFREDUS, *In secundam Digesti veteris partem praelectiones*, Lugduni, 1552 —reproducción anastática, Boloña, 1968—, D. de act. empt., 1. Julianus, n.º 2; CYNUS C. de act. empt. 1. si minor, n.º 4; BARTOLUS, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Augustae Taurinorum 1573, D. de act. empt., ley Julianus citada.

(30) AZO, C. de act. empt. 3a col.; ODOFREDUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 1; IACOBUS DE RAVANNIS, C. de aed. act. 1. si non simpliciter; CYNUS, *In Codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima commentaria*, Francoforti, 1578 —reproducción anastática—, Torino, 1964, T. I-, C. de aed. act. 1. si non..., n.º 3; ALBERICUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 1 y 3; BARTOLUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 1; BALDUS, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1586, ibid. n.º 1; SALYCETUS, C. de aed. act. 1. si non...; DE MONTE FABIANUS (Sabinus Fabianus de Monte Sanctus), *De emtione & venditione*, en *Tractatum ex variis iuris interpretibus co-*

aunque va perdiendo su nitidez con la configuración de otros supuestos de imputación del «*id quod interest*» (31).

El «*quanti minus*» que debe satisfacer el vendedor que ignoraba el vicio no constituye pues un supuesto de «*id quod interest*». La prestación del interés se atribuye a un hecho injusto como puede ser la no entrega, la evicción, o la entrega de cosa viciosa a sabiendas (32). El «*quanto minus*» es la estimación del valor del que resulta privado (en vez de «*quanti pluris intersit*», se hablará de «*quanto minus essem empturus*»). Pero no es daño injusto ya que proviene de la cosa misma («*ex ipsa re emergens*»): sólo en consideración a la gravedad del engaño (objetivo o causante de lesión), se establece la devolución de la estimación (33).

llectorum, Lugduni, 1549, q. 6, n.º 56; OLDENDORPIUS, Johannes, *Actionum forensium progymnasmata*, Basileae, 1559 —reproducción anastática—, Aalen, 1966, p. 290.

(31) LÓPEZ, Gregorio, *Las siete Partidas del sabio Rey Don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado* —, del Consejo Real de Su Majestad, Valladolid (edición del Boletín Oficial del Estado), P. V, tit. 5, 1.63 princ. y gl. 5: «*In sciente bene procedit: secus si ignorasse ut dixi in gl. proxima nisi ignorantia esset supina: quia tunc habetur pro sciente*» (el subrayado es nuestro); GÓMEZ, Antonio, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regis*, Coloniae Allobrogum, 1662, 2.2, n.º 45; GUTIÉRREZ, Johannes, *Opera omnia, civilia, canonica et criminalia*, T. I, Lugduni, 1730, q. 169, n.º 2; HERMOSILLA, Gaspar, Juan y Sebastián, *Additiones, notae, resolutiones ad Partitarem glossas et cogita D. Gregorii Lopetii*, T. I, partis 1 (ejemplar sin lugar de edición ni fecha que se encuentra en la facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona), P. 5, tit. 5, Ad. 1.63, gl. 1 a 6, n.º 6, 7 y 9, y n.º 13, 14 y 21; obsérvese el cambio de visión de DONELLUS, H., quien se esfuerza por sistematizar las causas de prestación del interés, en *Commentari de iure civili*, T.III, Florentiae 1841, l. XIII, cap. III, n.º 13; compárese con CUJACIUS, IACOBUS, *Opera omnia ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta*, T. IX, Mutinae, 1779, L. XIX, l.13, p. 743, lit. E y p. 744, lit. A; BRUNEMANN, Comm. in cod. C. Aed. act. l.i, n.º 3 ó VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas*, T. I, Coloniae Allobrogum, 1757, lib. 21, tit. 1, n.º 10 que, si bien posteriores, vuelven a la mencionada oposición.

(32) BARTOLUS, C. de sent., n.º 9.

(33) ODOFREDUS, I. Julianus n.º 1: «*Modo circa materiam istam est insistendam: qua ista sunt preambula: vos habetis in princ. huius lex quod venditor ignorans morbum vel vitium rei tenetur emptori quanto minoris esset empturus si scisset. Sed videtur quod venditor non teneatur si ignorans fuit: qua regula est quod licet contrahentibus ad invicem decipere de re et pretio [...] ad quod vos dicetis naturaliter in quadam ratione iure gentium introducta: licet contrahentibus decipere seipsos re ipsa sine dolo et non ex proposito et in modico. Duntamen non decipiant se ultra dimidiam iusti pretii. Nam tunc non licet contrahentibus se ad invicem decipere [...] Sed contrahentibus non licet se ad invicem decipere super vitiiis et morbis [...] quod venditor tradat rem non morbosam vel vitiosam [...] unde debet admonere emptorem et dicere: res ista est morbosa vel vitiosa: alias est in dolo vel in culpa: quia non est tolerabilis ignorantia in re propria»;*

BARTOLUS, C. de sent., n.º 19: «*Si vero agitur propter malefactum & tunc aut fuit scienter, aut ignoranter. Si scienter venit interesse extrinsecum [...] Si vero ignoranter & tunc agitur contra aliquem qua res est evicta & isto casu venit interesse extrinsecum, non tamen in totum, sed ad duplum pretii conventi [...] aut agitur propter aliud damnum ex ipsa re emergens, & tunc aut loquimur in contractibus ex quorum natura transferri dominium vel usucapiendi conditio & tunc non venit interesse contra ignorante sed agitur quanto minoris...*». Los subrayados son nuestros.

El «*quanti minus*» no puede configurarse como interés a pesar de ciertas expresiones equívocas, localizadas en la doctrina italiana, que asimilan este primero con el interés intrínseco o «*interesse circa rem*» (34). Esta aproximación proviene de una interpretación de Acursio sobre la ley Julianus, asimilando el «*non tradere*» (prestación del interés intrínseco en base al D.19,1,21,3) y el «*male tradere*» (D.19,1,13 princ. y 1). Entiende que no existe una regla general que fije la no responsabilidad del vendedor ignorante, y afirma que la regla general tiene que inferirse de los numerosos ejemplos que se habían venido configurando como excepciones a la irresponsabilidad de dicho vendedor (35).

Esta línea interpretativa carece de continuidad: la doctrina italiana posterior volverá a la dualidad entre conocimiento e ignorancia del vicio, y el «*quanti minus*» se consolida como remedio propio del engaño objetivo, ligado a la ignorancia del vendedor (36).

En este sentido, Dumoulin sentará que en caso de aparecer algún engaño en la cosa, como un vicio oculto, el vendedor deberá el «*quanti minus*», precisando que en este caso, se trata de un daño que proviene de la cosa misma y no de un «*casus interesse*». Asimismo, tampoco constituye un interés añadido al precio pagado, sino la devolución de una parte de éste (37).

(34) Es patente en BALDUS, C. de aed. act. 1.2, n.º 3 y 4: «*dicitur hic quis vendens scienter servuum vitiosum teneret, ergo a contrario sensu non teneret si ignoranter. Contra quia etiam ignorans teneret (...)* nam ignorantia venditores non minuit damnum emptoris, ergo nec actionem quae formatur ad damnum facit cessare. Sol quoddam est damnum intrinsecum & tunc distinguit»; también DE MONTE, *ob. cit.*, q. 6, n.º 59; relatado por FUMEUS, *ob. cit.*, cap. 3, n.º 29. En España, GUZMÁN ALPHONSUS, *Tractatum de evictionibus*, Matriti, 1629, q. 61, n.º 15, que en materia de vicios ocultos sigue a BARTOLO en determinados aspectos.

(35) Según ACURSIO, *Pandectarum seu Digestorum iuris civilis, quibus iurisprudentia ex veteribus iurisconsultis desumpta, libris L continetur. Tomus primus, quod Digestum vetus appellant cum Acursii commentariis*, Venetiis 1569, D. de act. empt., l. Julianus gl. d) «*quanti minoris*», estas excepciones que va a convertir en regla general son cinco: *capitatione praedii*, vase non integro vendito, vase vitioso locato, pecore morbozo, tigno vitioso; éstos dos últimos supuestos son inexactos. Y así afirma que el vendedor que ignoraba el vicio responderá del «*id quod interest*»: «*Tu dic eontra, regulariter ignorantem teneri, & ista regula fallit in duobus casibus tantum...*»; estos dos casos son el «*servo fure*» y el «*predio tributario*»... «*Reliqui autem quinque casus faciunt regulam. Nam iura adaptantur ad frequentiora*».

(36) SURDUS, IOHANNES PETRUS, *Decisiones*, Lugduni, 1600, Dec. 146, n.º 6; MANGILIUS, IOANNES ANTONIUS, *De evictionibus Tractatus*, Venetiis, 1630, q. 25, n.º 10 a 12.

(37) MOLINEAUS, n.º 4: «*& tamen nondum est casus spectans ad hanc 1. quia cum non asseveraris esse idonea ad domum fulciendam, vel construendam, nec tanquam talia, nec ad occurrendum certo imminente domus meae periculo & tradideris, non teneris ad hoc interesse, cum vaces omni culpa & mora, & sic cum stud interesse non sit considerabile nec debitum, non dicitur de jure mea interesse, qui lucrum facturus erat casu quo lucrifatio non habetur, & sic nihil ad casum hujus 1. tamen quia re ipsa deceptus qui pluris emendo tigna vitiosa, superest mihi jure communi actio quanto minoris...*».

Así Scaccia contempla tres supuestos, en los cuales el vendedor debe alguna cantidad por razón del contrato:

1. Casos en que no hay perjuicio;
2. Casos en los que hay un perjuicio *sin culpa*, dolo o mora: y aquí cabe la acción «*quanti minoris*» si se dan los requisitos necesarios;
3. Supuestos en que existe un perjuicio o interés, concurriendo además dolo (y se deberá entonces «*totum interesse*»), o que concurra culpa, mora o evicción (y entonces «*non potest excedere duplum pretii*») (38).

Si bien el «*quanti minus*» reclamable mediante la acción de compra es perfectamente asimilable a la acción edilicia «*quanti minoris*», y que la doctrina lo asimila a una forma de engaño objetivo o de carácter patrimonial y no a un «*casus interesse*», el peso de la tradicional oposición entre ignorancia y conocimiento del texto del Digesto [D.19,1,13(14)], explica que aquélla aparezca siempre junto con las formas de indemnización, por una «fuerza atractiva» del dolo. Así aún encontramos dicha oposición entre la indemnización de todo el interés («*scientia*») y la prestación del *quanti minus* («*ignorantia*») en Domat (39) y Pothier (40). En cambio, la ignorancia se reconduce al remedio edilicio cuando se tratan propiamente las acciones redhibitoria y «*quanti minoris*» (41).

4.2. La reticencia intencional como criterio de imputación del «*id quod interest*»

Se apreciará el dolo como conducta en sí misma considerada. El dolo es sobrevenido al fenómeno del saneamiento ya que éste funciona independientemente de la conducta dolosa del vendedor y de su intencionalidad (art. 1485) (42). La consideración del dolo arranca de la dualidad comentada en el apartado anterior, y de algunas leyes del Digesto que contemplan el dolo en los contratos gratuitos.

(38) SCACCIA, *Tractatus*, ap. VII, gl. VII, n.º 73, 74, 83 y 84.

(39) DOMAT, *Lois*, T. 4, tit. 5, s. 2, n.º 8.

(40) POTHIER, *Tr. Obl.*, part. 1, cap. 2, art. 3, n.º 163 y 166.

(41) DOMAT, *Lois*, T. I, tit. 2, s. 11, n.º 5 y 6; POTHIER, *Tr. vente*, n.º 213 y 216. POTHIER no asimila la expresión daño en «*la chose même*», que emplea en el n.º 213, con el interés «*circa rem*», «*intrinsicque*», o «*propter rem ipsam non habitam*». Como se verá, LAURENT no captó esta diferencia justificando su conocida interpretación amplia del artículo 1646 del Code.

(42) GORLA, G., *Considerazioni sulla giurisprudenza fracese in tema di garanzia per i vizi redibitori*, en Studi in onore di F. Messineo, Milano, 1959, pp. 234-235.

4.2.1. ¿Es dolo incidental?

Históricamente, es conocida la existencia de un dolo no determinante del consentimiento, sino generador de lesión y de la correspondiente reparación o devolución de lo que el lesionado había pagado de más (43). Era un caso agravado de lesión en el que no se requería un perjuicio mayor a la mitad del justo precio. La distinción entre dolo causante y dolo incidental gozaba además de tradición en las Partidas y en la doctrina anterior al Código (44).

La expresión «dolo incidental» se recoge en los proyectos españoles (45), no así en el Code francés (art. 1016), a pesar de ser un concepto manejado por Pothier, preocupado por limitar las vías de acceso a la nulidad, y por la estabilidad de los contratos. Pero no creemos que el dolo incidental se recogiera en los proyectos y en el art. 1270,2 del Código civil en un sentido idéntico al que tenía entre la doctrina del Derecho común (46). Sobre todo si se tiene en cuenta la supresión de la rescisión por lesión: carecía de sentido entonces conservar la rebaja o suplemento del precio, a través del dolo incidental, cuando los demás casos en que era relevante la quiebra de la función económica del contrato quedaban limitados a ciertas normas causales. La especial consideración del dolo incidental junto con el dolo vicio de la voluntad, obedece quizá al lastre de la oposición histórica entre dolo causante e incidental.

Sin embargo, es evidente que la interpretación del párrafo segundo tendrá que llevarse a cabo en el contexto del Código. Así, se entenderá por dolo incidental el engaño no determinante de la voluntad de contratar. La expresión «sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» tendrá que tomarse en su sentido literal: el dolo incidental es causa de indemnización de daños y perjuicios, es decir de prestación del «id quod interest». En este sentido, el art. 1270,2 podría interpretarse como un manifestación general del dolo «in contrahendo», mientras

(43) PICHARDUS, Antonius, *In quatuor Institutionum Imperatoris*, Genevae, 1657, L. IV Institutionum, tit. XIII De exceptionibus, princ. n.º 18, 19 y 20; y Institutionum, Tit. VI De actionibus, q. 9, n.º 9.

(44) Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales de Derecho civil español*, T. IV, Madrid, 1871, p. 4: «El dolo es de dos especies; uno que da causa al contrato, y se verifica cuando el que no tiene ánimo de contraer es iducido a ello (...): otro incidente ó incidental cuando uno contrajo espontáneamente, pero fue engañado en el precio o de otra manera...»; según SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, T. IV, Madrid, 1899, p. 197, «El dolo causante siempre produce la invalidación del contrato; el dolo incidente, sólo da lugar a la reparación pecuniaria del engaño».

(45) Art. 978 del Proyecto de 1836, y art. 993 del Proyecto de 1851: «El dolo incidente en los contratos no produce la nulidad de éstos».

(46) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. 1, p. 36.

que los arts. 1486,2; 1487; 1488 y 1752 serían sus manifestaciones concretas (47). Así, la reparación prevista en el art. 1270,2 no tiene sentido como reparación del engaño en la cosa, sino que aparece como indemnización del «*id quod interest*» propiamente dicha (48).

4.2.2. *El dolo-causa de indemnización no es incumplimiento doloso de una obligación de manifestar los vicios*

El incumplimiento de una obligación de manifestar los vicios no se interpone en el funcionamiento del dolo «*in contrahendo*» como causa de prestación de interés.

Los iusnaturalistas plantearon una obligación de manifestar las circunstancias externas de la cosa propia de los contratos conmutativos, porque consolidaba la igualdad (*aequalitas*) entre las partes contratantes y las prestaciones. La finalidad del deber de informar era la preservación recogida por Pothier como obligación de buena fe que obliga sólo en el fuero de la conciencia (50). Era una obligación de informar que asumió, no por mimetismo del Digesto, sino en consideración a las enseñanzas de los iusnaturalistas, pero que, insistamos, se situaba en el fuero de la conciencia.

Ni el Código francés, ni los proyectos, ni el Código español recogen la obligación de informar de las circunstancias internas de la cosa (51). En efecto, sería una obligación imposible si el vendedor ignorase el vi-

(47) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, p. 916; MORALES MORENO, *El dolo...*, p. 601.

(48) Indemnización que siempre acompaña al dolo causante y que es el único efecto del dolo incidental. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 603.

(49) GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis, libri tres, cum annotatis auctoris, nec non J. F. Grovonii notis & J. Barbeyracii animadversionibus. Commentariis insuper locupletissimis Henr. L. B. de Coccei insertis quoque observationibus Samuelis L. B. de Coccei*, T. II, Lausannae, 1758, L. II, cap. XII, n.º IX y X; PUFERDORFIUS, S., *De iure naturae et gentium, libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyracii*, T. I, Francofurti et Lipsiae, 1759, cap. III, n.º II, III y V

(50) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 234.

(51) Véase la diferencia con el art. 1338 del CC. italiano de 1942. Debemos observar que alguna doctrina española, aun viendo en los vicios una causa de rescisión o de rebaja por injusticia en el precio, ordenaba las acciones edilicias bajo una obligación de manifestar los vicios (otra opción es la de aproximarlas a la obligación de entrega, como en el proyecto de 1851, y otra sería darles autonomía como acciones dirigidas a solventar una injusticia en el precio, como en el proyecto privado de SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho civil español en forma de Código*, Madrid, 1871). Así, en ocasiones, entre las obligaciones del vendedor aparecen las de entregar la cosa, la de estar obligado al saneamiento por evicción, y la de manifestar los vicios ocultos: SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1834, n.º 33, p. 265; DEL VISO, S., *Lecciones elementales de Derecho civil*, T. IV, Valencia, 1879, p. 214; *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, por

cio, y el comprador no podría nunca obligarlo al cumplimiento: sólo tendría en sus manos los medios arbitrados por el Derecho para poner fin a la injusticia generada por el vicio. El dolo «in contrahendo» aparece como causa autónoma de prestación del interés. Así, el dolo aparece como una causa autónoma de imputación del interés.

4.2.3. *La conducta dolosa contemplada por el Código*

Los arts. 1486,2; 1487; 1488 y 1752 contemplan una conducta dolosa: conocimiento y no manifestación, que se opone a ignorancia, y justifica la prestación de todo el interés (52). El dolo puede tener una manifestación positiva (actividad dirigida a disimular el vicio) o negativa (silencio o reticencia). Esta última parece la forma más normal de dolo, aunque naturalmente no excluye las actividades dirigidas a ocultar el vicio (53). En definitiva, tanto por sus antecedentes históricos, como por su dicción literal, el Código entiende el dolo in contrahendo como «silencio a sabiendas» (54), sin que ésta permita ignorar otras manifestaciones del dolo, como la ocultación, o incluso la afirmación temeraria.

el ilustrísimo Sr. D. Florencio García Goyena y D. Joaquín Aguirre, T. IV, Madrid, 1842, n.º 3278, p. 6 t n.º 3288, p. 7; SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pp. 563, 567, 569.

Pero el incumplimiento de esta obligación generaría en el comprador, caso de aparecer vicios ocultos, la opción entre acción redhibitoria y estimatoria. La indemnización por los daños y perjuicios tendría que atribuirse en todo caso al conocimiento y no manifestación de los vicios, pero no al incumplimiento de una obligación de manifestarlos (DEL VIÑO, *ob. cit.*, p. 216; SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, n.º 25, p. 567). La configuración de esta obligación proviene de una extensión en la comprensión del texto del Digesto (D. 21,1,1,1) y de las Partidas (leyes 63 y, sobre todo, 65, tit. 5, P. 5). Es una obligación no desconocida en la anterior doctrina, aunque no dominante (véase MOLINA, *De iustitia*, T. II —ejemplar sin fecha ni lugar de edición existente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona— Disp. 353, n.º 2, quien utiliza la expresión pero con mucha precaución: «teneri quasi ex officio»... «ut iustum pretium pro illa accipiat»).

(52) BADOSA, *La diligencia...* cit., p. 228.

Una cosa es callar porque se desconoce el vicio, y otra lo es a sabiendas. El hecho diferencial está en el desconocimiento del defecto y en la previsibilidad del daño. Véase CUJACIO, *Opera*, T. IX 1. XIX ad 1. XIII, p. 744, lit. B: «Denique aliud est celare, aliud reticere: Celare est scienter reticere. Non celant nisi sciens: at reticet aut reticere potest etiam ignorans» El conocimiento determina la prestación del «id quod interest»: CUJACIO, *ibid.* lit. E.

(53) Véase MOLINA, *De iustitia*, disp. 353, n.º 3: «Quia ergo venditor censetur quasi ex officio tenetur vitia manifestare, dolosus censetur, non solum si positive vitia occultet, aliquid efficiendo, quod emptorem lateant, sed etiam, si negative se habeat, ea non prodoendo ac manifestando, ut quasi ex officio, atque ex iustitia, tenetur si ea sciat; eaque causa, qui vitia, sciens illa, non manifestat».

(54) GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, p. 368; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España*, T. II, Madrid, 1874, p. 264.

Esta última se halla históricamente asimilada al dolo, y se opone a la reticencia: es la manifestación deliberada de aquello que se desconoce, que conlleva también la imputación de todos los daños subsiguientes, en caso de que la aseveración resulte falsa. La aproximación de la afirmación temeraria al dolo se da pues en cuanto se entiende que conlleva una asunción de los perjuicios causados por el vicio cuya inexistencia se afirma sin una previa indagación.

La asimilación no fue históricamente inmediata, sino que necesitó de una evolución. Vista la contraposición tradicional entre ignorancia y conocimiento del vicio, era lógico que, en un primer momento, la afirmación temeraria se aproximara más a la ignorancia que a la «scientia», y se entendiera que sólo podía dar pie a las acciones edilicias (55). Sin embargo, independientemente de lo que el vendedor haya prometido, y que deberá por tal motivo, algunos autores valoran el engaño patrimonial sufrido con el concurso de la afirmación temeraria, y diferencian este extremo de la ignorancia. No se crea una categoría intermedia, sino que ésta se asimila al dolo (56).

Así, cabría distinguir tres conceptos: la simple alabanza (57), las indicaciones fraudulentas (58), y la afirmación temeraria (59).

(55) Así BALDUS, D. de act. empt., 1. Julianus, vers. «sed cum in facto», n.º 2: «asseverare quod quis ignorat non est dolus sed temeritas, & aliter ponitur quando dolus nam ratione doli venit interesse extra rem, ratione temeritas venit interesse intra rem» (recuérdese que este autor maneja el concepto de interés intrínseco en materia de vicios ocultos); SURDUS, dec. 288, n.º 59: «Ignorans ubi exprimit mendacium, tunc non debuit aseverare, quod ignorabat (...) ubi etiam subdit, quod venditori nocet temeraria indicatio et ibi glosa in fine dicit, quod contra venditorem datus redhibitoria vel quanto minoris», y más abajo, «ignorantia non excusat venditorem, quo minus teneatur vel redhibitoria, vel quanto minoris, licet non teneatur ad interesse».

(56) CASTRENSIS, *In secundam Digesti veteris partem patavinæ praelectiones*, Lugduni, 1553, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 5; DONELLUS *Comm. iur. civ.* 1.13, cap. 3, número 13: «De quo exstat haec distinctio (...) ut doulbus tantum casibus ex hac causa in id quod interest, agere licet. Uno si venditor vitium aut morbum sciens reticuit, et ita emptorem decepit (...). Altero, si vitium aut morbum venditor ignorans, et rem sanam putans, sanam esse affirmavit...«*Nam et qui ignorat, idcirco mentitur falsum affirmando, quod dum dicit rem vitiosam aut morbosam non esse, hoc ipso tacite affirmat se scire rem ita habere: quoniam de rebus ignotis nihil affirmare possumus*»; HERMOSILLA, *Notae*, tit. 5, add. 1.66, n.º 6 y 7: «Quo supposito distinguendum est, aut venditor ignorabat servitutem vel onus rei venditae, aut illum sciebat. Primo casu, aut liberam esse dixit, aut simpliciter eam vendidit, quia non debuit afferere quod ignorabat (...) *in dolo esse qui offerit id, quod ignorabat*. Si simpliciter rem vendidit, & postea de servitute, vel onere constitit, venditor solum tenetur minoris esset empturus & ad diminutionem pretii soluti & non ad interesse emptor agere poterit». Los subrayados son nuestros.

(57) La «commendatio» sólo es invitación a adquirir: aquellas frases o expresiones que deben tomarse como tales, y que no generan acción (CUJACIO, *loc. cit.* p. 746, lit E.).

(58) Dan lugar a la acción de dolo (CUJACIO, *loc. cit.*, p. 747, lit. A).

(59) Genera, o bien la acción edilicia, si se interpreta como «dictum et promissum» (CUJACIO, *loc. cit.*, p. 746, lit. D), o bien acción de dolo (DONELLUS, HERMOSILLA, citados).

La interpretación del art. 1486,2 tiene que completarse con el rechazo de la culpa «in contrahendo» (60). Sólo el art. 1488,2 emplea un expresión distinta a la del art. 1486,2: «si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses». No cabe entender que el contenido de la expresión difiera del de los artículos anteriores, en el sentido de que, siendo más amplia, comprendería las conductas negligentes. El cambio de expresión se debe probablemente a que el contenido del art. 1488,2 (art. 1410,2 Pr. 1851) es nuevo en relación al artículo 1089 del Proyecto de 1836 y al art. 1647,2 del Código francés, al ordenar la reparación del perjuicio económico producido por el vicio, aunque la pérdida de la cosa responda a un caso fortuito, o incluso a la culpa del comprador. Siguiendo el mismo criterio de justicia que esgrime García Goyena, también se aplicarán al supuesto las mismas normas relativas al dolo in contrahendo (61).

4.2.4. La prestación del dolo en los contratos onerosos y gratuitos

El dolo «in contrahendo» como causa de indemnización del interés opera lógicamente, tanto en los contratos onerosos como gratuitos (artículos 1486,2 y 1752).

En un primer momento, la explicación de la no prestación del «quanto minus» por el ignorante se realizó con la ayuda del principio de la «utilitas contrahentium» (62). En el comodato el comodante responde sólo del dolo porque se trata de un contrato celebrado en beneficio del comodatario. No responderá de la culpa leve ni de la levísima, ni tampoco del «quanto minus» (63).

(60) Véase *infra*, apartado 5.

(61) GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código vigente, Zaragoza, 1974. Comentario al art. 1410, p. 753.

(62) BADOSA, *ob. cit.*, p. 229, nota 5.

(63) Véase ODOFREDUS, D. de act. empt. 1. Julianus, n.º 2: «nam si commodas sciens vasa vitiosa teneris, si ignorans non teneris (...). Brevis est responsio, commodatum est gratuitum et contrahitur gratia accipientis unde aequum est si commodans scit vitium vel morbum rei commodate quod teneatur: sed si ignorans non: sed emptio et venditio contrahitur gratia utriusque»; BARTOLUS, D. Commod. 1. In rebus, vers. «item qui»: «Commodans tenetur de vitio rei si sciens fuit. Opp. & videtur quod etiam ignorans teneatur; quia in commodato venit levissima culpa (...). Sol. ibi loquitur ex parte commodatarii, cuius gratia celebratus est contractus: *hic ex parte commodantis merito non tenetur nisi de dolo & lata culpa* (...). Tu vero distingue quandoque res traditur ex tali contractu ex quo dominus transfert dominium & non dominus usucapiendi conditionem, ut in eptionem & venditione & simili. Tunc si tradit rem vitiosam scienter, tenetur ad interesse, vel quanto minoris (...) Quandoque traditur es tali contractu ex quo non tranfertur dominium: & tunc

Pero si del comodato, pasamos a la donación, el discurso cambia: la explicación se hará utilizando la contraposición entre actos onerosos y lucrativos. El donante que ignora el vicio no responderá, pero lo hará si lo conocía, únicamente por razón del dolo (64).

La explicación dada a la responsabilidad del donante doloso es la misma que se dará más tarde a la responsabilidad del comodante doloso (65). En los contratos gratuitos, a diferencia de los onerosos, el ignorante que entrega cosa defectuosa no causa perjuicio a quien la recibe porque éste no da nada a cambio. Pero el dolo o conocimiento del vicio lo hace responsable de todos los daños causados a la contraparte a causa de los defectos ocultos de la cosa; daños que se reclamarán mediante la acción de dolo.

La causa lucrativa elimina pues un «daño»: el perjuicio objetivo producido por la presencia del vicio que genera la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias. Pero no tiene que ver con el otro daño: el interés sobrevenido causado por el vicio (66). Esta sería la esencia del ar-

quandoque recipiens exhibet suum officium gratiose gratia dantis, ut in deposito, & mandato (...) Nam cum ipsius contractus celebratur tenetur de levissima (...). *Si vero celebratur contractus gratia recipientis temen, ut in commodato, & tunc aut dominus fuit sciens & tenetur in totum.* Aut non, & non tenetur, nisi ut pro noxa admitat, si potest noxam committere illa res (...). Aut contractus celebratur gratia utriusque, ut locatio & conductio: & tunc distingue vas vitiosum ab aliis rebus vitiosis...» (los subrayados son nuestros); CASTRENSIS, D. Commodati, l. in rebus, vers. item qui, n.º 1 y 2; MOZZIUS, *Tr. contr. cap. De act. commodati*, n.º 7 y 9; MOLINA, *De iust.*, disp. 294, n.º 7.

(64) GOMETIUS *Var. res.* 2,2, tit. 2, cap. 2, n.º 35: «Ex quo a primo infertur quod in contractu donationis non habeat locum evictio. Unde si quis donet alteri aliquam rem & ab aliquo tertio evincatur, non tenetur ad sumptus factos in ipsa re evicta, nec ad expensas factas in lite praedefendenda, nisi dolo facerit donator, ut quia scienter donavit rem alienam: quia tunc tenebitur actione de dolo (...) in re donata licet appareat vitiosa, non habet locum actio redhibitoria vel quanto minoris» (los subrayados son nuestros); GUZMÁN, *Tr. evic.*, q. 25, n.º 46: «Et ideo donas rem alienam nulla actione tenetur donatario, nisi actiones de dolo».

(65) GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, comentario al artículo 1643, p. 859: «Nada repugna mas á la naturaleza benéfica del comodato que el caso de este artículo (...) La simple reparación del mal puede muchas veces no ser suficiente castigo de la odiosa perfidia que se atreve á tomar la máscara de la beneficencia. Siendo el comodato un contrato de beneficencia por parte de comodante, no hay responsabilidad cuando aquél ignoró los vicios de su cosa: en el arriendo sucede lo contrario por ser un contrato oneroso, artículos 1406 y 1484».

(66) GOMETIUS *Var. res.* 2,2, n.º 35: «Cujus ratio est: quia donatarius non videtur esse in damno, cum praetendat causam lucrativam. Item etiam quia causam lucrativam donatoris non debet esse sibi nociva...«nec obstat, quod tunc videtur esse in dolo, scienter donando rem, alienam; quia respondeo, quod tenetur actione de dolo, ad sumptus factos in re, non vero tenetur ad valorem vel aestimatione rei evictae»; GUZMÁN, *Tr. evic.*, q. 61, n.º 6: «Ratio differentiae est quia donatarius ex ipso contractu non damnificatur, nec eo casu liberalitatis suae dantur poenam patiatur: de dolo tamen se obligare debet & solet, ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet».

título 1752 CC y el criterio común al que también responde el art. 1486,2; 1487 2.ª parte y el art. 1488,2 (67).

4.3. Dolo «in contrahendo» y acción «quanti minoris»

El art. 1486,2 sólo reconoce la posibilidad de reclamar indemnización por daños y perjuicios a quien optare por la rescisión. De donde se deduce que si el comprador opta por la acción «quanti minoris» no podrá pedir la indemnización (68). Esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la acción «quanti minoris» sea ya indemnizatoria (es rebaja en el precio, mientras que la indemnización se superpone al precio) (69). Tampoco hay que interpretar que la estimación equivale al interés negativo (70), ya que éste se corresponde con los gastos del contrato. Finalmente, creemos que también debe rechazarse la posibilidad de que la acción de indemnización se pueda añadir a la acción «quanti minoris» (71).

Históricamente, la limitación de la indemnización del interés al ejercicio de la acción redhibitoria no tiene tradición. En el Derecho común, la oposición entre ignorancia y conocimiento de los vicios, se hace sin referencia específica a la acción «quanti minoris» o a la redhibitoria; además predominaba la idea, literal en el Digesto, de que el dolo o la ignorancia del vendedor eran indiferentes para acceder al remedio edilicio.

La explicación sería de orden lógico (72). Cabe hacer notar el significativo cambio de redacción que se aprecia entre el art. 1408,2 del Proyecto de 1851 (que subraya la diferencia entre acción estimatoria y redhibitoria en lo que a indemnización se refiere) y la redacción menos estricta (aunque no necesitada de aclaraciones) del art. 1645 del Códico

(67) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, p. 917; BADOSA, *La diligencia...*, cit. p. 229.

(68) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, T. XIX (artículos 1445 a 1541), Madrid, 1980, p. 352 «no podrá incluirse en la reducción del precio el importe de la indemnización».

(69) MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios al Código civil español*, T. X, quinta ed. revisada por D. J. M. Bloch, Madrid, 1950, p. 257.

(70) RUBINO, D., *La compravendita*, Milano, 1952, p. 640; CABELLA PISU, L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 250.

(71) DE BERNON, J., *Des vices rédhibitoires ou cachés dans les différents contrats en Droit romain et en Droit français* (tesis doctoral), París, 1887, pp. 199-200; RUBINO, *ob. cit.*, p. 641.

(72) Ya apunta en las leyes 63 y 64 tit. 5, P. 5, de las que se deduce que el vendedor doloso deberá redhibir e indemnizar mientras que el ignorante deberá sólo la estimación.

go francés o del art. 1095 del Proyecto de 1836 (73). El comprador obtendrá la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados del dolo. Debemos entender que si el comprador opta por la rescisión, destruye el perjuicio provocado por el contrato oneroso, pero no repara los daños causados en su patrimonio por la cosa defectuosa (74). Para que nazca la obligación de indemnizar, además del dolo por parte del vendedor, es necesario que exista un daño en los bienes del comprador (art. 1107). Y si la cosa produce perjuicios en los bienes del comprador, la única solución que le queda a éste es la rescisión. No sería lógico que optara por la «*quanti minoris*». Se entiende que esta última sólo puede interesar a quien no tiene inconveniente en conservar la cosa porque, a pesar de ser defectuosa y de presentar menor utilidad, no va a causar ningún perjuicio en los demás bienes (75). La única desventaja que puede experimentar el comprador que no opta por la rescisión es el menor valor de la cosa, o el mayor precio satisfecho. En efecto, si el comprador ejercita las acciones edilicias, es porque el vicio persiste. Si el vicio se hubiera extinguido (por ejemplo, el ganado enfermo, sana) sólo le queda al comprador la acción de dolo (recuperación de lo que valía el ganado propio que se contagió y murió, o los gastos veterinarios). Así, el dolo del vendedor no impide la opción entre las acciones redhibitoria y estimatoria; pero si la cosa ha producido daños en su patrimonio y los quiere recuperar, al comprador sólo le cabe ejercitar la redhibitoria pidiendo además indemnización, o pedir la indemnización solamente (si desaparece el vicio) (art. 1270,2) (76). La acción «*quanti minoris*» presupone un perjuicio más reducido que no puede ser otro que el resultado económico insatisfactorio en un contrato oneroso, provocado por el vicio.

(73) Art. 1645: «Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur».

Art. 1095 Pr. 1836: «Pero si el vendedor conociese los vicios o defectos de la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, además de restituir el precio y los gastos ocasionados por la venta, será responsable de los daños e intereses que tenga derecho a reclamar el comprador».

Art. 1408,2: «Si el vendedor conocía los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, y no los ha manifestado al comprador, tendrá éste la misma opción, y además se le indemnizará de los daños y perjuicios *si optare por la rescisión*».

POTHIER sólo toma en consideración la indemnización al tratar de la acción redhibitoria (*Tr. vente*, n.º 213), pero no la menciona al abordar la estimatoria (n.º 233).

(74) GORLA, *ob. cit.*, p. 235; BADOSA, *La diligencia...* *cit.*, p. 236, nota 9.

(75) SCAEVOLA, Q. MUCIUS, *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, T. XXIII, Madrid, 1906, p. 626.

(76) MORALES MORENO, J. M., «El alcance protector de las acciones edilicias». *A.D.C.*, 1980, p. 617.

5. CULPA «IN CONTRAHENDO» E INDEMNIZACION DEL «ID QUOD INTEREST»

5.1. Planteamiento

La cuestión se centra en saber si la indemnización de los daños y perjuicios encuentra su única fundamentación en el dolo, o si por el contrario, existen otras causas de imputación de los daños originados «in contrahendo». Es decir, si junto a la sanción del dolo, se impone cierto grado de diligencia, a observar en los tratos precontractuales. Esta diligencia se aplicaría al conocimiento de los vicios de la cosa, y su inobservancia (culpa «in contrahendo») haría imputable la ignorancia del vendedor (77).

La negligencia en los tratos precontractuales, y centrándonos en la obligación de dar, ofrece dos manifestaciones:

— Repercute en el cumplimiento (78). El vendedor no puede ejecutar su obligación «soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il ne pouvoit accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement». Conlleva la indemnización del interés previsible, pero sólo la primera es negligencia en los tratos precontractuales, mientras que la segunda constituye en realidad un caso de culpa en el cumplimiento.

— No repercute en el cumplimiento pero es causa de prestación del interés, porque su resultado es la entrega de una cosa que produce daños. Se trata de una negligencia en el examen de la cosa que el deudor se obliga a entregar, y que se traduce en la indemnización de todos los daños ocasionados por el vicio que se hubiera debido conocer empleando un determinado modelo de diligencia.

(77) No se trata del concepto de culpa in contrahendo formulada por JHERING («Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», en *Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, IV), como quebrantamiento de la buena fe en los tratos precontractuales, que frustra las expectativas de la contraparte y da lugar a la indemnización del interés negativo. Nos remitimos a la opinión de BADOSA, quien estima innecesaria dicha figura de la diligencia «in contrahendo» en el ordenamiento español. Véase *La diligencia ...* cit., pp. 222 a 226.

Ha de tenerse en cuenta que la «culpa in contrahendo» ha sido utilizada en ocasiones para fundamentar el saneamiento por vicios ocultos. Véanse referencias en AREF, A., *De la théorie générale de la garantie pour les vices cachés à l'exclusion de la vente et l'échange d'animaux domestiques* (tesis doctoral), París, 1936, pp. 120-122; FUBINI, R., *La teoria dei vizi redibitori*, Torino, 1906, pp. 281-282; BENEDTTINI, E. *Della evizione*, Torino, 1912, pp. 49-52; DI MAJO GIAQUINTO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 281-283; VISINTINI, G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pp. 173-177; TERRANOVA, CARLO G., «La garanzia per vizi della cosa venduta», *R.T.D.P.C.*, 1989, p. 79.

(78) POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 133 y 160.

Dos argumentaciones permitirían defender la existencia de una culpa «in contrahendo»:

1. Mediante la imposición de un deber general de informar (la culpa se materializaría en la infracción de dicha obligación), o por la imposición, en materia de vicios ocultos (que es marco propicio para encontrar la formulación del dolo o de la culpa «in contrahendo») de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, indicando si debió conocerlos (79).

2. Mediante una interpretación amplia de articulados más restrictivos:

- así, la interpretación del art. 1646 por la jurisprudencia francesa;
- o la interpretación extensiva de la situación psicológica del vendedor en artículos como el 1645 del Código civil francés, o el 1486,2 del Código español.

La culpa «in contrahendo» podría presentar además, dos niveles: el no profesional, y el profesional (80).

5.2. La doble ubicación de la culpa lata: su no formulación en relación al vendedor

La culpa lata puede predicarse tanto del comprador como del vendedor.

- en cuanto al comprador, la culpa lata o ignorancia crasa del vicio excluyen el remedio edilicio, sin que éste pueda alegar su ignorancia;
- en cuanto al vendedor, la culpa lata puede tener relevancia como causa de imputación de la obligación de indemnizar los

(79) Véanse los arts. 1337 y 1338, y 1494 Cc. italiano: «In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa. Il venditore deve altresí risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa». La doctrina italiana es unánime en explicar el art. 1494 como un caso de ignorancia culposa: CABELLA PISU, *ob. cit.*, pp. 249 y 252; GORLA, *ob. cit.*, p. 235; GRECO, P.-COTINO, G., *Vendita*, en *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Libro IV, Bologna-Roma, 1981, p. 275; MORELLO, *L'azione di risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa*, Il foro it. 1965, I, p. 1052; LUZZATO, R. *La compraventa según el nuevo Código civil italiano*, trad. y notas por F. Bonet Ramón, Madrid, 1953, p. 298; ALPA, G., *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, p. 178, quien extiende sus consideraciones al contrato gratuito.

(80) LEVAVASSEUR, A. E., *De la garantie en matière de vente en Droit romain; de la garantie des défauts de la chose vendue en Droit français*, Caen, 1866 (tesis), pp. 173-175.

daños y perjuicios causados por el vicio. La culpa lata apreciada en la persona del vendedor no interfiere en el funcionamiento del remedio edilicio.

Aunque se trata de dos manifestaciones de la culpa lata en una misma figura, vemos cómo su aplicación se da en ámbitos distintos. La aplicación de la diligencia mínima, considerada estancadamente, en cada uno de estos ámbitos, no ofrece contradicciones. Pero constataremos que, de un estudio conjunto de ambos, se deduce si un sistema es más favorable al comprador que al vendedor, o viceversa:

a) *En cuanto al comprador*, sabemos que el no profesional examinará la cosa empleando una diligencia mínima (la que le permite descubrir los vicios manifiestos, y los que cualquiera hubiese descubierto). Si ignora el vicio manifiesto, se considera que lo pudo conocer y no hay lugar a las acciones edilicias (culpa lata como supuesto de exclusión del saneamiento por vicios ocultos). Evidentemente, si el vicio es irreconocible para el comprador aun empleando dicha diligencia, pero el vendedor no lo ignora, podrá manifestarlo si quiere evitar el saneamiento. Pero no importa, desde este punto de vista, que el vendedor emplee o no una diligencia más o menos grande para evitar el engaño o perjuicio del comprador (81). Quien tiene que emplear una diligencia mínima en relación a la aplicabilidad de las acciones de saneamiento es el comprador; si el vendedor no es diligente, se aplicará simplemente el remedio edilicio, lo mismo que si ignorara los vicios o los conociera.

b) Desde el punto de vista de la indemnización de los daños y perjuicios, ha sido históricamente relevante la *culpa del vendedor*: la ignorancia supina del defecto oculto se equipara al conocimiento y justifica la prestación de todo el interés (82).

A primera vista parece ilógico exigir una diligencia tanto al comprador como al vendedor: en efecto, la ignorancia supina del comprador elimina el saneamiento, mientras que la que se exigiera al vendedor tan sólo repercutiría en la indemnización. Pero esta dificultad se salva si se tiene en cuenta que la reconocibilidad del vicio puede

(81) Art. 1485,1; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, Madrid, 1977, pp. 128-129; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 343.

(82) G. LÓPEZ, P. 5, tit. 5, gl. 5, ley 63: «nisi ignorantia esset supina: quia tunc habetur pro scientia»; HERMOSILLA, *Notae*, tit. 5, Add. gl. 5 ley 63, n.º 14: «ampia ex dicta gl. 5 si supina, ignorantia esset venditoris, nam tunc habetur pro scientia»; MOLINA, *De iust.*, d. 353, n.º 2 y 3: el vendedor responde de los daños «quae impedire potuit suaque negligentia non impedivit». Reencontramos la reticencia negligente en POTHIER *Tr. vente*, n.º 213: «le vendeur, quoiqu'il n'ait pas eu connaissance formelle du vice de la chose vendue, est, à cet égard, réputé comme s'il l'avait eue, lorsque ayant un légitime motif de soupçonner ce vice, il n'en a rien dit à l'acheteur: car cette réticence est un dol...».

variar entre la persona del comprador y del vendedor: puede ocurrir que su ignorancia sea crasa en el vendedor, pero no en el comprador (83).

En la tradición española se observa una protección menor del comprador, en beneficio del vendedor: al comprador se le exige pericia en el examen de la cosa, pero no se menciona dicha pericia al determinar la responsabilidad del vendedor (84).

Actualmente:

Desde el punto de vista del comprador (y de la exclusión del saneamiento), se tiene en cuenta:

- La impericia: el comprador perito tiene que conocer el vicio (art. 1484 segunda parte) (85).
- Creemos que necesariamente ha de tenerse en cuenta como criterio de exclusión la culpa lata o la ignorancia supina del perito, ya que el Código menciona, como criterios de exclusión, tanto el vicio manifiesto como la impericia del comprador (86).

(83) Compárese POTHIER *Tr. vente* n.º 208 y 213; GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 342 «cualidades personales»; MORALES MORENO, *El dolo...* cit. «contacto con la cosa», páginas 646-647.

(84) Véase G. LÓPEZ y HERMOSILLA, citados. En este contexto cobra importancia la presunción de conocimiento del vicio por el vendedor. Su relevancia se aprecia no en ámbito de responsabilidad por daños y perjuicios, sino en el ámbito de aplicación del saneamiento: el dolo o conocimiento del vendedor se sobrepone a al impericia o ignorancia crasa del comprador.

(85) «Pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un *perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente reconocerlos*». Esta segunda parte del art. 1484 es específica del Código civil español (puede encontrarse también en el art. 200,2 del Código suizo de las obligaciones). Cabe afirmar que responde a un principio tradicional español proveniente de la Recopilación, ley 3.ª tit. XI, lib. 5, y recogida en la Novísima Recopilación, libro X, tit. I, ley 4: *Los oficiales en los contratos de obras de su arte no pueden alegar engaño en mas de la mitad del justo precio*. «Porque los oficiales de cantería y albañilería y carpintería y otros oficiales toman obras de Concejos, y otras personas à facer, y después de hechos los contratos, ó rematadas en ellos las obras, alegan engaño en más de la mitad del justo precio, *seyendo expertos en sus oficios*, de lo que resulta agravio á los que hacen las obras, y dilación; por ende mandamos, que de aquí en adelante los tales oficiales no puedan alegar haber sido engañados en las obras de su arte, que tomaron a destajo ó en almoneda, ni sobre ello sean oídos».

Véase el principio recogido por G. LÓPEZ, P. 5, tit. 5, 1.66, y HERMOSILLA, *Notae*, tit. 5 Add. 1.66, ad gl. 1, n.º 3 y 5: «*Procedit etiam contraria, quando morbus vel vitium erat tale, quod cognosci poterat; ut si emptor servi morborum eran medicus, vel equi, marescalcus, vel si liber Doctor, quia praesumitur scivisse, nisi emptor probasset se ignorasse, quia nunquam vidit servum, vel equum nec librum, nam tunc dabitur ei actio, etsi suppone ignorasset*». Los subrayados son nuestros.

(86) Véase SCAEVOLA, *ob. cit.*, p. 611.

Desde el punto de vista del vendedor (y de la imputación del «*id quod interest*»), sólo hay un criterio de imputación que, como se ha dicho, es el dolo «in contrahendo» (art. 1486,2) (87).

Se constata pues cómo el sistema del Código es aún menos favorable al comprador que el que se deducía del Derecho común:

- El grado de la diligencia «in contrahendo» que recae sobre el comprador, más exigente que el destinado a evitar la ignorancia supina, estrecha las vías de acceso al saneamiento.
- La responsabilidad por los daños causados por la cosa defectuosa se limita al vendedor doloso.
- El dolo del vendedor no prepondera sobre la ignorancia del comprador, ni elimina la exclusión del saneamiento (88)

Así, a la doctrina le quedan muy pocas posibilidades para una hipotética interpretación del sistema favorable al comprador. Solamente:

1. Cuando el vendedor es perito en relación a la cosa que se contrata, y el comprador no. Es el único caso en que se podría construir una responsabilidad por impericia del vendedor, pues si tanto el vendedor como el comprador fueran peritos, el 1484 jugaría en contra de este último (89).

2. Cuando el vicio fuera irreconocible para el comprador y conocido por el vendedor (90).

Pero para proceder a una ampliación de la protección que el saneamiento brinda al comprador, hay que fundamentar la argumentación en el articulado del Código en forma suficiente. Y es realmente difícil construir una diligencia exigible al vendedor en base a lo previsto en el Código:

- El contenido de los arts. 1486,2; 1487 y 1752 es muy explícito (dicen «si conoce» los vicios, y no «debiera conocer»).
- Quizá la culpa «in contrahendo» en el ámbito profesional merece una atención más detallada, por su indudable interés práctico, y por constituir la verdadera preocupación de la primera doctrina (francesa) que buscó una ampliación de los supuestos de imputación del «*id quod interest*» al vendedor que entrega cosa defectuosa.

(87) La analogía con el art. 1484, 2.ª parte, no es posible porque tiene un ámbito muy delimitado, por ser relevante sólo como mecanismo de exclusión del saneamiento, y por lo tanto, sólo desde el punto de vista del comprador. Véase en el sentido contrario, MORALES MORENO, *El dolo...* cit., pp. 645-646.

(88) Tal como se admitía en Derecho común: véase GUZMÁN, *Tr. evict.*, q. 61, número 19; MOLINA, *De iust.*, D. 353, n.º 16; MANGILIUS, *De evict.*, q. 25, n.º 8; HERMOSILLA, *Notae*, P. 5, tit. 5, 1.66, n.º 3.

(89) MORALES MORENO, *El dolo...* cit., p. 646.

(90) Véase POTHIER, *Tr. vente*, n.º 208 y 213 *supra* cit.

5.3. La culpa «in contrahendo» en el ámbito profesional: la prestación del «id quod interest» por el fabricante y el comerciante

5.3.1. Su elaboración doctrinal

En el Digesto existían algunas excepciones al esquema general: casos en que el vendedor ignorante también respondería «extra rem» (D.19,1,6,4 y D.19,2,19.1). Pero no se trata aún de un supuesto de indemnización de los daños y perjuicios por el comerciante, sino sólo de un caso en que, a pesar de la ignorancia, se responde de todo el interés. La responsabilidad por la aparición de vicios en el «vas» o en el «dolium» se oponía a la no responsabilidad del vendedor (ignorante) de cualquier otra cosa («tigna» o maderos, predio con hierbas venenosas) (91). Esta diferencia también se manifiesta en la ley 14, tit. 8, P. 5.

En la justificación de la responsabilidad del vendedor ignorante en materia de toneles o recipientes defectuosos se conjugaban varios argumentos: por un lado, la especial naturaleza de los toneles o recipientes, que deben ser aptos para su uso, y de lo contrario carecían de toda utilidad, resultando totalmente inservible la acción estimatoria (92). Por otro lado, el conocimiento de esta especial naturaleza por el vendedor o arrendador, quien no tiene dificultad en descubrir el vicio, al no requerir ello ningún esfuerzo ni especial conocimiento (93).

En definitiva, en este supuesto especial, hay que partir de la obligación de manifestar los vicios por el deudor, y del conocimiento de la especial naturaleza de los toneles y recipientes. Así: el «tignum» se vende «simpliciter», y no así el «vas», que se alquila o vende apto para su uso (94). La ignorancia de dichos defectos se configura como culpa y se imputa al vendedor o arrendador: saben que tienen que entregar un

(91) CASTRENSIS, D. de locat. 1.21, 1.

(92) ALCIATUS, A., *De eo quod interest*, Lugduni, 1537, cap. VIII, p. 191, *in fine*.

(93) BARTOLUS, C. de sent. n.º 19; G. LÓPEZ, 1.14 citada, b-; ALCIATUS pone de manifiesto una cierta contradicción, al constatar que la facilidad de conocimiento lo es tanto para el vendedor como para el comprador, y es conocido que no se protege de la misma manera al comprador que podía conocer el vicio —ausencia de *deceptio* o *deceptio imputable*— *De eo quod int.*, cap. VII, p. 191.

Se observa una tendencia a una especial consideración del arrendamiento que justificaría que en este contrato se debiera todo el interés, y no así en la venta. ODOFREDUS, D. de act. empt., 1. Julianus cit., n.º 2 «illi qui emunt confidunt de sua industria, non venditoris»; en cambio, «illi qui conducunt vasa confidunt de industria locatorum»; AZO, C. de act. empt. 3a. col.; CASTRENSIS, D. de locat. 1.1.

(94) DONNELLUS, *Comm. iur. civ.*, L. 13, cap. 3, n.º 14: «Tignum enim et pecus simpliciter venduntur. Tignum autem non minus tignum est, etsi sit vitiosum: et pecus non minus pecus, etsi sit morbosum. Atqui vas vendit, etiamsi nihil aliud adjiciat, tamen solo vasis nomine, affirmat vas esse integrum, et liquoris capax».

recipiente apto para contener líquidos y tienen la posibilidad de comprobarlo (95). Pero es una manifestación de la culpa «in contrahendo» aplicable a cualquier vendedor o arrendatario, independientemente de su profesión.

La construcción de la responsabilidad por la impericia o ignorancia culposa del comerciante o fabricante, tal como la recoge Pothier, se encuentra en Dumoulin.

La «*professio artis*» conlleva una asunción del peligro que se cierne no sólo sobre la cosa misma, sino también sobre las demás cosas del comprador: la «*professio artis*» constituye un «*casus interesse incertus*», como lo es el dolo (96). Dicha causa de imputación:

— Se predica de todas las cosas destinadas a un uso. No solamente toneles o vasijas, sino también «*tigna*» y «*pecus morbosis*» (97), sólo que el primer caso resultaba ser el más frecuente (98). Así, los «*vas vel dolia*» están destinados «*ad recipiendum & servandum unguentum*» o «*liquoris*», las vigas «*ad domum fulciendam*». Pero la excepcionalidad de la responsabilidad no se justifica ya por la naturaleza del objeto, sino por el carácter de la persona que lo vende o alquila.

— La «*professio artis*» no es un supuesto de dolo: el fabricante o comerciante, por definición, ignora el vicio (99).

— El desempeño de un arte u oficio, no constituye tanto una presunción de conocimiento del vicio, cuanto la imposición de un especial grado de diligencia: el examen de las cosas según la pericia propia de su arte. Diligencia que se justifica porque mediante el ejercicio de una profesión o arte, el vendedor está prometiendo tácitamente la idoneidad de la cosa (100). Así, la venta puede hacerse «*tanquam haeres*» (al

(95) Véase DE LARRIATEGUI & COLÓN, F., *De praestatione culpa in contractibus et quasi contractibus, actionibus realibus ac arbitrariis, & de culpa gradibus*, Pinciae 1678, sect. 16, n.º 6: «Ignorantia lethalis hervae in levem culpam imputari nequit: quia pucissimi homines sunt, qui malam herbam agnoscunt (...) maxime si in eodem saltu alia pecora pasta fuissent; & nullo morbo laborasset. At doliorum vitum (...) quicumque diligens paterfamilias noscit (...) unde tale vitium locator nosse & de eo conductorem certiorare debuit: quia contrarium levis culpa»; y n.º 8: «quod conductoris aut emptoris interest teneantur venditor, vel locator vitiosi dolii sive sciant, sive ignorent vitium (...). Quod si pecus morbosum aut tignum vitiosum veneat, vel locetur simpliciter ab ignorante vitium illud; non est tam culpabilis ignorantia: quia tignum & pecus tale tignum & pecus est, potestque servire». Se trata de una manifestación aislada de la culpa «in contrahendo» en la doctrina española.

(96) Véase MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 5 y 49 principalmente.

(97) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 55.

(98) SCACCIA, ap. VII, gl. 7, n.º 81, *in fine*.

(99) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 49: «etiamsi venditor vel locator non fuerit in dolo sed ignorans»; n.º 51: «tenebitur etiam ignorans».

(100) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 5: «cum esses faber mateririis harum peritiam profitens, assevisisti esse idonea ad fulciendam, vel construendam domum meam, in

que se exige sólo la diligencia propia de un padre de familia) o como profesional, en cuyo caso se le exigirá la pericia propia de su arte u oficio (101):

— La ignorancia del vicio se califica de culpa. Es la inobservancia inexcusable de la pericia que se debe aportar en los tratos precontractuales (102).

— Esta culpa hace responsable al perito de todos los perjuicios causados por el vicio, en las cosas del comprador. La promesa de la idoneidad de la cosa conlleva una asunción del peligro futuro e incierto, en los bienes del comprador (103). Es decir, es «casus incertus» porque para el vendedor, por razón de su profesión, todos los daños son previsibles (104). Se deberá no sólo el valor del tonel o de la viga, sino todo el perjuicio sufrido por el comprador: valor del vino perdido o de la casa derrumbada, sin que el montante de la indemnización se limite al duplo del precio de la cosa (105).

Visto el concepto del casus «sponsio artis», es posible deslindar los supuestos que no encajan en él. Supuestos en que la ignorancia del vendedor determinará la sola devolución del «quanto minus»:

quam prompte indigebam, cuius ruinam & detrimentum propter vitium eorundem tignorum passus sum, teneris in id quod mea interest idonee venisse, est tua affirmatio expressa, vel etiam resultans es professione tua, & quod scienter vendebas ad finem futurae, & contingentis domus, & in imminente periculo, & peritasti» y n.º 49: «& sic hanc artem vel negotiationem exercendo, si non semper expresse, saltem semper tacite ipso facto, & ex professo affirmat vasa ad usum, ad quem prostant, vaeneunt, vel elocantur, idonea, integra esse».

(101) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 51.

(102) MOLINAEUS, n.º 49: «Si igitur vitiosa sint culpa est valde notabilis (...) & tanto notabilior & periculosior, quanto magis publica & in arte & professione sua, de qua publicum consistendum est»; n.º 51: «tenebitur etiam ignorans de detrimento ruinae domus vitio tigni secutae, & sic data paritate terminorum, erit idem quod in vasis fuit enim in culpa errando in arte & professione sua, & alios decipiendo...»; véase POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 163: «... cette ignorance de sa parte ne seroit pas excusable dans un homme qui fait profession publique d'un état ou d'un art: "Imperitia culpae annumeratur"»; 1.132, ff. de R.J. «En me vendant ces états pour mon bâtiment, et en me les vendant dans sa qualité de charpentier, il est censé s'être chargé du risque de mon bâtiment, s'ils ne l'étoient pas».

(103) «Suspecti periculi», MOLINAEUS, n.º 55.

(104) MOLINAEUS, n.º 5 y 49: «Attende causam ex qua vascularius obligatur ad interesse totius effusi liquoris: est enim culpa hujusmodi, quae non respicit ipsum solum corpus principaliter in dispositionem deductum, sed expresse ab initio praevisum aliarum rerum periculum», y más abajo: «Tum culpa non respicit nudum corpus vel usum vasis, sed periculum liquoris infundendi. Scit enim vascularius, vel scire debet fore, ut cum vase (si vitiosum sit) liquor pereat, suaque expressa vel tacita affirmatione secum contrahentem in illud periculum inducit. Hoc ergo periculum (non corpus vasis dumtaxat) est verum, proprium & specificum objectum dictae culpae, & incertum, non solum an eveniat, sed etiam in quantitate & qualitate futuri eventus. Et sic iste casus interesse cum non habeat initio pro objecto rem certam principaliter in contractum deductam, sed periculum incertum, spectat ad casus incertos».

(105) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 60; POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 165.

- Así, el paterfamilias que vende no «tantum ejus professionis sed tanquam haeres», lo hace indiferentemente o incidentalmente, sin asegurar la idoneidad de la cosa (106).
- Si la venta no tiene por finalidad un uso concreto, sino que se realiza «tanquam materia» (aunque el vendedor sea «faber materiarius»), el vendedor excluye su responsabilidad porque se entiende que se desprende de una cosa inidónea para su uso habitual (107).
- Asimismo, la venta de objetos que el vendedor tenía reservados para su uso particular, ante el ruego del comprador, y al mismo precio por el que los adquirió (108).

Existen, sin embargo, unos límites a la responsabilidad del perito. Si a la culpa de vendedor (que entrega cosa no apta para su uso normal) se suma la culpa del comprador que además la destina a un uso no habitual, el resarcimiento exigible sólo alcanzará al daño que esté en relación con el uso normal de esta cosa, pero no el que resulte del uso imprudente (109).

5.3.2. La evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas

a) La imputación de responsabilidad al vendedor de buena fe

Consiste en el rechazo de cualquier presunción de mala fe, y en la interpretación del art. 1646 del Código civil francés en base a las reglas generales de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1150 Code); en cambio, el art. 1645 se correspondería con el art. 1151 (110). En base a la mencionada relación, la expresión del

(106) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 51; SCACCIA, *Tr. de comm.*, n.º 76.

(107) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 51 y 54; SCACCIA, *Tr. de comm.*, n.º 74, 75, y 82.

(108) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 52; SCACCIA, *Tr. de comm.*, n.º 77 y 78. Cabrá la cesión de acciones al comprador, a menos que el vendedor prefiera actuar contra el primitivo vendedor: MOLINAEUS, n.º 53; SCACCIA, n.º 79 y 80.

(109) MOLINAEUS, *De eo quod int.*, n.º 61 y 62; POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 163.

(110) Art. 1646: «Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionés par la vente».

Art. 1150: «Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée».

Art. 1645: «Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur».

Art. 1151: «Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée per le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

art. 1646 «il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les *frais* occasionés par la vente» debería interpretarse como sigue:

- El vendedor de buena fe (que ignora el vicio) responderá de los «*frais*», es decir, de los daños y perjuicios intrínsecos, o previsibles («*damnum emergens*», al que se añadirían los gastos del contrato) (111).
- La única relevancia del art. 1645 residiría en la imputación de los daños sobre los demás bienes, al vendedor que conocía el defecto («*lucrum cessans*») (112).

La formulación de esta teoría encuentra su mejor manifestación en Laurent (113), es acogida en algunas sentencias (114) y cristaliza finalmente en la jurisprudencia (115).

Esta interpretación, aunque gozará del favor jurisprudencial, no será mayoritaria en la doctrina (116) y resultará muy criticada (117). A grandes rasgos, el contenido de las divergencias es el siguiente:

(111) Así lo expresan, aunque sin compartir la opinión: DE BERNON, *ob. cit.*, p. 187; BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit civil*, T. III, París, 1901, n.º 437, pp. 456-457; LIMPENS, J., *La vente en Droit belge*, Bruxelles-París, 1960, n.º 166, pp. 369-370; MAZEAUD, *La responsabilité civile du fabricant*, R.T.D.C., 1955, p. 288; GORLA, *ob. cit.*, pp. 242-243, nota 12; AMAUDRUZ, *ob. cit.*, p. 148; GRUBER-MAGITOT, S., *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en Droit anglais et en Droit français*, París, 1978, p. 65. Comparten la opinión: AREF, *ob. cit.*, p. 103; NANA, G. J., *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, París, 1982, p. 96.

(112) PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français, avec les concours de J. Hamel*, París, 1956, n.º 134, p. 152; LIMPENS, *ob. cit.*, n.º 166, p. 371.

(113) LAURENT, *ob. cit.*, T. XXIV, n.º 294 y 295, pp. 288 a 291; véase también DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, París, 1819, T. III, p. 382, nota 6 y T. II, p. 744, nota 2; GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. 1, París 1890, n.º 463, aunque con matices, porque también acoge la presunción de conocimiento del vicio por el perito; DE BERNON, *ob. cit.*, pp. 187-188.

(114) Véase en GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, París, 1962, p. 340, nota 60.

(115) Véase Arrêt de la Cour de cassation de 21 oct. 1925 en MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 228, notas 8 y 9 y pp. 234 y ss.; OVERSTAKE, J. F., *La responsabilité du fabricant de produits dangereux*, R.T.D.C., 1972, p. 502, nota 47.

(116) *Della vendita ovvero commentario sul Titolo 6, libro 3 del Codice civile*, trad. V. De Matteis, Napoli, 1845; TROP LONG, p. 369, n.º 573 «se è stato in buona fede, cioè s'ah ignorato i vizii da quali la cosa era affetta, deve restituire il prezzo che ha ricevuto, ma senza danni ed interessi». Por nota TROP LONG, cita a DUMOULIN (recuérdese el n.º 4 del *Tractatus de eo quod interest*, donde este autor dice expresamente que el engaño en la cosa no es un «casus», y no determina indemnización del interés), y en el mismo sentido, a CUJACIO, y a POTHIER, limitando sus consideraciones a los efectos de saneamiento. Véase también a DUVERGIER (TOULLIER), *Il Diritto civile francese secondo l'ordine del Codice*, t. 4, Napoli, 1839, n.º 411-412, pp. 362-363; LEVAVASSEUR, *ob. cit.*, pp. 173-174; LABATUT, E., *Le préteur et l'edit. La garantie en matière de vente. Les vices cachés*, Toulouse (tesis), p. 64.

(117) Crítica iniciada por JOSSERAND: «cette thèse, contraire à la tradition, au texte de l'article 1646, et à l'intention des parties, doit être rejetée; la maintien indéfini de la

- La interpretación de los «frais» no responde a la voluntad del legislador (118). Podemos añadir las palabras de Faure en su relación a la Asamblea General, donde, después de explicar el contenido de las acciones redhibitoria y «quantí minoris», añade «On suppose que el vendeur ignorait lui-même les vices. S'il les connaîssait, sa mauvaise foi doit le forcer à réparer tout le prejudice que l'acheteur peut avoir souffert» (119).
- La interpretación amplia de los «frais» reduciría el ámbito del artículo 1645 la responsabilidad por el «lucrum cessans», y borraría las diferencias, a nivel práctico, entre los arts. 1645 y 1646 (120).

Creemos que es necesario insistir, además, en dos puntos importantes: Por un lado, se demostrará que la vinculación entre los arts. 1646 y 1151 es errónea, por otro, se recordará que el abono de los gastos es un contenido específico de la redhibición.

La interpretación del art. 1646 en relación con el art. 1150 del Código francés es incorrecta porque el art. 1646 no contiene la aplicación de una norma general, sino los efectos propios de la redhibición. Creemos que dicho punto de vista proviene básicamente de un error de Laurent en la interpretación de Pothier. Pothier afirma que los daños intrínsecos o «propter ipsam rem non habitam», son aquellos sufridos en la cosa misma (121). Y ello como consecuencia del incumplimiento de la obligación (o de la evicción). En sede de garantía, Pothier opone la responsabilidad por los daños extrínsecos al contenido de la garantía, sobrentendiéndose que este contenido son las acciones redhibitoria y estimatoria, y que no hay indemnización por daños y perjuicios más que cuando concurre dolo. Pero utiliza una terminología equívoca: «Il faut à cet égard, distinguer le cas auquel il en avait connaissance. Dans le premier cas, la garantie ne s'étend ordinairement qu'à la chose vendue». Expresión que si bien se puede confundir con el contenido del art. 1150, queda perfectamente aclarada por el texto que la sigue: «Le vendeur est obligé de rendre à l'acheteur le prix qu'il lui en a coûté pour l'avoir, et il n'est pas obligé à la réparation du dommage que le vice de la chose

pleine responsabilité du vendeur, à raison d'une chose dont il n'est plus le propriétaire, ni le gardien, est contraire aux principes généraux du droit» (Reg. 21 oct. 1925, rapport Célice, note L. Jossierand, D. P. 1926, 1, 9). Véase *Cours de Droit civile positif français*, T. II, París, 1933, n.º 1121, p. 589.

(118) MAZEAUD, *op. cit.*, 1955, p. 288; LIMPENS, *ob. cit.*, n.º 372, p. 166; GORLA, *ob. cit.*, p. 242.

(119) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Discussions, motifs, rapports et discours* (Reimpr. ed. 1827), T. XIV, Osnabrück, 1968, p. 169.

(120) GROSS, *ob. cit.*, p. 241; AMAUDRUZ, *ob. cit.*, p. 120; GORLA, *ob. cit.*, pp. 242 y 244.

(121) POTHIER, *Tr. obl.*, n.º 161, y *Tr. vente*, n.º 73.

vendue a causé à l'acheteur dans ses autre biens...» (122). Asimismo, prosigue: «... le vendeur, qui n'a eu ni la connaissance, ni aucun juste soupçon du vice rédhibitoire, n'est tenu à autre chose qu'à rendre le prix à l'acheteur, qui doit lui rendre la chose, et il n'est aucunement tenu du dommage que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens» (123). Pothier no da en ningún momento un contenido amplio a la garantía, en el sentido que debiera comprender el saneamiento y la indemnización del interés. La expresión «ne s'étend ordinairement qu'à la chose vendue» tiene que conectarse más bien a la expresión tradicional «deceptio re ipsa» (que como se recordará aún utiliza Domat), sin necesidad de buscar en ella ninguna revolución en el significado de la expresión «garantie» (124). La interpretación de Laurent vino propiciada seguramente por la confusión conceptual, propia de la escuela de la exégesis, entre saneamiento y obligación de entrega, entre saneamiento e incumplimiento (125), y por la muy particular interpretación de Pothier acerca de los «frais» o gastos del contrato (126).

La interpretación de los «frais» debe limitarse al contenido de la redhibición, que consiste en la devolución de la cosa a cambio del precio, junto con el abono de los gastos del contrato. En este sentido, se ha dicho acertadamente que el art. 1646 francés proviene más de Domat que de Pothier (127). El abono de los gastos es un efecto necesario de la redhibición, la cual tiende a la recuperación de la situación anterior a la celebración del contrato, eliminando todas las manifestaciones de éste.

(122) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 213.

(123) POTHIER, *Tr. vente*, n.º 216; véase también n.º 218.

(124) Así, no constituye un nuevo significado, sino una inexactitud en el empleo de la terminología jurídica, la tendencia a afirmar que en el comodato, la garantía sólo abarca la indemnización del interés si el comodante conocía el vicio de la cosa prestada: véase PONT, *ob. cit.*, n.º 58, p. 129; inexactitud en la que no cae, en cambio, LAURENT, *ob. cit.*, T. 26, n.º 483, p. 492.

(125) LAURENT, *ob. cit.*, T. 24, n.º 277, p. 272, y n.º 289, p. 286, en relación a número 294, p. 289.

(126) Los gastos del contrato, al no ser propiamente objeto de las prestaciones, presentaban una dificultad para ser admitidos como objeto de la restitución. POTHIER salva la dificultad concibiéndolos como un contenido muy limitado del interés (*Tr. vente*, n.º 73 y 132): serían un perjuicio que excede del precio pagado, pero que no es debido por culpa. Así, se deduce que la buena fe limita el contenido de la indemnización a los gastos del contrato (*ibid.* n.º 381).

(127) LIMPENS, *ob. cit.*, p. 167, n.º 376 bis; MAZEAUD *La responsabilité ... cit.*, página 615; CARBONNIER, J., *L'étendue de la réparation à laquelle le vendeur de bonne foi peut être obligé, en vertu de la garantie des vices cachés*, R.T.D.C., 1959, p. 340.

Según DOMAT *Lois*, T. 1, tit. 2, sect. XI, n.º 6: «Dans ce même cas où les défauts de la chose vendue ont été inconnus au vendeur, il sera tenu non seulement de reprendre la chose ou diminuer le prix, mais aussi de désintéresser l'acheteur des frais à la vente aurait pu l'engager, comme des dépenses pour les voitures, des droits d'entrée ou d'autres semblables».

Entre ellas podemos contar el desembolso de unas cantidades dirigidas a la perfección del contrato, y que en ningún momento son consecuencia de los daños que causa el vicio, cuando aparece, en el patrimonio del comprador.

b) La responsabilidad del perito

Se observa un giro jurisprudencial sobre los años 50 que se hace eco de las críticas recibidas por la interpretación amplia del art. 1646 y situará dicho artículo en sus justos límites (128). La expresión «frais» reencuentra su sentido originario y se elige la vía del art. 1645 para construir la responsabilidad del vendedor. Su ámbito de aplicación se ampliará para alcanzar no sólo al vendedor doloso que calla el vicio, sino también a los vendedores profesionales que deben conocer el vicio por razón de su profesión (129). Se dice que el vendedor profesional incurre en negligencia grave al ignorar el vicio (130). La prueba de la negligencia plantea un problema en el que no vamos a ahondar: el de determinar si se presume la mala fe del fabricante, lo que constituiría una presunción sin ley, como ya ponía de manifiesto Laurent (131), o si el comprador tiene que demostrar la negligencia del profesional (132).

Este giro jurisprudencial se acompaña de una tendencia a generalizar y creer que el art. 1646 se aplica a los particulares y que la dureza del art. 1645 debe limitarse a los profesionales (133).

(128) LIMPENS *ob. cit.*, n.º 376 bis, p. 167; CARBONNIER *ob. cit.*, p. 340; GROSS *ob. cit.*, pp. 342-343; AMAUDRUZ *ob. cit.*, p. 120. Arrêt de 24 de noviembre de 1954; de 10 de febrero de 1959, y de 4 de febrero de 1963.

(129) MAZEAUD *La responsabilité...*, cit., p. 616; OVERSTAKE *ob. cit.*, p. 66; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO *ob. cit.*, pp. 289-290.

(130) GORLA *ob. cit.*, p. 250; GRUBER MAGITOT *ob. cit.*, p. 66.

(131) LAURENT *ob. cit.*, p. 291, n.º 295.

(132) BAUDRY *ob. cit.*, p. 455, n.º 436; MAZEAUD *Leçons...*, cit., p. 235, n.º 229, y *La responsabilité...*, cit., p. 617; OVERSTAKE, *ob. cit.*, pp. 501 y ss., n.º 43 a 48 bis; LIMPENS, *ob. cit.*, n.º 381, p. 169.

Para solventar este interrogante se llega a fundamentar la responsabilidad en un incumplimiento de una obligación de conocer el vicio por razón de la profesión (GRUBER-MAGITOT *ob. cit.*, p. 67) o en la elaboración de una obligación de resultado (STELLA-RICHTER, G., *La tutela del consumatore in una moderna giurisprudenza in tema di garanzia per i vizi occulti*, R.T.D.P.C., 1978, p. 1792).

(133) AMAUDRUZ, *ob. cit.*, pp. 146-147; MALINVAUD, Ph., *I vizi redibitori e il loro ruolo nella vita moderna*, en «Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa» a cura di G. Alpa e M. Bessone, Milano, 1980, p. 253.

El art. 1721,2 no planteó los mismos problemas que los arts. 1645 y 1646 porque su redacción no distingue entre la buena o mala fe del arrendador (GROSS, *ob. cit.*, p. 343). El arrendador siempre deberá indemnización, pero la buena o mala fe se tendrá en cuenta pa-

Entre la doctrina española Rojo propone una interpretación del artículo 1486 del Código análoga a la llevada a cabo con el art. 1645 del Código civil francés (134). Esta opinión, a pesar de distanciarse del contenido literal del art. 1486,2, era ciertamente atractiva. Creemos que actualmente, el contenido de la propuesta ha quedado parcialmente superado por los arts. 2, párr. 1.c) y 11 párr. 3.c) de la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984.

ra determinar la extensión de la indemnización (art. 1150) (GUILLOUARD *Tr. louage*, número 125, p. 141).

(135) ROJO, *ob. cit.*, p. 289: «Sin embargo, a nuestro juicio, el camino no consiste en afirmar la compatibilidad entre los artículos 1101 y 1486, II Cc., sino en la interpretación progresiva de este último precepto, con idéntica decisión a la de la jurisprudencia francesa». Así, p. 290: «Cada vez que como consecuencia del uso o consumo de un producto defectuosamente fabricado se produzca un daño a la persona que lo ha adquirido directamente del fabricante, bien en su integridad psicofísica, bien en otros bienes de su propiedad, bien en su patrimonio, encontrará aplicación el art. 1486,II C.C.»

La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal

ESTHER GOMEZ CALLE

Profesora de Derecho Civil de la UAM

SUMARIO: 1. Alcance y significado del título constitutivo en la constitución del régimen de PH. 1.1. Consideraciones previas. 1.2. Posiciones doctrinales. A) Otorgamiento del título constitutivo cuando ya existen los presupuestos de hecho de la PH. B) Otorgamiento del título constitutivo por el propietario único del edificio. C) Otorgamiento del título constitutivo cuando el edificio y el solar pertenecen pro indiviso a varias personas. 1.3. Criterio de los tribunales.— 2. Legitimación para el otorgamiento del título constitutivo. Valor del título otorgado unilateralmente por quien no está legitimado para ello. 2.1. Otorgamiento del título por quien ya ha transmitido la propiedad de algún departamento. 2.2. Otorgamiento unilateral del título por el propietario único del inmueble, tras haber iniciado las ventas de departamentos pero antes de entregarlos.— 3. El significado del título constitutivo otorgado por el propietario único del edificio antes de iniciar las ventas de pisos o locales. 3.1. El conocimiento de su contenido por los sucesivos adquirentes. 3.2. Límites a la autonomía de la voluntad del otorgante. A) Respecto del régimen del edificio. B) Fijación de la cuota de participación. C) La reserva de la facultad de dividir o segregar departamentos sin autorización de la Junta.— 4. Los distintos grados de constitución del régimen de PH. 4.1. Constitución formal o preventiva. 4.1.1. Título constitutivo otorgado por el propietario único de edificio construido. 4.1.2. Título constitutivo otorgado por el propietario único de edificio aún no terminado. 4.1.3. Título constitutivo otorgado por varios propietarios de edificio aún no terminado. 4.2. Constitución real. 4.3. Constitución plena.— Conclusiones.—Bibliografía.—Sentencias y resoluciones de la DGRN citadas. Sentencias del Tribunal Supremo. Sentencias de Audiencias Provinciales. Sentencias de Audiencias Territoriales. Sentencias de Juzgados Municipales. Resoluciones de la DGRN.

1. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL TITULO CONSTITUTIVO EN LA CONSTITUCION DEL REGIMEN DE PH

1.1. Consideraciones previas

1. Ningún precepto en la LPH afronta directa y claramente la cuestión de la constitución del régimen de PH, aunque en su Exposición de Motivos se diga que ha sido «*motivo de especial estudio*». Es más, para una vez que se utiliza el término de «*constitutivo*» referido a un «*título*» (art. 5), parece que no se hace de forma totalmente precisa, como veremos más adelante. El tema ha de construirse, pues, a partir de las pautas que brinda la Ley y su interpretación jurisprudencial.

Como excepción a lo dicho hay que mencionar el pfo. 2.º del artículo 401 Cc, añadido por la Ley 49/1960, de PH, que prevé la constitución de la PH por división del edificio poseído en comunidad.

2. Por «*constitución*» (o nacimiento) vamos a entender en lo sucesivo *surgimiento a la vida jurídica*; por tanto, desde el momento de la constitución, se producirán los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento para el caso de que se trate.

Preguntarse por cuándo queda constituido el régimen de PH equivale a cuestionarse cuál es el supuesto de hecho del régimen. Hay que buscar aquellos presupuestos que nuestro ordenamiento jurídico considera necesarios para que esta peculiar forma de propiedad nazca y sea plenamente eficaz.

3. ¿*Cuáles son esos presupuestos*? Nuestra doctrina coincide en señalar los siguientes:

- 1.º La existencia de un edificio.
- 2.º La división material del mismo en pisos y locales.
- 3.º La posibilidad de cada piso o local de ser susceptible de aprovechamiento independiente, por tener salida a un elemento común del edificio o a la vía pública.
- 4.º La pluralidad de titularidades dominicales sobre esos pisos o locales.

Así se deduce de los arts. 396, pfo. 1.º Cc, y 3 a) y b) LPH.

Las discrepancias doctrinales surgen a propósito de la esencialidad o no de otro requisito para la existencia de la PH: el título constitutivo. Este es, en palabras de Cámara, «*el acto o declaración expresa, por el cual el propietario o propietarios del inmueble (esté construido o simplemente definido) adscriben éste al régimen de PH y proceden a la determinación y descripción del edificio, de sus diferentes departamentos, fijando y estableciendo las cuotas de participación y, en su caso, los estatutos o reglas que han de regir la comunidad si, dentro de los límites*

de tolerancia legal, desean en alguna medida completar, modalizar o modificar el régimen previsto por la Ley» (1).

4. Adelantamos aquí que, a nuestro entender, el supuesto de hecho de la PH se da desde que concurren dos o más titularidades dominicales sobre el edificio ya dividido en departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente; opera porque aparecen desde ese momento dos objetos distintos de derecho (como pueden ser, v. gr., dos pisos y un local, o un piso y el resto del edificio), sobre cada uno de los cuales recaen distintos y separados derechos de propiedad.

El denominado «*título constitutivo*» en el art. 5 LPH no es realmente constitutivo, si bien su otorgamiento supedita la plena eficacia del régimen de PH.

1.2. Posiciones doctrinales

El llamado «*título constitutivo*» ha suscitado una importante controversia doctrinal. Ello se explica porque antes de la citada Ley, era claro que la PH podía nacer desde el momento en que distintas personas fueran propietarias de diferentes pisos o locales (2) y desde entonces el edificio, y también sus pisos como fincas independientes, tenían acceso al Registro de la Propiedad (3). El módulo de proporcionalidad que relacionara el valor de la parte privativa de cada propietario con el valor total del inmueble (o sea, la cuota de participación que, conforme al pfo. 2.º del art. 5 LPH, ha de contener necesariamente el título constitutivo) se fijaba por pacto de los titulares; en su defecto, y conforme a la Resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 1935, habría que estar a lo dispuesto en el art. 393 Cc (presunción de igualdad).

La LPH vino a sembrar la duda, al exigir en el art. 5 un documento o título que concrete determinados aspectos esenciales en el régimen, que además se califica de «*constitutivo*» y que condiciona el acceso de

(1) CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», Centro de Estudios Hipotecarios, Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas, Madrid, 1973, p. 75.

(2) El art. 396 Cc, redactado conforme a la Ley de 26 de octubre de 1939, establecía: «*Si los diferentes pisos de un edificio o las partes de un piso susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, perteneciesen a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso o parte de él, y además un derecho coetáneo de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute...*» (el subrayado es mío).

(3) La posibilidad de inscribir en folio registral independiente los pisos ya construidos o al menos comenzados, se introdujo por la LH de 8 de febrero de 1946.

tal situación al Registro de la Propiedad (art. 8.4.º LH, redactado conforme a la Ley 49/1960, de PH).

En definitiva, ahora, ¿cuál es la trascendencia del título constitutivo? Hemos de distinguir diversas situaciones:

- A) Que el título sea otorgado cuando ya existen los presupuestos de hecho.
- B) Que sea otorgado por el propietario único.
- C) Que sea otorgado cuando el edificio y solar pertenece pro indiviso a varias personas.

A) *Otorgamiento del título constitutivo cuando ya existen los presupuestos de hecho de la PH*

Es, v. gr., el caso en que el propietario originariamente único del edificio, ya ha transmitido la propiedad de uno o varios de sus departamentos a otras personas.

En la doctrina podemos distinguir dos grandes líneas de opinión:

1.ª *Sector minoritario*, representado fundamentalmente por Fernández Martín-Granizo, seguido por Lacruz Berdejo, Castán Tobeñas y Monedero Gil. Mantienen que, si no concurren los cuatro presupuestos de hecho y, además, el otorgamiento del título constitutivo, como presupuesto de *iuris*, no existe la PH.

Así, Fernández Martín-Granizo concibe el título constitutivo como un documento constitutivo del régimen de la PH, en el que han de contenerse los supuestos de hecho, de modo que con que falte uno sólo de ellos el título será nulo; al hablar aquí de los supuestos de hecho, se está refiriendo a la descripción del inmueble y de sus pisos y locales y a la cuota de participación (4).

(4) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «La Ley de Propiedad Horizontal en el D.º Español», Ed. RDP, Madrid, 1962, pp. 155 y ss. y 182; y «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», T. V, vol. 2, EDESA, Madrid, 1985, pp. 140 y 141.

Los otros autores citados en el texto se pronuncian en términos muy similares. Así LACRUZ concibe el título constitutivo como el documento en el que necesariamente se han de cumplir las formalidades *ad solemnitatem* exigidas para el nacimiento de la PH: la descripción del inmueble y de los apartamentos, así como la fijación de la cuota. Puesto que su otorgamiento es esencial —señala—, sin él, el acto por el que el dueño del edificio enajena un piso no valdría para transferir el dominio del mismo en PH (vid. su obra conjunta con SANCHO REBULLIDA: «Elementos de Derecho Civil», T. III, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1980, p. 312).

En igual sentido se expresa CASTÁN, en «Derecho Civil Español, Común y Foral», T. II, vol. 1, 12.ª ed., Reus, Madrid, 1984, pp. 453 y 454.

MONEDERO GIL difiere de los anteriores en cuanto que defiende que el título constitutivo puede ser entendido, bien como documento (sentido del art. 5 LPH), bien como ne-

2.^a El sector mayoritario niega el carácter esencial del título constitutivo para el nacimiento de la PH, aunque reconociendo la necesidad de su otorgamiento para que dicho régimen resulte plenamente efectivo (5).

Coinciden estos autores en que el art. 5 LPH concibe el título constitutivo como un documento (generalmente notarial) en el que constan las circunstancias de hecho y de derecho que dan lugar al nacimiento de la PH y que la configuran; formaliza la división por pisos, pero lo que da vida a la figura no es tal documento, sino las circunstancias que refleja.

La validez del negocio jurídico en virtud del cual se transmite un determinado apartamento del edificio no está en absoluto supeditada a ningún requisito formal especial, pues no rige en materia de adquisición de la propiedad de un piso o local en régimen de propiedad horizontal una teoría especial y distinta de la aplicable a cualquier derecho.

gocio jurídico (unilateral y dispositivo, por el cual el titular o titulares del edificio declaran su voluntad de someterlo al régimen de PH; es *constitutivo* porque crea una situación jurídica que antes no existía). («El título constitutivo de la propiedad por pisos», Pretor, 1964, pp. 501 y ss. y 513). Pero, en definitiva, este autor sigue considerando que la ausencia del otorgamiento del título o la de cualquiera de los cuatro requisitos de hecho, impide que la PH tenga trascendencia en el tráfico jurídico (vid. «Presupuestos y origen de la PH», Pretor, 1964, p. 357).

(5) Representan esta línea, entre otros, M. ALBALADEJO («Derecho Civil», T. III, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 415 y ss.); J. L. ALVAREZ ALVAREZ («El título constitutivo de la Propiedad Horizontal», Estudios de D.º Notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, sección 2.ª, Madrid, 1965, pp. 431 y ss.); J. ARROYO LÓPEZ-SORO («Propiedad Horizontal. Estudio jurídico-práctico», Trivium, Madrid, 1990, pp. 9, 11 y 12); M. BATALLA («La Ley sobre Propiedad Horizontal y el Registro», RCDI, 1961-II, pp. 651 y ss.); M. BATLLE VÁZQUEZ («La propiedad de casas por pisos», ed. Marfil, Alcoy, 1970, pp. 69 y 83); M. DE LA CÁMARA, E. GARRIDO CERDÁ y A. SOTO BISQUERT («Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», RDN, 1969, n.º 64, pp. 156 y ss.); M. COCA PAYERAS (Comentario a la STS 25 de mayo de 1984, CCJC, 1984, n.º 5, 141, pp. 1687 y ss.); L. Díez-PICAZO («La llamada prehorizontalidad y su proyección registral», Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de D.º Registral); J. V. FUENTES LOJO («Suma de la propiedad por apartamentos», T. I, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 101 y ss.); J. M. MIQUEL GONZÁLEZ (Comentario al artículo 396 Cc, en «Comentario del Código Civil», T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1083 y 1084); M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («Derechos Reales. Derecho Hipotecario», 2.ª ed., Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1986, p. 244); J. PERE RALUY («La Propiedad Horizontal», Barcelona, 1961, página 41); F. SOTO NIETO («Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora», vol. I, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 266), y L. ZANÓN MASDEU («La propiedad de casas por pisos», ed. Ariel, Barcelona, 1964, pp. 62 y 65).

Fue también la tesis acogida en el I Simposio sobre PH, celebrado en Valencia, en octubre de 1972.

La conclusión a que llegan todos estos autores puede resumirse con las siguientes afirmaciones de Batalla: «...en cuanto por transmisión realizada por el propietario único de la total finca o por todos los partícipes en caso de indivisión, o incluso por adjudicación a uno de tales partícipes, haya una persona, o varias, propietarias de un piso o local o parte del edificio, susceptible de aprovechamiento independiente, por tener salida a un elemento común del edificio o a la vía pública, surge indefectiblemente la propiedad horizontal» (6).

Desde ese momento, el contenido del régimen aplicable será el prefijado en la LPH, pudiendo cada uno de los titulares compeler a los demás al otorgamiento del título en los términos del art. 1279 Cc.

Pero entonces, ¿cuál es la virtualidad del título constitutivo en aquellos casos en que ya existen los presupuestos de hecho de la PH?

Es la siguiente: Su otorgamiento, con todos los requisitos exigidos por la Ley, es lo que determina la plena operatividad del régimen de la PH:

a) De un lado, porque matiza y completa la regulación contenida en la LPH que ya antes resultara aplicable, adecuándola a las concretas circunstancias del edificio.

b) De otro, porque abre paso a la vigencia de todas aquellas normas relacionadas con la cuota de participación, ya que ésta ha de ser fijada necesariamente en el título constitutivo.

c) Finalmente, es esencial para el acceso del edificio en PH y de sus pisos o locales, al Registro de la Propiedad y su consiguiente publicidad.

B) *Otorgamiento del título constitutivo por el propietario único del edificio*

El otorgamiento puede ser simultáneo a la concurrencia de los requisitos de hecho (v. gr., si se otorga la escritura de división horizontal al tiempo que se vende un departamento en escritura pública) o anterior.

En el primer caso, nadie niega la puesta en marcha del régimen de PH con plena eficacia.

Pero en el segundo caso, ya se apunta alguna discrepancia:

a) *Por un lado*, Fernández Martín-Granizo mantiene que, mientras no existan los cuatro supuestos de hecho y el título constitutivo, no hay PH. De ahí se concluye que, mientras los diferentes pisos o lo-

(6) «La Ley sobre...», *cit.*, p. 652.

cales no pertenezcan a distintas personas, dicha institución no puede surgir (7).

b) Los autores que integran el *sector mayoritario* reconocen, en general (8), que el régimen de PH quedará constituido formalmente desde que se otorgue el título, aunque el edificio pertenezca a un solo dueño (o a varios proindiviso), pero que no entrará en funcionamiento en tanto no se complete el supuesto de hecho (es decir, se transmita la propiedad de un departamento), momento en el cual automáticamente comenzará a funcionar de modo pleno ese régimen.

Su otorgamiento tiene determinados efectos: deja constancia ante propios y extraños, de que el inmueble quedará incurso en el régimen de PH y crea tantos objetos relativamente autónomos como departamentos haya, estableciendo las bases sobre las que funcionará la comunidad en el futuro.

Por eso en estos casos se considera el título como un «acto preparatorio» o un «trámite de las futuras enajenaciones».

C) *Otorgamiento del título constitutivo cuando el edificio y el solar pertenecen pro indiviso a varias personas*

Como subraya Cámara (9), en casos tales como el de construcción en régimen de comunidad o de cambio de suelo por vuelo, la PH no parece posible si no se ha concretado a quién pertenecerá cada departamento ni las notas de esta copropiedad: estos datos se pueden completar mediante el otorgamiento del título constitutivo.

1.3. Criterio de los tribunales

Del examen de sus decisiones se extrae que la línea mayoritaria apoya la tesis del sector doctrinal dominante, relativizando la importan-

(7) «La Ley...», *cit.*, pp. 181, 182, 191 y 192.

(8) Lo transcrito en el texto es una síntesis de lo que mantienen, entre otros, M. DE LA CÁMARA, en «Insuficiencia...», *cit.*, p. 78 y en su trabajo conjunto con GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT: «Modalidades...», *cit.*, p. 158; FUENTES LOJO, J. V.: «Necesidad de una nueva Ley de Propiedad Horizontal», *La Ley* 1986-4, p. 1066; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: Comentario al art. 396 Cc, *cit.*, p. 1083; MONTES PENADES, V. L.: «La Propiedad Horizontal como colectividad organizada», ADC, 1972, p. 870; SAPENA TOMÁS, J.; CERDÁ BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores», RDN, 1976, n.º 92, p. 125; SOTO NIETO, F.: «Cuestiones...», *cit.*, p. 266.

(9) «Insuficiencia...», *cit.*, p. 75.

cia del título constitutivo en el nacimiento de la PH cuando ya concurren los presupuestos fácticos de la misma.

Veamos ya algunas sentencias. Abordando la cuestión frontalmente, la STS de 19-2-1971 aplica la tesis de la doctrina mayoritaria y mantiene que la significación del título constitutivo es acoplar y regular los derechos que el art. 396 Cc y el 3 LPH otorgan a los propietarios de los pisos de un inmueble desde su adquisición; *«el régimen de PH —señala— no persigue otra cosa que el encauzamiento de los derechos que ya en principio corresponden a los copropietarios..., ...y todo ello, no en virtud de un acuerdo de voluntades exteriorizado en un título constitutivo de comunidad de propietarios, sino derivado de la propia Ley que ha dado vida a este régimen de propiedad desde el momento de su adquisición...; son los derechos adquiridos por los copropietarios al adquirir los pisos los que determinan la constitución de la Comunidad con el solo objeto de sistematizar la administración y mejor disfrute de la cosa común...; es capcioso argüir que la PH no surge hasta que se formalice el título constitutivo por escritura de declaración de obra nueva y PH»* (10).

En otras sentencias, se aprecia que el TS sigue esta misma línea, aunque no contengan afirmaciones tan rotundas como las que se acaban de transcribir: así, la de 27 de febrero de 1987 (que cita a la de 19 de febrero de 1971) señala que la venta de pisos conduce a una situación de prehorizontalidad, en la cual la propiedad privativa de cada piso vendido se extiende a la de los elementos comunes; o la sentencia de 8 de mayo de 1987, en un caso en que, aun no habiéndose otorgado escritura de obra nueva y de división horizontal, el TS estimó aplicable el régimen de la LPH, concretamente su art. 12, a efectos de la actuación en juicio del Presidente de la Comunidad que habían constituido los propietarios de los pisos en cuestión; finalmente, en el caso resuelto por la Sentencia de 18 de diciembre de 1987, en que el copropietario de un edificio había construido un sótano en el solar del mismo cuando ya había enajenado varias de sus viviendas, el TS señala: *«...la construcción del sótano se efectuó después de vendidas las viviendas e incluso después de la práctica terminación del edificio, por lo que, como elemento común del edificio, ya había sido enajenado a los compradores de las viviendas»* (el subrayado es mío): de donde parece deducirse que el régimen de PH y la consiguiente consideración del suelo como elemento común, se sigue de la transmisión de los departamentos del edificio.

Sin embargo, en la S. de 28 de junio de 1986 (de la que fue ponente el Sr. Fernández Martín-Granizo), el TS concibe el título constitutivo como presupuesto jurídico esencial para la constitución del régimen de

(10) En idéntica línea, vid. la STS 9 de junio de 1967.

PH, al decir: «... *operada la constitución de dicho régimen de propiedad [alude a la PH] aun cuando sólo fuere de hecho, esto es, mediante la enajenación de alguno de los pisos o locales del inmueble aún sin concluir e incluso solamente proyectado, para conferir a dicho presupuesto fáctico la necesaria investidura jurídica, se hace preciso el otorgamiento... del... "título constitutivo del régimen de propiedad horizontal"...*» (el subrayado es mío) (11).

Pasando a las decisiones de los tribunales de instancia, la SAP de Segovia de 21 de mayo de 1981 (siguiendo la línea dominante en la doctrina) afirma que «*el no haberse otorgado aún por los interesados el título constitutivo a que alude el art. 5 LPH no significa que se deban someter a las reglas de la comunidad de bienes en general, ya que el sistema de la propiedad por pisos o propiedad horizontal a que hace referencia el art. 396 Cc se establece legalmente desde el momento mismo de la división de un inmueble mediante la adquisición de un piso del edificio del que forma parte, ya que este régimen de la propiedad horizontal no persigue otra cosa que el ordenamiento de los derechos que en principio corresponden a los distintos propietarios de un inmueble cuando los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente pertenecen a distintas personas y pueden ser objeto de propiedad separada*» (el subrayado es mío) (12).

Sobre el mismo tema, la SAT de Oviedo de 17 de marzo de 1983 mantiene que la PH nace «*cuando en un inmueble singularizado, los diferentes pisos o locales, susceptibles de aprovechamiento independiente, pertenezcan a distintas personas*» (13).

En los casos resueltos por las sentencias referidas se planteaba la relevancia del título constitutivo en supuestos en que ya concurrían los requisitos de hecho precisos para la constitución del régimen de PH. Distinto es el caso en que es precisamente el título constitutivo el que viene a determinar alguno de esos presupuestos fácticos, de donde se deduce su necesidad para la viabilidad del régimen: así, cuando el edificio per-

(11) La misma contraposición entre constitución *de facto* y *de iure* del régimen, atendiendo al dato de que se haya otorgado o no el título constitutivo, aparece en las SSTs de 27 de diciembre de 1986 (de la que fue ponente también Fernández Martín-Granizo) y de 4 de mayo de 1989.

(12) En contra se expresa la SAP de Cáceres de 29 de enero de 1975. Aun cuando en el caso resuelto por la misma, había diversos propietarios de departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente en un edificio ya concluido, la AP estimó que no podía aplicarse la LPH «*ya que no existe título constitutivo que dé vida a la propiedad horizontal, acto jurídico ..., ... que es requisito esencial para la construcción del régimen de propiedad horizontal...*».

(13) En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de las AATT de Palma de Mallorca de 6 de octubre de 1971, de Barcelona de 1 de marzo de 1972 y de Bilbao de 30 de abril de 1987.

tenece en comunidad ordinaria a varios sujetos —SSTS de 8 de febrero de 1988 (14) y 6 de noviembre de 1989 (15) y sentencia del Juzgado Municipal n.º 14 de Barcelona de 29 de enero de 1964 (16)— o cuándo se constituye una comunidad para la construcción de un edificio —STS 2 de abril de 1971 (17) y SAP de Granada de 5 de febrero de 1973—.

Finalmente, lo que queda fuera de duda es la innecesariedad de la inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad para el nacimiento de la PH; en este sentido se expresan, v. gr., la STS 6 de febrero de 1989 y la SAT de Las Palmas de 31 de julio de 1979.

A partir de aquí, hemos de plantearnos dos cuestiones: primera, el título constitutivo que es otorgado antes de que concurren dos o más propietarios de distintos departamentos del edificio, ¿cómo determina el futuro régimen de PH y cuál es su significado?; y, segunda, quién o quiénes están legitimados para otorgar el título constitutivo, cualquiera que sea el valor que se le atribuya a los efectos de la constitución del régimen. El tema es importante para resolver el problema que se plantea cuando resultan contradicciones entre el contenido de los contratos de venta de pisos o locales y lo establecido en el título constitutivo otorgado unilateralmente por el propietario originario del inmueble.

Podemos distinguir tres hipótesis:

- A) Otorgamiento del título constitutivo por quien ha transmitido ya la propiedad de algún departamento.
- B) Otorgamiento por el propietario único del inmueble, pero después de haber iniciado la venta de pisos o locales sin transmitir su propiedad.
- C) Otorgamiento por el propietario único antes de iniciar las ventas.

(14) En el pleito resuelto por esta sentencia, la sala de instancia, estimando la petición de la demanda, había declarado judicialmente el nacimiento del régimen de PH en el edificio objeto de comunidad pro indiviso; el TS destaca en su S.: «*El acto jurídico que da vida al régimen de propiedad horizontal está contenido en la resolución impugnada*», «representando tal declaración el título constitutivo a que se refiere el art. 5 LPH».

(15) Según la misma, «... no existiendo en el concreto supuesto de autos más que un mero proyecto de propiedad horizontal, ya que no se ha otorgado el título constitutivo de la misma ni se ha realizado aún atribución de cuotas, resulta improcedente la aplicación del referido precepto...» (alude al art. 16.2.ª, apartado 1.º LPH).

(16) Según la misma, «... constituida una comunidad ordinaria sobre un inmueble... la concreción de las cuotas ideales en pisos del inmueble... no supone la existencia de un supuesto de propiedad horizontal, ya que el mismo sólo nacerá cuando, de modo efectivo, se realice la conversión de las cuotas ideales en el dominio separado de los diversos pisos del inmueble».

(17) En la línea de esta S. van las de 14 de abril y 5 de junio de 1989, que entienden constituido el régimen de PH desde el momento en que se adjudican los pisos o locales a cada comunero.

En las dos primeras se plantea, fundamentalmente, el problema de la legitimación para el otorgamiento del título; en la tercera, la concreción de la medida en que dicho título determina el régimen de la PH formalmente constituida. Examinemos cada una de ellas.

2. LEGITIMACION PARA EL OTORGAMIENTO DEL TITULO CONSTITUTIVO. VALOR DEL TITULO OTORGADO UNILATERALMENTE POR QUIEN NO ESTA LEGITIMADO PARA ELLO

2.1. Otorgamiento del título por quien ya ha transmitido la propiedad de algún departamento

1. Es claro que no está legitimado para hacerlo unilateralmente. Así se desprende de diversos preceptos de la LPH, aunque la misma no señale expresamente quiénes han de concurrir al otorgamiento del título, pues, como subraya la STS 27 de febrero de 1987, «... si para la aprobación o modificación de las reglas del título exige el art. 16.1 LPH la rigurosa unanimidad de todos los propietarios y en el art. 5, párrafo 4, se equiparan, en cuanto a los requisitos exigibles, la modificación y constitución del título, parece que una vez iniciada la venta de espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, ya no le es factible al propietario del solar y de la construcción ...delimitar por sí la propiedad horizontal...», sin que quepa olvidar lo dispuesto en «el art. 5, pfo. 2, LPH acerca de la fijación de la cuota de participación, que habrá de ser determinada "por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos" o "por acuerdo de todos los propietarios existentes"» (18).

Ello, a no ser que el o los compradores le hubiesen autorizado expresamente para ello (19), posibilidad que han admitido los tribuna-

(18) En idéntica línea, vid., v. gr., la STS 13 de abril de 1977 (que, referida a la aprobación de los Estatutos, justifica la necesidad del acuerdo unánime de todos los propietarios en los arts. 5 y 16 LPH), las SSTs de 9 de junio de 1967, 16 de abril de 1979 y 25 de mayo de 1984 (que invocan el art. 5 LPH), así como el caso resuelto por el mismo tribunal en S. de 27 de junio de 1973.

Vid. también la STS 21 de julio de 1989 que, aun haciéndose eco de la doctrina plasmada en la de 25 de mayo de 1984, entendió que la misma no afectaba al caso, por no estimar probado que hubiese habido transmisión de departamentos antes del otorgamiento del título constitutivo.

También los tribunales de instancia se han expresado en este sentido: así, la SAT de Barcelona de 25 de junio de 1985 y las sentencias que se citan en las páginas que siguen.

(19) En este sentido, vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. III, 5.ª ed., Tecnos, Madrid 1992, p. 260.

les (20). Cabe asimismo la confirmación posterior —del título otorgado unilateralmente— por todos los demás copropietarios (21).

También se admite el pacto en virtud del cual el propietario inicialmente único pueda atribuir, tras la transmisión de alguno de los departamentos, el uso exclusivo sobre elementos comunes a algún copropietario; en este sentido se expresa la STS 16 de julio de 1986, subrayando que es «...*preciso para que los promotores excluyan tal*

(20) Así se deduce de la STS de 13 de abril de 1977, en la que no apreció que de los documentos aportados se desprendiese el otorgamiento de un poder al fin indicado. Sí lo apreció el TS, en cambio, en el caso resuelto por la S. de 31 de octubre de 1987 (Ar.7492); en el mismo, cada uno de los integrantes de una comunidad ordinaria constituida para la construcción de un edificio, había apoderado a una sociedad para que —entre otras cosas— constituyese en su momento el régimen de PH y aprobase sus Estatutos. Hecho ello, uno de los copropietarios pretendía que se declarase —entre otros extremos— la nulidad de los Estatutos, dada la limitación que en ellos se hacía del destino de los locales y pisos. El TS, sin embargo, mantuvo la irrevocabilidad del mandato argumentando que la misma procede «... *no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca..., sino, también, cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas*»; y éste era precisamente el caso, pues dado que eran ciento cincuenta y seis los comuneros otorgantes de poderes a la sociedad para la constitución del régimen de PH «...*difícil o imposible hubiera resultado llevar a feliz término tal objetivo sin la existencia de dichos poderes colectivos...*»; además, el actor era prácticamente el único, de los ciento cincuenta y seis interesados, disconforme con lo realizado por los apoderados.

Vid. también la SAT de Granada de 18 de julio de 1981, que mantiene la admisibilidad de la autorización de los adquirentes al vendedor para el otorgamiento unilateral de los Estatutos, y la SAT de Oviedo de 11 de junio de 1985, respecto al otorgamiento del título.

(21) Así se desprende de la STS 2 de junio de 1970; en este caso los promotores otorgaron el título constitutivo cuando ya no eran únicos propietarios, pues habían vendido diversos pisos por documento privado, habiendo tomado posesión de los mismos algunos compradores. El título constitutivo, separándose de lo acordado en estos contratos, reservaba al que adquiriese un determinado local la facultad de instalar un aparato de refrigeración en la terraza común. Tras su otorgamiento se inició el de las escrituras públicas de compraventa, las cuales, si bien no mencionaban dicha facultad, contenían una cláusula por la que el comprador declaraba conocer el título constitutivo y darle su conformidad. El conflicto surgió cuando la Junta de Propietarios negó al propietario del referido local autorización para instalar la torre de refrigeración, por lo cual éste demandó a la Comunidad. Entre otros extremos, el actor alegó que los adquirentes habían dado su conformidad a la facultad discutida; pero, dado que no se estimó probado que todos los compradores ratificaran la escritura de división horizontal, el TS señaló que «... *en todo caso, la confirmación prestada por esos compradores de ciertos pisos no sería suficiente para purificar al título constitutivo de la propiedad horizontal del vicio opuesto por la parte demandada, puesto que para ello sería preciso que la pretendida ratificación hubiera sido unánime*».

uso común que lo consienta el comprador y se especifiquen en el contrato las alteraciones a la regla general...». En definitiva, que si el propietario único del edificio pretende alterar las reglas generales de la PH (siempre que se trate de alteraciones permisibles), vinculando a los posteriores adquirentes, o bien debe reservarse tal facultad expresamente antes de iniciar las ventas (STS 27 de febrero de 1987) otorgando previamente el título constitutivo y dando a conocer dichas alteraciones mediante la publicidad del mismo (STS 6 de febrero de 1989), o bien, si procede antes a transmitir los departamentos del inmueble, debe hacerlas constar en los correspondientes contratos de venta, a fin de obtener el consentimiento de los adquirentes sobre dichos extremos (22).

2. ¿Desde qué momento se transmite la propiedad de un departamento del edificio que va a someterse al régimen de PH?

El TS mantiene la aplicación en esta materia de los principios generales relativos a la transmisión de la propiedad; así, en S. de 7 de diciembre de 1976, señala que *«el otorgamiento de documento público no es constitutivo del derecho de propiedad, que puede adquirirse por cualquiera de los modos establecidos en la Ley civil»* (23).

Lo cual, relacionado con la cuestión del título constitutivo, lleva al TS a mantener en la sentencia de 25 de mayo 1984 que *«una vez operada la división por plantas mediante la enajenación de los diferentes pisos y locales, la situación así surgida no permite al constructor o dueño originario del fundo otorgar por sí solo el título constitutivo de la especial figura, sino que tendrá que serlo “por acuerdo de los propietarios existentes”... conforme a lo prevenido en el pfo. 2.º del art. 5 de la LPH»*, aunque los contratos de adquisición de aquéllos *«careciesen entonces de forma solemne»* (expresión ésta que alude a que los contratos del caso carecían de forma escrita) (24).

(22) En esta línea, vid. la SAP de Pontevedra de 4 de noviembre de 1975 y la SAT de Zaragoza de 11 de abril de 1969.

(23) En el mismo sentido, la SAP de Palma de Mallorca de 26 de octubre de 1976.

(24) En el mismo sentido se pronuncia el TS en las sentencias de 9 de junio de 1967 y 3 de febrero de 1975. La primera destaca que el título constitutivo otorgado unilateralmente por el propietario del inmueble no vinculaba al comprador, que ya era también propietario de parte del mismo; sus derechos y obligaciones debían regirse por su título, que era en el caso un documento privado (en idéntico sentido, las SS. de las AATT de Zaragoza de 11 de abril de 1969 y Las Palmas de 31 de julio de 1979); así pues, concluye el TS, existía ya la PH, y no un condominio ordinario expuesto a la acción de división que pretendía el vendedor.

En la sentencia de 3 de febrero de 1975, el alto tribunal niega que se pueda otorgar unilateralmente el título cuando *«ya se ha operado la transmisión de algunos de los departamentos o locales del inmueble de que se trate, porque, de existir alguna persona con esta titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documen-*

Puesto que se aplican las normas generales, aunque los contratos no se documenten en escritura pública, puede transmitirse la propiedad por otras vías. Así sucedía, de hecho, en el caso de la sentencia que comentamos, ya que al contrato, que fue verbal, se acompañó por el comprador el ingreso de cierta cantidad en una cuenta a propósito, a cambio de lo cual la vendedora le entregaba las llaves del piso; hubo, por tanto, una *traditio* simbólica (art. 1463 Cc, aplicable también a los bienes inmuebles) en virtud de la cual se consumó la transmisión de la propiedad.

3. ¿Qué consecuencias tiene el otorgamiento del título constitutivo por quien ya no es el propietario único? Diversas sentencias declaran que, en tal hipótesis, el título, o —en su caso— los Estatutos, son «*nulos*» (25), o «*nulos de pleno derecho*» (26), lo cual es consecuencia del defecto de legitimación para el otorgamiento unilateral de los mismos. De aquí se desprende que:

a) Si se concibe al título constitutivo como presupuesto jurídico para la constitución del régimen de PH —como hace la STS 28 de junio de 1986—, en estos casos no tendría tal virtualidad.

b) Y si se parte de la posición mayoritaria de doctrina y tribunales —aquí compartida— en cuanto al valor del mismo título, resulta que:

- a') En cualquier caso, ese título ya no puede constituir un régimen que ya estaba constituido, y
- b') En el único ámbito en que podrá ser operativo, es decir, como formalización y complemento del régimen ya existente, tampoco lo será, por la falta de legitimación para otorgarlo de uno sólo de los propietarios (27).

to privado, se precisa la presencia de ésta en la realización de aquel acto jurídico, para que pueda quedar vinculada por el mismo».

Vid., en idéntica línea, las SS del TS 13 de abril de 1977 y 16 de abril de 1979, y las sentencias de la AT Oviedo de 7 de noviembre de 1984 y 11 de junio de 1985.

Lo dicho se debe, como pone de relieve la SAT de Madrid de 18 de octubre de 1971, a que «*en nuestro ordenamiento jurídico, tan legítima resulta la propiedad derivada de escritura pública como del documento privado; y en la práctica es frecuente que las comunidades tuteladas por la LPH cuenten entre sus componentes quienes, más o menos temporalmente, sólo ostentan la última..., ... sin que tal hecho accidental y puramente transitorio tenga relieve para alterar el funcionamiento que la LPH persigue*».

(25) Así, la STS de 28 de junio de 1986 y las SSAT de Oviedo de 11 y 19 de junio de 1985.

(26) Vid. STS de 13 de abril de 1977; de «*no existencia*» habla la STS de 16 de abril de 1979.

(27) Vid. el comentario a la STS de 25 de mayo de 1984 de M. COCA PAYERAS, *cit.*, pp. 1687 y ss.

Pero, se parta de una u otra tesis, es claro que, si media contradicción entre los contratos de venta consumados previamente y el título otorgado de forma unilateral después, prevalecen aquéllos sobre éste (28).

La exigencia legal de que el título constitutivo sea otorgado por todos los propietarios se justifica por la función que el mismo tiene para concretar el régimen del edificio y aspectos esenciales de su funcionamiento, como son, v. gr., la fijación de la cuota de participación correspondiente a cada departamento y los Estatutos que en él se pueden incluir. En esta medida, el objetivo último de dicha exigencia es proteger a los copropietarios, en el sentido de que no afectarán a sus derechos disposiciones que ellos mismos no hayan consentido o conocido al tiempo de la adquisición. De ahí que, en el supuesto de que adquirieran un departamento después de que el propietario único haya otorgado el título, si éste no concuerda con lo acordado en su contrato de compra, dicho contrato prevalezca sobre las disposiciones del título que carecieran de publicidad y cuyo contenido no se les hubiera hecho conocer.

Y de ahí también que no valga como título constitutivo el otorgado por quien, no siendo ya propietario único, tampoco está expresamente apoderado para otorgarlo. Ahora bien, si en su redacción se ajustó a lo convenido con los adquirentes en sus respectivos contratos y, en lo no convenido expresamente, al régimen general previsto en la LPH, los demás propietarios nada objetarán a ese título que plasma y concreta sus derechos y obligaciones (29): en tal caso, por tanto, el título lleva a cabo una *concreción del régimen de PH* (en nuestra opinión es ésta su función y no la constitución del régimen) *que los demás propietarios hacen suya*, siendo precisamente esto último lo que determina que ese documento redactado por una sola persona pueda operar como título constitutivo; o, dicho de otro modo, es título constitutivo sólo

(28) Caso distinto es aquel en que todos los propietarios concurren al otorgamiento del título y los Estatutos pues, entonces, como subraya la STS 26 de enero de 1989, «*el título configurador de la propiedad horizontal constituida... debe primar sobre aquellos otros constitutivos de la adquisición de los departamentos... y que, en caso de contradicción, no pueden prevalecer sobre los constitutivos de la propiedad horizontal en que se describen los elementos comunes*». A la misma primacía había aludido ya el TS en S. de 31 de octubre de 1987 (Ar.7494), si bien en un caso en que el título constitutivo había sido otorgado por el propietario único antes de vender; ahora bien, hay que tener en cuenta que el litigio no se planteaba en términos de contradicción entre el título constitutivo y el título de adquisición de un copropietario, sino que mientras éste interpretaba ambos en el sentido de considerar privativos suyos determinados espacios del edificio, la Comunidad —respaldada por el fallo del Supremo— mantenía la interpretación contraria y, por tanto, el carácter común de dichos elementos.

(29) Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: Comentario a la STS 2 de junio de 1970, ADC, 1971-I, pp. 217 y 218.

merced a que los demás propietarios han hecho suyo su contenido (30).

Por lo mismo, si el título otorgado unilateralmente amenaza o recorta alguno de los derechos reconocidos a cualquiera de los demás propietarios en sus títulos de adquisición o, en lo no previsto, conforme al régimen general de la PH, sólo podrá ser título constitutivo de la Comunidad si es ratificado por todos y cada uno de los demás, obteniéndose así el consenso preciso para que el documento elaborado unilateralmente pueda ser título constitutivo.

2.2. Otorgamiento unilateral del título por el propietario único del inmueble, tras haber iniciado las ventas de departamentos pero antes de entregarlos

En estos casos, tanto el TS como los tribunales de instancia han mantenido que, en caso de contradicción, prevalece lo acordado en los contratos privados de venta sobre el contenido del título constitutivo.

Los dos requisitos a que se supedita el otorgamiento unilateral del título —y también de los Estatutos—, conforme al pfo. 2.º del art. 5 LPH son «*ser propietario único y hacerlo antes de iniciar la venta por pisos*» (STS 16 de abril de 1979).

En el supuesto tipo que ahora analizamos, es claro que concurre el primero, pero que falta el segundo. Como ejemplo de este caso se puede citar una S. de la AT de Granada, de 18 de julio de 1981 que, por paradigmática, vamos a ver con algún detalle; aunque se refiera al

(30) Así se explica el caso de la STS 3 de diciembre de 1986. Los hechos fueron los siguientes: la propietaria originaria de un edificio otorgó por sí sola el título constitutivo después de haber enajenado diversos pisos (aunque no está claro si los había entregado), haciendo constar en el mismo la extensión del solar correspondiente al inmueble. Más tarde, fue ella misma la que impugnó la escritura de constitución del régimen, para modificarla, alegando error en el señalamiento de la extensión del solar correspondiente al edificio, pues —según ella— su intención había sido atribuirle una menor superficie, a fin de construir dos inmuebles en el indicado solar, como efectivamente hizo. El TS confirmó la S. de la Audiencia, que desestimó dicha pretensión, lo cual era perfectamente justo; pero lo que queremos subrayar es que se mantuvo el título constitutivo aunque la propia Audiencia destaca que cuando la actora lo otorgó «... *ya había iniciado la venta de pisos en el mismo* [en el edificio ya construido], *razón por la cual no podía por sí sola otorgar referido documento*»; lo que no admite es su posterior modificación a instancia de la actora, declarando: «*Habida cuenta de que precisamente en aquel momento de otorgamiento ya existían enajenaciones de pisos efectuadas con anterioridad a la segunda edificación..., la futura modificación del título constitutivo... tenía ya que requerir el consentimiento unánime de todos los titulares de pisos en régimen de propiedad horizontal*».

otorgamiento de unos Estatutos, la doctrina que contiene es perfectamente aplicable al del título. En el caso litigioso, la constructora demandada había elaborado los Estatutos tras celebrar con los actores unos contratos de promesa de venta de pisos. Se defendía alegando que, puesto que los actores adquirieron la propiedad, según el artículo 609 Cc, cuando hubo tradición, y ésta fue posterior a la redacción de los Estatutos, no tenían por qué intervenir en dicho acto, para el que estaba legitimada la constructora como propietaria única en aquellos momentos.

La sentencia señala que el verdadero problema no es el de si los actores debieron o no intervenir, sino *si los Estatutos pudieron o no redactarse unilateralmente por la demandada*, siendo la respuesta negativa, pues el art. 5, pfo. 2.º LPH exige para ello, no sólo que en ese momento continúe siendo propietario único, sino que, además, impone que se haga *«al iniciarse su venta por pisos»*. Por ello, habiéndolos redactado la constructora cuando ya tenía vendidos pisos, no estaba legitimada para ello, y los Estatutos *«no podían confeccionarse sino cuando ya fueran propietarios de los pisos los diversos adquirentes, por acuerdo de todos ellos o, en su defecto, por resolución judicial»*.

En definitiva, lo que determina la falta de legitimación para el otorgamiento unilateral del título constitutivo en estos casos, no es la falta de titularidad única en el otorgante, sino el hacerlo después de haber iniciado las ventas. Partiendo de aquí, habría que concluir, en la línea de la referida SAT de Granada, que ese título no puede vincular a los adquirentes.

Sin embargo, hay que matizar esta conclusión, ya que:

1.º En la práctica es muy frecuente la redacción unilateral del título después de iniciar las ventas, lo cual, no obstante, no pasa de ser la constatación de un hecho, sin mayor valor explicativo.

2.º El argumento real se extrae del estudio de la doctrina de nuestros tribunales —sobre todo del TS— a este respecto; del mismo resulta:

- a) Por un lado, que se entiende que el título así otorgado puede ser objeto de ratificación expresa o tácita de los compradores (v. gr., SAT Oviedo 20 de noviembre de 1981).

En esta línea, el TS, en sentencia de 3 de noviembre de 1982, reconoció la validez de unas escrituras públicas de compra que, separándose de los contratos privados de compraventa, recogían nuevas disposiciones contenidas en una escritura otorgada e inscrita por el vendedor después de haber iniciado las ventas. Esta escritura era de segregación, agrupación de fincas y declaración de obra nueva y contenía también las normas de la comunidad resultante en régimen de PH.

El TS fundamenta su decisión en que, si bien hubo unos contratos privados originarios, también hubo otros posteriores en escritura pública, entre las mismas partes, en los que se recoge la impugnada escritura. Puesto que estos últimos contratos fueron libremente consentidos por los que lo impugnan, después de tres años, jurídicamente son válidos y prevalentes respecto de los anteriores, «*implicando en cuanto a las diferencias una novación expresamente pactada*» (31).

Concluyendo, aunque el título constitutivo sea otorgado unilateralmente después de iniciadas las ventas, puede ser perfectamente válido y eficaz si los compradores lo ratifican de algún modo.

- b) Por otro lado, porque, como veremos, se atiende al contenido del título y a la medida en que sus disposiciones afectan a los derechos de los compradores, para juzgar acerca de su validez y eficacia.

La razón que subyace en el fondo de esta solución es que los compradores han dado su consentimiento a lo estipulado en sus contratos. No se puede venir a contradecir lo pactado o a establecer nuevas limitaciones a los derechos que, conforme a esos contratos, les corresponden, en el lapso de tiempo que transcurra desde la celebración de las ventas hasta la entrega efectiva del piso o local.

Por ello se exige que en este caso el título sea otorgado «*al iniciarse las ventas*», para que los adquirentes puedan conocer cuanto afecte a sus derechos dominicales, si es que contiene disposiciones al respecto. A igual fin responde el último inciso del art. 5-3.º LPH (reflejo de lo dispuesto por el art. 13, pfo. 1.º LH): cualquier regla relativa al ejercicio del derecho sobre las partes privativas y las comunes «*no perjudicará a terceros si no ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad*» (32).

De ahí que la STS de 29 de abril de 1970 afirme que no puede imponerse a quienes habían celebrado con el vendedor unos contratos de promesa de venta, limitaciones a sus derechos dominicales derivadas de un documento privado suscrito por el vendedor y la sociedad dueña

(31) En este sentido, destacan L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN («Sistema de Derecho Civil», vol. II, 6.ª ed., Tecnos, Madrid 1992, pp. 53 y 54) que, en caso de contradicción entre el contrato originario y la escritura pública en que posteriormente se documenta, ha de presumirse —salvo prueba en contrario— que fue intención de las partes someter sus intereses a la nueva regulación, siendo difícil que pueda alegarse con éxito error, evitable con una mínima diligencia.

(32) En este sentido, la STS 16 de abril de 1979 pone de relieve que los Estatutos inscritos en el Registro de la Propiedad por quienes ya habían vendido, en documento privado, diversos pisos del inmueble, no tenían siquiera existencia, ya que, aun otorgados antes de iniciarse las ventas, no se habían dado a conocer sino después de las mismas.

del solar, cuyo contenido era desconocido por aquéllos y según el cual se facultaba a la última (que adquiriría los locales) a hacer ciertas obras en los elementos comunes. Los compradores tenían derecho a que les fueran otorgadas las escrituras públicas de venta en consonancia con los contratos que celebraron, sin que sus derechos queden afectados por el documento público en que se plasman los Estatutos y que, otorgado con posterioridad, pretende imponer aquellas limitaciones. A efectos del art. 5, pfo. 3.º *i.f.* LPH, los compradores tienen el carácter de terceros civiles (33).

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí expuesto, la STS de 19 de octubre de 1982 resulta poco comprensible y choca con las argumentaciones mantenidas en otras ocasiones por el propio TS.

La citada sentencia se pronunció en un caso de elaboración del título constitutivo por el aún propietario único del edificio, después de haber vendido dos pisos en documento privado con pacto de reserva de dominio. En el título atribuía la zona circundante del edificio al propietario del piso bajo, por lo cual los adquirentes de aquellos dos pisos solicitaron la nulidad del título y la declaración de elemento común de esa zona.

Si aplicáramos aquí las razones que acabamos de exponer, defenderíamos la prevalencia de los contratos sobre el título y la imposibilidad de que éste limite los derechos dominicales reconocidos en esos contratos a los adquirentes, aunque aún no fueran propietarios al tiempo de otorgarse aquél (34).

Pues bien, el TS mantuvo en esta ocasión que, puesto que el art. 5 LPH habla de los «*propietarios existentes*» a efectos de concurrir al otorgamiento del título constitutivo, y no tienen tal calidad los adqui-

(33) La sentencia subraya que el vendedor «*Sr. P. incumplió su deber de dar a conocer a los actores que con él celebraron los contratos... (de) promesa de venta, las referidas limitaciones, razón por la cual... el juzgador de Instancia no interpretó erróneamente el art. 5 LPH, ya que... el título constitutivo... no perjudica a tercero si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y... al celebrarse los contratos entre los actores y el demandado Sr. P. en 1965 ignorando aquéllos las limitaciones contenidas en el documento privado de 1963, y tener los demandantes el carácter de terceros civiles, no pueden afectarles las cláusulas referidas; todo ello sin perjuicio de las consecuencias que el posible incumplimiento de ellas por parte de los constructores pueda dar lugar a derechos de la referida sociedad*». (El subrayado es mío).

De la propia sentencia parece deducirse que los demandantes, después de celebrados sus contratos, habían apoderado al vendedor para que otorgara el título constitutivo y los Estatutos; ello justificaría que en ella no se haga referencia alguna al hecho de que dicho otorgamiento se hiciese tras el inicio de las ventas.

(34) Aún no lo serían si se parte de la tesis dominante en nuestra doctrina, conforme a la cual, en la venta con reserva de dominio, la tradición o transmisión efectiva de la propiedad queda sometida a la condición suspensiva de que el comprador pague todo el precio.

rentes con pacto de reserva de dominio en tanto no hayan pagado todo el precio, era válido el título otorgado unilateralmente.

En la justificación del fallo, el TS señala que sigue el criterio de la STS de 10 de noviembre de 1981. Efectivamente, en el caso resuelto por esta última, el actor, comprador de un local por documento privado de promesa de venta, pretendía que la escritura pública de compraventa del mismo se ajustase a lo acordado en el documento privado, según el cual adquiriría como anejo del local lo que en la escritura de declaración de obra nueva y adaptación al régimen PH, otorgada después de la venta por el vendedor, se describía como «patio de luces» del edificio, por tanto, como elemento común; el actor mantenía que había que estar a lo dispuesto por el pfo. 2.º del art. 5 LPH, pues el vendedor había otorgado el título constitutivo cuando ya no era único propietario del edificio. Sin embargo, el TS absolvió al vendedor y a la Comunidad de Propietarios demandados y mantuvo la prevalencia del título constitutivo, al que debía ajustarse la escritura pública de compraventa del local adquirido por el actor. Decisión que justifica en que la escritura constitutiva *«fue otorgada por quien entonces era propietario único..., ...aquellos contratos... de promesa de venta o compraventa de cosa futura, no les transmitieron la propiedad a los adquirentes..., la que no tuvo lugar, sino cuando les fueron otorgadas las... escrituras públicas de compraventa, por lo que... no cabe hablar de que los otorgantes de aquellos compromisos tuvieron que intervenir en la escritura de declaración de obra nueva, como no menos, y por lo que en concreto se refiere al actor... “estar dispuesto a aceptar la escritura de obra nueva si se incluía en su favor el patio de luces”...»*.

La STS de 19 de octubre de 1982 toma, pues, de la de 10 de noviembre de 1981 un argumento básico: *«...que hay que atenerse como válida y prevalente —dice la sentencia de 1982— a la escritura constitutiva de la comunidad otorgada por el entonces propietario único, frente a documentos privados que no transmitieron la propiedad, como son los de promesa de venta o de venta con reserva de dominio»*. Lo que ocurre es que probablemente peca de un defecto: no tener en cuenta las concretas circunstancias del caso resuelto por la STS de 1981, sentencia que, en el fondo, creemos viene a coincidir con la doctrina sentada en sentencias del TS citadas anteriormente; así, en la línea que ya ha sido expuesta, y atendiendo a las de 2 de junio y 29 de abril de 1970, Cámara concluye que *«lo trascendente es que los derechos de los compradores no resulten recortados o gravados por disposiciones del título y de las que no tienen noticia a la hora de comprar»* (35). Pues bien, aquí se encuentra la clave en la decisión

(35) CÁMARA, M. DELA: «Insuficiencia...», *cit.*, p. 94.

tomada por el TS en su sentencia de 10 de noviembre 1981: el vendedor del local había celebrado, además, otros contratos de promesa de venta de otros departamentos, en los que nada se decía acerca de la configuración como anejo del referido patio, por lo que, si en el título constitutivo otorgado posteriormente hubiese configurado el patio de luces conflictivo como anejo del local del actor, habría atribuido carácter privativo a un elemento del edificio que, por su utilidad, era susceptible de ser elemento común, sin que los demás compradores hubieran sido informados de tal limitación a sus derechos; y esto es lo que, de todo punto, no podía hacer el vendedor en estas circunstancias: *«recortar el contenido natural de los derechos dominicales de los compradores»* (36). Por eso nos parece correcto, en cuanto al resultado último del fallo, la STS de 10 de noviembre de 1981, a diferencia de la de 19 de octubre de 1982.

En la misma línea que estas dos sentencias, en cuanto a la legitimación para otorgar el título de quien ya ha vendido algún departamento, se expresa la del TS de 17 de julio de 1987, al subrayar *«que no se afecta al título constitutivo de la propiedad horizontal por el hecho de que a su otorgamiento no concurrieran los... que adquirieron la vivienda B del inmueble... mediante documento privado... sin que conste... haber tomado posesión de aquélla antes de otorgarse la escritura pública de venta. Y ello es así porque la propiedad plena no se adquiere, en caso de transmisión mediante documento privado, hasta que no tiene lugar la tradición o entrega, que se efectuó en la misma fecha en que se otorgó la escritura de constitución de propiedad horizontal...»*. Sentado lo cual, la sentencia viene a seguir la doctrina jurisprudencial dominante que ya ha quedado expuesta. En este caso el conflicto se planteaba entre la propietaria de una vivienda del edificio y los propietarios de otra vivienda del mismo, que habían efectuado determinadas obras en el patio central; la primera pretendía que se declarase el carácter de elemento común de dicho patio y que los demandados retirasen las obras hechas, aduciendo que en la escritura de constitución de PH, por la que ella adquirió la vivienda, se consignó aquel carácter. Por su parte, los demandados habían comprado su piso —en construcción— por documento privado, en el que no se describía, siéndoles entregado más tarde, en la misma fecha en que se constituyó el régimen de PH. Así pues, en este caso ni siquiera podía constatarse una contradicción entre el título constitutivo y el documento privado de compra; y habida cuenta que el vendedor, al otorgar el título constitutivo, no hizo sino declarar común un elemento que por «su

(36) Vid. CÁMARA, M. DE LA: «Insuficiencia...», *cit.*, p. 92. A propósito de los márgenes en que puede moverse el otorgante del título en estos supuestos, vid. pp. 92 y ss. de esta obra.

destino y propia naturaleza» lo era (37), sin coartar por tanto los derechos dominicales de ninguno de los copropietarios, no había razón para negarle eficacia.

En resumen, en diversas sentencias el TS relativiza (por no decir prescinde) del requisito de que el otorgamiento del título constitutivo (y, en su caso, los Estatutos) por el propietario único se haga *antes de iniciar las ventas de los departamentos*, para decidir acerca de la validez y eficacia del título así otorgado atendiendo al dato de que coarte o no los derechos que, conforme al régimen legal de la PH, corresponden a quienes hubiesen contratado con el vendedor antes del otorgamiento del título y que les hubiera o no informado de sus eventuales limitaciones antes de contratar.

3. EL SIGNIFICADO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO OTORGADO POR EL PROPIETARIO ÚNICO DEL EDIFICIO ANTES DE INICIAR LAS VENTAS DE PISOS O LOCALES

De esta manera se predispone que el edificio quedará sometido al régimen de PH, régimen que será operativo cuando concorra más de un título dominical sobre sus diversos departamentos (38).

No se plantea aquí problema alguno de legitimación para el otorgamiento unilateral del título (o, en su caso, de los Estatutos). Ahora bien, para que el mismo vincule a los posteriores adquirentes de departamentos, hay que tener en cuenta dos circunstancias: el conocimiento de su contenido por los sucesivos adquirentes y los límites a la autonomía de la voluntad del otorgante.

3.1. El conocimiento de su contenido por los sucesivos adquirentes

1. El título constitutivo ha de acceder al Registro de la Propiedad, a efectos de darle la debida publicidad, pues de otro modo *«no perjudicará a terceros»* (art. 5, pfo. 3.º *i.f.* LPH).

(37) En la sentencia reseñada, el TS subraya que *«este carácter se revela... por tomar de él luz y ventilación todas las viviendas del inmueble, pudiendo decirse que por este destino y por su propia naturaleza el patio central de estas viviendas ha de ser elemento común de las mismas, lo que no excluye que el mero uso del patio pueda ser atribuido a la planta baja, sin menoscabo de su carácter y sin obstar a los demás condóminos»*.

(38) De ahí que, v. gr., la SAT Oviedo de 25 de mayo de 1971, aludiendo al título constitutivo otorgado antes de iniciar las ventas por quien era propietario único del edificio, señale que por el mismo *«... empezaría a regirse la futura comunidad originada por la venta de los pisos»* (el subrayado es mío).

La STS de 16 de abril de 1979 se plantea el tema con relación a unos Estatutos otorgados por los constructores antes de celebrar los contratos privados de venta, pero inscritos en el Registro después. Mantiene que la escritura de obra nueva que contenía los Estatutos «*no pudo tener trascendencia en cuanto a tercero hasta su inscripción en el Registro*», lo cual es correcto. Pero continúa argumentado: «*o sea, que fueron dictados cuando ya no eran los constructores los únicos propietarios del inmueble y, por tanto, ya no estaban en las condiciones prescritas por el art. 5-2.º de la LPH..., ...cuales son: ser propietario único y hacerlo antes de iniciar la venta de los pisos*»; esta interpretación de los hechos no nos parece correcta, pues si los constructores otorgaron la escritura cuando ni siquiera habían celebrado contrato alguno, es obvio que entonces eran dueños únicos (como, por otra parte, afirma la propia sentencia en otro lugar), y este dato fáctico no puede alterarse en función de cuándo se inscriba aquélla. Si se le niega trascendencia, creemos que ha de ser por su falta de publicidad, exclusivamente.

Interesa en este punto la STS de 14 de noviembre de 1979, dictada a propósito del otorgamiento de un título constitutivo contrario a la anterior escritura de declaración de obra nueva, que obtuvo la calificación definitiva y conforme a la cual fue vendiendo después de otorgado el título los departamentos. El TS confirma la sentencia de instancia, «*que relativiza su eficacia (se refiere a la del título constitutivo) respecto a los adquirentes, al afirmar que el propietario no puede alterar "los compromisos" contraídos "frente a la Administración", amén de que aquéllos adquirieron conforme a los datos superficiales de la calificación definitiva*» (39).

2. No obstante lo dicho, también hay que admitir la eficacia frente a terceros del título que, aun no habiendo sido inscrito, fuese conocido por los adquirentes al tiempo de contratar (40). Así lo han recono-

(39) Vid. asimismo las sentencias de la AT de Madrid de 18 de enero de 1979 y 18 de diciembre de 1981, relativas a supuestos en que las ventas se iniciaron después de otorgado e inscrito en el Registro de la Propiedad el título constitutivo, por lo que se declara su eficacia frente a terceros adquirentes.

(40) En este sentido, vid. MONET Y ANTÓN, F.: «Problemas de técnica notarial ante la nueva LPH», Estudios de D.º Notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, sección 2.ª, Madrid, 1962, pp. 298 y 299; PONS GONZÁLEZ, M. y ARCO TORRES, M. A. DEL: «Régimen jurídico de la PH (doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios)», 3.ª ed., Comares, Granada, 1987, p. 407, y ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «Derecho Hipotecario», T. III, Bosch, Barcelona, 1979, p. 896. En la misma línea —y respecto de los Estatutos que puede contener el título constitutivo—, vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. III, *cit.*, pp. 261 y 262: la razón es, para estos autores, una «*elemental analogía con*

cido diversas sentencias del TS (41) y la SAP de Madrid de 30 de octubre de 1985 (42).

3.2. Límites a la autonomía de la voluntad del otorgante

Hay que partir de los límites generales del art. 1.255 Cc. Por ello, para que las disposiciones del título y los Estatutos vinculen a los adquirentes sucesivos, es preciso que no sean contrarias a las normas imperativas legales y reglamentarias (43) pues, en el caso contrario, se reputan ineficaces. Numerosas sentencias, tanto del TS como de tribunales de instancia, ilustran lo dicho y aportan datos importantes para dilucidar la cuestión central en este punto: qué normas del régimen

lo que dicta la Ley Hipotecaria en cuanto al tercero que se ampara en la protección del Registro (art. 34 LH)».

A favor de que la LPH reconozca expresamente la eficacia de los Estatutos frente a quienes los «conocían o podían conocer» se manifiesta J. V. FUENTES LOJO, en «Necesidad de...», *cit.* p. 1066.

(41) Así, la S. de 6 de febrero de 1989 declara: «*el constructor, único constituyente de la propiedad horizontal..., era (propietario) igualmente de los bajos, a favor de los que se establecía la reserva de los terrenos litigiosos, con facultad de dividirlos, y los que se adhieran a esa Propiedad especial después de otorgada la escritura constitutiva, conociéndola, ni pueden atribuirse el carácter de terceros, ni tenía que contarse con ellos para establecer una reserva ya creada, ni les es dado reclamar la propiedad de unos terrenos atribuidos a otros*» (vid. también la STS 21 de noviembre de 1968).

Lo mismo se deduce de la STS 8 de mayo de 1989 que, tras indicar que los propietarios únicos de un edificio (demandados) habían otorgado la escritura de constitución del régimen de PH y los Estatutos, declara respecto de los últimos «... *sobre cuyas bases, que expresamente fueron aceptadas por los demandantes, fueron otorgadas las respectivas escrituras mediante las que éstos adquirieron sus respectivos pisos..., lo que en el ámbito civil vincula a dichos demandantes como consecuencia de lo normado en el artículo 1.255 Cc*». Esto es, que si el título o los Estatutos se les dan a conocer, son, en principio, «*de obligada aceptación, con efectos jurídicos vinculantes para los adquirentes de cada uno de los pisos*» (STS de 26 de noviembre de 1956).

(42) Según la misma, «*el título vincula a los adquirentes del edificio, a los que asiste la condición de copropietarios y, por ello, se relaciona en las correspondientes escrituras de adquisición, con la consecuente obligación de respetar y acatar lo previsto en dicho título...*».

(43) En este sentido, vid. la STS 28 de diciembre de 1981, que, a propósito de un título constitutivo que infringía las Ordenanzas Municipales, destaca que «*una cosa es reconocer la existencia y realidad del... título constitutivo, válido formalmente... y otra muy distinta es aceptar el significado y alcance que le dio el promotor*»; también, la STS de 23 de mayo de 1984, que subraya cómo en el título constitutivo «*pueden contenerse reglas de constitución y ejercicio de los derechos que no contradigan el espíritu de la Ley*»; y la STS de 6 de febrero de 1989, según la cual «*en este tipo especial de propiedad... juega un importante papel la voluntad del constituyente —siempre que no contravenga normas de derecho necesario— manifestada en el... título constitutivo*».

de PH son imperativas y cuáles dispositivas. Veamos, pues, qué es lo que el otorgante del título puede incluir en él.

A) *Respecto del régimen del edificio:*

a) En cuanto a los **elementos comunes**

1.º Puede desafectar algunos para convertirlos en privativos (44). Habrá, pues, que atender a lo dispuesto en el título constitutivo para determinar el carácter de los elementos y servicios considerados, en principio, como comunes en el art. 396, pfo. 1.º Cc, cuya relación, además de ser meramente ejemplificativa, es *ius dispositivum* (sentencias del TS de 23 de mayo de 1984 y 15 de marzo de 1985). Eso sí, como estableció la STS de 16 de mayo de 1965, hay que distinguir los elementos comunes esenciales o por naturaleza, de los accidentales o por destino: los primeros son aquellos que, por la propia naturaleza de las cosas, han de ser necesariamente comunes a todos los copropietarios (cimentaciones, muros, etc.); en cambio, a los segundos, «*su condición de elemento común* —señala la STS de 27 de febrero de 1987, siguiendo a la de 16 de mayo de 1965— *le viene dada porque no se le(s) configuró como elemento privativo antes de iniciarse la venta de los pisos y locales...*»: esto es, que de dichos elementos «*lo mismo puede predicarse su cualidad de comunes, y esta es la regla general por aplicación del art. 396 Cc..., como atribuirles la condición de privativos, con la particularidad de que en este último caso están sujetos a las servidumbres y limitaciones que sobre ellos recaigan en beneficio de los pisos o locales del edificio...*» (STS 31 de enero de 1985) [así, v. gr., el suelo (45) o el vuelo, terrazas en la cubierta del edificio, etc.].

2.º Asignar su uso exclusivo a determinados departamentos (46), siempre que —como puntualiza la Res. DGRN de 17 de abril de 1986— no sean elementos comunes «*de los de necesaria utilización por todos... [los copropietarios] para el ejercicio de su derecho de propiedad*».

(44) Vid. SSTS de 14 de noviembre de 1975 y 23 de mayo de 1984 —esta última con cita de otras SSTS en idéntico sentido— y Resolución DGRN de 31 de marzo de 1989.

(45) A propósito de supuestos en que en el título se atribuyó la propiedad del terreno sobrante de la edificación a determinados departamentos del edificio vid., v. gr. las SSTS de 6 de febrero y 8 de mayo de 1989.

(46) Vid. STS 23 de mayo de 1984, que cita otras SSTS de igual doctrina; SAP Pontevedra de 4 de noviembre de 1975; y SSAATT de Oviedo, de 25 de mayo de 1971, y de Madrid de 3 de marzo de 1977 y 30 de marzo de 1978.

3.º Reglamentar su uso común (47).

b) Respecto de los **anejos**, el art. 5 LPH enumera *ad exemplum* el garaje, la buhardilla y el sótano, pero, en definitiva, que estos elementos sean anejos, o elementos comunes, o incluso departamentos privados independientes, queda en el ámbito de la autonomía privada (48), por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el título constitutivo (49).

c) Puede prohibir determinadas **actividades** en el edificio (50), o destinarlo sólo a algunas concretas (51).

En cualquier caso, los límites que a este respecto se impongan en el título constitutivo han de ser claros y, su interpretación restrictiva (52).

(47) En defecto de tal reglamentación, las SSTs de 31 de enero de 1985 y 17 de junio de 1988 establecen que regirán al respecto las disposiciones del Cc, concretamente el art. 394, con la prohibición de las alteraciones en la cosa común que prescriben los artículos 397 Cc y 7 pfo. 2.º LPH.

(48) En este sentido vid., v. gr., ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», RCDI, 1967, p. 1244.

(49) Así lo destaca, p. ej., la STS 15 de marzo de 1985, respecto de los sótanos.

(50) Y ello, señala la STS 11 de octubre de 1978, «*con independencia de que el destino proscrito ocasione daños o venga maculado por inmoralidad, peligro, incomodidad o insalubridad, dado que el legislador permite establecer...* [tales prohibiciones estatutarias] *en obsequio a la armónica concurrencia de quienes se integran en la especial situación que la Ley disciplina*» (vid. también las SSAAPP de Granada, de 19 de abril de 1975, y de Almería de 12 de marzo de 1984). Lo cual, por otra parte, resulta claramente del tenor del art. 7 pfo. 3.º LPH.

(51) La delimitación de dichas actividades ha obligado al TS a definir y diferenciar conceptos como «vivienda», «oficina», «consultorio», «clínica», etc.; vid., v. gr., sus sentencias de 28 de junio y 6 de julio de 1978.

Según señala la Res. DGRN de 12 de diciembre de 1986, «... *en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto, y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (...art. 7 in fine LPH). Así lo confirma, además, la exigencia de interpretación estricta y no presumibilidad de toda hipótesis de excepción, como lo son las restricciones singulares del derecho de propiedad (arts. 4, 348 y 349 Cc.)*». En idéntica línea, vid., v. gr., las SSTs de 3 de diciembre de 1966 y 2 de junio de 1970.

En el caso de que se trate de Viviendas de Protección Oficial, los Estatutos también pueden prohibir actividades que aparezcan autorizadas por su Reglamento (Decreto 2114/1968, de 24 de julio). Así, aunque su art. 107 permite el ejercicio de una profesión en la vivienda, sin que por ello ésta pierda el carácter de residencia, una norma estatutaria puede prohibir tal ejercicio (SAP de Madrid de 7 de octubre de 1969).

(52) Así lo subraya, p. ej., la Res. DGRN de 20 de febrero de 1989: la «*amplitud de goce puede ser restringida por el título constitutivo dentro del debido respeto a la ley...; mas la exigencia de una interpretación estricta exige que tales límites hayan de ser expresados con claridad y precisión, sin que puedan deducirse... ..de una simple expresión descriptiva como "locales de negocio"...* [que se emplea] *para designar los espacios privativos no configurados como vivienda, sin intencionalidad alguna... delimitadora de usos específicos*».

Finalmente, lo que no cabe es dejar inoperantes, por disposición estatutaria, las prohibiciones establecidas por el legislador en el pfo. 3.º *in fine* del art. 7 LPH (de actividades dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres), por ser una norma de derecho necesario (53).

d) Es perfectamente válida la previsión estatutaria de **contribución a los gastos generales** en proporción distinta a la que resultaría de la aplicación de la cuota de participación correspondiente a cada piso o local, previsión que «*prima sobre la normativa legal, que no constituye derecho cogente*» (STS 18 de diciembre de 1984) (54). Así se desprende con claridad de la propia LPH que, tras establecer en el pfo 2.º del art. 3 b) que la cuota de participación «*servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad*», prevé en su art. 9.5.ª la posibilidad de que se establezca una cuota distinta para la contribución a los gastos generales.

Según tesis dominante del TS, son válidas también las exenciones estatutarias de contribuir a determinados gastos generales, siempre que sean individualizables entre departamentos concretos del edificio (55).

Pero nuestros tribunales mantienen una interpretación restrictiva de las cláusulas de exoneración (*inclusionis unius, exclusionis alterius*), de modo que, por ejemplo, si recaen sobre gastos de conservación, se entienden referidas sólo al mantenimiento, mas no a los gastos de sustitución.

(53) En este sentido se pronuncia la AT de Barcelona en sentencia de 31 de octubre de 1981.

(54) En idéntico sentido, vid. las SSTs de 5 de marzo de 1969, 28 de diciembre de 1984 y 2 de marzo de 1989, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de enero de 1990 y la SAT de Valencia de 3 de febrero de 1973.

Esta es también la opinión de COCA PAYERAS, M.: Comentario a la STS de 18 de diciembre de 1984, CCJC, 1985, n.º 7, 185, pp. 2283 y 2284; ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «Lo imperativo...», *cit.*, p. 1247; ESPÍN CÁNOVAS, E.: «Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal», RDP, 1978, páginas 1055 y ss.; FUENTES LOJO, J. V.: «Necesidad de...», *cit.*, p. 1066, y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C.: «Los gastos comunes en la propiedad horizontal», RDN, 1984, números 125 y 126, p. 232.

En contra, VENTURA-TRAVERSET, A.: «Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal», RGD, 1965, p. 273.

(55) Así lo admite, v. gr., en sus SS. de 16 de febrero de 1971, 27 de abril de 1976 y 3 de noviembre de 1982; también, entre muchas, las SSAAPP de Bilbao, 26 de noviembre 1970, de Badajoz 3 de julio de 1973 y Córdoba 4 de junio de 1981, así como la SAT de Oviedo 20 de noviembre de 1981.

La SAP de Burgos de 14 de febrero de 1973 hace una observación importante y razonable a propósito de la validez de estas cláusulas, al subrayar que son distintos aquellos casos en que el constructor que otorga el título constitutivo establece, en beneficio propio y abusivamente, la exención a favor de determinados locales cuya propiedad retiene (lo cual no debe permitirse) y aquellos otros en que se exige a algunos departamentos del

ción, ya que estos últimos «*producen incremento de valor que beneficia a todos los propietarios, pues la obligación de contribuir a la sustitución de elementos comunes implica una consecuencia de titularidad "ob rem"...*» (STS de 25 de junio de 1984) (56).

B) Fijación de la cuota de participación

1. Los arts. 5, pfo. 2.º LPH, y 8.4.º LH exigen que en el título constitutivo se asigne a cada piso o local la cuota de participación que le corresponda en relación con el inmueble. Por tanto, el otorgante del título deberá fijar la de cada departamento de acuerdo con los criterios de delimitación física y económica del art. 5, pfo. 2.º LPH, a los cuales —según la doctrina mayoritaria (57) y el TS (58)— es ineludible acudir. Si el propietario único respeta esos criterios, los adquirentes de los departamentos no podrán impugnar las cuotas fijadas en el título constitutivo (59).

2. La cuestión es más dudosa cuando no los observa y establece unas cuotas arbitrarias, pero los adquirentes las aceptaron, por constar en sus contratos. ¿Pueden intentar su modificación?

pago de servicios que en absoluto utilizan. A favor de la admisibilidad de estas exenciones, vid. VERGER GARAU, J.: «Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal», *RJC*, 1981, p. 245; y PONS GONZÁLEZ, M. y ARCO TORRES, M. A. DEL: «Régimen...», *cit.*, 1987, p. 408.

En contra, STS de 18 de junio de 1970, seguida por la SAT de Granada de 8 de febrero de 1972.

(56) En el mismo sentido que la citada STS se expresan, v. gr., las SSAATT de Bilbao 12 de mayo de 1971, Barcelona 22 de junio de 1981, Madrid 11 de febrero de 1982, Oviedo 27 de abril de 1983 y Zaragoza de 31 de mayo de 1983.

Otro de los ejemplos, frecuente en la práctica, de esta línea restrictiva es entender que la exclusión de contribuir a los gastos «del portal» no se extiende a la de los gastos «del servicio de portería», «*dadas las funciones generales —señala la SAT de Madrid de 10 de abril de 1984— de los empleados de la finca, en utilidad de todo el edificio...*» (en igual sentido, vid., entre otras, las SSAATT de Madrid de 27 de septiembre de 1983 y de Zaragoza de 13 de mayo de 1985).

(57) Así, ALBALADEJO, M.: «Derecho Civil», T. III, vol. 1.º, *cit.*, p. 424; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. III, *cit.*, p. 265; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «La Ley...», *cit.*, p. 415; FUENTES LOJO, J. V.: «Suma...», *cit.*, p. 280, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Elementos de Derecho Civil», T. III, vol. 2.º, *cit.*, p. 323.

En contra, MORENO-LUQUE, C.: «Los gastos...», *cit.*, p. 231.

(58) Vid. sus SS de 18 de marzo de 1972 y 13 de diciembre de 1977.

(59) Cosa distinta es, obviamente, que todos estén de acuerdo en fijar unas cuotas distintas.

Parece claro que sí es posible si todos los propietarios están de acuerdo en las nuevas cuotas a asignar a cada departamento; a estos efectos, entendemos que es necesaria una decisión unánime y que no sirve la cuasi-unanimidad que prevé el art. 16.1.ª pfo. 2.º LPH: la determinación de la cuota queda dentro de la esfera de decisión de cada propietario, sin que ningún otro condueño pueda fijarla por él (ni aún para el caso de que éste no se manifieste en contra de la fijada por aquél); es algo que, en realidad, queda fuera de las materias que pueden ser objeto de acuerdo, entendiendo éste como decisión de la Junta como órgano de la Comunidad; cosa distinta de esto es mantener —como pretendemos— que en la fijación de las nuevas cuotas deben intervenir expresamente todos y cada uno de los propietarios, porque sólo cada uno de ellos puede decidir en lo que afecta directamente a su propiedad privativa; se llega así a la conclusión de que es preciso un acuerdo unánime pero —insistimos— no como expresión de la voluntad de un órgano comunitario, sino como la suma de las voluntades de cada uno de los propietarios individuales; de ahí que consideremos inaplicable en este ámbito el régimen de la cuasi-unanimidad (60).

Si no se obtiene la unanimidad, no podrán alterarse mediante acuerdo de los copropietarios las cuotas fijadas en el título constitutivo sin atender a los criterios del art. 5, pfo. 2.º LPH. En tal caso, como veremos, puede acudirse a la vía judicial para obtener la rectificación, lo mismo que cabe impugnarlas directamente, sin buscar antes el acuerdo de la Junta.

No obstante, como los adquirentes ya habían aceptado su cuota en sus respectivos contratos, se han expresado reparos a la posibilidad de impugnación posterior. Así, Díez-Picazo y Gullón señalan que es admisible sólo si el impugnante había «*sufrido un error excusable o dolo al aceptarla*» (61). Sin embargo, otros autores defienden la impugnabilidad de la cuota, aunque se aceptara libremente: por un lado, se dice, porque la aceptación por el adquirente tiene un carácter puramente adhesivo respecto del contrato que la constructora ha elaborado unilateralmente y debe posibilitarse la corrección de abusos por vía jurisdiccional (62); y, por otro, porque si los criterios del ar-

(60) La doctrina que ha tocado el tema lo enfoca desde el punto de vista del régimen aplicable a los acuerdos comunitarios; así, mientras MONET mantiene la necesidad de acuerdo unánime con base en el art. 3 b), pfo. 2.º *if.* LPH («Problemas de...», *cit.*, p. 21), BATLLE y CÁMARA admiten la cuasi-unanimidad: BATLLE, basándose en que el art. 3 LPH se refiere sólo a la alteración de la cuota con ocasión de «mejoras o menoscabo» de cada piso o local, y no a la que originariamente se hubiera fijado de modo arbitrario («La propiedad...», *cit.*, p. 86), y CÁMARA, en que el acuerdo unánime del art. 3 ha de ponerse en relación con el 16.1.ª, pfo. 2.º en todo caso («Insuficiencia...», *cit.*, pp. 97 y 98).

(61) «Sistema de Derecho Civil», vol. III, *cit.*, p. 265.

(62) En este sentido, vid. SOTO NIETO, F.: «Cuestiones...», *cit.*, p. 324.

título 5, pfo. 2.º, son imperativos, la impugnación ha de ser posible en todo caso (63).

3. Probablemente, la clave de la cuestión se encuentra en el momento en que el o los copropietarios luego discrepantes dieron su conformidad a la cuota fijada sin ajuste a las pautas del art. 5 LPH por quien otorgó unilateralmente el título constitutivo, criterio que aparece apuntado por Cámara (64).

Respecto del consentimiento prestado por el adquirente al contrato en que se especifica la cuota correspondiente al departamento, hay que tener en cuenta que cuando el promotor otorga y redacta unilateralmente el título constitutivo que incorpora al contenido de los contratos celebrados con posterioridad, quienes suscriben éstos se adhieren, en realidad, a las condiciones generales de contratación establecidas por el promotor, como cláusulas contractuales (65). Esto nos lleva al debatido tema del fundamento de obligar de las condiciones generales; a este respecto, doctrina muy autorizada (66) —y cuya posición comparto— concluye que dichas condiciones tienen la función de desarrollar las reglas contractuales, que serán vinculantes en la medida en que no contradigan las fuentes de la reglamentación contractual del art. 1.258 Cc (67), en lo cual ha de apoyarse la validez de las condiciones generales, y no en la idea de adhesión (según mantienen las teorías contractualistas) ni en la de predisposición (teorías normativistas) (68).

(63) Así se expresan ALBALADEJO («Derecho Civil», T. III, vol. 1.º, *cit.*, pp. 424 y 425) y LACRUZ («Elementos de Derecho Civil», T. III, vol. 2.º, *cit.*, p. 323).

(64) «Insuficiencia...», *cit.*, p. 98.

(65) Vid., en este sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario a la STS de 7 de febrero de 1976, RCDI, 1977, pp. 444 y 445.

(66) Así, J. ALFARO AGUILA-REAL, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y C. PAZ-ARES, en sus intervenciones en el Curso sobre «Derecho de los consumidores», dirigido por C. Paz-Ares, que tuvo lugar en Miraflores de la Sierra (Madrid), durante los días 10 a 12 de junio de 1991, y al cual tuve la oportunidad de asistir.

(67) El Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de Contratación, en su versión de enero de 1987, contiene en su art. 8 una cláusula general para determinar la posible ineficacia de estas cláusulas, que apoya en su contrariedad con las exigencias de la buena fe y el perjuicio de los intereses del adherente (acerca de este Anteproyecto, vid. POLO, E.: «Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos», Civitas, Madrid, 1990, pp. 121 y ss.).

(68) Vid. ALFARO, J.: «Las condiciones generales de la contratación», Civitas, Madrid, 1991, pp. 93 y ss. (p. 104). En definitiva, como destaca este autor, «*su carácter vinculante para el adherente deriva de su contenido, de forma que serán vinculantes aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre y principios generales del Derecho*» (*op. cit.*, pp. 101 y 102). En esta línea, vid. también el prólogo de C. PAZ-ARES al libro de Alfaro, pp. 18 y 19.

En el Curso antes aludido, J. M. MIQUEL subrayó que quien acepta las condiciones generales está obligado por ellas porque las consintió, pero teniendo en cuenta que se les dio el consentimiento sólo en la medida en que se ajustaran a las fuentes de integración contractual.

Si partimos de aquí, en cuanto ahora interesa el 2.º inciso del párrafo 2.º del art. 5 LPH establece que para la fijación de la cuota de participación «... *se tomará como base...*», términos que, en principio, parecen demostrar el carácter imperativo de la norma en cuanto a los criterios a tener en cuenta (aunque, como en seguida veremos, su imperatividad merece algún matiz).

Pues bien, como observa Cámara (69), si pese a que las cuotas fijadas por el promotor no se ajustan a tales criterios, *los copropietarios las confirman definitivamente* al no discrepar de ellas en la Junta constituyente, ninguno podrá después impugnarlas; de modo libre han aceptado esas cuotas, porque las habrán estimado respetuosas con sus intereses y derechos, y tratar, después, de contradecirlas, no sería sino ir contra sus propios actos. Nótese que lo que les vincula es su actitud en la referida Junta, y no su adhesión a la cuota en el contrato. Hay que tener en cuenta, además, que la cuota de participación juega un papel fundamental en el desarrollo de la vida comunitaria, por lo que es preciso que quede determinada cuanto antes.

Ahora bien, partiendo de lo expuesto acerca de la eficacia de las condiciones generales, es perfectamente admisible que, si uno o varios de los copropietarios se sienten lesionados con las cuotas fijadas por el promotor, puedan pretender su nulidad por no ajustarse al desarrollo que cupiera esperar conforme a los criterios legales. El o los conductos disconformes podrían acudir a la autoridad judicial para impugnar la fijación de las cuotas pero, una vez que declarase su ineficacia, probablemente el juez no podría pasar a la determinación de las nuevas cuotas conforme a los criterios legales, porque el recurso a la resolución judicial previsto en el primer inciso del pfo 2.º del art. 5 LPH, parece ser viable sólo si fracasa el intento de lograr un acuerdo entre los propietarios (la Comunidad quedaría, así, sin cuotas). A este fin, por tanto, debería instarse la celebración de una Junta para fijarlas por unanimidad (art. 5, pfo. 2.º, primer inciso y 16.1.ª LPH); entonces puede ocurrir:

1.º Que la mayoría esté conforme con las cuotas fijadas por el promotor: Cámara destaca (70) que estaríamos ante un acuerdo mayoritario contrario a la Ley (concretamente a su art. 5, pfo. 2.º, segundo inciso). Acuerdo que sería impugnabile ante los tribunales (71). Ahora bien, la sanción a dicha contravención, ¿ha de ser la nulidad radical que predica el art. 6.3 Cc de los actos contrarios a normas imperativas que no establezcan un efecto distinto para el caso de contravención?

(69) «Insuficiencia...», *cit.*, p. 98.

(70) «Insuficiencia...», *cit.*, p. 99.

(71) Por lo dicho *supra* acerca de la adhesión a las condiciones generales establecidas por el promotor, cabe mantener que, en estas hipótesis, el propietario no conforme con las cuotas no va contra sus propios actos.

¿O la sanción de —a nuestro juicio— anulabilidad que consagra el artículo 16.4.ª LPH? (72).

Entendemos que procede aplicar el art. 16.4.ª LPH (73), pues otra cosa no sería coherente con lo que pocas líneas atrás se ha mantenido acerca de la validez de la confirmación de las cuotas por la Junta constituyente, confirmación que no sería posible de partir de la tesis de la nulidad radical. El segundo inciso del art. 5, pfo. 2.º LPH sería, pues, una de aquellas normas imperativas cuya infracción tiene por consecuencia el régimen especial del art. 16.4.ª LPH, por no ser de los que plasman principios esenciales del régimen de PH o derechos inderogables de los condueños (74).

En este caso, el juez sí podría, a instancias del disidente, pasar a fijar las cuotas conforme a los criterios legales, pues está clara la falta de acuerdo al respecto entre los condueños.

2.º Que, aunque la mayoría no esté conforme con las cuotas fijadas por el promotor, no haya unanimidad para la fijación de las nuevas. Cualquiera de ellos podría acudir a la autoridad judicial para que lo hiciera, dado que también es evidente la falta de acuerdo.

3.º Que todos los condueños lleguen a un acuerdo para la concreción de las cuotas de cada departamento.

C) *La reserva de la facultad de dividir o segregarse departamentos sin autorización de la Junta (75)*

Puede ocurrir que cuando el constructor otorgue el título constitutivo aún no haya decidido cuántos locales va a hacer y de qué caracterís-

(72) A propósito del deslinde entre los ámbitos de los arts. 6.3 Cc. y 16.4.ª LPH, me remito a mi artículo «La impugnación de los acuerdos sociales en el régimen de la Propiedad Horizontal», Revista de D.º Registral, 1988, n.º 15, pp. 142 y ss. Como se desarrolla en las pp. 142 a 145 del mismo, si bien para una línea jurisprudencial el sentido del art. 16.4.ª LPH es precisamente reconducir a su esfera todas las ilegalidades que afectan al régimen de la PH, consideramos más razonable aquella otra que distingue según el tipo de acuerdo y la infracción cometida para sancionarlo por el art. 6.3 Cc. o el 16.4.ª LPH.

(73) En este sentido se expresa también CÁMARA, en «Insuficiencia...», *cit.*, p. 99.

(74) Para un desarrollo de esta idea, vid. mi trabajo «La impugnación...», *cit.*, páginas 146 a 148.

Aludiendo al carácter del art. 5 LPH en esta materia, CÁMARA señala que es un precepto «sólo a medias imperativo» («Insuficiencia...», *cit.*, p. 99).

(75) Aunque ésta sea una de las modalidades más comunes en la práctica —y por eso es tratada con más amplitud en el texto— son múltiples las variantes de reservas de derechos o facultades que son incorporadas a los títulos constitutivos y que conllevan (o pueden hacerlo) alteración de los elementos comunes o de las cuotas de participación.

ticas, a expensas de cuál sea la demanda en el mercado inmobiliario. Surge entonces el problema de cómo hacer constar en el título constitutivo algunos de los datos que exige el art. 5 LPH, como extensión, linderos, números y cuotas de los locales.

El remedio al que frecuentemente han acudido en la práctica promotores y sociedades inmobiliarias ha sido asignar un número único a todo el local y reservarse, en el título constitutivo por ellos otorgado, la facultad de dividirlo o segregarlo sin necesidad de la autorización de la Junta. La admisibilidad de esta reserva, sin embargo, ha dado lugar a tesis encontradas, tanto en la doctrina como en los tribunales, si bien de su examen resulta una tendencia mayoritaria a admitirla, siempre que se respeten ciertos límites. Veámoslo:

1. *Examen de doctrina.* Mientras que para un sector de la misma estas cláusulas de reserva son ilegales por contrariar preceptos de derecho necesario, cuales son los arts. 5, 8 y 16.1.^a LPH (76), otros autores entienden que son admisibles, apoyándose en los argumentos que a continuación se sintetizan y de los que se deducen, al mismo tiempo, los límites a que estas cláusulas han de someterse (77):

Así, vid. la STS 16 de mayo de 1967, respecto de un caso en que el vendedor se había reservado el derecho a realizar obras de comunicación de la planta baja con otro edificio, siendo aceptado por los compradores; el TS entendió que los arts. 396 Cc. y 7 y 9 LPH «no restringían ni ampliaban el margen que a la libertad contractual se concede en el art. 1255 del Cc» y que los pactos concertados «antes parecen permitidos que vedados por el pfo. 3.º del art. 5 de la LPH».

También la SAP de Oviedo de 8 de octubre de 1981 admite que la exigencia de unanimidad que para la alteración de los elementos comunes consagra el art. 7.2 LPH, pueda ser excepcionada por el propietario único al otorgar el título constitutivo aunque, eso sí, dicha excepción ha de constar de modo claro, preciso y terminante.

Finalmente, a propósito de la constitución de una servidumbre de paso por los sótanos de dos edificios colindantes, por el propietario único de los mismos, al otorgar el título constitutivo, vid. la STS de 21 de octubre de 1976 y su comentario por J. M. GARCÍA GARCÍA, en RCDI, 1978, pp. 1243 y ss.

(76) Así, v. gr., FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (en «La Ley...», *cit.*, pp. 742 a 744), para quien el acuerdo unánime de la Junta es imprescindible para modificar la extensión y linderos de los departamentos, así como las cuotas asignadas.

Vid. también ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: «El título...», *cit.*, p. 534; y ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «Lo imperativo...», *cit.*, p. 1252 (para este autor estas reservas han de considerarse, todo lo más, como apoderamientos revocables).

(77) Participan de esta opinión BATALLA («La Ley sobre...», *cit.*, pp. 653, 656 y 657), CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT («Modalidades...», *cit.*, pp. 241 y 242), GARCÍA GARCÍA (Comentario a STS de 7 de febrero de 1976, *cit.*, pp. 442 y ss.), E. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE («Segregación y división de locales en régimen de propiedad horizontal», RDN, 1977, n.º 96, pp. 423 y 424); MONET («Problemas...», *cit.*, pp. 303 y 304) y VERGER GARAU («Algunos aspectos...», *cit.*, pp. 246 y 247).

Los argumentos que se sintetizan en el texto son resultado de las aportaciones de unos y otros a la tesis que comparten, lo que significa que no todos han manejado cada uno de los que se exponen.

- a) Se parte de una *interpretación más flexible del art. 8 LPH* y, atendiendo a su finalidad, se admite su derogación cuando la misma responda a un interés legítimo y no suponga perjuicio para la comunidad; así:
- a') Se entiende que, por lo general, el *interés* del titular de los locales de no configurarlos *ab initio* es digno de protección, pues persigue acomodarse a la demanda del mercado, extremo que normalmente se ignora al iniciar la transmisión de los pisos.
 - b') A fin de que estas cláusulas de reserva *no afecten a los demás propietarios*, es preciso observar determinadas pautas (78):
 - 1.^a) Se ha de atribuir al espacio pendiente de división una *cuota global*, dentro de la cual habrá de operar la persona facultada al atribuir la cuota correspondiente a cada local resultante, y en cuya atribución habrá de estar a los criterios del art. 5, pfo. 2.º, inciso 2.º LPH; de este modo no se verán afectadas las cuotas correspondientes a los demás departamentos.
 - 2.^a) Además, es preciso que los locales resultantes de la división cumplan los requisitos que exige la LPH: *susceptibilidad de aprovechamiento independiente y salida propia* a la vía pública o elemento común; en este sentido, debe preverse por dónde se establecerá esa salida solicitada para cada uno de los departamentos eventualmente resultantes.
 - 3.^a) Finalmente, se debe determinar el espacio que *en los elementos comunes* corresponderá a los locales que se formen (p. ej., en el garaje), para que los demás propietarios no puedan verse perjudicados en este punto.

Si, observados estos extremos en la cláusula de reserva, la misma fue *aceptada* por los que posteriormente adquirieron otros departamentos del edificio conociéndola, se concluye que les vincula. Y ello *aun cuando se tratara de un pacto de adhesión* (79).

(78) En el desarrollo de este punto se detiene, sobre todo, GARCÍA GARCÍA, en su *cit.* Comentario a la STS 7 de febrero de 1976, pp. 443, 447 y 448.

(79) Así, BATALLA, M.: «La Ley sobre...», *cit.*, p. 657. J. M. GARCÍA GARCÍA (Comentario a la STS 7 de febrero de 1976, p. 445) destaca al respecto que «*no por tratarse de un pacto de adhesión hay que considerarlo nulo*»: ello ocurriría si fuese contra la ley imperativa, la moral o el orden público, lo cual no se da en el caso. Vid., asimismo, *supra*, lo dicho al tratar de la fijación de las cuotas de participación por el propietario único.

En definitiva, se entiende que del art. 8 LPH no se desprende la prohibición del pacto por el cual se acuerde que la aprobación de la Junta es innecesaria para las operaciones a que estas cláusulas se refieren; es, por tanto, un pacto incluible en el título constitutivo (primera parte del pfo. 3.º del art. 5 LPH) (80). De ahí que, si la Junta puede delegar esa competencia en tercero, quien otorga el título constitutivo está legitimado por las mismas razones para establecer en él la cláusula de que aquí se trata, ya que del art. 5 LPH se deduce que el o los propietarios iniciales tienen las mismas facultades que la Junta (81).

b) Algunos autores (82) han destacado, además, la *analogía* que media entre el supuesto que aquí interesa y el de la *reserva del derecho de vuelo* por el propietario del edificio, que es admitida, además de por la doctrina en general (83), por el art. 16.2.º RH. En efecto, este precepto permite que el propietario se reserve o transmita a un tercero el derecho —inscribible en el Registro— a levantar nuevas plantas en el edificio, derecho cuyo ejercicio lleva consigo, obviamente, la alteración de las cuotas correspondientes a los demás departamentos. Se entiende que esta disposición no quedó derogada por el (posterior y de más alto rango normativo) art. 11 LPH, ya que —como destaca Amorós Guardiola (84)— «la ley exige la unanimidad para la fijación y modificación de las cuotas. Y el Reglamento permite que esa unanimidad pueda estimarse cumplida a priori cuando el constructor se reserve el derecho a levantar nuevos pisos, siempre que en esa reserva se especifiquen las cuotas futuras» (85).

(80) Vid MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: «Segregación...», *cit.*, pp. 423 y 424.

(81) GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario a la STS 7 de febrero de 1976, *cit.*, p. 443, y MONET, F.: «Problemas...», *cit.*, p. 303.

(82) Así, GARCÍA GARCÍA, J. M.: (Comentario a la STS 7 de febrero de 1976, *cit.*, página 446), y VERGER GARAU («Algunos aspectos...», *cit.*, p. 246).

(83) Así, v. gr., por Díez-PICAZO y GULLÓN («Sistemas de Derecho Civil», vol. III, página 263), PONS GONZÁLEZ y ARCO TORRES («Régimen jurídico...», *cit.*, p. 409).

FUENTES LOJO defiende que la LPH debería regular el derecho de sobreelevación, previendo —y admitiendo— explícitamente la reserva del mismo por el promotor (vid. «Necesidad...», *cit.*, p. 1062).

(84) Vid. su comentario a la Res. DGRN de 7 de abril de 1970, RCDI, 1970, p. 983.

(85) La Res. DGRN de 7 de abril de 1970 consideró inscribible la reserva del derecho de elevar plantas establecida en los Estatutos otorgados unilateralmente por la sociedad vendedora. Ahora bien, la Dirección General se basó en el otorgamiento de un poder irrevocable por los compradores a dicha sociedad para que ésta pudiera consentir las alteraciones en su nombre, a fin de justificar la validez de la cláusula estatutaria referida y por la cual la vendedora, además de reservarse el derecho de elevación, quedaba autorizada para rectificar las cuotas asignadas a las plantas ya existentes, si ello era necesario al determinar las nuevas.

Esta justificación fue duramente criticada por autores que comentaron esta Resolución: así, M. AMORÓS GUARDIOLA, en su ya *cit.* comentario, pp. 974 y ss., y B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, en RDP, 1970, pp. 602 y ss.

A ello se añade que el propio TS ha aceptado la viabilidad de esta reserva (86). Y si la misma se admite, con la consiguiente posibilidad de afectar a las cuotas de los demás departamentos, no hay razón —según estos autores— para prohibir la de la facultad de dividir o segregar locales en los términos que han quedado expuestos.

2. Tampoco *los tribunales* han dado una respuesta uniforme al tema que nos ocupa.

a) Por un lado, el TS, en sentencias de 7 de febrero de 1976 y 31 de enero de 1987, ha estimado *nulas* estas cláusulas, basándose en su *contrariedad a una norma «eminente imperativa»*, cual es el art. 8, pfo. 2.º LPH (87).

La Res. DGRN de 5 de febrero de 1986 admite, con base en los arts. 16.2 RH y 23 LH, la inscripción de un derecho de vuelo sobre un edificio aún no construido, concibiéndolo como un derecho condicionado a la construcción de la planta sobre la que dicho derecho recaía.

(86) Así, v. gr., la S. de 14 de marzo de 1968.

En el caso resuelto por la STS de 23 de julio de 1990, una Comunidad de propietarios demandó al promotor y al comprador de un ático, en reclamación de la propiedad de este último, por haberse construido en parte de la cubierta del edificio, así como de la superficie restante de la misma, ocupada por el adquirente del ático. En el título constitutivo, otorgado cuando era único propietario del edificio, el promotor se había reservado el derecho de vuelo. La AT de Granada, en S. de 14 de abril de 1988, condenó a los demandados a devolver a la Comunidad el uso de la terraza ocupada por el adquirente del ático, pero mantuvo la validez de la compraventa del mismo. Sólo los demandados recurrieron esta decisión, por lo que el TS no pudo entrar a considerar directamente el tema de la admisibilidad de la reserva de derecho de vuelo; se limitó a rechazar el recurso a partir de una interpretación restrictiva de la misma en virtud de la cual entendió que la reserva del derecho de elevación no comporta la de la facultad de atribuir el uso exclusivo de un elemento común (la terraza cubierta) a un copropietario pues, no constando la última en el título constitutivo, procedía la aplicación de los arts. 5 y 16 LPH, «... *contra la que no es admisible —dice el TS— la, por demás interesada interpretación, de la cláusula de reserva del derecho de elevación en el sentido de comprenderse, en ella, la de atribuir el uso exclusivo de la superficie sobre la que tal derecho hubiera podido materializarse...*».

(87) En esta línea, vid. SAT de Madrid de 18 de febrero de 1974.

A resultados de la STS de 7 de febrero de 1976 que, al parecer, fue el primer pronunciamiento del Alto Tribunal en esta materia, la doctrina se esforzó por buscar otro camino a la necesidad práctica a que respondían estas cláusulas de reserva. Así, v. gr., que los sucesivos adquirentes de pisos apoderasen irrevocablemente al constructor para consentir las alteraciones en su nombre (vid. al respecto, y acerca de los inconvenientes de tal sistema, MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: «Segregación...», *cit.*, p. 427). Este mismo autor proponía otro sistema (*ob. cit.*, pp. 428 a 430) con el que, sin embargo, no se llegaba a prescindir de la Junta, sino tan sólo a diferir su intervención; lo descomponía en dos fases:

a) El titular del apartamento total vende a otra persona una cuota indivisa del mismo, proporcional al valor de la parte que quiere transmitir, de modo que recaerá sobre el apartamento una comunidad ordinaria.

b) Ambos propietarios extinguen *inter partes*, la comunidad, adjudicándose las fincas que resulten de las divisiones y segregaciones que previamente hayan practicado; pe-

Es esta justificación la que se opone —como en seguida veremos— a otras sentencias del TS y la que ha sido criticada por algunos autores que defienden la validez de estas reservas, en determinadas circunstancias (88). Cosa distinta es la valoración que merezca la conclusión a que la misma conduce en los casos concretamente resueltos; sobre ello volveremos una vez quede expuesto el otro planteamiento jurisprudencial.

b) Otras sentencias del TS parten de la validez de estas cláusulas. Así, la de 5 de mayo de 1986 declara que «...*las facultades que en ellas se conceden a los propietarios de locales, garajes y trasteros para agruparlos material y jurídicamente y las facultades del constructor para completar y rectificar la descripción de las fincas que conserve de su propiedad, sin necesitar para ello autorización de la junta, no quebrantan normas imperativas de la LPH... y, por tanto, han de considerarse válidas y eficaces en derecho...*» (el subrayado es mío). Lo mismo se deduce de las sentencias de 27 de marzo de 1984, 16 de diciembre de 1985 y 30 de septiembre de 1988.

Al propio tiempo, estas sentencias ponen de relieve que la facultad reservada ha de sujetarse a ciertas limitaciones; en su exposición se detiene particularmente la de 30 de septiembre de 1988, que desglosa las siguientes:

- 1.^a Los locales resultantes deben ser «*susceptibles de aprovechamiento independiente "por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública"*», tal y como se desprende del artículo 396, pfo. 1.º Cc.

ro, de cara a la comunidad de propietarios en PH, el apartamento sigue perteneciéndoles *pro indiviso*, en tanto que la Junta no consienta aquellas operaciones.

Con esta última conclusión coincidió la Res. DGRN de 1 de abril de 1981. En el caso planteado, varias personas habían adquirido *pro indiviso* una finca, parte de un edificio en PH, y habían pactado el modo de disolución en su día, mediante una división material predeterminada. Había de resolverse si era precisa la aprobación de la Junta de propietarios para la eficacia de esa futura operación hipotecaria de división material y en qué momento.

La DGRN resolvió que la disolución de la comunidad no se agota con el acuerdo de los condueños, pues éste puede afectar a la regulación de todo el edificio, al poderse crear por la división nuevas fincas hipotecarias jurídicamente independientes, lo que se traduciría en una alteración del número de miembros de la Junta, y de ahí que el art. 8 LPH requiera la aprobación de la Junta; esta aprobación —concluye— no será precisa cuando los condueños del local se limiten a regular las relaciones internas entre ellos, sin crear nuevas entidades hipotecarias por subsistir inalterada la existente, así como la cuota de participación que se le atribuyó en el título constitutivo.

(88) Así, GARCÍA GARCÍA (en su *cit.* comentario a la STS 7 de febrero de 1976, páginas 442 y ss.), y VERGER GARAU («Algunos aspectos...», *cit.*, p. 246).

- 2.^a Por aplicación del art. 7, pfo. 1.º LPH, se «*prohíbe que como consecuencia de tal división “se altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario”*» (este último límite —el del perjuicio a la comunidad— aparece también apuntado en la ya citada STS de 5 de mayo de 1986).
- 3.^a No deben alterarse los elementos comunes por efecto de la división, pues del art. 11 LPH se desprende que ello afectaría al título constitutivo y debería someterse al régimen establecido para su modificación (89).

En la demanda que dio origen al pleito resuelto por esta STS de 30 de septiembre de 1988, los propietarios de los locales con facultad de división pretendían que se declarase su derecho a abrir accesos a los locales resultantes a un patio interior común. Pretensión que el TS rechazó en atención a los límites expresados, dado que en el título constitutivo no se habían previsto los huecos cuya apertura quería practicarse en el referido elemento común, afectando, al propio tiempo, al uso que del mismo correspondía a los demás propietarios.

De aquí resulta, en definitiva, la necesidad de prever, a la vez que se establece la reserva de la facultad de división, las salidas que los posibles departamentos resultantes van a tener y el uso que de los elementos comunes les corresponde, lo cual viene a coincidir con lo defendido por un sector doctrinal y, muy en particular, por J. M. García García, tal y como quedó expuesto unas líneas atrás.

Si volvemos ahora a las sentencias de TS que consideran que estas cláusulas siempre son nulas y atendemos a los casos concretamente resueltos, se ve que también partiendo de la tesis opuesta podría haberse llegado al mismo fallo. Así lo han puesto de relieve J. M. García García (90) y Verger Garau (91) respecto del supuesto juzgado por la STS de 7 de febrero de 1976, en que la cláusula debatida, al facultar al titular de un local para dividirlo o segregarlo «*en cualquier momento y libremente*» se expresó de forma demasiado imprecisa, amplia y arbitraria. Muy similares (incluso más amplios) eran los términos de la reserva en el caso de la STS 31 de enero de 1987: conforme a ella, los propietarios de los locales podrían dividirlos o segregarlos libremente, sin limitación de tiempo, en una o varias veces, incluso uniéndolos verticalmente; pero es que, además

(89) Vid. también la STS de 5 de mayo de 1986; en el caso resuelto por la STS de 16 de diciembre de 1985, la propia norma estatutaria que autorizaba la división, prohibía que la misma implicase alteración de los elementos comunes.

(90) Comentario a STS 7 de febrero de 1976, *cit.*, pp. 442 y 447.

(91) «Algunos aspectos...», *cit.*, p. 246.

—como destaca el propio TS— la división del local comportaba la necesidad de cambiar la estructura de un elemento común, cual era el portal.

3. Finalmente, la *DGRN* mantiene que las cláusulas que nos ocupan son *admisibles*. Así, en la Res. de 31 de agosto de 1981 entendió que la reserva estatutaria de la facultad de segregar los locales no era contraria al art. 8 LPH porque, además de limitarse a los bajos a fin de acomodarse a las demandas del mercado, y haberse establecido por quien aún era titular único del edificio, respetaba las normas del art. 8 sobre inalterabilidad de las cuotas, así como los criterios pactados para la futura determinación de los nuevos locales dentro de la citada norma.

Por último, la Res. 26 de febrero de 1988 declara ya directamente que el art. 8 no tiene carácter imperativo, destacando que en la concepción del legislador, el derecho sobre cada piso es un derecho de propiedad sin más limitaciones que las legales, rigiéndose esta forma de propiedad por la voluntad de los interesados, salvo disposiciones legales imperativas, que no se da en el art. 8, y sin razón de orden público que lo justifique, ya que imponer en todo caso para la modificación del piso la aprobación de la Junta, exigiendo su unanimidad, implica otorgar a cada dueño un exagerado derecho de veto, que puede constituir un grave obstáculo para que los edificios sean jurídicamente estructurados del modo más adecuado a su aprovechamiento económico en detrimento de la economía nacional.

4. *Por nuestra parte*, hallamos mejor fundada la tesis de la admisibilidad de la reserva de las facultades de división o segregación, siempre que la misma se ciña a los límites que se han indicado. En nuestra opinión, el art. 8 LPH está pensando en una comunidad de propietarios en régimen de PH que ya se encuentra en pleno funcionamiento y en la que todos los departamentos se hallan perfectamente delimitados y definidos; en tal caso, la aprobación de la Junta viene impuesta por el hecho de que la Ley exige para toda modificación del título constitutivo los mismos requisitos que para su constitución (art. 5, últ. pfo.).

En cambio, la reserva que se mantenga dentro de los límites aludidos está pensando en una situación previa a ésta, una situación en que la configuración definitiva de los locales aún no está concluida por razones justificadas, y en la que se adoptan las medidas precisas para que los demás propietarios no resulten perjudicados por dicha conclusión. Cabría decir que, en cierto modo, no se opera una modificación total del título constitutivo, sino una concreción de los datos que ya constaban en él de forma genérica (la descripción de todo el espacio y la cuota global).

4. LOS DISTINTOS GRADOS DE CONSTITUCION DEL REGIMEN DE PH

¿Qué quiso exigir el legislador con el llamado *título constitutivo*? ¿un requisito formal *ad solemnitatem* para la constitución de la PH?, ¿un documento en el que consten algunos aspectos de especial importancia en el régimen a efectos, simplemente, de asegurar su concreción de una determinada manera?

El calificativo de *constitutivo* parece apuntar lo primero. Sin embargo, hay que rebasar las puras denominaciones, para atender a la regulación concreta.

En primer lugar, se observa que el art. 5 LPH comienza estableciendo que «*el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá...*»; es decir, ni lo define ni lo caracteriza como esencial para la constitución del régimen (cosa que tampoco hacen otros preceptos de la LPH), limitándose a especificar su contenido.

Es lo lógico que, rigiendo en nuestro Derecho el principio de libertad de forma, el legislador hubiera sido más explícito de haber considerado el título como realmente constitutivo.

A falta de una afirmación tajante al respecto, hay que concluir que el otorgamiento del «título-documento» no es esencial para que se opere la transmisión y adquisición de los departamentos de un edificio, sino que se aplica lo dispuesto con carácter general por el artículo 609 Cc.

El nacimiento del derecho está supeditado a la verificación de todos y cada uno de los presupuestos a que lo condiciona el ordenamiento jurídico; pero esto no obsta a que aun cuando falte alguno de ellos, la situación creada produzca determinados efectos jurídicos propios del régimen del derecho de que se trate (92).

Por ello hablamos de constitución del régimen de PH, aun cuando falte alguno de sus presupuestos, cuando a la situación surgida le son aplicables disposiciones específicas del mismo.

Lo que ocurre es que la ausencia de cada uno de los presupuestos no tiene igual trascendencia. Es más, parece que la de menor relevancia es la del título constitutivo (aun sin dejar de reconocer su importancia), porque la LPH está pensada para regir las relaciones entre los diversos propietarios de los pisos o locales de un edificio; desde el momento en que surgen esas relaciones, una gran cantidad de preceptos rectores de la PH entran en juego; y, finalmente, para que aquéllas surjan, la Ley no exige ningún requisito formal especial ni ninguna declaración de voluntad expresa de constitución del régimen.

(92) Vid., en este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: Comentario al art. 396 Cc., *cit.*, pp. 1082-1083.

Así pues, la constitución de la PH se produce, a nuestro entender, desde que existen al menos dos objetos de propiedad diferentes en el edificio. Partiendo de aquí, cabe distinguir diversas hipótesis:

4.1. Constitución formal o preventiva

4.1.1. Título constitutivo otorgado por el propietario único de edificio construido

El título aquí sí que será constitutivo, puesto que el único *dominus* pasará de ser propietario de un objeto, el inmueble, a serlo de más de uno, los pisos o locales en que se divida, como cosas diferentes.

Pero, como quedó indicado, se tratará de una constitución puramente formal, pues el régimen de PH sólo será realmente operativo cuando concurren varios conductos (93); también puede hablarse de constitución preventiva, por configurar anticipadamente el régimen de PH, que cobrará plena vigencia con la transmisión de la propiedad del primer departamento.

(93) Observa PEÑA, sin embargo, que con el otorgamiento del título constitutivo por el propietario único se produce una desintegración de su patrimonio que, si bien no se observa desde su lado interno, sí se advierte desde el exterior y, así, —señala— «*como cada piso o local es objeto de una propiedad independiente, es, separadamente, susceptible de embargo*» («Derechos Reales...», *cit.*, p. 244).

En esta idea subyace la tesis (expuesta ampliamente y defendida por F. BADOSA COLL. en «La multipropietat [com a règim jurídic immobiliari]», Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa sobre el Règim de la Propietat col·lectiva urbana a Catalunya, celebradas del 25 al 28 de septiembre de 1986, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pp. 17 y ss.) de que, al constituirse el régimen de PH, el único objeto de derechos reales que existía antes de la constitución —todo el inmueble— se transforma en una pluralidad de objetos —todos y cada uno de sus departamentos—.

Ahora bien, si ciertamente es evidente que después de otorgarse el título constitutivo se pueden embargar algún o algunos departamentos aisladamente, no vemos tan claro que esta posibilidad deba quedar en todo caso excluida cuando el propietario único aún no ha otorgado el título. Más bien, parece razonable admitir esa posibilidad cuando el propietario embargado así lo pide a su acreedor y se trata de pisos o locales *perfectamente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente*; si, p. ej., el valor de un piso o local concreto de tales caracteres alcanza a cubrir la cantidad debida, ¿por qué necesariamente ha de trabarse embargo de todo el inmueble, pudiendo ocasionar perjuicios innecesarios e injustificados al deudor embargado? Por otra parte, la tesis que aquí se propugna no perjudicaría al tercero, que adquiriese en la correspondiente subasta pública ya que, desde el momento en que le fuera transmitida la propiedad del piso o local, se operaría la constitución real del régimen de PH (vid. *infra*), de igual modo que cuando el propietario único vende y entrega cualquier departamento del edificio, dado que desde ese momento concurren varios titulares dominicales sobre departamentos independientes.

4.1.2. Título constitutivo otorgado por el propietario único de edificio aún no terminado

Habrà constitución meramente formal o preventiva, ya que el régimen de PH sólo será plenamente aplicable cuando se concluya la construcción y se transmita el primer piso o local (94).

En este punto conviene abrir un paréntesis para tratar de la posibilidad de constitución del régimen de PH cuando falta un edificio ya construido (95), a cuyos efectos distinguiremos dos hipótesis:

1.^a *Edificio en construcción.* Conforme al art. 8 de la LH: «Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: [... ...] 4.º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada».

Para que el edificio dividido por pisos acceda al Registro de la Propiedad como edificio en PH, es preciso que ya esté constituido el régimen pues, de otro modo, constará como «edificio en general, aunque pertenezca a varios dueños en dominio pleno o menos pleno» (art. 8.3.º LH): como la Ley permite ese acceso desde que las obras hayan comenzado, hay que deducir de todo ello que se admite

(94) A efectos de la aplicabilidad del régimen de PH, cuando es una sola persona quien otorga el título, es indiferente cuál sea la situación del edificio: faltando la concurrencia de propietarios, no pueden tener vigencia las normas de funcionamiento y organización corporativa de la PH, esté el edificio en proyecto, en construcción o totalmente terminado.

(95) Para referirse a la situación que media desde que una o varias personas se proponen construir un edificio destinado a pertenecer por departamentos independientes a distintos propietarios, hasta la conclusión de la obra, la doctrina suele utilizar el término de «prehorizontalidad» (así, v. gr., M. DELA CÁMARA, en «Insuficiencia...», *cit.*, p. 69; C. GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, en «La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», RCDI, 1982-II, p. 926; o M. PONS GONZÁLEZ Y M. A. DEL ARCO TORRES, en «Régimen...», *cit.*, pp. 29-30); la prehorizontalidad —señala la Res. DGRN de 5 de noviembre de 1982— aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto.

DÍEZ-PICAZO, sin embargo, da a la expresión un significado más amplio, abarcando toda situación jurídica previa a la plena y perfecta constitución de la PH, que se caracteriza por dos datos: uno, negativo, es que aún no se ha constituido plenamente el régimen jurídico de la PH; y otro, positivo, es que los interesados ya han declarado su voluntad de establecerla y, además, se ha iniciado el *iter jurídico* necesario para conseguirlo. De ahí que señale como casos típicos de prehorizontalidad aquellos en que falte: 1) el edificio ya construido; 2) varios propietarios, cualquiera que sea la situación del edificio, o 3) el título constitutivo («La llamada...», *cit.*).

Por su parte, el TS ha utilizado en pocas sentencias el término de «prehorizontalidad», refiriéndolo a la situación que se crea por la venta de departamentos cuando falta aún el título constitutivo (así, en las de 27 de febrero de 1987 y 4 de mayo de 1989, hablando esta última de prehorizontalidad *de facto*).

claramente la constitución de la PH en la fase de construcción del edificio (96).

2.^a *Edificio en proyecto*. La situación en este caso es mucho menos clara que en el anterior, lo que ha motivado discrepancias doctrinales.

Aquí hay que tener en cuenta, además del ya transcrito pfo. 1.º del art. 8.4.º LH, el último inciso de su pfo. 2.º: «... *En la inscripción del solar se harán constar los pisos meramente proyectados*». La cuestión es: ¿Puede constituirse el régimen de PH estando *todo* el edificio en proyecto?

Si sólo existe el solar y no hay siguiera un proyecto de la futura edificación, es evidente que no puede constituirse, por indeterminación absoluta del objeto del derecho. Nadie niega esto.

Las diferencias de opinión surgen cuando existe ya un proyecto de edificio, pero aún no se ha iniciado la construcción. Podemos distinguir dos posiciones:

(96) A este respecto, nada ha cambiado con la reciente Ley sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990, ya que si su artículo 25.2 admite la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva en construcción, nada debe oponerse a la inscripción del régimen de PH en estos casos. Ahora bien, se ha apuntado (vid. CHICO Y ORTIZ, J. M.: «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», Boletín del Il. Colegio de Abogados de Madrid, 1991, n.º 2, p. 17) que la citada Ley incurre en una contradicción al admitir la posibilidad de inscribir una obra nueva sin concluir cuando de su art. 11 resulta que la obra nueva no entra en el patrimonio del propietario mientras no esté terminada. Dadas las características de este trabajo no se puede entrar en un análisis más detallado de esta Ley, pero es lo cierto que la enumeración de derechos que, según su art. 11, forman el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria provoca ciertos reparos. Este artículo presenta una «escala» de derechos en la que se va ascendiendo a medida que avanza el proceso de urbanización; conforme a ella, del *derecho a edificar* (consistente, según el número 3 del citado artículo, en la *facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente*) se pasa al *derecho a la edificación*, consistente —según el n.º 4— en la «*facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable*».

Parece, pues, que la propiedad de lo edificado se adquiere (a esto querrá referirse la norma, aunque no se haya expresado de forma exacta: ver art. 25.1 de la Ley) cuando la obra se ha concluido y que antes no hay otro derecho que el de edificar; entonces, ¿qué es del instituto de la accesión? ¿De quién son propiedad las obras en construcción? Parece obvio que deben serlo del dueño del terreno y que aquí opera la accesión; esta idea está presente en el art. 24.2 de la misma Ley cuando, al señalar las valoraciones precisas para fijar el justiprecio de la expropiación en casos de extinción del derecho de edificar, se refiere no sólo al valor del aprovechamiento urbanístico, sino también al del coste de ejecución de las obras, lo cual presupone que también éstas son propiedad del expropiado: en definitiva, que quien tiene derecho a edificar, no sólo tiene la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico, sino que, además, va adquiriendo la propiedad de lo que se va construyendo por accesión. Conclusión ésta que, desde luego, el art. 11 de la Ley no deja ver claramente.

a) La de quienes creen que mientras sólo exista el solar sin edificar no es posible hablar de PH, por las siguientes razones:

- a') El art. 8.4.º, pfo. 1.º LH exige para la inscripción del edificio en PH que esté al menos comenzado; la constancia de los pisos —no edificios— proyectados, a que alude el 2.º pfo., ha de entenderse referida a los casos en que la edificación está en marcha. Por ello, la declaración del propietario del solar sobre su propósito de construir una casa en régimen de PH, en la que están proyectados tantos pisos, carece de trascendencia registral y no conduce a nada (97).
- b') Puesto que la PH es un derecho real, para que nazca es precisa la existencia de un objeto, sobre el cual su titular tenga un poder inmediato; faltando este objeto, el derecho real no puede existir (98).

b) La posición dominante en nuestra doctrina (99) es, sin embargo, la de que es posible la adscripción del solar al régimen de PH, siempre que ya estén determinadas las características fundamentales del inmueble aunque, lógicamente, el régimen no tendrá plena operatividad en tanto no haya varios propietarios y se termine la construcción.

A efectos de hallar una solución para este tema, creemos de gran valor las precisiones de Cámara, Garrido Cerdá y Soto Bisquert (100), cuando señalan: *«De edificio proyectado se puede hablar en un doble sentido: como edificio cuya construcción está aún por definir o como edificio cuya construcción está definida. La línea de separación entre ambas hipótesis podría fijarse en la existencia o inexistencia de un proyecto aprobado por los organismos oficiales»*. Como el art. 8.4.ª LH permite la inscripción del régimen desde que la construcción esté comenzada, la cuestión central es determinar cuándo se entiende *comenzada* a estos efectos; estos autores proponen estar al sentido técnico, más que físico, de la expresión: *«la construcción se inicia —entien-*

(97) ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: «El título...», *cit.*, p. 487. En el mismo sentido se expresó inicialmente FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, en «La Ley...», *cit.*, pp. 189, 753 y 754.

(98) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «La Ley...», *cit.*, pp. 185 y ss.

(99) Así, FUENTES LOJO, J. V.: «Suma...», *cit.*, p. 113; GARCÍA ARANGO, C.: «La situación...», *cit.*, pp. 940-941; JORDANO FRAGA, F.: «Prehorizontalidad y servidumbre de propietario», RDN, 1981, n.º 113-114, pp. 135 y ss. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO también acabó admitiendo la posibilidad de inscribir el régimen de PH desde que el edificio esté definido (vid. «¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», ADC, 1978, T. XXXI, pp. 20-23, y «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. V, vol. 2, *cit.*, p. 145).

(100) «Modalidades...», *cit.*, pp. 176 y ss. CÁMARA reiteró las consideraciones expuestas en el texto en «Insuficiencia...», *cit.*, pp. 72-74. Fue, asimismo, la tesis acogida en el I Simposio sobre PH (p. 13 del Acta).

den— con la confección del proyecto y la obtención de las licencias necesarias» (101).

Con esta explicación (que apoya la segunda tesis antes expuesta) se resuelven muchos de los problemas que en la práctica plantea la ambigüedad del término «comenzada».

Por otra parte, creemos que también avala el criterio de este segundo grupo doctrinal lo preceptuado en el art. 8.4.º, pfo. 2.º *in fine*: «En la inscripción del solar... se harán constar los pisos meramente proyectados» (el subrayado es mío) (102). Si sólo existe el solar, es claro que no se habrá iniciado la construcción; luego, en tal caso, lo meramente proyectado, no serán sólo unos pisos, sino todo el edificio. Tal interpretación no choca con el resto del pfo. 2.º, que simplemente determina que el proyecto del edificio debe fijar todos los datos que han de constar en la inscripción.

Podría argumentarse en contra que el pfo. 1.º del art. 8.4.º sólo habla de construcción «concluida» o «comenzada»; a lo cual cabría responder, con el criterio de Cámara, que no recoge expresamente «proyectada» porque este concepto está implícito en «comenzada», siempre que haya un proyecto suficientemente definido, es decir, que reúna los datos precisos para la inscripción.

Finalmente, el TS ha admitido la posibilidad de constituir el régimen estando el edificio simplemente comenzado o proyectado (103), la DGRN ha permitido el acceso al Registro de escrituras de división horizontal de edificios en proyecto.

En este punto es interesante la doctrina de la DGRN, porque, además de admitir el acceso al Registro de escrituras de división horizontal de edificios en construcción o en proyecto, al poner de relieve la trascendencia que tiene la inscripción del régimen de PH en estos casos, revela la importancia y significación de su previa constitución. Así, la Res. de 5 de noviembre de 1982 permite dicho acceso basándose en los propios términos del art. 8.4.º, pfo. 1.º LH, así como en la *necesidad de dar publicidad registral a circunstancias fundamentales de la PH* que se van concretando mientras el edificio está en construcción o simplemente en proyecto: concreción del objeto adquirido con sus características y límites, derechos que recaen sobre el mismo, fijación de cuotas, régimen estatutario y responsabilidad hipotecaria, en su caso.

La Resolución de 21 de octubre de 1980 apoya la inscribibilidad de construcciones meramente proyectadas en la necesidad de garantizar

(101) «Modalidades...», *cit.*, p. 178.

(102) En este sentido, vid. BONET CORREA, J.: «La servidumbre en favor del edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir», RDN, 1961, n.º 33-34, pp. 252-253.

(103) Así se deduce de su S. de 27 de marzo de 1989. Respecto de edificio en construcción. vid. también la STS 14 de abril de 1989

mediante la publicidad registral la «*previsión de un futuro incierto, en forma similar a otras situaciones en que la legislación hipotecaria reconoce su posible inscripción en cuanto que lo que se pretende inscribir supone una modificación jurídico-real del solar o solares, si bien condicionada, y como tal expectativa sujeta a condiciones, participa de la misma naturaleza que el derecho a constituir (art. 9.2.º LH)*»; «*con ello se logra la **protección de los futuros adquirentes de apartamentos, pisos o locales, al no poderse variar sin su consentimiento la situación jurídica creada a través de la regulación hecha, así como el conocimiento por los terceros del régimen***» de la proyectada construcción (104).

4.1.3. *Título constitutivo otorgado por varios propietarios de edificio aún no terminado*

En este caso puede hablarse también de constitución preventiva, en cuanto muchas disposiciones del título y de la LPH no registrarán efectivamente mientras no se concluyan las obras. Tal ocurrirá con ciertas normas estatutarias (v. gr., relativas al deber de contribución a los gastos generales, o al uso de ciertos elementos comunes) y con las normas de la LPH que presupongan la existencia de un edificio terminado y, por tanto, susceptible de ser ocupado (como, p. ej., los arts. 7.3.º y 19, ya que, al no poder ser ocupados los departamentos por sus propietarios, tampoco pueden llevar a cabo en ellos actividades de ningún tipo; o las normas relativas a la conservación y cuidado del edificio contenidas en el artículo 9).

Ahora bien, aunque en esta hipótesis la constitución aún no sea plena, tampoco es puramente formal —como ocurría en los dos casos anteriores—, ya que en ella es aplicable un mayor número de disposiciones reguladoras de la PH que en el supuesto de otorgamiento unilateral del título por el propietario único. Estamos en un *grado de constitución intermedio*, entre la formal y la plena.

Así, muchas normas de la LPH se aplicarán, aunque estén pensando en un edificio terminado, a las cuestiones que puedan surgir a lo largo de la construcción (105). P. ej., si se constituye la Junta, ésta decidirá

(104) Vid. también la Res. de 18 de abril de 1988, que maneja similares justificaciones, y la de 5 de febrero de 1986, que admitió la inscripción del régimen de PH de un edificio proyectado (y definido), así como la de un derecho de vuelo constituido sobre la planta baja del mismo edificio.

(105) En este sentido, vid. CÁMARA, M. DE LA: «Insuficiencia...», *cit.*, pp. 126 y ss.

Frente a esto, G. MUÑOZ DE DIOS («Hacia una nueva Ley de Propiedad Horizontal», *La Ley*, 1986-3, p. 911) entiende que las normas reguladoras de la PH están pensando en una comunidad de goce y que, por ello, no son aptas para regular una situación dinámica como la que se da mientras se construye.

por unanimidad o por mayoría, según proceda, acerca de la modificación del título constitutivo, cambio en las obras, introducción de mejoras; aprobación de las cuentas presentadas por los constructores; aprobación de la división, segregación o agregación de los departamentos; nombramiento de un Presidente, etc.

Para terminar, también la fijación de la cuota de cada departamento en el título puede desempeñar funciones distintas a la simplemente preventiva. Así, en los siguientes supuestos:

1. Si la PH se extinguiera porque el edificio en construcción quedara destruido en el sentido del art. 21.1.º LPH, a cada propietario le correspondería sobre el solar —que pasa a ser objeto de una comunidad ordinaria— una cuota proporcional a la que tuviera asignada su departamento. En igual proporción participará en la prima del seguro, en el caso de que hubiesen concertado uno sobre el edificio. Lo mismo ocurrirá si edificio y solar fueron objeto de expropiación, en relación con el reparto del justiprecio.
2. Si se adoptan acuerdos en Junta, para determinar las mayorías necesarias.
3. En el caso de que esté construyendo el grupo de los futuros propietarios de los departamentos, éstos pueden acordar que la participación en los gastos de las obras sea proporcional a la cuota asignada a cada departamento.

En todo caso, según el art. 3 b), pfo. 2.º LPH, «*dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad*»; lo que ocurre es que habrán de ser, en este supuesto, cargas y beneficios que puedan producirse aun cuando el edificio no esté concluido.

4.2. Constitución real

Si, no habiendo sido otorgado el título, se transmite la propiedad de un piso o local, desde el momento mismo de la transmisión habrá dos objetos distintos de derecho de propiedad. Lo verdaderamente constitutivo no es aquí el documento a que se refiere el art. 5 LPH, sino el mecanismo en virtud del cual se opere la transmisión de la propiedad: el contrato de venta seguido de la entrega de la cosa vendida, el acuerdo de división de la cosa común y adjudicación de sus partes, etc.

Por ello, los únicos papeles que puede desempeñar el título otorgado posteriormente son:

- a) Por un lado, completar y ajustar las disposiciones de la LPH que ya antes eran aplicables.

b) Y, por otro, posibilitar el juego de aquellas normas cuya aplicación precisa del otorgamiento del título conforme a los requisitos legales. Así, v. gr., mientras no haya título, no serán aplicables las reglas de la LPH que presupongan la fijación de una cuota para cada departamento [v. gr., los arts. 3 b), pfo. 2.º, 15, pfo. 1.º y 16.2.ª y 3.ª] (106); asimismo, el régimen de PH no podrá acceder al Registro de la Propiedad (artículo 8.4.º LH), de donde se siguen consecuencias importantes como, por ejemplo, que sus departamentos no podrán inscribirse como fincas independientes (art. 8.5.º LH), o que no será posible establecer hipotecas sobre la totalidad del inmueble (art. 218 RH) o sobre sus pisos o locales (art. 107.11 LH).

En este caso parece más correcto hablar de *constitución real* del régimen de PH que de *constitución de facto*, puesto que lo que ha surgido no es una pura situación de hecho, sino que goza de relevancia jurídica y determina la posibilidad de aplicar la mayor parte de las disposiciones de dicho régimen (107). Por apuntar algunas de ellas:

a) Queda *excluida la acción de división* respecto del edificio (artículo 4 LPH).

b) Cada uno de los condueños goza de los *derechos* que el artículo 396 Cc. y el art. 3 LPH otorgan a los propietarios de los pisos desde su adquisición (STS de 19 de febrero de 1971). Desde ese momento recaerán sobre ellos las *obligaciones* del art. 9 y serán aplicables las disposiciones relativas al desenvolvimiento de la vida en comunidad contenidas en los arts. 7 y 19, 8 y 10 LPH (108).

c) Cualquiera de los condueños podrá *exigir el otorgamiento del título constitutivo*, que —como es sabido— deberá hacerse por todos

(106) Como señala la SAT de Madrid de 24 de febrero de 1986, si bien la fijación de la cuota no es necesaria para el nacimiento de la PH, sí es precisa para el posterior desenvolvimiento del régimen de la LPH, de modo que, en defecto de acuerdo de todos los copropietarios para su fijación, debe ser establecida por laudo o por resolución judicial, pudiendo —en este último caso— acudir al juez cualquiera de ellos (art. 5, pfo. 2.º LPH) (vid. también las SSTs de 13 de diciembre de 1977 y 8 de febrero de 1988).

A propósito de los cometidos que cumple la cuota en el régimen de PH, vid. ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: «La cuota de participación en la Propiedad Horizontal», ADC, 1963-II, pp. 1187-1189; y ESPÍN CÁNOVAS, D.: «Titularidad...», *cit.*, pp. 1053-1054.

(107) Discrepamos, por tanto, de la tesis de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, que considera que hay en estos casos una PH «*de facto*», más no «*de iuris*» («La Ley...», *cit.*, páginas 169 y ss.), a la que, hasta que se otorgue el título constitutivo «*podrá aplicarse analógicamente el régimen de PH, bien que su efectividad no podrá ser plena hasta que exista aquél*» (p. 171).

(108) En otro punto de este trabajo ya se analizó la posible virtualidad de los títulos de adquisición para variar los derechos u obligaciones que corresponden a cada copropietario en virtud del régimen de PH.

los propietarios. Como la LPH nada dice a propósito de la Junta constituyente, se han propuesto diversas soluciones a la cuestión de quién debe convocarla cuando aún no hay Presidente (artículo 15 párrafo 2.º) (109).

La solución más rápida y cómoda para los copropietarios sería que cada cual pudiera hacerlo por sí solo: por la misma razón que se entiende que, cuando no hay acuerdo entre los condueños para el otorgamiento del título, cualquiera de ellos puede acudir al juez para que lo otorgue (arg. art. 5, pfo. 2.º), cabe pensar que también cualquiera de ellos puede tomar la iniciativa para que se adopte el acuerdo preciso, convocando la Junta dirigida a tal fin.

Esta vía parece avalada por la STS de 28 de junio de 1973: «... cuando no se haya constituido... [la Junta], no quedan desamparados aquellos intereses comunes jurídicamente protegidos, ni puede prevalecer la conveniencia de uno solo de los comuneros, no respetando las normas generales de la Ley especial... y, en consecuencia, cuando ello ocurra... puede todo el que estime vulntrado el régimen de propiedad horizontal o se estime perjudicado por los actos de otro propietario, instar la formación de los órganos gestores o acudir a la Autoridad judicial». Creemos que esta doctrina es igualmente aplicable para el caso que planteábamos: el interés de todo condueño en que se forme la Junta constituyente ha de ser eficientemente protegido.

(109) Básicamente, las soluciones apuntadas son:

1.º Puesto que se trata de una Junta de celebración necesaria, puede convocarla cualquier propietario, por aplicación analógica del art. 15, pfos. 1.º y 2.º —es la tesis mayoritaria, defendida entre otros por CÁMARA («Insuficiencia...», *cit.*, pp. 96-97); J. M. TORNE GARCÍA («Todo sobre el condominio», Ed. Vecchi, Barcelona, 1969, pp. 78-79), y S. VINTRO, D. LLOR y J. V. FUENTES LOJO («Propiedad de fincas y apartamentos», Ed. Nauta, Barcelona, 1968, pp. 02-03)—.

2.º Cabe designar un Presidente fuera del marco de la Junta (art. 12, pfo. 1.º), por la mayoría absoluta de titulares y de cuotas que exige el pfo. 1.º del art. 16.2.º; elegido el Presidente, se estará en el supuesto del art. 15 (vid. BRISO ESCOBAR, E. L.: «Los Estatutos, Reglamentos y Juntas de la Propiedad Horizontal» [II], RDN, 1983, n.º 120, pp. 56-58).

3.º Acudir a la autoridad judicial para que se celebre la Junta ordinaria anual (vid. VENTURA-TRAVERSET, A.: «Derecho de Propiedad Horizontal», Bosch, Barcelona, 1966, página 300).

Sin embargo, ninguna de estas vías está exenta de trabas:

1.º Frente a la primera, hay que tener en cuenta que, cuando no es el Presidente quien convoca la Junta, el pfo. 1.º del art. 15 exige un *quorum* del 25% de los propietarios.

2.º Frente a la segunda, el art. 13.1.º establece que el nombramiento del Presidente compete a la Junta.

3.º La tercera retrasa el procedimiento notablemente.

d) Los copropietarios pueden redactar sus *Estatutos y Reglamentos* (arts. 5, pfo. 3.º, y 6).

e) Puede celebrar *Juntas*, nombrar los cargos directivos de la Comunidad y adoptar acuerdos, conforme a los arts. 12 a 18 LPH (110).

f) Entran en vigor, igualmente las reglas relativas a la *legitimación activa de cada condueño* en defensa de los elementos comunes (111).

4.3. Constitución plena

Cuando coinciden constitución real (por la concurrencia de varios propietarios de departamentos independientes) y constitución formal (por el otorgamiento del título), el régimen de la PH funcionará de modo pleno y perfecto, puesto que concurrirán los supuestos de hecho de todas y cada una de las normas. Puede hablarse, en este caso, de *constitución plena*.

CONCLUSIONES

1.º El título constitutivo no es realmente constitutivo: ni es absolutamente necesario para la constitución del régimen, ni es por sí solo suficiente para la plena efectividad del mismo.

2.º Según se otorgue o no el título y, en caso afirmativo, según el momento en que se haga, resultarán aplicables más o menos normas, unas u otras, del régimen de la PH; de ahí que hablemos de «distintos grados de constitución» y de la posibilidad de distinguir varios supuestos de hecho, uno para cada uno de los sectores normativos que integran en su conjunto el régimen global de la PH, además del presupuesto de este régimen en su totalidad.

(110) Vid. SAP de Segovia de 21 de mayo de 1981.

(111) Legitimación que existe «cuando no se hayan constituido o designado los órganos de gobierno de la... Comunidad o cuando, aun ya formalmente establecidos, ellos o los demás comuneros mantengan una actitud pasiva e, incluso, de oposición respecto a las acciones de interés colectivo que, entonces, podrá ejercitar por sí solo, aunque en beneficio de todos, el condueño que así lo estime oportuno» (SAT Burgos, 5 de abril de 1982; también en este sentido, las SSTs de 23 de abril de 1970, 22 de junio de 1972, 16 y 28 de junio de 1973, y 30 de junio de 1975).

BIBLIOGRAFIA

- Actas del I Simposio sobre PH, Valencia, octubre de 1972.
- ALBALADEJO, M.: «*Derecho Civil*», T. III, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1983.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: «*Las condiciones generales de la contratación*», Civitas, Madrid, 1991.
- ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: «*La cuota de participación en la Propiedad Horizontal*», ADC, 1963-II, pp. 1183 y ss.
- ID.: «*El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*», Estudios de D.º Notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Sección 2.ª, Madrid, 1965, pp. 427 y ss.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 1970, RCDI, 1970, pp. 974 y ss.
- ARROYO LÓPEZ-SORO, J.: «*Propiedad Horizontal. Estudio jurídico-práctico*», Trivium, Madrid, 1990.
- BADOSA COLL, F.: «*La multipropietat com a "règim jurídic immobiliari"*», Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa sobre el Règim de la Propietat col·lectiva urbana a Catalunya, celebradas del 25 al 28 de septiembre de 1986, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pp. 13 y ss.
- BATALLA, M.: «*La Ley sobre Propiedad Horizontal y el Registro*», RCDI, 1961-II, pp. 651 y ss.
- BATLLE VÁZQUEZ, M.: «*La propiedad de casas por pisos*», Ed. Marfil, Alcoy, 1970.
- BONET CORREA, J.: «*La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir*», RDN, 1961, números 33 y 34, pp. 247 y ss.
- BRIOSO ESCOBAR, E. L.: «*Los Estatutos, Reglamentos y Juntas de la Propiedad Horizontal*», (II), RDN, 1983, n.º 120, pp. 13 y ss.
- CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA: «*Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*», Centro de Estudios Hipotecarios, Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas, Madrid, 1973, pp. 33 y ss.
- CÁMARA, M. DE LA; GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.: «*Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*», RDN, 1969, n.º 64, pp. 145 y ss.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 1970, RDP, 1970, pp. 602 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: «*Derecho Civil Español, Común y Foral*», T. II, vol. 1, 12.ª ed., Reus, Madrid, 1984.
- COCA PAYERAS, M.: Comentario a la STS 25 de mayo de 1984, CCJC, 1984, n.º 5, 141, pp. 1687 y ss.
- ID.: Comentario a la STS de 18 de diciembre de 1984, CCJC, 1985, n.º 7, 185, pp. 2271 y ss.

- CHICO Y ORTIZ, J. M.: «*La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad*», Boletín del II. Colegio de Abogados de Madrid, 1991, n.º 2, páginas 7 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «*La llamada prehorizontalidad y su proyección registral*». Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de D.º Registral, 12 p.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A.: «*Sistema de Derecho Civil*», vol. III, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- ID.: «*Sistema de Derecho Civil*», vol. II, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «*Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal*», RCDI, 1967-II, pp. 1233 y ss.
- ESPÍN CÁNOVAS, E.: «*Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal*», RDP, 1978-I, páginas 1053 y ss.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «*La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*», ed. RDP, Madrid, 1962.
- ID.: «*¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?*», ADC, 1978, T. XXXI, pp. 3 y ss.
- ID.: «*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*», T. V, vol. 2, EDESA, Madrid, 1985.
- FUENTES LOJO, J. V.: «*Suma de la propiedad por apartamentos*», T. I, Bosch, Barcelona, 1979.
- ID.: «*Necesidad de una nueva Ley de Propiedad Horizontal*», La Ley, 1986-4, pp. 1060 y ss.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.: «*La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción*», RCDI, 1982-II, pp. 925 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario a la STS de 7 de febrero de 1976, RCDI, 1977-I, pp. 438 y ss.
- ID.: Comentario a la STS de 21 de octubre de 1976, RCDI, 1978-II, pp. 1243 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E.: «*La impugnación de los acuerdos sociales en el régimen de la Propiedad Horizontal*», Revista de D.º Registral, 1988, n.º 15, pp. 131 y ss.
- JORDANO FRAGA, F.: «*Prehorizontalidad y servidumbre de propietario*», RDN, 1981, n.º 113-114, pp. 123 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: «*Elementos de Derecho Civil*», T. III, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1980.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: Comentario a la STS 2 de junio de 1970, ADC, 1971-I, pp. 227 y ss.
- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: «*Segregación y división de locales en régimen de propiedad horizontal*», RDN, 1977, n.º 96, pp. 423 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: Comentario al art. 396 del Código civil, en *Comentario al Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1081 y ss.

- MONEDERO GIL.: «*El título constitutivo de la propiedad por pisos*», Pretor, 1964, pp. 506 y ss.
- ID.: «*Presupuestos y origen de la PH*», Pretor, 1964, pp. 357 y ss.
- MONET Y ANTÓN, F.: «*Problemas de técnica notarial ante la nueva LPH*», Estudios de D.º Notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, Sección 2.ª, Madrid, 1962, pp. 243 y ss.
- MONTES PENADES, V. L.: «*La Propiedad Horizontal como colectividad organizada*», ADC, 1972-II, pp. 853 y ss.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C.: «*Los gastos comunes en la propiedad horizontal*», RDN, 1984, números 125 y 126, pp. 209 y ss.
- MUÑOZ DE DIOS, G.: «*Hacia una nueva Ley de Propiedad Horizontal*», La Ley, 1986-3, pp. 904 y ss.
- PAZ-ARES, C.: Prólogo al libro de J. Alfaro Aguila-Real «*Las condiciones generales de la contratación*», Civitas, Madrid, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: «*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*», 2.ª ed., Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1986.
- PERE RALUY, J.: «*La Propiedad Horizontal*», Barcelona, 1961.
- POLO, E.: «*Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*», Civitas, Madrid, 1990.
- PONS GONZÁLEZ, M. y ARCO TORRES, M. DEL: «*Régimen jurídico de la PH (doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios)*», 3.ª ed., Comares, Granada, 1987.
- ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «*Derecho Hipotecario*», T. III, Bosch, Barcelona, 1979.
- SAPENA TOMÁS, J.; CERDÁ BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M.: «*Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*», RDN, 1976, n.º 92, pp. 67 y ss.
- SOTO NIETO, F.: «*Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora*», vol. I, Montecorvo, Madrid, 1976.
- TORNE GARCÍA, J. M.: «*Todo sobre el condominio*», Vecchi, Barcelona, 1969.
- VENTURA-TRAVERSET, A.: «*Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal*», RGD, 1965, pp. 268 y ss.
- ID.: «*Derecho de Propiedad Horizontal*», Bosch, Barcelona, 1966.
- VERGER GARAU, J.: «*Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal*», RJC, 1981, pp. 237 y ss.
- VINTRO, S.; LLOR, D., y FUENTES LOJO, J. V.: «*Propiedad de fincas y apartamentos*», Nauta, Barcelona, 1968.
- ZANÓN MASDEU, L.: «*La propiedad de casas por pisos*», Ariel, Barcelona, 1964.
- J. ALFARO; J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, y C. PAZ-ARES: Intervenciones en el Curso sobre «*Derecho de los consumidores*», dirigido por C. PAZ-ARES, que tuvo lugar en Miraflores de la Sierra (Madrid), durante los días 10 a 12 de junio de, 1991.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DGRN CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

26 de noviembre de 1956

16 de mayo de 1965

3 de diciembre de 1966

16 de mayo de 1967

9 de junio de 1967

14 de marzo de 1968

21 de noviembre de 1968

5 de marzo de 1969

23 de abril de 1970

29 de abril de 1970

2 de junio de 1970

18 de junio de 1970

16 de febrero de 1971

19 de febrero de 1971

2 de abril de 1971

22 de junio de 1972

18 de marzo de 1972

16 de junio de 1973

27 de junio de 1973

28 de junio de 1973

3 de febrero de 1975

30 de junio de 1975

14 de noviembre de 1975

7 de febrero de 1976

27 de abril de 1976

21 de octubre de 1976

7 de diciembre de 1976

13 de abril de 1977

13 de diciembre de 1977

28 de junio de 1978

6 de julio de 1978

11 de octubre de 1978

16 de abril de 1979

10 de noviembre de 1981

28 de diciembre de 1981

19 de octubre de 1982

3 de noviembre de 1982

27 de marzo de 1984

23 de mayo de 1984

25 de mayo de 1984

25 de junio de 1984
18 de diciembre de 1984
28 de diciembre de 1984
31 de enero de 1985
15 de marzo de 1985
16 de diciembre de 1985
5 de mayo de 1986
28 de junio de 1986
16 de julio de 1986
3 de diciembre de 1986
27 de diciembre de 1986
31 de enero de 1987
27 de febrero de 1987
8 de mayo de 1987
17 de julio de 1987
31 de octubre de 1987 (Ar. 7492)
31 de octubre de 1987 (Ar. 7494)
18 de diciembre de 1987
8 de febrero de 1988
17 de junio de 1988
30 de septiembre de 1988
26 de enero de 89
6 de febrero de 1989
2 de marzo de 1989
27 de marzo de 1989
14 de abril de 1989
4 de mayo de 1989
8 de mayo de 1989
5 de junio de 1989
21 de julio de 1989
6 de noviembre de 1989
23 de julio de 1990

Sentencias de Audiencias Provinciales

Madrid, 7 de octubre de 1969
Bilbao, 26 de noviembre de 1970
Granada, 5 de febrero de 1973
Burgos, 14 de febrero de 1973
Badajoz, 3 de julio de 1973
Cáceres, 29 de enero de 1975
Granada, 19 de abril de 1975
Pontevedra, 4 de noviembre de 1975

Palma de Mallorca, 26 de octubre de 1976
Segovia, 21 de mayo de 1981
Córdoba, 4 de junio de 1981
Oviedo, 8 de octubre de 1981
Almería, 12 de marzo de 1984
Madrid, 30 de octubre de 1985
Santa Cruz de Tenerife, 18 de enero de 1990

Sentencias de Audiencias Territoriales

Zaragoza, 11 de abril de 1969
Bilbao, 12 de mayo de 1971
Oviedo, 25 de mayo de 1971
Palma de Mallorca, 6 de octubre de 1971
Madrid, 18 de octubre de 1971
Granada, 8 de febrero de 1972
Barcelona, 1 de marzo de 1972
Valencia, 3 de febrero de 1973
Madrid, 18 de febrero de 1974
Madrid, 3 de marzo de 1977
Madrid, 30 de marzo de 1978
Madrid, 18 de enero de 1979
Las Palmas, 31 de julio de 1979
Barcelona, 22 de junio de 1981
Granada, 18 de julio de 1981
Barcelona, 31 de octubre de 1981
Oviedo, 20 de noviembre de 1981
Madrid, 18 de diciembre de 1981
Madrid, 11 de febrero de 1982
Burgos, 5 de abril de 1982
Oviedo, 17 de marzo de 1983
Oviedo, 27 de abril de 1983
Zaragoza, 13 de mayo de 1983
Madrid, 27 de septiembre de 1983
Madrid, 10 de abril de 1984
Oviedo, 7 de noviembre de 1984
Zaragoza, 13 de mayo de 1985
Oviedo, 11 de junio de 1985
Oviedo, 19 de junio de 1985
Barcelona, 25 de junio de 1985
Madrid, 24 de febrero de 1986
Bilbao, 30 de abril de 1987
Granada, 14 de abril de 1988

Sentencias de Juzgados Municipales

Barcelona, n.º 14, 29 de enero de 1964

Resoluciones de la DGRN

7 de abril de 1970

21 de octubre de 1980

1 de abril de 1981

31 de agosto de 1981

5 de noviembre de 1982

5 de febrero de 1986

17 de abril de 1986

12 de diciembre de 1986

26 de febrero de 1988

18 de abril de 1988

20 de febrero de 1989

31 de marzo de 1989

Interpretación judicial y decisión política

PABLO SALVADOR CODERCH

Octubre 1992

Nota sobre John A. FEREJOHN y Richard R. WEINGAST. «A positive Theory of Statutory Interpretation», 12 *international Review of Law and Economics* 263-279 (1992) y «Limitation of Statutes: strategic Statutory Interpretation», 80 *The Georgetown Law Journal* 565-582 (1992).

La legislación y la interpretación (judicial) como actividades y, más intensamente, las leyes y las sentencias, que con su producto, delimitan el campo, tal vez fundamental, de trabajo del analista jurídico: se parte de las segundas para entrever lo que puede resultar de las primeras. Así, cuando le preguntan a un jurista las consecuencias jurídicas de un curso determinado y futuro de acción, el análisis comienza con la legislación vigente, sigue con el de la jurisprudencia pasada sobre casos similares y concluye con un intento de anticipar ese futuro; con un cálculo exacto, con el mejor de los casos imposibles, o con una conjetura más o menos probable, en todos los posibles, acerca de cuáles serán las decisiones del legislador y de los tribunales sobre el tema objeto de la cuestión.

Rara vez se estudia la, por otra parte, conocida de antiguo interacción entre legisladores históricos y actuales, de un lado, y jueces y tribunales, del otro. Ciertamente, los autores de casi todos los trabajos sobre la interpretación (judicial) intentan, desde hace muy poco más de un siglo (enseñar a) distinguir entre doctrinas subjetivas y doctrinas objetivas: según las primeras, la ley debe entenderse tal y como lo hizo el legislador histórico; conforme a las segundas, hay que atribuir a la ley el sentido que ahora resulta de ella misma y dejando al margen o, me-

por dicho, al principio, su eventual entendimiento originario. Además, los mismos trabajos añaden que la jurisprudencia, es decir, la interpretación judicial, concreta, complementa, modifica y desarrolla y el (sentido del) derecho legislado.

Sin embargo de la difusión reiterada de estas doctrinas, así como de la aceptación generalizada de sus contenidos, a pocos se ha ocultado la oscuridad conceptual y flaqueza teórica del andamiaje escolástico. El reconocimiento creciente de lo insatisfactorio del estado de las cuestiones ha llevado a bastantes a tratar de guarecerse en el abrigo liviano del realismo legal. Más el buscado refugio no es realmente más que asilo para el fracaso de la empresa del conocimiento; los realistas, críticos del formalismo jurídico, atribuyen *a priori* el poder de decisión final a los jueces; alguno ciertamente tienen, pero, a diferencia de lo que se pretende, ni tanto siempre, ni casi nunca el mismo. Que el gobierno de los estados no se puede identificar reductivamente con gobierno de los jueces en una afirmación generalmente verdadera que manifiesta lo desatinado y alejado de la realidad de las tesis básicas de los realistas.

Lo anterior ha parecido servir de palanca a ideólogos radicales postmodernos y críticos literarios postrealistas que, sobre el apoyo, próximo a la certidumbre probablemente trivial de que la cultura es manifestación del poder o, más concretamente, de que la cultura jurídica es su Epifanía, se han detenido en la constatación del sectarismo inevitable del lenguaje ordinario.

El intento, reciente y brillante, de Richard A. Ferejohn y Barry R. Weingast, de la Hoover Institution (Stanford University), debe servir de estímulo a quienes creen que ni uno ni otro punto de vista son la última palabra, el final de la búsqueda sin término que es la investigación científica, en el campo del derecho y de la política como en cualquier otro. Su trabajo no se limita al derribo del tinglado del realismo ingenuo, sino que incluye la construcción de un edificio teórico: a diferencia de otros postrealistas, los autores critican pero también construyen.

Empecemos con el derribo: la mayor parte de los trabajos sobre la interpretación de la ley, comienza diciendo Ferejohn y Weingast, atribuye a los jueces y tribunales la última palabra, pues unos y otros están institucionalmente situados fuera, al final y por encima del proceso político. No hacen la ley, pero determinan su sentido. Pero esta manera de ver las cosas, añaden, distorsiona inaceptablemente la realidad: no existe algo así como «la última palabra» en política; ninguna institución ni persona individual determina definitivamente qué es derecho, pues el poder legislativo puede reaccionar —y a menudo lo hace— ante una decisión del poder judicial o del ejecutivo. Cada uno de los agentes del proceso político puede seguir nuevos cursos de acción a la vista de los decididos por los demás. «Esta capacidad de reaccionar es

un rasgo fundamental del proceso político» (Positive Theory, p, 263). Y ello implica que las interpretaciones judiciales han de ser analizadas como un reflejo del escenario estratégico en el que se dan a conocer, al margen de su motivación y justificación: «Si una decisión del tribunal no logra reflejar la realidad política externa, no durará mucho». En este sentido, concluyen, «toda interpretación es, consciente o inconscientemente, inevitablemente política» (ibídem).

La tesis, es pues, que los jueces americanos y, añadamos nosotros, también los europeos continentales, aunque, por las razones que luego veremos, en menor medida, deciden como lo hacen teniendo en cuenta no sólo los documentos legales o judiciales, sino también la realidad política actual, es decir, las reacciones previsibles de los demás agentes del proceso político y, específicamente, las del órgano u órganos legislativos. El primer modelo teórico de Ferejohn y Weingast es muy sencillo y se ajusta a la realidad institucional básica estadounidense:

a) Un sistema parlamentario auténticamente bicameral formado por una cámara de Representantes («House») y un Senado («Senate») —séame permitido recalcar desde ahora esa importante característica ausente del casi inane bicameralismo español—, y

b) Un Congreso Legislador («enacting Congress»), autor de la ley de cuya interpretación se trata, y un Congreso Actual («sitting Congress») que puede decidir modificar aquella ley anterior.

Es obvio que las elecciones que separan al Congreso Legislador del Actual, pueden haber producido, como uno de sus resultados más obvios, cambios de nota en las preferencias políticas: los nuevos legisladores no tienen por qué pensar, preferir ni decidir igual que los viejos; por eso, señalan los autores, tiene sentido hablar de un (posible) conflicto intertemporal de intereses: «dicho simplemente, los tribunales ... han de interpretar los textos aprobados por el antiguo legislador en presencia del actual» (Positive Theory, pág. 264). ¿En qué medida influye este hecho en la decisión del juez y cuál es, en su caso, la naturaleza de esta influencia? En medida muy impotente, responden los autores, y desde luego, la influencia que se trata de medir es de naturaleza política, similar, por ende, a la que caracteriza a las decisiones de los órganos autores de los documentos que el juez interpreta, pues los jueces no se comportan de manera sustancialmente distinta a los políticos elegidos como miembros de un órgano legislativo y, sobre todo, sería un error considerar que las decisiones legislativas son exógenas a las judiciales o que los jueces deciden exclusivamente sobre la base de sus preferencias (Positive Theory, pág. 265).

La tesis que se acaban de recoger son muy distintas de las hipótesis a que realistas legales y postrealistas críticos nos tienen acostumbrados y según las cuales los intereses individuales del juez o de la juez o su

ideología son cimiento básico de su jurisprudencia. Para Ferejohn y Weingast, en cambio, «las preferencias judiciales no tienen por qué manifestar intereses particulares o ideologías sustantivas. En lugar de ello, pueden emerger de la posición institucional de los tribunales y ser entendidas como valores procesalmente inducidos que atribuyen una respetabilidad especial a los mandatos legislativos. «Los jueces pueden preferir una interpretación a otra no porque consideran preferible sus consecuencias políticas, sino porque la primera interpretación implementa mejor una determinada noción de intención legislativa» (ibídem). Así, una preferencia judicial expresaría «un conjunto de reglas sobre cómo deben interpretarse las leyes», es decir, una teoría del derecho («a jurisprudence»). Una teoría del derecho puede, a su vez, estar «fundamentada sustantiva o procesalmente» («either substantively or procedurally based»), pero la primera posibilidad, es decir, «una teoría sustantiva del derecho», resulta «normativamente sospechosa en una democracia», pues si los jueces fundamentan sus interpretaciones de la ley en sus propias preferencias, ¿que razón hay para que los ciudadanos o sus representantes respeten sus resoluciones?» (Positive Theory páginas 265-266). En cambio, la segunda alternativa atribuye más importancia a los mandatos legislativos y resulta por ello, «más atractiva en un marco democrático» (ibídem, pág. 266).

«Policymaking», la definición y ejecución de las distintas políticas, es «una actividad que tiene lugar en el tiempo real y que tiene una estructura secuencial»: lo que se haga mañana, dicen los autores, puede afectar a los resultados de las decisiones que tomamos hoy; es elemental recordar que todo agente actual de decisiones debe tener muy en cuenta, antes de decidir uno u otro curso de acción, el comportamiento de futuros agentes, que muy bien podría alterar los efectos de lo que ahora se resuelve. La cuestión del compromiso («the issue of commitment»), planteada en el contexto de la interpretación de las leyes, tiene una definición clara: «quienes detentan hoy el poder político buscan modos de dotar a sus decisiones de cierta perdurabilidad frente a las acciones de otros» (ibídem).

La posibilidad de que estos últimos modifiquen los acuerdos de hoy genera el conocido problema de la incerteza política («political uncertainty») de los políticos elegidos: si las decisiones tomadas hoy han de perdurar, no hay más remedio que aislarlas de algún modo del ejercicio, el día de mañana, de la autoridad de otros. Esta es una cuestión muy amplia y tradicionalmente estudiada en el marco de las relaciones entre legisladores (p. ej., reglas de modificación de la constitución o sobre procedimiento legislativo) o entre el legislativo y el ejecutivo. Pero aquí interesa exclusivamente el análisis de las decisiones judiciales desde el punto de vista de la influencia que sobre ellas puede ejercer el hecho de que las preferencias del legislador actual difieran en relación a las del legislador histórico y autor ayer de la ley

que el juez tiene que interpretar hoy. ¿Qué pueden hacer los políticos elegidos hoy como legisladores para evitar que los jueces de mañana cambien el sentido de sus decisiones?

Ferejohn y Weingast responden (en *Positive Tehory*, pp. 267-269, y en *Strategic Statutory Interpretation*, págs. 574-577) ofreciéndonos un modelo similar al elaborado en 1988 por Brian Marks (en su trabajo pionero titulado «A model of Judicial Influence on Congressional Policy Making». Working Paper, Hoover Institution, Stanford University), modelo que, insistimos, está pensado sobre la realidad del bicameralismo norteamericano. Supóngase que, en un determinado momento, un juez ha de adoptar una resolución en un espacio político, X. La decisión política histórica al respecto —el status quo—, llamémosla Q, incorpora la sustancia de una decisión legislativa anterior: Q traduce en términos legislativos las preferencias del Congreso Legislador. Se supone, también, que el espacio político es unidimensional y que los agentes relevantes tienen preferencias euclidianas. Asimismo, se identifican las posiciones políticas —las preferencias— de los miembros de ambas cámaras que ocupan la posición mediana en el Congreso actual como H y S.

Lo anterior requiere una aclaración: La mediana se suele definir como «un valor tal que, ordenados en magnitud los datos, el 50% es menor que ella y el 50%, mayor, es decir, como «el valor central» (Daniel Sánchez de Rivera. *Estadística. Modelos y métodos. I. Fundamentos*. 2.^a ed. Madrid. Alianza Universidad, 1991, p. 57). Un político y legislador (con libertad de voto) ocupa el lugar mediano cuando, en relación a una cuestión sobre la que hay que tomar una decisión, se sitúa en una posición ideológica tal que deja a su izquierda política tantos diputados (o senadores) como los que deja a su derecha política. Saber en qué lugar del espacio político se sitúa el «Legislador mediano» es obviamente importante en cuanto sirve de línea de demarcación para saber dónde hay que detenerse antes de escorar hacia un lado u otro el sentido político de una decisión. La figura que se reproduce a continuación y que se toma de la obra objeto de esta nota muestra lo que aquí se trata de decir:



X

Supóngase entonces, dicen Ferejohn y Weingast, que el juez toma una resolución K que se sitúa en el intervalo H-S. Así las cosas, K no gusta a la mayoría de los senadores porque se sitúa a la izquierda del senador mediano, S. Pero tampoco gusta demasiado a la mayoría de los miembros de la Cámara de Representantes pues está a la derecha del

representante mediano, H. Pero, con toda claridad, K no desencadenará una relación del legislador en su contra, sino que permanecerá como jurisprudencia estable: el hecho de que, en el sistema americano, cada Cámara ha de aprobar el proyecto de ley, así como el de que, dada la situación supuesta, cualquiera de las Cámaras rechazaría la propuesta de la otra consistente en suprimir la jurisprudencia creada con K a favor de otra solución más conservadora (decisión hipotética de la mayoría del senado) o de otra más izquierdista (id. de la mayoría de la Cámara de Representantes), no habrá acuerdo en la dirección del cambio, ambas pretensiones legislativas se anularán por contrapuestas y K se estabilizará como nueva interpretación judicial del derecho establecido por el Congreso legislador.

En cambio, supóngase que el juez decidiera dictar una resolución, K', muy izquierdista y situada, por ello, en el extremo izquierdo del espacio político, mucho más allá tanto de H, como —aún en mayor medida— de S, es decir, fuera del intervalo H-S: en este segundo caso, es obvio que se va a producir una reacción concorde por parte de ambas Cámaras y en forma de nueva legislación que eliminará K' como jurisprudencia inadmisibles. Y lo mismo sucedería si, en vez de tenerlas que ver con un juez radical de izquierdas, los legisladores toparan con una decisión muy a la derecha de H y de S. De ahí que el espacio político H-S defina para cada legislatura lo que los autores denominan el conjunto de las interpretaciones políticamente viables («politically viable interpretations», *Positive Theory*, p. 267). Cualesquiera otras no lo son en cuanto desencadenarían una reacción contraria, simultánea y, lo que es esencial, en el mismo sentido por parte de las dos Cámaras.

La teoría permite así definir una nueva clasificación de la interpretación a partir del dato de su viabilidad:

1. El literalista ingenuo («naive textualist») se aferra al sentido originario del texto, al sentido que le dio el congreso legislador: nuestro originalista doctrinario fracasará en todos los intentos de mantener vigentes aquellas interpretaciones originarias que caigan fuera del intervalo H-S. Su falta de percepción de las realidades políticas, es decir, de las posiciones en las que se sitúa el Congreso Actual le impedirá salvar segundos óptimos distintos a su ideal interpretativo, pero simplemente viables.

2. El juez honesto pero políticamente sofisticado («politically sophisticated honest agent») decidirá el caso a la vista de la letra de la ley —rectius: de su sentido histórico—, pero también tendrá en cuenta el nuevo equilibrio de poder para buscar aquella interpretación que esté dentro del intervalo H-S (dentro por lo tanto, del conjunto de las interpretaciones políticamente viables), pero que se acerque lo más posible

al sentido original. Nuestro juez es honesto pero no ingenuo; sirve a la ley, pero tiene en cuenta la realidad política.

3. El activista político sin reservas («unconstrained policy advocate») tratará de imponer sus preferencias políticas personales. Los autores asumen, por razones de brevedad, que el juez activista es siempre sofisticado y, por tanto, que nunca es ingenuo, es decir, asumen que en todo caso situará su decisión en el espacio lo más próximo posible a su ideología, pero dentro de H-S. De hecho, no hay ninguna razón sustancial para suponer que puede haber literalistas o textualistas ingenuos, pero que ningún activista lo es: la experiencia histórica tiende a mostrar que la perspicacia no se distribuye desigualmente por ideologías interpretativas.

Dé nuevo hay que destacar una característica esencial del modelo: su dependencia de un entramado constitucional realmente bicameral: en él, los jueces gozan de un ámbito de discrecionalidad, de arbitrio, mucho mayor que en regímenes rigurosamente unicamerales o bicamerales imperfectos como el nuestro. Implícita es, tal vez, la organización de la justicia en la tradición del «Common Law»: jueces que no son funcionarios de carrera, sino abogados, gestores o políticos designados por procedimientos en los que prima la selección política, pero que luego disponen de un poder de decisión amplio y considerablemente autónomo en relación a la política. En el «Civil Law», el proceso de selección se despolitiza (idealmente) pero el juez goza tradicionalmente de menos poderes de decisión a lo largo de su carrera en cuanto se aplica un control de legalidad teóricamente más riguroso.

Ya ha quedado dicho que el modelo ayuda a ir más allá del realismo jurídico tradicional y, especialmente, de su acrítica asunción de un decisionismo judicial omnímodo que la práctica del derecho no ha confirmado nunca: los jueces no suelen detentar los poderes básicos del Estado ni, mucho menos, la facultad de pronunciar la última palabra. Pero tampoco es razonable envolver el discurso jurídico del intérprete con los papeles de la indeterminación del derecho, como en cambio han hecho los «critical legal scholars», nuevos realistas críticos, durante ya casi una generación: es cierto que el entendimiento originario del texto legal —si es que llegó a existir— o la letra de la ley tal y como se entendía en el momento de su elaboración por el Congreso Legislador perdura tanto como el poder de quien lo genera pero no más, pero también lo es que hay maneras de aferrar o, al revés, de ampliar el ámbito de las interpretaciones posibles. El modelo de Ferejohn y Weingast muestra algunas a las que no cabe referirse en esta nota, pero que el lector o lectora encontrarán descritas en las obras de referencia (*Strategic Statutory Interpretation*, págs. 577 y ss.; *Positive Theory*, págs. 269

y ss.). Lo importante aquí es mostrar la posibilidad de embridar las interpretaciones futuras mediante la configuración de uno u otro entramado institucional. El mérito principal de trabajos como los de Ferejohn y Weingast consiste precisamente en esta demostración de la relevancia de las instituciones, más allá de la ingenuidad de algunos realismos, del escolasticismo estéril de bastantes marxismos empeñados en postular el carácter meramente superestructural del derecho o del criticismo ácido de quienes, en reflejo reduccionismo, disuelven el derecho en literatura y retórica.

Pero tampoco hay que creer que los trabajos de Ferejohn y Weingast así como los que con ellos vayan o tras ellos sigan el camino por ellos recién abiertos acabarán por llevarnos de vuelta a la ciudadela del formalismo jurídico tradicional, del discurso pretendidamente autosuficiente de una dogmática jurídica empeñada en analizar la interpretación de la leyes con métodos propios y hasta con una pretendida lógica específica (o, mejor dicho, con varias): los textos objeto de esta nota permiten profundizar en las relaciones entre la interpretación jurídica y la decisión política, pero no escudan al derecho de la influencia de la política ni, mucho menos, sirven de coartada a una autónoma ciencia del derecho marginada de la ciencia política y, concretamente, de la denominada «Positive political Theory» («PPT»). A la vez, pero también paradójicamente, la una y la otra salen fortalecidas de su encuentro aunque ello sea a costa de la versión tradicional de la distinción entre doctrinas subjetivas y objetivas de la interpretación; queda aquella distinción algo maltrecha, pero también resulta redefinida en un marco teórico más amplio y más fecundo. En el camino hacia las ciencias sociales no hay que ver ni temer disolución del derecho en política, sino avance a una mejor pero nunca acabada explicación de los problemas que siempre han ocupado al intérprete doctrinal que trata de describir el comportamiento de los jueces, en definitiva, la aplicación judicial del derecho.

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de

**PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
y LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ**

I. DERECHO CIVIL

3. DERECHOS REALES

1. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se promulga la Ley Forestal de Andalucía.

Ley del Parlamento de Andalucía 2/1992, de 15 de junio («B.O.E.» del 8 de julio).

En el ejercicio de las competencias que le atribuye su Estatuto de Autonomía en relación con los bienes de dominio público y patrimoniales, con los montes, aprovechamientos, servicios forestales y vías pecuarias y con la ordenación del territorio y política territorial, entre otros títulos invocados, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha procedido a la promulgación del presente texto, cuyas más destacables peculiaridades son:

1.º Se acude a la técnica planificadora como instrumento de desarrollo de la Ley, y más concretamente a la figura de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, cuya clasificación, contenido y aprobación, constituyen el objeto del Título Primero de la norma presentada. Resulta destacable la exigencia de que los referidos planes se aprueben por Decreto del Consejo de Gobierno y sean publicados en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, incluyéndose su normativa.

2.º Dentro de la regulación de las tradicionales potestades de investigación, recuperación de la posesión de oficio y deslinde de los montes públicos, se introduce un procedimiento abreviado para proceder al deslinde de montes «incompletos o integrados por un expediente que, por su antigüedad, no reúna las características de fiabilidad y precisión que exigen las nuevas técnicas topográficas». Tal procedimiento quedará abortado si se suscitaren cuestiones de posesión consolidada o pro-

(*) Se refiere a las disposiciones publicada en el «Boletín Oficial del Estado» durante el tercer trimestre de 1992.

piedad, debiendo iniciarse la tramitación del procedimiento ordinario (art. 35 de la Ley).

3.º En el artículo 44 de la ley se contiene la delimitación legal del Derecho de Propiedad Privada sobre terrenos forestales, mediante el establecimiento de una serie de obligaciones puestas directamente a cargo de los titulares, y la previsión de una serie de «limitaciones y actuaciones obligatorias adicionales», que podrán contenerse en los Planes de Ordenación de Recursos Naturales.

4.º Dentro del Título V de la norma presentada se contienen una serie de preceptos relativos a los usos y aprovechamientos del monte, entre cuyas previsiones puede destacarse la posibilidad de establecer, en zonas o caminos forestales de los montes públicos, limitaciones al tránsito de personas, animales y vehículos, incluyendo eventualmente la prohibición total y permanente de dicho tránsito.

5.º Se establece la posibilidad de que la Administración titular suscriba convenios, acuerdos o contratos, públicos o privados, con entidades asimismo públicas o privadas y con particulares, para el cumplimiento de los objetivos previstos en la ley, dentro de los límites impuestos por el Ordenamiento Jurídico y el Interés Público, así como de conceder ayudas económicas a trabajos, obras y estudios referidos a predios forestales.

6.º Completa la regulación presentada el régimen sancionador, establecido a partir de una serie de conductas tipificadas como infracciones y clasificadas en especialmente graves, muy graves, graves y leves, en atención a las consecuencias dañosas que de ellas se derivan y a la concurrencia de las circunstancias atenuantes o agravantes contempladas en el propio texto legal. El punto de partida del legislador ha consistido en diferenciar la obligación de reparar e indemnizar los perjuicios causados y la imposición de la sanción administrativa correspondientes, afirmando que aquélla no tendrá carácter sancionador. Mayores dudas plantea, sin embargo, el no considerar sanción el embargo y depósito de los productos forestales ilegalmente obtenidos y de los medios utilizados para su obtención, principio proclamado en el artículo 89 del texto comentado y que el artículo 88, inmediatamente anterior, consideraba como sanción accesoria. Posiblemente lo que quiso decir el legislador es que tal medida, evidentemente sancionatoria, así como la obligación de indemnizar los daños, son acumulables a la multa que puede ser impuesta al responsable.

2. PROPIEDAD INTELECTUAL. Se modifican determinados aspectos de su Ley Reguladora.

Ley 20/1992, de 7 de julio («B.O.E.» del 14).

Mediante la presente disposición se deroga el apartado número 5 del artículo 130 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, reguladora de la Propiedad Intelectual, modificándose además los artículos 24, 25, 103, 119, 127, 129 y 140 de la misma. En concreto, los apartados objeto de reforma son los siguientes:

- 1) En relación con el artículo 24, se admite ahora la transmisión «mortis causa» del derecho de los artistas plásticos a participar en la reventa de sus obras, efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.
- 2) En el artículo 25 se establece el discutido sistema de convenio entre las partes implicadas, o, en su defecto, la intervención mediadora de un experto designado

por la Administración, para el establecimiento de la remuneración compensatoria a satisfacer por los fabricantes en España, o adquirentes fuera del Territorio Nacional para su distribución o utilización dentro de éste, de materiales que permitan la reproducción para uso privado de libros o publicaciones asimiladas, fonogramas, videogramas o cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual.

3) La reforma del artículo 103 viene a concretar la cuantía de la compensación reconocida a los artistas con motivo de la utilización secundaria de los fonogramas en cualquier forma de comunicación pública, cifrando su alcance en el 50% del rendimiento íntegro obtenido por el productor. Se contempla también el derecho de los artistas a participar, junto a los productores, en las negociaciones mantenidas para determinar el importe a abonar por el usuario.

4) Se reconocen al editor, en virtud de la reforma operada en el artículo 119, derechos de explotación de las ediciones de obras divulgadas que, encontrándose en dominio público, puedan ser individualizadas atendiendo a características editoriales que permitan configurar dicha producción como una aportación de valor reconocido.

5) La modificación del artículo 127 suprime la alusión al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la inadecuación de esta norma procesal a las específicas exigencias de las medidas cautelares a adoptar en materia de Propiedad Intelectual.

6) El artículo 129 permite que las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, determinen la estructura y funcionamiento de las oficinas del Registro de la Propiedad Intelectual en sus respectivos territorios, en el marco de las normas comunes que se establezcan reglamentariamente.

7) En el artículo 140 se contempla el reparto por mitad de la remuneración compensatoria establecida por el artículo 25 entre la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de los socios de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, y la realización de actividades de formación y promoción de autores, suprimiéndose en este último caso el calificativo de «noveles» dada su indeterminación y vaguedad.

3. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación del suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma Valenciana.

Ley de las Cortes Valencianas 4/1992, de 5 de junio («B.O.E.» del 28 de julio).

A) Exposición

La norma presentada, absolutamente capital para la configuración del derecho de propiedad del suelo en el territorio de la Comunidad Valenciana, parte de la conocida sistemática consistente en subdividir el suelo no urbanizable en las categorías de suelo no urbanizable común y sujeto a especial protección, desarrollando, en relación con la primera de las tipologías señaladas, el régimen jurídico aplicable a las obras y construcciones en consonancia con la naturaleza y destino agrícola, ganadero, cinegético o análogo de la finca, las vinculadas a la ejecución, mantenimiento y servicio de las obras públicas, o las consistentes en viviendas familiares que no contribuyan a la formación de núcleos de población.

Si hasta aquí no se plantean especiales novedades frente al régimen delineado en el artículo 16 del vigente Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y ordenación urbana, mayores peculiaridades aparecen en relación con la posibilidad de elevar en esta clase de suelo edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social, dado que la regulación presentada contempla el establecimiento, en suelo no urbanizable común y mediante la previa declaración de *interés comunitario*, de las siguientes construcciones:

- 1) Instalaciones destinadas a actividades mineras.
- 2) Instalaciones destinadas a actividades industriales y productivas.
- 3) Instalaciones destinadas a actividades turísticas, deportivas y recreativas, de ocio y esparcimiento, y terciarias.

En los mencionados supuestos, los usos y aprovechamientos se otorgarán sujetos a plazo, devengándose el correspondiente canon, determinado sobre la base del incremento de valor que, en relación con el inicial, experimente el terreno como consecuencia de la atribución del aprovechamiento concedido.

Se establece además la necesidad de que los compromisos asumidos en su caso por el solicitante del uso para con la administración, hayan de consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

No acaba aquí el interés de la norma presentada, por cuanto se regula un procedimiento extraordinario para la atribución de usos y aprovechamientos en relación con actividades terciarias e industriales consideradas *de especial importancia*, atendida la superficie a ocupar, las construcciones a edificar o los accesos precisos. Para la realización de estas actuaciones se requiere la selección de la propuesta inicialmente planteada en competencia con otras que se formulen durante la sustanciación del expediente, sometido al mismo régimen de publicidad que los planes parciales. Es destacable que la aprobación de la alternativa seleccionada lleva implícita la declaración del interés social y de la necesidad de ocupación de los terrenos precisos, confiriéndose a su promotor la condición de beneficiario de la expropiación.

Como débil contrapeso a la delicada situación de los propietarios de dichos terrenos, se contempla la posibilidad de que el propietario de más del 60% de la superficie afectada por la actuación integral inste la derivación en su favor de la concesión, en idénticas condiciones que las propuestas por el promotor de la actuación seleccionada.

Se contempla además el régimen aplicable a la parcelación o segregación de fincas o terrenos en suelo no urbanizable o urbanizable no programado, sujetando estos actos jurídicos a licencia municipal y declarando también la responsabilidad en vía administrativa de los Notarios y Registradores que propiciaran una parcelación ilegal por no exigir la acreditación de la preceptiva licencia municipal al autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división, parcelación o segregación, de fincas o terrenos.

Los convenios urbanísticos suscritos entre municipios y particulares con motivo y en relación con la formulación de instrumentos de ordenación, se estiman sometidos a la condición suspensiva de que el instrumento definitivamente aprobado posibilite su cumplimiento.

También se establecen, en favor de la Generalidad, idénticas prerrogativas que las atribuidas a los municipios por la Ley Estatal 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo en orden a la delimitación de áreas de reserva en suelo no urbanizable y urbanizable no programado, así como de otras en que las transmisiones onerosas de terrenos o de viviendas de protección oficial es-

tén sometidas al derecho de tanteo y retracto en favor de la Comunidad Autónoma, extendiéndose así la norma presentada más allá de la exclusiva regulación del suelo no urbanizable.

B) *Observaciones*

La sucesiva ocupación del suelo no urbanizable por usos y tipologías edificatorias que poco o nada tienen que ver con su utilización agrícola, forestal, cinegética o ganadera, nos plantea algunos interrogantes que nos limitaremos a sugerir de manera esquemática.

Evidentemente, la ampliación del concepto de utilidad pública o interés social al establecimiento de industrias, usos terciarios o zonas de esparcimiento, además de contribuir a una criticable extensión de tan etéreos conceptos y al correlativo debilitamiento de la situación jurídica del propietario, puede propiciar una auténtica competencia a la baja entre todas las Comunidades Autónomas en lo relativo a la protección del suelo no urbanizable, ofreciéndose a los inversores condiciones favorables para la localización de sus proyectos con la finalidad de fomentar la creación de riqueza y el empleo. Las consecuencias más inmediatas serán la degradación sucesiva del suelo no urbanizable común, la aparición de motivaciones económicas para reducir al máximo las superficies de suelo no urbanizable de especial protección y el desplazamiento de la inversión hacia las Comunidades Autónomas más sensibles con el problema representado por la demanda de suelo industrial y terciario a bajo coste. Precisamente este desplazamiento de la inversión habrá de tener una determinante incidencia en la Planificación General de la Actividad Económica, cuyas Bases y Coordinación se configuran como competencia exclusiva del Estado por el art. 149-1-13.º de la Constitución.

Resulta en este sentido curioso contrastar esta regulación con la Ley estatal de Industria, promulgada al amparo de dicho título competencial y que intenta coordinar la política de subvenciones o ayudas, para fomentar la competitividad de la industria nacional o la implantación preferente de industrias en determinadas áreas geográficas.

En definitiva, y en la medida en que el suelo no urbanizable, al contrario de lo que su denominación sugiere, vaya a poder ser urbanizado con creciente intensidad, habrán de clarificarse las actuaciones que las Comunidades Autónomas pueden amparar en el ejercicio de sus competencias sobre ordenación del territorio, con la finalidad de que no se proceda al efectivo vaciamiento de otras estatales, configuradas además como exclusivas (así, por ejemplo, las contempladas en el ya citado artículo 149-1-13.º o en el también importante 149-1-23.º, donde se afirma la competencia exclusiva del Estado en relación con la legislación básica sobre montes, protección del medio ambiente, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

En cuanto a la tipificación de infracciones y sanciones aplicables a Registradores y Notarios, parece manifiesta la incompetencia de una norma autonómica para regular tal materia, no mereciendo por ello mayores comentarios.

Por último, resulta destacable la cada vez mayor proliferación de expedientes administrativos en los cuales se configuran compromisos entre órganos de la Administración y propietarios, que deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad y en relación con los cuales no se contemplan los efectos frente a terceros

de la falta de inscripción. El problema reviste interés si tomamos en consideración la tendencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo a considerar que en estos supuestos y cuando de disposiciones urbanísticas se trata, el adquirente queda en cualquier caso subrogado en la posición del transmitente, derivando esta consecuencia de la redacción dada al artículo 88 del derogado Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, hoy artículo 22 del Real Decreto-Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, sin considerar aplicable la protección dispensada por la Legislación Hipotecaria a los terceros adquirentes.

4. BIENES PUBLICOS. Regulación del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ley de la Asamblea de Extremadura 2/1992, de 9 de julio («B.O.E.» del 19 de agosto).

La presente disposición, tomando como punto de partida la clasificación tradicional de los bienes públicos en bienes de dominio público y patrimoniales, regula las competencias de los distintos órganos autonómicos en relación con los bienes de la Comunidad Autónoma.

Se contienen además las usuales prerrogativas dispuestas en favor de las Administraciones Públicas para la defensa de sus bienes, regulándose la recuperación de la posesión, la prohibición de los interdictos contra la Administración, los deberes de colaboración en la actividad investigadora de la Administración acerca de la situación de sus bienes y el expediente de deslinde y amojonamiento administrativo.

Los procedimientos de afectación, desafectación, adscripción y cambio de destino de los bienes integrantes del patrimonio de la Comunidad son igualmente objeto de atención por parte del legislador, estableciéndose también las responsabilidades y sanciones en que pueden incurrir las personas naturales o jurídicas en el caso de causar daño a los bienes de la Comunidad. En este último sentido nos parece criticable el régimen legal, por cuanto viene a compatibilizar la sanción administrativa y la reparación del daño causado. Pese a tratarse de una previsión que viene siendo reiterada en cuantas disposiciones análogas de otras Comunidades Autónomas venimos comentando, lo cierto es que no se entiende muy bien cómo un mismo comportamiento negligente, ligado causalmente a la producción de un daño, puede conllevar un tratamiento más riguroso en atención no ya a la propia utilidad o características del bien, sino al mero dato de su pertenencia a un ente autonómico.

La ley procede a una regulación pormenorizada de los bienes de dominio público y de dominio privado de la Administración autonómica, sometiéndose la utilización privada de los primeros al régimen de concesión o autorización administrativa delineado en la propia disposición, y estableciéndose la normativa aplicable a la adquisición, enajenación, cesión y aprovechamiento de los segundos.

Por último se contempla también la posibilidad de adscribir estos bienes a entidades integrantes de la Administración institucional autonómica, regulándose igualmente su posterior reincorporación al Patrimonio de la Comunidad Autónoma.

III. DERECHO MERCANTIL

4. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA. NUEVA REGULACION

5. Ley 18/1992, de 1 de julio, y Real Decreto 671/1992, de 2 de julio («B.O.E.» de 3 y 4 de julio).

La regulación de las transacciones económicas con el exterior sufrió un cambio radical con el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre (véase su reseña en este Anuario. XLV-I, disposición número 11 de la Información legislativa). En él, manteniéndose la apoyatura en la Ley de régimen jurídico de Control de cambios, de 1979, pasó a establecerse un principio general de libertad en los movimientos de capitales, con lo que se hizo indispensable una revisión del régimen de las inversiones extranjeras, la cual, por otra parte, era también necesaria para adecuar nuestro derecho a la Directiva 88/361 de la CEE, de 24 de junio de 1988.

La nueva Ley 18/1992 lleva a cabo una deslegalización de la materia, derogando expresamente el texto articulado aprobado por el Real Decreto legislativo 1265/1986, de 27 de junio. Sólo la relación de los sectores económicos con restricciones especiales a la participación extranjera (juego, defensa, televisión, radio, transporte aéreo y actividades que supongan el ejercicio de autoridad pública) y los principios básicos contenidos en la Ley de Control de cambios de 1979 quedan como normas con rango de ley vigentes en esta materia. En el ámbito administrativo y para regular la tramitación del procedimiento de registro de las inversiones extranjeras se dictó por la Dirección General de Transacciones exteriores la Resolución de 6 de julio de 1992 («B.O.E.» del 14).

Los aspectos más destacables de la nueva regulación son los siguientes:

1. Concepto de inversión extranjera: Es la realizada en España por personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio o residencia principal en el extranjero. La condición de no residente en España deberá acreditarse para que la inversión sea conceptuada como extranjera.

2. Régimen general: Se declaran libres estas inversiones; de modo que, cumplidos los requisitos formales de carácter administrativo que se establecen, sus titulares podrán transferir al exterior el producto de su liquidación y los rendimientos que obtengan.

3. Clases de inversiones: Perdura la clasificación recogida en anteriores disposiciones, adaptada a la normativa comunitaria:

- Directas, que permiten a su titular acceder a la gestión o control de una sociedad española o de un establecimiento.
- De cartera, materializada en adquisiciones de valores negociables que no supongan crear vínculos duraderos.
- En bienes inmuebles, adquiriendo derechos reales sobre ellos.
- Otras formas, menos utilizadas (cuentas en participación, comunidades de bienes, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas...).

4. Medidas de control administrativo: Ordenadas de mayor a menor intensidad, se prevén las siguientes actuaciones:

a) Autorización administrativa, cuya exigencia está ahora muy limitada. Sólo se precisará para inversiones en los sectores específicos reservados (antes mencionados) y para las efectuadas por Gobiernos y entidades oficiales de soberanía extranjera, siempre que no se trate de inversores o Estados miembros de la Comunidad Europea, pues en este caso la normativa comunitaria no permite este tipo de limitación.

A un control equivalente a la autorización administrativa conduce la facultad de suspender la liberalización, atribuida al Director General de Transacciones Exteriores cuando la inversión proyectada «pueda tener consecuencias perjudiciales para los intereses del Estado español» (art. 24, p. 4). Esta medida no es aplicable a residentes en países comunitarios y parece apta sólo para inversiones sujetas a verificación. La extraordinaria amplitud y vaguedad de los términos utilizados hacen que el ejercicio de la facultad sea puramente discrecional, aunque se afirme el control jurisdiccional de los actos administrativos que se dicten, más aún si se tiene en cuenta que las actuaciones financieras no permiten las demoras que suponen los procesos impugnatorios. En definitiva esta medida funciona como cláusula de salvaguarda utilizable individualmente frente a inversiones sujetas a verificación y procedentes de países no comunitarios.

b) Verificación administrativa previa, que supone la comunicación de la inversión proyectada y el transcurso del plazo establecido para obtener la conformidad (30 días hábiles), a no ser que ésta se notifique con anterioridad.

Están sujetas a este procedimiento las inversiones directas que, según sus distintas modalidades, tengan importe superior a 500 millones de pesetas, siendo preciso, tratándose de participación en el capital de sociedades, que la participación extranjera supere el 50%; y las inversiones en inmuebles o que revistan otras formas por importe superior al mismo límite. Además precisan verificación las inversiones directas, en inmuebles, o de otra forma procedentes de países calificados como paraísos fiscales por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

c) Registro administrativo: Las inversiones extranjeras no sujetas a las medidas antes examinadas son libres pero, en todo caso, su realización efectiva y su liquidación deberán declararse al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda. Corresponde formular la declaración a los titulares, los fedatarios públicos que formalicen las operaciones y las sociedades, agencias de valores u otros intermediarios que intervengan en ellas.

5. Requisitos formales de las inversiones: Pueden calificarse como tales una serie de exigencias impuestas a las operaciones de inversión, a su liquidación o a los valores en que se materializan:

a) Formalización documental: Las inversiones extranjeras deberán formalizarse en documento autorizado por fedatario público español, incluso si se verifica su transmisión entre no residentes y en el extranjero. Sólo se exceptúan las transmisiones de valores intermediadas por sociedades o agencias de valores. Tanto el fedatario interviniente como los Registradores de la Propiedad o Mercantiles que registren las inversiones extranjeras deberán comprobar el cumplimiento de las normas reguladoras de las mismas, especialmente las relativas a la no residencia en España del titular y la forma de aportación.

b) Realización de cobros y pagos: Se efectuarán a través de las entidades financieras autorizadas para operar en este ámbito. Se permiten expresamente los

aplazamientos o anticipos de pago de las inversiones extranjeras, aunque requieran verificación o autorización.

c) Depósito de valores: Los valores negociables en que se materialicen las inversiones deberán quedar depositados en España.

d) Plazos: Las distintas normas reguladoras de estas inversiones establecen una variedad de plazos con finalidades distintas:

- Las solicitudes de autorización deberán resolverse en 60 días si son competencia de la Dirección General, y de 90 días en otro caso.
- En ambos, el transcurso de los plazos sin resolver surtirá efectos negativos.
- Las solicitudes de verificación deberán resolverse en el plazo de 30 días hábiles; el cual una vez transcurrido sin dictarse la resolución determinará que la inversión se entiende verificada y conforme.
- Obtenida la autorización o verificación, deberá realizarse la inversión en el plazo que especifiquen o en el de seis meses.
- Las declaraciones de inversión o liquidación al Registro administrativo deben formularse, ordinariamente, en el plazo de 30 días hábiles (Resolución de 6 de julio de 1992).

6. Organización administrativa: El Real Decreto lleva a cabo una minuciosa distribución de competencias en la materia, así como de la tramitación de los expedientes, completada en la Resolución de 6 de julio, citada, con la aprobación de los nuevos impresos utilizables.

En definitiva, la proclamada liberalización de las inversiones extranjeras no ha servido aún para simplificar la normativa aplicable, que sigue siendo farragosa, plagada de excepciones, limitaciones y trámites administrativos a realizar. Es destacable la aparición de un nuevo requisito, la justificación de la condición de no residente, cuya exigencia ha tenido que ser flexibilizada por la Resolución de 26 de octubre de 1992 («B.O.E.» del 30), que evidencia lo incompleto de la liberalización.

6. INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR. Nueva regulación. Real Decreto 672/1992, de 2 de julio («B.O.E.» del 4).

En aplicación de los principios liberalizadores se dicta esta nueva regulación que se ajusta al modelo formal del régimen de las inversiones extranjeras en España reseñado anteriormente.

Las inversiones exteriores, es decir, realizadas en el extranjero por personas residentes en España, se declaran, en general, libres, sin perjuicio de su obligatoria declaración al Registro administrativo especial. El límite para la exigencia de verificación previa se establece en 250 millones de pesetas para las inversiones directas, en inmuebles o en formas no típicas, mientras que las inversiones de cartera no la precisarán.

La necesidad de autorización queda limitada a los casos de aportación de inmuebles, valores o establecimientos situados en España y a los de aplicación de la cláusula genérica de salvaguarda de los intereses del Estado español en relación con países no comunitarios.

Se mantiene igualmente la limitación de las inversiones destinadas a «paraísos fiscales» al someterlas a verificación administrativa.

7. SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSION INMOBILIARIA Y FONDOS DE TITULACION HIPOTECARIA. Se establece su régimen legal. Ley 19/1992, de 7 de julio («B.O.E.» del 14).

La presente disposición viene a modificar determinados aspectos de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, con la finalidad de dotar de la necesaria cobertura legal al régimen fiscal y financiero de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria.

Se establece así, entre otras muchas modificaciones, la posibilidad de que por vía reglamentaria se contemplen especialidades para las instituciones de inversión colectiva no financieras en materia de criterios de valoración, obligaciones frente a terceros, constitución de derechos de garantía sobre activos o bienes de su patrimonio, y suscripción y reembolso de participaciones.

Se prohíbe además que los socios o partícipes de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria, o las personas a ellos vinculadas, puedan ser arrendatarios de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de las referidas entidades, autorizándose expresamente que los bienes y derechos cuya titularidad pertenezca a Fondos de Inversión Inmobiliaria puedan ser inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad.

En cuanto al régimen fiscal de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria, se fija en el 7% el tipo de gravamen en el Impuesto de Sociedades para aquellas de las entidades citadas que inviertan exclusivamente en viviendas y otros bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento posterior.

Se establece también una bonificación del 95% en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para la adquisición de viviendas destinadas a arrendamiento por las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria, en los siguientes supuestos:

- 1) Si su objeto social exclusivo consiste en la inversión en viviendas para su arrendamiento.
- 2) Si su objeto social exclusivo consiste en la inversión en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, siempre que las viviendas representen al menos el 50% del total del activo.

La aplicación del régimen fiscal delineado para estas entidades se condiciona a que los inmuebles que integren su activo no se enajenen hasta pasados cuatro años desde su adquisición.

También son objeto de regulación por la norma presentada los Fondos de Titulación Hipotecaria, cuya constitución habrá de formalizarse en escritura pública y que constituirán patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica. Su activo estará integrado por participaciones hipotecarias, correspondiendo la administración y representación legal de estas entidades a la sociedad gestora que las hubiera creado.

La finalidad perseguida por el legislador es la de abaratar los créditos hipotecarios a través del estímulo de la competencia entre las entidades de crédito, consistiendo el mecanismo utilizado en que el Fondo de Titulación Hipotecaria adquiera participaciones en préstamos hipotecarios de las mencionadas entidades de crédito, emitiendo valores de renta fija susceptibles de negociación en mercados organizados.

**8. SEGURIDAD PRIVADA. Se promulga su ley reguladora.
Ley 23/1992, de 30 de julio («B.O.E.» del 4 de agosto).**

La presente Ley viene a dar la necesaria cobertura al desarrollo de actividades de seguridad privada, cuya proliferación en los últimos años, además de llamar a la reflexión, venía poniendo de manifiesto la insuficiencia de rango y la dispersión de la normativa aplicable a la prestación de tales servicios. Además, y por motivos de oportunidad, la disposición comentada regula también las actividades propias de los detectives privados.

Se relacionan en la ley los requisitos que han de reunir las empresas de seguridad y sus administradores, destacando en este sentido la necesidad de inscripción de la empresa en un Registro establecido al efecto en el Ministerio del Interior.

La regulación del denominado personal de seguridad incluye las condiciones que han de reunir los candidatos para la obtención de la necesaria habilitación administrativa y las específicas funciones que este personal podrá desarrollar, atendiendo a su clasificación legal en: Vigilantes de seguridad, jefes de seguridad, escoltas privados, guardas particulares del campo o detectives.

Se difiere al desarrollo reglamentario la regulación de los supuestos en que los vigilantes de seguridad desempeñaran sus funciones utilizando armas de fuego, estableciéndose en la ley que necesariamente habrán de comprenderse entre esos supuestos los de protección, almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos, los de vigilancia y protección de fábricas y depósito o transporte de armas y explosivos, de industrias o establecimientos peligrosos que se encuentren en despoblado y aquellos otros de análoga significación (artículo 14).

La ley prohíbe que los vigilantes de seguridad desarrollen sus funciones en las vías públicas o de uso común, estableciéndose la posibilidad de autorización expresa, como excepción, para la vigilancia de polígonos industriales o *urbanizaciones aisladas*.

En relación con la actividad propia de los detectives privados, se prohíbe expresamente la utilización de medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen, o al secreto de las comunicaciones (art. 19-4).

Resultan también destacables la consideración de la seguridad privada como sector específico, a efectos de ejercicio del derecho de establecimiento, la necesidad de informe previo del Ministerio del Interior para la autorización de inversiones extranjeras en este sector, o la exención de tales limitaciones para las personas físicas nacionales de los Estados Comunitarios y para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado Miembro, cuya sede social, administración central o centro de actividad principal, se encuentre dentro de la Comunidad (Disposición Adicional Primera).

El artículo 6 de la ley presentada es especialmente interesante por cuanto en su apartado primero impone la constancia escrita, con arreglo a modelo oficial, de los contratos de prestación de los distintos servicios de seguridad, además de su comunicación al Ministerio del Interior, tres días antes de la iniciación de tales servicios como mínimo.

La razón de tal imposición nos la proporciona el apartado 3 del mencionado precepto, en virtud del cual el Ministerio del Interior «prohibirá la prestación de los servicios de seguridad privada o la utilización de determinados medios materiales o

técnicos, cuando pudieran causar daños o perjuicios a terceros o poner en peligro la seguridad ciudadana».

Parece, sin embargo, inapropiado entender tales requisitos formales como una exigencia «ad solemnitatem», dado el hecho de que el propio artículo 22-2-d) del texto comentado califica como infracción grave «la realización de los servicios de seguridad sin formalizar o sin comunicar al Ministerio del Interior la celebración de los correspondientes contratos». Así, tanto el tenor literal de la disposición, que se refiere a «contratos celebrados», pese al incumplimiento de los requisitos administrativos, como el principio espiritualista vigente en nuestro derecho de contratos o la conocida interpretación jurisprudencial del artículo 6-3 del Código Civil, claramente favorable a la restricción de la nulidad radical por la falta de cumplimiento de autorizaciones administrativas, en especial cuando la propia norma contempla una consecuencia jurídica diversa para su vulneración, parecen inclinar hacia la eficacia inter-partes del contrato celebrado sin la cumplimentación de esos requisitos.

Mayor interés debe reconocerse en este sentido al párrafo número 2 del comentado artículo 6, por cuanto establece que «la prestación del servicio de escoltas personales sólo podrá realizarse previa autorización expresa del Ministerio del Interior, que se concederá, individualizada y excepcionalmente, en los casos en que concurren especiales circunstancias y condicionada a la forma de prestación del servicio».

Se completa la regulación legal con el pertinente régimen sancionador, en el cual se contienen algunas peculiaridades relativas al procedimiento para la imposición y ejecución de las medidas previstas por la ley.

V. OTRAS DISPOSICIONES

9. INDUSTRIA. Se promulga su ley reguladora. Ley 21/1992, de 16 de julio («B.O.E.» del 23).

Con la amplia finalidad de establecer las normas básicas de ordenación de las actividades industriales, fijar los medios y procedimientos para coordinar las competencias en materia de industria de las distintas Administraciones Públicas, y regular la actuación de la Administración del Estado en relación con el sector industrial, se ha procedido a la promulgación de la presente ley, estructurada en cinco títulos, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una derogatoria y una final y cuyo contenido concreto es el siguiente:

— *El Título Primero*, bajo el epígrafe de Disposiciones Generales, se dedica a la definición del objeto, los fines y el ámbito de aplicación de la ley, proclamando el principio general de libertad de establecimiento para la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales y los supuestos en los cuales se requerirá autorización administrativa previa.

— *En el Título Segundo* se establecen los Programas de Promoción Industrial como instrumento idóneo para la promoción, modernización y competitividad de la industria, sometiéndolos a la normativa Nacional y Comunitaria sobre defensa

de la competencia, determinándose el procedimiento para su aprobación y los incentivos o medidas que pueden contener. Se crea la Comisión para la Competitividad Industrial como órgano adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, para evaluar la competitividad de la Industria Española y contribuir a su mejora.

— *El Título Tercero* se subdivide en dos capítulos. El primero de ellos, bajo el epígrafe de Seguridad Industrial, define el objeto propio de los Reglamentos de Seguridad, contemplados como instrumento de desarrollo de la ley y cuya aprobación corresponde al Gobierno de la Nación, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan, en ejercicio de sus competencias, promulgar normas adicionales sobre las mismas materias.

El cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad puede verificarse por las Administraciones Públicas competentes, directamente o a través de los *Organismos de Control*, configurados por el legislador como entidades públicas o privadas que *habrán de suscribir un seguro que cubra su posible responsabilidad* hasta la cuantía que se establezca y que, autorizadas por la Administración competente en materia de industria del territorio donde inicien su actividad o radiquen sus instalaciones, son, a su vez, controladas por las *Entidades de Acreditación*, instituciones éstas sin ánimo de lucro y constituidas para verificar, en el ámbito estatal, el cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos para el funcionamiento de los Organismos de Control.

No concluye aquí esta serie escalonada de órganos supervisores, sino que las Entidades de Acreditación han de ser informadas positivamente por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, integrado por representantes de la Administración Estatal y de las Comunidades Autónomas.

El tratamiento legislativo del problema que la calidad industrial plantea, parte del establecimiento de una serie de finalidades a perseguir con el objetivo último de potenciar la competitividad industrial del país, encomendándose su consecución a los diversos organismos y agentes relacionados en la norma y en cuya constitución y actividad, como nota común, deberá garantizarse la imparcialidad y competencia técnica.

— *El Título Cuarto* crea el Registro de Establecimientos Industriales e Información Estadística Industrial como organismo de ámbito estatal adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, imponiéndose a los titulares de empresas el deber de comunicar aquellos datos relativos a la empresa y a los establecimientos que el Registro está llamado a publicar. Con el objetivo de conseguir la necesaria coordinación con las Comunidades Autónomas, se crea la inevitable Comisión de Registro e Información Industrial, donde estarán representadas la administración Estatal y las distintas Comunidades Autónomas.

— *El Título Quinto* contiene el Régimen Sancionador relativo a las materias reguladas por la ley, con la correspondiente tipificación de infracciones clasificadas en muy graves, graves y leves, sus correspondientes sanciones y los sujetos responsables.

— *En la Disposición Final* de la Ley se relacionan los preceptos que tienen la consideración de básicos, confiriéndose al resto del articulado el carácter de regulación supletoria de la dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

Finalmente, merece destacarse la Exposición de Motivos de la Ley que hace una completa historia legislativa de la regulación de la actividad industrial en nues-

tro país desde la Ley de 24 de noviembre de 1939, para la ordenación y defensa de la industria nacional.

Su lectura evidencia el total cambio producido en relación con el intervencionismo administrativo sobre la industria, reflejado en el desmantelamiento de la multitud de controles que inicialmente se establecieron. De este modo, el contenido de la actual Ley llega a decepcionar, pues las disposiciones sobre seguridad industrial y registros estadísticos no necesitaban una promulgación tan pomposa, pero ello es consecuencia del principio de libertad de empresa proclamado por la Constitución.

10. MEDIDAS PRESUPUESTARIAS URGENTES. Se procede a la adopción de las mismas.

Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio («B.O.E.» del 23).

Como es bien sabido el presente Real Decreto-ley ha sido promulgado con la finalidad de paliar el incremento experimentado por el déficit público durante el primer semestre de 1992, contemplando, entre otras, las siguientes medidas:

1) Desde el punto de vista del incremento de los ingresos tributarios, se modifican tanto el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como el Impuesto sobre el Valor Añadido, incrementando las escalas del primero para el año 1992 y anticipándose al día uno de agosto del mismo año la elevación del tipo general del segundo de los citados tributos (al 15%).

2) En el ámbito de la disminución del gasto:

a) Se procede a suspender temporalmente la necesidad de convocar pruebas de acceso a la función pública para cubrir las plazas dotadas presupuestariamente y vacantes.

b) Se tipifican como infracciones administrativas determinadas conductas relacionadas con la desviación a terceros de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social a jubilados y otros colectivos.

c) Se modifica la Ley General de la Seguridad Social, poniendo a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador en las contingencias de enfermedad común o accidente no laboral desde los días de baja cuarto al decimoquinto, ambos inclusive. Se posibilita además que el empresario asuma directamente el pago de las prestaciones correspondientes a las indicadas contingencias, reduciéndose en tal caso la cuota a abonar a la Seguridad Social en el coeficiente que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

d) Se suprimen para el futuro las pensiones asistenciales reguladas en la Ley de 21 de junio de 1960 y en el Real Decreto 2620/81, de 24 de julio, salvando los derechos de quienes ya las vinieran percibiendo o hubieran solicitado su percepción en el momento de la entrada en vigor de la norma presentada.

e) Por último, se modifican determinados aspectos de la regulación relativa a Sociedades y Fondos de Capital Riesgo, para intentar que dichas entidades puedan cumplir eficazmente su objetivo de fomentar la competitividad de las empresas españolas.

11. CONSTITUCION ESPAÑOLA. Se procede a la modificación del artículo 13, apartado 2, de la misma.

Reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992 («B.O.E.» del 28).

Como es sabido, la presente reforma ha sido operada con la finalidad de conciliar la regulación constitucional del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales con el texto del Tratado de la Unión Europea, posibilitándose en lo sucesivo la atribución de tal derecho a quienes no sean españoles, mediante ley o tratado y en atención a criterios de reciprocidad.

BIBLIOGRAFIA

Libros

FINEZ RATON, J.M.: «Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales», **Estudios de Derecho Mercantil**, Cívitas, Madrid, 1992, 308 páginas.

I. La declaración judicial de quiebra del comerciante pone en marcha un complejo mecanismo de ejecución colectiva cuyos efectos alcanzarán, no sólo al deudor quebrado y sus acreedores, sino también, en ocasiones, a terceros sin conexión directa con el mismo. En este sentido, ocurre con frecuencia que el momento de la apertura del procedimiento se hallen pendientes de ejecución contratos bilaterales previamente concluidos por el quebrado con terceros. De las consecuencias que se generan sobre tales contratos una vez declarada la quiebra se ocupa la obra que recensiamos. En el capítulo primero, el autor procede a delimitar los términos que, a su juicio, comprende la problemática de los contratos bilaterales pendientes en la quiebra. Para que la misma suscite, es preciso que nos hallemos ante *un contrato perfeccionado con anterioridad a la apertura del procedimiento e inejecutado total o parcialmente por ambas partes contratantes*. También se exige que *el contrato vincule el patrimonio concursal y sea, además, oponible a la quiebra*.

Respecto de la necesidad de que se trate de un contrato perfeccionado antes de la apertura del procedimiento, el autor excluye del ámbito de incidencia de la quiebra a los contratos en formación; del mismo modo que, en orden a la exigencia de inejecución del contrato por ambas partes contratantes, deja fuera de esta problemática, tanto a los contratos unilaterales, como a los contratos bilaterales totalmente ejecutados por una de las partes, a los denominados contratos bilaterales imperfectos, y, en definitiva, a los créditos réstitorios surgidos de la nulidad o anulabilidad del contrato bilateral. Con todo, la cuestión de los contratos bilaterales pendientes en la quiebra parece concebirse por el autor en términos estrictos en torno a la idea de la correlatividad de obligaciones (págs. 31 a 34)

Por otro lado, en el mismo capítulo primero se recoge también una breve referencia al cambio de filosofía introducido por las modernas tendencias del derecho concursal y una escueta exposición del derecho comparado, así como

una somera descripción del estado normativo y doctrinal de la materia en Derecho español, en especial del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (págs. 43 a 54).

Ahora bien, a nuestro juicio, el amplio debate existente en la doctrina y la jurisprudencia, dentro y fuera de nuestras fronteras, en torno a esta problemática, introduce una cierta dosis de relativismo en algunas de las apreciaciones expuestas que, quizá, exigirían una mayor precisión por parte del autor. Al mismo tiempo, si bien a lo largo de la obra es frecuente el recurso a las propuestas legales, doctrinales y jurisprudenciales del derecho italiano —lo que contribuye al excesivo dogmatismo imperante—, tal vez hubieran merecido un apunte más detenido las soluciones de otros derechos. Sorprende especialmente en esta materia, la escasa atención prestada al derecho francés, la mínima referencia al derecho alemán y, en general, la ausencia del derecho anglosajón.

Tras esta visión introductoria, los tres capítulos siguientes se ocupan de la incidencia de la quiebra sobre el contrato (págs. 55 a 72), de la determinación de las partes del mismo y sus posibilidades de actuación (págs. 77 a 163), del conflicto de intereses que tiene su origen en dicha problemática y, en definitiva, de sus posibles soluciones (págs. 171 a 281).

II. Para el autor, *los efectos de la declaración judicial de quiebra sobre el contrato* se determinan a partir de dos premisas: en primer lugar, que el vínculo contractual entre quebrado y contraparte subsiste tras la apertura del procedimiento; en segundo lugar, que la quiebra no constituye causa de resolución o extinción del contrato bilateral, salvo excepciones. La primera de estas afirmaciones derivaría, a su juicio, de las disposiciones que los diferentes ordenamientos han venido estableciendo en orden a los efectos de la declaración judicial de quiebra sobre los contratos en curso: suspensión del contrato y facultad de elección de los síndicos. La segunda se suscita al amparo de varios argumentos: unos procedentes de la eficacia del mismo procedimiento concursal sobre el patrimonio del deudor, otros procedentes del propio fundamento de la facultad resolutoria.

Por una parte, las propias exigencias del procedimiento (indisponibilidad patrimonial, igualdad de trato de los acreedores) exigirían la permanencia del vínculo contractual, de modo que la parte *in bonis* (no quebrada) sólo puede suspender el cumplimiento de su obligación. Por otra, el autor considera que el fundamento de la resolución no es conciliable con la normativa concursal y que la declaración judicial de quiebra no supone un incumplimiento amparado bajo el artículo 1.124 del Código Civil. La apertura del procedimiento no impide el cumplimiento del contrato, y en consecuencia, tampoco cabría hablar de imposibilidad sobrevenida. Además, en principio, no aparecería limitada la facultad de cumplimiento de la parte *in bonis*.

Cuestión distinta sería determinar si la quiebra puede ser calificada como incumplimiento imputable al deudor. Al respecto parece que con arreglo al derecho español habría que atenerse a la calificación que se haga de la insolvencia en el procedimiento (arts. 886 y ss. Cco.) y, en cualquier caso, sería preciso probar la relación de causalidad entre la gestión del empresario deudor y la insolvencia.

La determinación de las partes en el contrato constituye la finalidad del capítulo tercero de la obra. En él se procede a analizar, tanto *las posibilidades de actuación del contratante in bonis*, como *la posición de los órganos del procedimiento respecto al contrato*.

El contratante no quebrado dispone de tres posibilidades de actuación: la facultad de suspender la ejecución a su cargo, el derecho a cumplir su prestación y el poder de poner en mora a la sindicatura.

La primera de estas facultades, si bien para el autor es deducible del Código de Comercio (art. 909, págs. 80 y 81), no encuentra su fundamento en la normativa concursal, sino en la propia naturaleza del contrato bilateral. Los artículos 1.467 y 1.502 del Código civil en sede de compraventa constituirían manifestaciones de la facultad suspensiva de ejecución y, en definitiva, expresiones, a su vez, de la *exceptio non adimpleti contractus* en derecho español, por lo que serían aplicables por analogía a todos los contratos bilaterales (págs. 85 a 95).

En cuanto a la posibilidad que tiene el contratante *in bonis* de cumplir su prestación e insinuarse en el pasivo de la quiebra por el crédito contra el quebrado, para el autor citado, esta facultad puede venir limitada, tanto por las propias exigencias del procedimiento, como por las peculiaridades del contrato bilateral (págs. 99 a 103). En cualquier caso, si el contratante no quebrado ejecuta su prestación con el fin de participar en la masa pasiva por el crédito que tiene frente al quebrado, deberá ejercer esta facultad en el tiempo previsto para que pueda ser reconocido posteriormente en junta como acreedor (plazo fijado según el art. 1.101.2 Cco. de 1989 para la verificación de créditos).

Ahora bien, si el contratante *in bonis* no ejecuta su prestación y los órganos del procedimiento no manifiestan su voluntad de continuar o no con el contrato, se puede originar una situación de suspensión prolongada lesiva para los intereses de ambas partes. En este sentido, frente a las soluciones arbitradas por los distintos ordenamientos con el fin de evitar tales situaciones de incertidumbre, el Derecho español carece de normativa precisa al respecto. Ante ello, el autor considera que la facultad otorgada a la sindicatura de subrogarse en el lugar del quebrado (art. 909.9, párrafo 2.º Cco.) se complementaría con el derecho de la parte *in bonis* a que la misma se ejercite tempestivamente. De manera que, a su juicio, las normas que regulan el funcionamiento de los órganos del procedimiento de quiebra en Derecho español (arts. 1.218 LEC y 1.073 Cco de 1829, en relación con los arts. 1.352 y 1.353 LEC) aconsejarían adoptar una solución semejante a la del Derecho italiano. Así, si la sindicatura no se manifiesta en orden a la continuación o no en el contrato, el contratante *in bonis* podría dirigirse al comisario a fin de que éste fije un plazo para el ejercicio de aquella facultad por los síndicos (págs. 105 a 109).

Por otro lado, la posición de la quiebra ante el contrato se define en función de dos posibilidades: la continuación del contrato tras la apertura del procedimiento o la extinción del mismo una vez declarada judicialmente la quiebra.

Según el autor, la facultad de sustitución de la sindicatura en el contrato se reconoce expresamente en los artículos 908 y 909 del Código de Comercio, si bien para supuestos concretos y determinados de compraventas al contado o al fiado y únicamente en caso de quiebra del comprador. Las reglas de los números 8 y 9 del

artículo 909 responden a una concepción de la transmisión de la propiedad que subyace en la tradición jurídica española y hoy se mantienen como excepciones a la teoría del título y del modo consagrada por el Código civil. En su opinión, esa razón de ser histórica convierte en excepcionales estas normas frente a la teoría general de las relaciones jurídicas preexistentes. Sin embargo, las especialidades que se cifran en los números 8 y 9 del artículo 909 no impiden modelar la teoría de las relaciones jurídicas preexistentes en Derecho español sobre los artículos 908 y 909 del Código de Comercio, en la medida en que la ratio de ambos preceptos se halla en la propia mecánica de la relación obligatoria sinalagmática. De esta manera, y de forma semejante al derecho italiano, la teoría de las relaciones jurídicas preexistentes se reconduciría a la teoría general sobre la compraventa, en cuanto modelo de contrato bilateral.

En definitiva, conforme a lo expuesto, para el autor, los artículos 1.467 del Código civil y 909.9.º, inciso primero, del Código de Comercio constituirían las normas generales de reconocimiento en Derecho español de la influencia de la quiebra sobre los contratos bilaterales pendientes, ya que de tales preceptos emanaría, tanto la facultad de suspensión de la parte *in bonis*, cuanto la facultad de sustitución de la sindicatura en el lugar del quebrado, criterios básicos de la disciplina.

Ahora bien, frente a los principios generales, no dejan de suscitarse supuestos contractuales que exigen o la continuación *ope legis* de la sindicatura en el contrato, o la extinción automática del mismo, en función de particulares criterios. Entre esos criterios, el autor destaca, en orden a la continuación automática con los síndicos, la oponibilidad de la situación jurídica del contratante no quebrado a la quiebra. Así ocurre en la compraventa con reserva de dominio en caso de quiebra del vendedor (págs. 122 a 127) y en el arrendamiento inmobiliario en caso de quiebra del arrendador (págs. 133 a 136). Junto a ello, se hallan los supuestos en que la continuación automática parece provenir más de una opción de política legislativa que de un criterio estrictamente jurídico, como en el caso de quiebra del asegurado o tomador en el seguro de daños (págs. 127 a 133), en el contrato de trabajo en caso de quiebra del empleador (págs. 142 a 147) y en el arrendamiento inmobiliario en caso de quiebra del arrendatario (págs. 148 a 153).

Por otra parte, y siguiendo al autor, la extinción *ipso iure* del contrato hallaría su razón de ser en aquellos supuestos cuya funcionalidad entre en abierta contradicción con la indisponibilidad patrimonial que conlleva el procedimiento o en aquellos otros en que el contrato haya sido perfeccionado en atención a las características personales del quebrado. En este ámbito destacan, tanto el mandato en caso de quiebra del mandatario (págs. 155 a 158), como con la cuenta corriente en caso de quiebra del mandante (págs. 158 a 163).

Del conflicto de intereses y las soluciones que se ofrecen al contrato una vez declarada la quiebra se ocupa el capítulo cuarto de la obra.

En orden a la individualización de los intereses en conflicto se analiza por separado en este capítulo *la protección de que está dotado el quebrado* (págs. 174 a 179), *el interés del contratante in bonis* (págs. 187a 222), *el interés del procedi-*

miento (págs. 229 a 268) y el interés general o social en torno al derecho de la crisis de la empresa (págs. 273 a 275):

El ámbito de protección del quebrado excluye de la afección que conlleva el procedimiento a aquellas relaciones dirigidas a satisfacer exigencias vitales del propio quebrado y su familia. En este punto, el autor se ocupa de un supuesto que estima especialmente conflictivo, el arrendamiento de casa habitación (páginas 179 a 187).

En cuanto a la protección del contratante *in bonis* inicialmente, ésta se conduce por el autor a los supuestos especiales en que se recoge la continuación automática del contrato con los órganos de la quiebra, frente a las disposiciones generales que prevén la suspensión y opción de los órganos de administración. Estaríamos ante situaciones que responden, según vimos, a la eficacia jurídico-real derivada del contrato frente a la quiebra. Ahora bien, en determinadas ocasiones, el cambio de las circunstancias previstas en el momento de la perfección del contrato puede impedir que el mismo alcance la finalidad socioeconómica que le es propia. En tal caso, el interés de la parte *in bonis* o bien vendrá valorado de antemano por el legislador, produciéndose la extinción automática del contrato, o bien puede reconducirse a las medidas de tutela del crédito previstas por el ordenamiento a favor del no quebrado, facilitando a éste el desistimiento. Desde esta perspectiva, son objeto de análisis, el contrato de ejecución de obra en caso de quiebra del contratista (págs. 190 a 196), los contratos restitutorios, como el comodato en caso de quiebra del comodatario (págs. 198 a 205) y el depósito en caso de quiebra del depositario (págs. 205 a 209); y, entre los contratos de crédito, el contrato de apertura de crédito (págs. 211 a 222). En estos supuestos late una especial contemplación a la persona, si bien la consideración en cada caso del elemento personal es divergente, de ahí que también se obtengan distintas soluciones a la hora de determinar la incidencia de la quiebra sobre esos contratos.

A continuación, el autor toma en cuenta el interés de la quiebra desde un punto de vista doble: el que ofrece el interés de la masa de acreedores y el de las propias exigencias del procedimiento. Sin embargo, a su juicio, la atención separada a estos intereses tampoco permite formular soluciones al contrato aplicables con carácter general, de modo que, nuevamente se hace preciso un examen caso por caso. Así, se abordan los contratos de gestión, comisión (págs. 232 a 240), agencia (págs. 241 a 243) y mediación (págs. 243 a 249); el mandato *in rem propriam* en caso de quiebra del mandante (págs. 249 a 267) y los supuestos de quiebra del comodante y quiebra del depositante.

De otro lado, el autor estima que la presencia del interés general o social en la regulación de los institutos concursales ha conducido a una modificación de los planteamientos tradicionales de esta disciplina, provocando el surgimiento de nuevos principios orientadores en la problemática de las relaciones jurídicas pre-existentes. No se obtienen las mismas soluciones en un sistema concursal presidido por el principio de liquidación que en un sistema basado en el principio conservativo. Bajo la vigencia del principio de conservación, el tratamiento de los contratos estaría en función de dos parámetros: el saneamiento de la empresa

y el mantenimiento de la actividad. En este ámbito, cobrarían especial relieve aquellos contratos directamente relacionados con la gestión empresarial (v. gr., comisión, agencia y mediación) y recibirían nuevas propuestas de tratamiento determinados supuestos contractuales, desde el propio mandato al leasing financiero.

Por último, en el capítulo quinto, se analiza especialmente la naturaleza jurídica de la facultad de sustitución de la sindicatura. A su vez, es adoptada la regla del Derecho italiano relativa a la imposibilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados por la extinción del contrato como efecto de la declaración judicial de quiebra (págs. 296 a 299) y, para concluir, se lleva a cabo un breve estudio de la facultad resolutoria desde un enfoque esencialmente histórico.

III. En definitiva, según el autor, la norma general en materia de contratos bilaterales pendientes en la quiebra se hallaría, por un lado, en la facultad de suspensión del contrato y por otro, en la facultad de sustitución de la sindicatura en el lugar del quebrado. El fundamento de ambas facultades parece ubicarse en la teoría general del contrato y el sistema de principios que regulan la contratación bilateral. Sin embargo, esta regla se verá relativizada en muchos casos por las propias exigencias del concurso. De ahí que el autor, a la hora de fundamentar sus propuestas se afiance en una posición intermedia entre las peculiaridades del contrato bilateral y las exigencias del procedimiento de insolvencia, para, en última instancia, defender la necesidad de una reforma del derecho concursal español que tome en cuenta las modernas orientaciones en torno al principio de conservación y el derecho de la crisis de la empresa.

Ahora bien, a nuestro juicio, ante la —en ocasiones— confusa sistemática y el excesivo dogmatismo, quizá hubiera resultado conveniente, delimitar de forma algo más precisas aquellas fundamentaciones, ya que la reproducción en distintos lugares, a lo largo de la obra, de determinadas ideas y principios, si bien pone de manifiesto su trascendencia en el estudio de esta problemática, no siempre va acompañada de una mayor claridad. Por otro lado, manifiesta la adhesión del autor al principio de conservación, se echa de menos una valoración crítica del alcance y las consecuencias que acompañan a las nuevas propuestas del derecho comparado en materia de contratos bilaterales pendientes en la quiebra. Tal vez habrían merecido alguna atención los autorizados debates doctrinales en torno a la funcionalidad de los distintos institutos concursales, retomados en casi todos los Derechos a la luz del nuevo principio de conservación y que han constituido un freno importante a los sucesivos intentos reformadores en este ámbito.

En cualquier caso, nos hallamos ante una nueva tentativa orientadora que habrá de tenerse en cuenta dadas las carencias de nuestro derecho concursal vigente en materia de efectos de la declaración judicial de quiebra sobre los contratos bilaterales pendientes.

GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «La protección civil del enfermo mental no incapacitado». Prólogo del Dr. Juan Roca Juan, Edit. Bosch, Barcelona, 1992. (325 páginas).

En este trabajo del *Dr. García-Ripoll*, que ahora ve la luz como monografía, constituyó su tesis doctoral que, galardonada con la máxima calificación, le valió también para obtener el Premio Extraordinario de la Universidad de Murcia.

El tema central de la obra, como ya evidencia el título de la misma, es la situación jurídica del enfermo mental no incapacitado. Así, *García-Ripoll*, con una fluida y directa pluma, construye para la teoría del Derecho español lo que podríamos llamar el estatuto jurídico del enfermo mental no incapacitado. A lo que creo, el autor desarrolla, dicha teoría en dos flancos diferenciados: la protección del enfermo mental, que es en sí mismo objeto de protección, y la seguridad del tráfico jurídico: la contratación del demente y la calificación jurídica de los actos que realiza.

Parte el autor de un supuesto de hecho, constatado por la realidad cotidiana, como es que la mayoría de los enfermos mentales no están incapacitados, y, junto a ello, la existencia, también, de personas que a pesar de padecer trastornos mentales no cumplen los requisitos legales para ser incapacitados.

Así, pues, teniendo en cuenta la anterior premisa, formalmente estructura el autor su obra en tres partes bien diferenciadas.

En la primera parte, rubricada la situación del enfermo mental no incapacitado, la dedica el autor a la constitución y desarrollo del estatuto jurídico del enfermo mental no incapacitado; pieza clave, a mi parecer, de su obra, pues de ella dependerá la valoración jurídica de los actos y negocios realizados por estos sujetos.

Así, el autor comienza por definir y diferenciar el concepto de capacidad en sus dos tradicionales vertientes: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

Por lo que respecta a la capacidad de obrar, *García-Ripoll* parte y hace suya la teoría de *De Castro*, que hace depender la capacidad de obrar del estado civil; si bien, el autor, da un paso más. En efecto, como el mismo dice, se ha de tener en cuenta la extensión que hoy en día se da al concepto de estado civil, tal que es comprensivo de todo aspecto de la condición jurídica de la persona. Por lo tanto, según él dice, la capacidad no es en sí misma un estado, sino la consecuencia o el efecto de un estado: la situación de dependencia o independencia de una persona.

Así la pérdida de independencia del sujeto es lo que *García-Ripoll* llama incapacidad. En consecuencia, la incapacidad deriva del estado de dependencia de la persona, graduándose ésta, por lo tanto, en base a la intensidad de la protección: representación o asistencia.

Siguiendo esta dialéctica, plantea el autor el ya clásico problema sobre la naturaleza jurídica de la sentencia de incapacitación: ¿es constitutiva o meramente declarativa?

Llevando a cabo un riguroso estudio de los antecedentes históricos del Código civil, en especial el proyecto de 1851, así como las diferentes posturas doctrinales, tanto civiles como procesales, en defensa o detrimento de cada una de las enfrentadas posturas, se manifiesta partidario del carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación.

En consecuencia, todo lo anterior le lleva a afirmar que se ha de considerar al enfermo mental no incapacitado formalmente capaz, ya que es independiente, no está sometido a potestad alguna y no tiene prohibición alguna genérica de actuar.

La segunda parte la dedica el autor a la protección de la salud e integridad del enfermo.

El axioma de partida es la libertad como valor fundamental en nuestro ordenamiento, por lo tanto la medida del internamiento no ha de identificarse como meramente protectora de la comunidad, sino que también ha de ser una medida beneficiosa para el enfermo.

Desarrolla esta idea básica a lo largo de un capítulo en el que conjuga los conceptos jurídicos-civiles, como son la definición del internamiento o ingreso, con las actuaciones formales del proceso: los legitimados para solicitar el internamiento y el procedimiento a seguir.

La tercera parte, colofón de su obra, trata del régimen jurídico de los actos realizados por el enfermo mental.

Esta tercera parte, que es la más extensa, se estructura a su vez en varios capítulos sutilmente diferenciados.

El primero de ellos y más genérico, lo refiere a los contratos y negocios jurídicos en general. De este primer capítulo me parece especialmente relevante la exégesis que lleva a cabo García-Ripoll del art. 1.263.2 del C.c. En efecto, barajando certeramente los antecedentes de nuestro ya centenario Código civil, excluye de dicho precepto a los enfermos mentales no incapacitados, pues dicha norma, por su dicción y su historia, sólo es referible a los sujetos ya incapacitados. La elaboración en torno a esta tesis, así como su concepción alrededor de la capacidad de obrar, le llevan a defender que los actos realizados por los enfermos mentales no incapacitados son anulables.

Los siguientes capítulos, hasta totalizar los cuatro que componen esta parte, están referidos respectivamente a la testamentifacción y al matrimonio del enfermo mental no incapacitado, a la responsabilidad civil del demente, y, finalmente, a la actividad de los terceros en relación con el enfermo mental: las declaraciones de voluntad recepticias y el pago al inepto mental.

Para finalizar la exposición, podemos decir que esta monografía de García-Ripoll, reúne toda la problemática y actuación en el tráfico jurídico de los enfermos mentales no incapacitados, ofreciendo una respuesta jurídica a las actuaciones en el mundo jurídico de estos sujetos.

Con los planteamientos que ofrece el autor, así como la tesis que defiende, se podrá estar o no de acuerdo, pero los argumentos que las apoyan son en sí mismos rigurosos.

MARÍA DEL CARMEN BAYOD
Prof. Ayudante de Derecho civil.
Universidad de Zaragoza

«Legislación básica sobre consumo». Edición preparada por Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ y M.^a Angeles PARRA LUCAN; biblioteca Tecnos de Textos Legales; 873 páginas. Madrid, 1992.

Nadie puede poner en duda que cada vez es más necesario disponer de una legislación básica en materia de consumo; se incrementa, hasta constituir una frondosa normativa, la producción legislativa, y ello, tanto por los órganos comunitarios como por los estatales y autonómicos; aumentan —y ello es motivo de esperanza— los estudios científicos sobre el Derecho del Consumo; por último, los órganos judiciales —y ello resulta alentador— van mostrándose, aunque con parsimonia, más sensibles a las exigencias consumeristas. Que dos Profesores jóvenes, aunque ya prestigiosos civilistas, conocidos ambos por su intensa dedicación a los temas del Derecho del Consumo, hayan acometido la tarea de preparar con esmero la presente edición, es ya una garantía de éxito.

Es clásica la distribución sistemática adoptada al agrupar la materia en tres grandes apartados referentes al Derecho comunitario, estatal y autonómico; dentro de cada uno de ellos el criterio clasificatorio es jerárquico y, entre las normas de igual jeraquía, cronológico. Es una novedad positiva haber incluido textos no normativos en sentido estricto, como ocurre con la Comunicación del Consejo de la C.C.E.E. de 28 julio 1985, relativa al nuevo impulso de la política de protección de los consumidores, o diferentes propuestas de Directivas, así como en el ámbito estatal, el Anteproyecto de R.D. sobre el sistema arbitral del consumo. Entre las normas recogidas, últimamente promulgadas, se incluyen la Ley de 21 de noviembre 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y el R.D. de 8 de marzo de 1991, aprobando el Catálogo de productos, bienes y servicios; a determinados efectos de la L.G.D.C.U. De resaltar en la inclusión de un último apartado relativo a la jurisprudencia constitucional en el que se recogen las sentencias recaídas en recursos interpuestos contra el Estatuto Vasco del Consumidor, contra la Ley catalana de regulación de determinadas estructuras comerciales, contra la Ley de 1984 y contra el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario; esta doctrina jurisprudencial ha incidido en la legislación posterior y se cita con frecuencia.

Consideración especial merece el Prólogo que firma el Profesor Martínez de Aguirre, y que constituye una valiente toma de posesión ante cuestiones cruciales que hoy se plantean a los estudiosos del Derecho del Consumo, y que si bien el autor había expuesto con anterioridad, ahora sintetiza en una decena escasa de pági-

nas. No es difícil augurar que tales opiniones han de constituir necesario punto de partida para la ulterior discusión.

La obra contiene abundantes referencias y un completo índice analítico, lo que, unido a la adecuada tipografía, la convierten en un volumen sumamente manejable.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

NUEVA REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO AGRARIO (1)

Auspiciada por el Instituto Argentino de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Rosario acaba de ver la luz el primer número, pulcramente presentado, de esta revista especializada, que muestra el creciente interés de este sector del ordenamiento en Iberoamérica. Pudiera decirse que comienzan a dar frutos los reiterados esfuerzos de los agraristas italianos y españoles desplegados en los últimos años, a través de cursos, conferencias, y congresos. Si inicialmente la meta era lograr que algunos becarios iberoamericanos elaborasen su Tesis en los Institutos europeos de Derecho agrario, hoy ya se cuenta con un nutrido plantel de docentes e investigadores que permite hablar de una doctrina agrarista iberoamericana. Precisamente el reciente Congreso celebrado en Zaragoza durante los días 28 de septiembre al 1.º de octubre, dentro de los actos del V Centenario, ha confirmado la vocación regional del Derecho agrario iberoamericano, pues dimensión continental tienen los problemas de tendencia y explotación de la tierra, que aquél trata de resolver.

Por ello la aparición de esta revista argentina ha de verse con satisfacción y esperanza. No cabe duda que disponer de una publicación periódica especializada ha de contribuir decisivamente a la creación y difusión de una ciencia del Derecho agrario de caracteres propios. También suscita esperanza, cuando no son infrecuentes los casos de revista de vida efímera o lánguida, dado que ha irrumpido con buen pie en el mundo de las publicaciones jurídicas. En primer lugar, por la dimensión comparativa que campea en el propio título de la revista, y se ve confirmada en la composición del Comité Científico Internacional con un elenco de ilustres agraristas europeos y americanos. En segundo lugar por la cuidada selección de colaboradores del primer número (tres españoles, dos argentinos, un italiano y un uruguayo), que se ocupan de una variada temática, que comprende temas generales (así, Gelsi Bidart se ocupa de "Constitución y Derecho Agrario", o el propio Director de la Revista, Fernando P. Brebbia que trata de las "Tendencias de la doctrina agrarista", con excelente información de la doctrina de ambos continentes) y estudios más especializados (así el Ballarín, sobre "La función social del suelo rústico y la propiedad agraria"; el de la Carozza sobre "El patrimonio

(1) «Revista argentina de Derecho Agrario y Comparado». Instituto Argentino de Derecho Agrario. Rosario (Argentina), año 1, número 1, julio 1992, 210 páginas.

nio profesional del agricultor y la propiedad empresarial agraria”; el de Sanz Jarque, que versa sobre “Contratación agro-industrial”; el de Figallo, que trata de “La posesión agraria y la propiedad de la tierra”, y el de M.^a del Carmen Sanz Escorihuela, relativo al “Derecho sucesorio agrario”). La sección doctrinal se completa con la llamada Carta de Goiania o conclusiones del V Congreso Internacional de Derecho Agrario, celebrado en esta ciudad brasileña en agosto de 1990. Algo menos de medio centenar de páginas se dedican a la jurisprudencia argentina en materia agraria, en algunos casos con comentarios doctrinales. Cerrándose la revista con un índice de legislación agraria argentina, una sección bibliográfica y otra de noticias.

Quizás se echa en falta una presentación de la revista, aunque acaso cumple tal finalidad el ya reseñado artículo que firma el Director. En tal caso, desde esta orilla del Atlántico auguramos a la nueva revista una vida larga y fecunda siendo medio de comunicación continental entre los agraristas de los diversos países, generosamente abierto a la doctrina europea, y española en particular.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Director del Instituto de Derecho Agrario.

Facultad de Derecho (Zaragoza)

TANGUY, Yann: «La recherche documentaire en Droit». Presses Universitaires de France; Paris, 1991, 283 páginas.

Se trata de una obra, breve en apariencia, pero de extraordinaria utilidad, que si bien se dirige primordialmente al estudiante, investigador o abogado francés, prestará un gran servicio al investigador extranjero que trata de iniciarse en las interioridades del mundo jurídico transpirenaico; aún me atrevo a decir que al ya familiarizado con el Derecho galo la presente obra puede depararle muy agradables sorpresas.

Sabido es que, en lo que va de siglo, nuestros vecinos han cuidado con esmero los aspectos metodológicos de la investigación en el terreno jurídico. Clasificada en *La Thèse du Doctorat en Droit*, de Henri Capitant (4.^a ed. revisada por Julliot de la Morandière, Paris 1951), y más moderna en una obra similar de Dreyfus, *La Thèse et la mémoire de Doctorat en Droit, Etude méthodologique*, que alcanza ya la 2.^a edición (Paris 1983). A ambas se une la presente que ofrece unas características muy señaladas; por sus destinatarios, no se limita al estudiante del tercer ciclo, sino que se ofrece al investigador en general o al operador jurídico que precisa de una información legislativa, jurisprudencial o doctrinal; su redacción ofrece notables calidades pedagógicas, no desdeñando el aparato doctrinal necesario que se emplea debidamente dosificado, sin perjuicio de brindar ayuda a quien pretende *aller plus loin* en la búsqueda o investigación; es muy de agradecer el complemento de información informática que va resultando familiar al jurista.

La obra se divide en dos grandes apartados, dedicado el primero a la descripción de las fuentes documentales y el segundo a su utilización. No sobra el conocer cómo se organiza una Biblioteca o Centro de documentación jurídica, los sistemas clasificatorios, léxicos, y tesauros, ficheros y catálogos y ficheros informatizados; tampoco el conocer cómo están organizadas en Francia las Bibliotecas que pueden albergar obras jurídicas (Biblioteca Nacional, Bibliotecas Universitarias y otros Centros públicos o privados). Utilidad general presentan las informaciones suministradas a propósito de las publicaciones bibliográficas generales o especializadas, los bancos de datos bibliográficos y las informaciones bibliográficas contenidas en libros y revistas de carácter jurídico.

El capítulo 2.º no tiene desperdicio pues trata exhaustivamente de forma y contenido de las principales colecciones usuales de obras de referencia, comenzando por los *Journaux Officiels* y los Códigos oficiales y privados, las Enciclopedias jurídicas, Repertorios y *Jurisclasseurs*, los *Recueils* de jurisprudencia, terminando en las obras jurídicas, ya sean de carácter didáctico, de investigación o especializado y profesional.

Probablemente para el investigador español el capítulo 3.º ha de ser de extraordinaria utilidad ya que suministra una completísima información sobre revistas jurídicas y publicaciones periódicas del mismo carácter; el autor enumera hasta cinco tipos distintos de revistas jurídicas: las de información jurídica general, las especializadas, las de investigación, las profesionales y las de divulgación; en relación con el contenido, resulta muy ilustrativo lo relativo al criterio de selección de sentencias para su anotación o comentario, teniendo en cuenta que en Francia existe el "Oficio" de comentaristas de sentencias (*arrêstistes*) que goza de notable prestigio científico.

Todo el capítulo 4.º, referente a los Bancos de datos informatizados, actualmente funcionando o en preparación, ofrecen una actualísima utilidad también para el investigador extranjero que los consulta *in situ*, no pareciendo lejano al día en que, a través de conexiones adecuadas, puede obtener información en su propio domicilio o, al menos, en el Centro de trabajo.

La segunda parte trata del modo de utilización de las fuentes documentales, ofreciéndose un doble modelo: la preparación de un estudio, memoria o exposición, o la preparación de una demanda o consulta de un caso. El autor analiza los procedimientos de búsqueda en las Enciclopedias, Diccionarios, *Jurisclasseur*, Códigos, *Recueils* de jurisprudencia, revistas, publicaciones periódicas y Bancos de datos. No faltando, por último, indicaciones prácticas sobre la forma de organizar un fichero manual o informatizado, o sobre la manera de citar e indicar referencias.

La utilidad de la obra se acrecienta con un Anexo dedicado a exponer una lista de revistas y publicaciones periódicas (mayoritariamente francesas), con el dato importante de sus direcciones, y otros de Centros de Documentación y bibliotecas.

Para finalizar, una última pregunta: ¿Cuándo dispondremos en España de algo similar, tan práctico y completo como la presente obra?.

TRIGO REPRESAS, Félix A.: «La responsabilidad civil del abogado». Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1991. 317 páginas.

Para dar la medida exacta del interés que puede revestir la lectura y estudio de esta monografía, varios son los datos, que merecen ser considerados previamente. En primer lugar, no es el único trabajo del autor sobre responsabilidad civil; en su haber cuenta con varios libros y artículos al respecto, alguno de los cuales están específicamente dedicados al análisis de la responsabilidad de profesionales. Lo cual proporciona unas páginas rigurosas y precisas, donde se abordan los problemas y sus soluciones directa y sintéticamente. Esta circunstancia explica, asimismo, el tratamiento del tema, en el que el autor va particularizando desde el régimen general, asentando concepciones previas, que después informan las conclusiones específicas adoptadas. De manera que, después de la Parte Segunda, donde aborda un estudio amplio y genérico de la responsabilidad civil; se reduce, ya en la Tercera Parte, el ámbito particularizado a que se refiere la presente investigación (1).

En segundo lugar, la concreción al ámbito de la abogacía. Nota que aporta un especial interés al libro, en la medida en que no es frecuente encontrar un análisis específico de la responsabilidad civil del abogado. Normalmente se estudia conjuntamente a los profesionales liberales y —en numerosas ocasiones— se cae en la remisión constante a los supuestos médicos. Nos descubre el autor especificidades propias en el ejercicio de la abogacía, dignas de tener en cuenta, en relación a cada uno de los elementos de la responsabilidad, que luego veremos.

Por último, la aparente proximidad de una reforma en Argentina que fusionará —si se acogen definitivamente las directrices del Proyecto (2)—, los regímenes de la responsabilidad contractual y extracontractual, en sintonía con las tendencias doctrinales. Un amplio análisis del asunto se encuentra en el capítulo tercero de la Segunda Parte. Para Trigo Represas, las únicas diferencias existentes entre ambos regímenes de responsabilidad —en base al Código civil argentino— son los plazos de prescripción y la extensión del resarcimiento. También en el Código civil español son éstas las únicas diferencias considerables que se observan (3). Más tarde nos informa de cómo el proyecto de reforma reduce las disparidades que represen-

(1) En la primera parte de la monografía hace referencia a generalidades sobre la profesión de abogado, tales como el concepto, su función, los derechos y deberes del mismo, etc., pero sin pretensión de profundidad, como se aprecia por su tratamiento.

(2) Vid. YZQUIERDO TOLSADA: *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Madrid, 1989, página 222. Para este autor el Proyecto de reforma del Código civil argentino en la materia ha merecido la siguiente afirmación: «*pasaría a convertirse en el punto de la responsabilidad civil unificada en el Código más moderno del mundo.*»

(3) Vid. YZQUIERDO TOLSADA: *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Madrid, 1989, página 210. Para este autor ni tan siquiera la extensión del resarcimiento representa una diferencia a tener en cuenta.

tan escollos importantes al tratamiento unificado de esta materia. No obstante, en opinión del autor (4), *siempre subsistirá la disimilitud en el origen y en la estructura de la obligación de responder*. Afirmación, que en mi modesta opinión, resulta discutible en tanto no se matice; sobre todo, teniendo en cuenta lo dicho acerca de la misma naturaleza de ambas responsabilidades (5).

Finalmente aborda el estudio del problema de la opción. Es decir, la posibilidad de elección, por parte del sujeto damnificado, entre las normas que rigen la responsabilidad contractual o la aquiliana para reclamar la indemnización. La cuestión de concurrencia del incumplimiento contractual y el cuasidelito civil, la plantea como de delimitación del campo propio de estas responsabilidades. Acepta, así, que debe ser el juez —en base al principio *iura novit curia*— quien decida si se ha operado o no la consecuencia jurídica pretendida, siéndole indiferente la designación técnica que el actor haya dado a la situación de hecho. De esta forma, no es la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico. Para el otro supuesto, de incumplimiento contractual que degenera en un delito del derecho criminal, reconoce este derecho de opción, ya que, como dice, *sería absurdo que las acciones penales introducidas para reforzar ciertas obligaciones pudiesen aparejar como consecuencia la destrucción de la esencia misma del contrato que se trataba de asegurar*.

Sorprendente, en este mismo Proyecto, el tratamiento específico de la responsabilidad de profesionales. De una parte, por lo que puede suponer de toma de conciencia de las particulares dificultades que este sector implica. Por otro lado, llama la atención, no tanto ya la plasmación de la división entre las obligaciones de medios y de resultado, como el haber deducido de ésta efectos diversos a los que la doctrina hacía derivar de la misma. Lo cual merece una crítica, por parte de Trigo Represas, en relación a la inversión de la carga de la prueba de la culpa del profesional, en las obligaciones de medios. Coincido, como punto de partida, con la opinión vertida por el autor, en base a la dificultad que supone probar la ausencia de culpa —que equivaldría a probar el caso fortuito o la fuerza mayor— y, con apoyo en la aplicación de los principios generales en materia probatoria. No obstante, se percibe un cambio de orientación no sólo jurisprudencial (6), sino también legislativo (7) que inclinará la balanza en favor del acreedor —profano

(4) Citando a PARELLADA, Carlos A.: «El tratamiento de los daños en el Proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales», *La Ley* (argentina), 1987-D, páginas 989 y ss, n.º IV, *in fine*.

(5) Vid, páginas 68, 71 y 89 de la obra recensionada.

(6) JORDANO FRAGA, FRANCISCO: «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero de 1985, página 75.

(7) Esto parece derivarse del artículo 1 de la Propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 sobre responsabilidad del prestador de servicios, en que se establece que incumbe probar la ausencia de culpa al prestador del servicio. Con lo que situaría en la línea del Proyecto argentino.

en la materia—. Sin duda esta tendencia, definitivamente plasmada, favorecerá —aún más— la propensión actual al incremento de acciones de responsabilidad frente a profesionales. Por otro lado, esta solución es coherente con las actuales directrices y demandas del tráfico jurídico, que exigen una mayor protección del contratante débil.

Aborda, posteriormente, la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del abogado. Como punto de partida, admite su consideración contractual. Si bien afirma que, en determinados supuestos, puede tener un doble origen: contractual y legal. «No es posible desconocer —dice— la existencia paralela de deberes legales que resultan violados; lo cual permite afirmar que frente a la obligación contraída entre el profesional y su cliente, existe un deber legal de características *sui generis* cuyo incumplimiento hace emerger la responsabilidad aquilina del autor, independientemente de la responsabilidad contractual que también le concierne». Lo que contradice cierta doctrina española —en mi opinión, bastante acertada— que considera que este origen legal de la responsabilidad no es tal. Viene a afirmar tal teoría que, las normas específicas que regulan la profesión, integran el contrato en base del artículo 1.258 del Código civil español (8), que tiene su coincidente en el 1.198 del argentino. No obstante, comparte la opinión de un amplio sector doctrinal español (9), más desarrollado en el ámbito de la responsabilidad médica, así como las tendencias jurisprudenciales españolas.

A continuación, expone la evolución que ha llevado a la consideración contractual de la responsabilidad civil del abogado, comentando entre otras cosas la influencia que en el tratamiento del tema ha operado la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.

Este punto de partida le obliga a cuestionarse la naturaleza jurídica de la relación contractual que se entabla entre el abogado y el cliente. Optando, el autor, por considerar la relación jurídica entre el abogado y el particular, como contrato multiforme o variable (página 119). Hace depender de las circunstancias específicas de cada relación, la caracterización del vínculo contractual establecido (página 122) (10).

En el análisis de los diferentes elementos de la responsabilidad civil separa, como la doctrina española, la relación de causalidad del problema de la imputa-

(8) Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, páginas 141 a 147.

(9) SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil*. Madrid, 1991, página 814. MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ: *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos, 1992, página 17.

(10) En este mismo sentido, aunque no específicamente referido a la abogacía, vid. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *El contrato de servicios médicos*, Cívitas, 1988, página 67. El mismo autor, en *El contrato de arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977. De contrato proteiforme la califica SANTOS BRIZ en la obra *Derecho médico*, Volumen I, Dirigida por Martínez Calcerrada, página 171.

ción. Son de destacar, al respecto, las concepciones del autor que paso a exponer.

La antijuridicidad la deriva —además de la transgresión de la ley y del contrato—, para este concreto ámbito y conforme a sus concepciones, de la violación de *específicas normas especiales referentes al ejercicio de la profesión*. En este mismo orden de cosas, y en relación a las cláusulas modificativas de la responsabilidad, considera que no puede partirse, como principio, de su invalidez; no obstante, opina que mal podrían admitirse, basándose en la función que a la abogacía está encomendada en orden a intereses superiores, como la justicia, la paz, el honor, la libertad.

La apreciación, por parte de los tribunales, de la relación de causalidad, se ve favorecida —en el caso de los abogados— por los conocimientos científico jurídicos de los mismos, lo que no ocurre con otras profesiones.

En relación al factor de atribución, observa agudamente la trascendencia del planteamiento correcto de las cuestiones de hecho. Las de derecho siempre podrán ser subsanadas por el tribunal; no así las anteriores, cuyo planteamiento inadecuado puede acarrear importantes consecuencias. En lo relativo a las cuestiones de derecho sólo cuando se trate de asuntos afirmados como ciertos, son generadoras de culpa; cuando se está en el campo de lo opinable no hay culpa. En cuanto a la intensidad de la culpa profesional, el autor considera que nada justifica el trato de favor que supondría aceptar que los profesionales sólo responden por culpa grave o lata, inmerso, de esta forma, los pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia actuales.

Por último, el daño consistirá en la pérdida de posibilidades de éxito; cuyo mayor o menor grado de posibilidades dependerá de sus especiales circunstancias fácticas —si se puede volver a ejercitar la acción otra vez, la jurisprudencia a favor y en contra, etc.—.

Después de este pormenorizado análisis de los elementos de la responsabilidad, nos encontramos ante un estudio de diferentes casos en que ésta puede surgir, con cita de jurisprudencia del más alto tribunal argentino. La prescripción de la acción, la caducidad de la instancia, la no interposición de recursos legales, la pérdida de pruebas, la caducidad de la inscripción de hipoteca en el registro. También observa la responsabilidad procesal por daños, concretamente la conducta procesal temeraria o maliciosa. En cuanto al supuesto de las costas causadas por la negligencia del abogado, el juez puede acordar, en el mismo juicio, que las abone a su cliente; ahora bien, el autor considera que estas costas se imponen a la parte litigante y no a su abogado —sin perjuicio de futura repetición—, lo que tiene trascendencia en orden a la posible reclamación por el otro litigante.

Por último, un apéndice legislativo con normas que regulan el ejercicio profesional de los abogados —concretamente, la Ley 23.187 sobre la Abogacía, que recoge reglas para el ejercicio de la profesión en la Capital federal; y la Ley 5177 también sobre esta materia en la Provincia de Buenos Aires—, culmina este completo examen de los problemas que plantea la responsabilidad civil del abogado.

En definitiva, una buena muestra de la doctrina argentina —tantas veces olvidada— en torno al tema de la responsabilidad civil, más específicamente, del abogado. La cual, dada la proyectada reforma, nos presenta el problema desde una perspectiva cualificada.

M.^o TERESA ALONSO PÉREZ
Prof. Ayudante de Derecho civil.
Universidad de Zaragoza

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Instrucción, 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. Derecho mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—III. Derecho urbanístico.—IV. Derecho comunitario.—V. Derecho procesal.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. **CASTAN VAZQUEZ, José M.º:** «El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho Civil iberoamericano», *RCDI*, núm. 609, 1992, pp. 653 y ss.

2. **LORENZO MERINO, Fernando José:** «La normativa jurídico-agraria en los Ordenamientos autonómicos. Estudio de su presencia en el Derecho de Galicia», *Actualidad Civil*, núm. 36 de 1992, marginales, 585 y ss.

3. **LOPEZ MERINO, Fernando José:** «Un Derecho Civil para Galicia. La propuesta legislativa de Compilación de Derecho Civil de 22 de marzo de 1991», *LA LEY*, 1992-2.º, pp. 1010 y ss.

4. **ORTIZ NAVACERRADA, Santiago:** «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992. sobre la constitucionalidad del artí-

culo 1435.4 LEC, que regula la liquidación de pólizas y escrituras de crédito en cuenta corriente», Actualidad Civil, núm. 20 de 1992, marginales 291 y ss.

Estudio de los argumentos esgrimidos por la sentencia, a través del sucesivo análisis de sus distintos fundamentos de derecho y la desestimación de la postulada inconstitucionalidad del precepto.

2. DERECHO DE LA PERSONA

5. BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Legitimación del cónyuge para instar la declaración de prodigalidad de conformidad con el artículo 294 del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 8 de marzo de 1991», Poder Judicial, núm. 24, diciembre 1991, pp. 185 y ss.

6. BERCOVITZ ALVAREZ, Germán: «Falta de congruencia: inexistencia. Contrato de exposición de obra propia: naturaleza jurídica. Indemnización por daños materiales y morales. Necesidad de la prueba del lucro cesante. Derecho moral del autor a la integridad de su obra: artículo 6 bis del Convenio de Berna. Sufriamiento y lesión a la sensibilidad del artista. Comentario a la STS de 3 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 739 y ss.

7. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; indefensión: preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil cuando pueda existir delito de desacato; igualdad: inexistencia de discriminación. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1991: recurso de amparo núm. 604/1989», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1085 y ss.

8. BOLAS ALFONSO, Juan: «La adaptación de las sociedades de capital a la vigente normativa: La triple vertiente a la obligación de adaptación. Problemas prácticos», RJN, núm. 1, enero-marzo 1992, pp. 9 y ss.

9. CALVO MEJIDE: «El “nasciturus” y su protección jurídica I y II», Actualidad Civil, núm. 17 de 1992, marginales 231 y ss. y núm. 18 de 1992, marginales 263 y ss.

Comienza el trabajo sentando los conceptos previos de “nasciturus”, expectativa de derecho, el derecho sometido a condición y el tratamiento constitucional del derecho a la vida. Se pasa, a continuación, al examen de la protección que el Derecho Civil otorga al “nasciturus”. Finalmente se estudia la tutela penal del “nasciturus”.

10. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la Doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1991», Actualidad Civil, núm. 27 de 1992, marginales 391 y ss.

Según declara su autor, «el presente trabajo no es más que la continuación de dos anteriores sobre la misma materia, publicados en esta Revista (AC 1989, número 27, 599 y AC 1991, XXVII)».

11. ESCOBAR FORNOS, Iván: «Líneas fundamentales de la nueva Ley de Amparo de Nicaragua», RCDI, núm. 609, 1992, pp. 511 y ss.

12. HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Selección del sexo y derechos de la persona», LA LEY, 1992-2.º, pp. 965 y ss.

13. LUCES GIL, Francisco: «El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil», RGD, marzo 1991, pp. 1053 y ss.

Aproximación al estudio del nuevo régimen de la nacionalidad y la vecindad civil introducido por las recientes reformas del Código Civil, realizados por las leyes 11/1990, de 15 de octubre y 18/1990, de 17 de diciembre.

14. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La Ley alemana sobre el derecho de autor y otros derechos análogos protegidos», Poder Judicial, núm. 26, junio 1992, pp. 59 y ss.

15. MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: «Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en relación con los extranjeros», RCDI, núm. 611, julio-agosto 1992, pp. 1683.

16. MOLINO Y NUÑEZ, M.ª del Carmen: «La nacionalidad y la emigración», RDP, mayo 1992, pp. 433 y ss.

17. PRADA ALVAREZ BUYLLA, Plácido: «La publicidad registral y el derecho a la intimidad», RCDI, núm. 610, mayo-junio 1992, pp. 1113 y ss.

El trabajo constituye el discurso de ingreso del autor en la Academia de Jurisprudencia de Asturias, leído el 4 de marzo de 1991.

18. VIDAL MARTINEZ, Jaime: «Elección del sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida». RGD, abril 1991, pp. 2535 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

19. MARIN LOPEZ, Juan José: «Sindicato: concurrencia de fines con Colegio Profesional. Derechos fundamentales de asociación y de sindicación. Requisitos de titulación para el ejercicio de determinadas profesiones: libertad profesional y libertad de mercado. Comentario a la STS de 10 de octubre de 1991», CCJC, número 27, septiembre-diciembre 1991. pp. 981 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

20. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Pago por tercero. Subrogación hipotecaria. Terceros arquitectos. Comentario a la STS de 23 de octubre de 1991». CCJC. núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1045 y ss.

21. ALONSO SANCHEZ, Beatriz: «Limitaciones al derecho de regreso del cofiador "solvens ex" artículo 1844.3 del Código Civil. Comentario a la STS de 7 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 771 y ss.

22. AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina de: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de mayo de 1991: ¿Indefensión? Cláusula penal», Poder Judicial, núm. 25, marzo 1991, pp. 118 y ss.

Resolución de contrato de compraventa por falta de pago del precio.

23. BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José: «Arrendamiento de industria-arrendamiento de local de negocio: análisis de la jurisprudencia», LA LEY, 1991-2.º, pp. 1099 y ss.

Se estudian las diferencias entre el arrendamiento de industria y el de local de negocios, tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la de las Audiencias Provinciales, con expresión también de la distinción entre arrendamiento de industria y sociedad civil.

24. BUSTOS GOMEZ-RICO, Modesto de: «La renta en los contratos de arrendamiento de finca urbana. Su revisión», RGD, marzo 1992, pp. 1113 y ss.

25. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: «Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería», Actualidad Civil, núm. 23 de 1992, marginales 329 y ss.

El trabajo tiene como objeto determinar el ámbito de aplicación de la citada Convención: la compraventa internacional de mercaderías entre personas con establecimientos en diversos Estados contratantes.

26. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: «Prescripción de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad extracontractual. Fundamento del instituto de la prescripción. Comentario a la STS de 14 de octubre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1009 y ss.

27. CERDA GIMENO, José: «Notas acerca de la posición jurídica del deudor débil en los préstamos de dinero (Unas reflexiones sobre el tema de la "deuda externa de los países de América Latina")», RDP, junio 1992, pp. 515 y ss.

28. COCA PAYERAS, Miguel: «Retracto arrendaticio urbano; precio escriturado y precio real de la enajenación; prueba; consignación. Conveniencia o no de confirmar la línea jurisprudencial anterior. Comentario a la STS de 28 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 807 y ss.

29. CRISTOBAL MONTES, Angel: «La mora y la culpa en la solidaridad pasiva», RDN, enero-diciembre 1990, pp. 39 y ss.

El interrogante al que se trata de dar respuesta en este trabajo es el siguiente: cuando el acreedor, mediante la oportuna interpelación, hace incurrir en mora a uno de los deudores solidarios, ¿se comunicará esta situación a los restantes deudores no interpelados?

30. DIAZ ALABART, Silvia: «La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión (A propósito del artículo 22 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación del Ministerio de Justicia de noviembre de 1991)», *Actualidad Civil*, núm. 26 de 1992, marginales 377 y ss.

Consideraciones sobre la posible significación de la norma citada en el título de este trabajo, que permite establecer el convenio arbitral por medio de cláusulas de condiciones generales, pero prohíbe que en ellas se disponga acerca de la designación de árbitro.

31. DIAZ ALABART, Silvia: «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de enero de 1991», *Poder Judicial*, núm. 23, septiembre 1991, pp. 135 y ss.

32. DIEZ SOTO, Carlos Manuel: «Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. "Exceptio non adimpleti contractus". Cláusula penal. Comentario a la STS de 9-7-1991», *CCJC*, núm. 26, abril-agosto 1991, pp. 681 y ss.

33. EMBID IRUJO, José Miguel: «Posición Jurídica del comprador en la venta a plazos de bienes muebles. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 12 de diciembre de 1991», *LA LEY*, 1992-2.º, pp. 667 y ss.

34. ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Venta de finca por dos vendedores, uno de los cuales es usufructuario y otro nudo propietario. Necesidad o no de que en la escritura conste la distribución del precio entre vendedores y compradores, para que proceda su inscripción en el Registro. Deudas conjuntas e indivisibilidad de prestaciones. Comentario a la Resolución de la DGRN de 5 de abril de 1991», *CCJC*, número 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 723 y ss.

35. FERNANDEZ ARROYO, Margarita: «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», *RDP*, julio-agosto 1992, pp. 639 y ss.

Tras realizar el planteamiento general de la cuestión, estudia la autora los problemas relativos a la validez del contrato de compraventa que tiene por objeto una cosa determinada cuyo dominio pertenece, al tiempo de perfeccionarse, a persona distinta del vendedor, quien no está tampoco facultado por el propietario para venderla. Para ello, se analizan los antecedentes en el Derecho Romano y la regulación de esta figura tanto en Derecho Comparado (Francia e Italia), como en el Ordenamiento Jurídico español.

36. FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José: «La delimitación entre deportista aficionado y profesional. Importancia sustancial y procesal de la calificación. Incumplimiento de precontrato y aplicabilidad de la cláusula penal. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de abril de 1991», *Poder Judicial*, núm. 25, marzo 1991, pp. 129 y ss.

37. GARBARINO, Alvaro, y CAMBIASSO, Susana: «El "leasing" inmobiliario en Uruguay», *RCDI*, núm. 609, 1992. pp. 255 y ss.

38. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen: «Adjudicación en pago. Venta con pacto de retro. Pacto comisorio. Venta en garantía. Comentario a la

Resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 759 y ss.

39. GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «La contratación en materia informática», LA LEY, 1992-2.º, pp. 1036 y ss.

El trabajo tiene como objetivo plantear el marco general y las cuestiones que suscita la informática en el ámbito contractual, entendida la noción de «contratación informática» como contrato cuyo objeto son bienes y/o servicios informáticos. Las especiales características del objeto sobre el que recaen estos contratos constituyen la materia fundamentalmente estudiada.

40. GODREAU BOBLES, Miguel: «Lealtad y buena fe contractual», RCDI, núm. 609, 1992, pp. 291 y ss.

41. GOMEZ CALLE, Esther: «Responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad de la CTNE; previsibilidad del resultado dañoso; causalidad; moderación de la cuantía indemnizatoria por los tribunales. Comentario a la STS de 27 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 793 y ss.

42. GOMEZ GALLICO, Francisco Javier: «Titularidades fiduciarias», Actualidad Civil, núm. 33 de 1992, marginales 533 y ss.

El trabajo analiza las cuestiones relativas a la titularidad fiduciaria, el contrato fiduciario, la limitada eficacia real del negocio fiduciario, la venta en garantía: supuestos de nulidad, el pacto comisorio en la venta en garantía con pacto de retro, el contrato de «puesta a nombre de otro» fiducia «cum amico», herencias de confianza, adjudicaciones «en vacfo» y para pago de deudas, atribución modal y otros supuestos afines a las titularidades fiduciarias.

43. GOMEZ-SALVAGO SANCHEZ, Cecilia: «Compraventa de plazas de garaje; obligación de entrega y saneamiento; buena fe. Comentario a la STS de 14 de octubre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, páginas 1001 y ss.

44. GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales, I y II», Actualidad Civil, núm. 29 de 1992, marginales 443 y ss., y número 30 de 1992, marginales 481 y ss.

Exposición general del problema relativo a la especie de ineficacia que corresponde a determinados actos dispositivos de bienes propiedad de personas sujetas a guarda, cuando son concluidos, en ciertos supuestos, por tutores, curadores, titulares de la patria potestad o defensores judiciales.

45. LETE DEL RIO, José Manuel: «Arrendamientos urbanos: derribo y reedificación de inmueble, retorno del arrendamiento y fijación de la renta. Comentario a la STS de 31 de mayo de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 729 y ss.

46. LUCAS FERNANDEZ, Francisco: «La liberalización del control de cambios y las inversiones extranjeras en España», RJN, núm. 2, abril-junio 1992, pp. 109 y ss.

47. LLEDO YAGÜE, Francisco: «Subarriendo, artículo 22: forma sustancial o “ad probationem”. Infracción de la buena fe. La doctrina de los actos propios. Comentario a la STS de 14 de octubre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1017 y ss.

48. MANZANO SOLANO, Antonio: «Sobre la naturaleza jurídica del “leasing” o arrendamiento financiero», RCDI, núm. 611, julio-agosto 1992, páginas 1783 y ss.

49. MARTIN VELARDE, Asunción: «Significado de la nueva corriente jurisprudencial sobre la voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación principal del comprador “ex” artículo 1.504 del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 11 de marzo de 1991», Poder Judicial, núm. 24, diciembre 1991, pp. 191 y siguientes.

50. MARTIN VILLA, Pascual, y BLANCO, M.ª Dolores: «Sobre la transmisibilidad de las obligaciones “ex quasi delicto”», RDP, julio-agosto 1992, pp. 662 y ss.

51. MENDEZ APENELA, Eduardo: «La venta de cosa común por el comunero aislado (I)», RJN, núm. 2, abril-junio 1992, pp 179 y ss.

52. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El derecho de consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios», Actualidad Civil núm. 40 de 1992, marginales 663 y ss.

53. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Libertad y equilibrio en el contrato», LA LEY, 1992-2.º, pp. 1115 y ss.

Este artículo comienza con el examen del esquema clásico contractual: consentimiento y libertad, así como su insuficiencia ulterior, la necesidad de recuperar la libertad real y la bases legales para promover el equilibrio contractual. Finaliza aludiendo a la función notarial con relación al equilibrio y la libertad civil.

54. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El derecho de consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios», RGD, julio-agosto 1992, pp. 6625 y ss.

55. MIRO I GILI, Màrius: «El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Ambit d'aplicació», RJC, núm. 4, 1992, pp. 897 y ss.

56. MUÑOZ JIMENEZ, Francisco Javier: «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», RGD, julio-agosto 1991, pp. 5745 y ss.

57. MUÑOZ-PLANAS, José M.ª: «Titularidad y propiedad en las cuentas bancarias indistintas», RDBB, núm. 45, enero-marzo 1992, pp. 7 y ss.

58. OLIVENCIA, Manuel: «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», RDM, julio-septiembre 1991, pp. 337 y ss.

59. PANTALEON, Fernando: «Reversión legal de donaciones e Impuesto de Sucesiones», RDN, enero-diciembre 1990, pp. 7 y ss.

El autor, al hilo de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 18 de enero de 1989, estudia la figura de la reversión legal de donaciones y su eventual sujeción al impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, regulado hoy por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

60. PARRA LUCAN, M.ª de los Angeles: «Responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD). Competencia de la jurisdicción ordinaria. Aplicación del artículo 1903 del Código Civil: responsabilidad del empresario. Legitimación activa: reclamación en nombre propio por el cónyuge del lesionado. Prescripción: inicio del plazo desde la fecha de determinación invalidante de las secuelas. Comentario a la STS de 16 de julio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 871 y ss.

61. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «La entrega de cosa diversa a la pactada ("aliud pro alio") como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias de Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)», RGD, junio 1992, pp. 5081 y ss.

62. RIBOR I IGUALADA, Jordi: «Rescissió per lesió i expectatives urbanístiques: l'aleatorietat d'allò adquirit e el càlcul del preu just», RJC, núm. 2, 1992, páginas 305 y ss.

63. ROJO AJURIA, Luis: «Contrato de arrendamiento, derecho de propiedad y derecho a la intimidad del arrendatario. Comentario a la STS de 11 de julio de 1991», CJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 859 y ss.

64. RUBIO SAN ROMAN, José Ignacio: «Comentario a la STS de 28 de octubre de 1991: Responsabilidad en la construcción. Responsabilidad de los Colegios de Arquitectos. Responsabilidad de los organismos oficiales», Poder Judicial, núm. 26, junio 1991, pp. 201 y ss.

65. ZIVY, Isabel: «Los abogados y el contrato de transporte aéreo. Reclamaciones por incumplimiento del contrato de transporte de mercancías y equipajes», LA LEY, 1992-2.º, pp. 944 y ss.

5. DERECHOS REALES.
DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

66. AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina: «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del Código Civil», RDP, abril 1992, pp. 319 y ss.

67. ARNAIZ EGUREN, Rafael: «Aspectos registrales de la expropiación forzosa. Alcance y significado de los artículos 138 y ss. de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido de 9 de abril de 1976», RCDI, núm. 610, mayo-junio 1992, p. 1261.

Señala el autor en la introducción que la intención de este trabajo es el estudio de la expropiación forzosa en relación únicamente con el Registro de la Propiedad. Se hace así especial hincapié en las normas registrales incluidas en la legislación urbanística al desarrollar el sistema de expropiación forzosa como uno de los procedimientos de ejecución de los planes de ordenación.

68. BENAVIDES DEL REY, Luis: «El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», RCDI, núm. 610, mayo-junio 1992, pp. 1241.

El autor examina primeramente el derecho de superficie desde el punto de vista sustantivo, para proceder después al estudio de los aspectos registrales.

69. CANO TELLO, Celestino A.: «Notas para un estudio de las servidumbres sobre bienes de dominio público», RGD, junio 1991, pp. 4727 y ss.

70. CORTADA I CORTIJO, Neus: «Precipició extintiva i prescripció adquisitiva o usucapió en el Dret civil català», RJC, núm. 3, 1992, pp. 609 y ss.

71. CHICO Y ORTIZ, José M.ª: «Aportaciones hispanoamericanas a los Congresos Internacionales de Derecho registral», RCFI, núm. 609, 1992, pp. 667 y siguientes.

72. DE LA OLIVA RODRIGUEZ, Antonio-Manuel: «Perfil de Notariado y de la institución del Registro de la Propiedad en España: su influencia en América», RCDI, núm. 609, 1992, pp. 683 y ss.

73. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis: «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil», RDCI, núm. 609, 1992, pp. 581 y siguientes.

74. DIEZ SOTO, Carlos Manuel: «Prenda sin desplazamiento. Suspensión de pagos, Justo Motivo para la restitución del depósito. Comentario a la STS de 21 de octubre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1029.

75. FERNANDEZ-NOVOA, Carlos: «La duración de los derechos de explotación sobre el software», LA LEY, 1992-2.º, pp. 939 y ss.

Análisis crítico del artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en el que se establece un plazo de 50 años a la duración de los derechos de explotación de programas de ordenador.

76. GARCIA GARCIA, José Manuel: «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», RCDI, núm. 610, mayo-junio 1992, páginas 1313 y ss.

77. GARCIA-ARANGO Y DIAZ-SAAVEDRA, César: «Comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero (“BOE” de 3 de marzo), en relación con el artículo 1.435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», RCDI, núm. 610, mayo-junio 1992, pp. 1371 y ss.

78. GARRIDO MELERO, Martín: «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)», RCDI, núm. 611, julio-agosto 1992, pp. 1551 y ss.

79. GIL RODRIGUEZ, Jacinto: «La pretendida vinculación de uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal», RCFI, núm. 611, julio-agosto 1992, pp. 1817 y ss.

Con ocasión de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1991, el autor estudia las facultades del propietario de un espacio privativo que, con las oportunas licencias municipales y sin que conste oposición de los vecinos, logre transformarlo en vivienda.

80. GONZALEZ CARRASCO, Carmen: «Normativa aplicable a las urbanizaciones y complejos residenciales; propiedad horizontal: facultades de representación en juicio del presidente de la comunidad “en los autos que le afecten”. Defectos de construcción en elementos privativos. Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 957 y ss.

81. GRAMUNT FOMBUENA, M.^a Dolores: «Ejercicio del derecho de retracto de comuneros: concepto de “extraño” en el artículo 1522.1 del Código Civil. Comentario a la STS de 23 de julio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 911 y ss.

82. LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, Isidoro: «La multipropiedad en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios», RJN, núm. 2, abril-junio 1992, pp. 69 y ss.

83. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Sobre el procedimiento extrajudicial ejecutivo civil», Actualidad Civil, núm. 41 de 1992, marginales 677 y ss.

Consideraciones en torno al Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, en cuanto establece el llamado procedimiento ejecutivo notarial.

84. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Control notarial de la subasta hipotecaria», Poder Judicial, núm. 25, marzo 1992, pp. 103 y ss.

85. MONSERRAT VALERO, Antonio: «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *Actualidad Civil*, núm. 28 de 1992, marginales 421 y siguientes.

El autor comienza poniendo de relieve las deficiencias de considerar el usufructo sobre una suma de dinero como un cuasiusufructo, y posteriormente propone otra construcción del mismo. La última parte del artículo se ocupa de determinados problemas planteados por el usufructo de algunas inversiones financieras.

86. MONSERRAT VALERO, Antonio: «La ejecución de la hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *RJC*, núm. 3, 1992, pp. 719 y ss.

87. NUÑEZ IGLESIAS, Alvaro: «Comunidad en propiedad horizontal. Legitimación del presidente para autorizar la alteración por servidumbre de un elemento común. Unanimidad en el acuerdo. Buena fe. Comentario a la STS de 30 de julio de 1991», *CCJC*, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 929 y ss.

88. PEREZ PEREZ, Emilio: «Propiedad, aprovechamiento y registro en la legislación de aguas española e iberoamericana», *RCDI*, núm. 609, 1992, pp. 891 y ss.

89. VAZQUEZ BOTE, Eduardo: «La propiedad horizontal en Derecho puertorriqueño», *RCDI*, núm. 609, 1992, pp. 345 y ss.

6. DERECHO DE FAMILIA

90. AMORES CONRADI, Miguel: «Competencia judicial internacional. Régimen económico matrimonial: disposición por un cónyuge de la totalidad de su patrimonio; impugnación. Rescisión por lesión "ultra dimidium". Comentario a la STS de 4 de noviembre de 1991», *CCJC*, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1057 y ss.

91. BAEZA PASTOR, Andrés: «Las acciones de reclamación de la filiación. Estudio en particular de la legitimación del padre biológico en las reclamaciones de paternidad extramatrimoniales», *RGD*, septiembre 1991, pp. 7099 y ss.

92. BRIOSOS DIAZ, Pilar: «La competencia de los Tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio», *Poder Judicial*, núm. 23, septiembre 1991, pp. 9 y ss.

El trabajo se centra en los aspectos procesales relativos a la atribución de competencia internacional a nuestros Tribunales en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges.

93. CANO TELLO, Celestino A.: «Determinación de los militares a quienes corresponde autorizar matrimonios y testamentos», *RGD*, marzo 1991, pp. 1087 y siguientes.

94. GARCIA CANTERO, Gabriel: «Notas sobre el acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, núm. 21 de 1992, marginales 305 y ss.

El marco constitucional, concepto, caracteres, elementos personales y formales, clases, efectos, transformación en adopción y causas de extinción del acogimiento familiar, tal y como se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico por la reforma del Código Civil de 1987.

95. GONZALEZ ACEBES, Begoña: «El régimen jurídico de la comunidad postganancial», *RCDI*, núm. 610, mayo-junio 1992, pp. 1181 y ss.

Se somete a estudio el régimen jurídico de los actos de administración y disposición, de la defensa de los bienes comunes, de la responsabilidad y del derecho de alimentos, aplicable a la comunidad postganancial, entendida ésta como patrimonio en liquidación que surge tras la desaparición de la sociedad legal de gananciales.

96. GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: «Rescisión de capitulaciones matrimoniales, fraude de acreedores. Comentario a la STS de 18 de julio de 1991», *CCJC*, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 889 y ss.

97. HERNANDEZ GIL, Félix: «Sentencias extranjeras de divorcio: efectos directos y efectos condicionados al "exequatur" en el sistema legal y en el vigente Convenio Hispano-Alemán», *Poder Judicial*, núm. 24, diciembre 1991, pp. 61 y ss.

98. LETE DEL RIO, José Manuel: «Derecho de visita de los abuelos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991», *Poder Judicial*, núm. 25, marzo 1991, pp. 145 y ss.

99. MADRAZO MELENDEZ, Belén: «Sociedad de gananciales, anotación preventiva de embargo de los derechos de un cónyuge. Comentario a la Resolución de la DGRN de 8 de julio de 1991», *CCJC*, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 845 y ss.

100. MARINO, Belén C. de: «La fijación de alimentos para hijos emancipados en los procesos matrimoniales, I y II», *Actualidad Civil*, núm. 34 de 1992, marginales 559, y ss. y núm. 35 de 1992, marginales 571 y ss.

101. MARTIN BERNAL, José Manuel: «Sipnosis sobre la quiebra», *LA LEY*, 1992-2.º, pp. 1165 y ss.

La ausencia de un texto legal único que recoja cuanto a la quiebra se refiere, así como de una completa y ordenada regulación de su causa, llevan al autor a sistematizar las diferentes normas jurídicas que, de una forma más o menos directa, regulan dicha institución.

102. PANIAGUA PECES, Angel, y GALVAN ARIAS, José R.: «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», *RJC*, núm. 4, 1992, pp. 1033 y ss.

103. QUESADA GONZALEZ, Corona: «Acción de reclamación de paternidad no matrimonial. Citación defectuosa para la práctica de las pruebas biológicas.

Indefensión. Comentario a la STS de 11 de septiembre de 1991 CCJC», núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 941 y ss.

104. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: «Filiación extramatrimonial. Legitimación activa en el ejercicio de la acción mixta de reclamación-impugnación de paternidad. La posesión de estado: funciones y acreditación en el proceso. Comentario a la STS de 8 de julio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1992, pp. 823 y ss.

105. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales (Con ocasión de dos autos del Tribunal Constitucional)», Poder Judicial, núm. 25, marzo 1992, pp. 49 y ss.

El motivo próximo de este trabajo está constituido por dos autos del Tribunal Constitucional, de 9 de marzo y 31 de mayo de 1990, respectivamente, recaídos respecto de sendas demandas de amparo formuladas por personas a quienes se impuso la paternidad al estimar el Tribunal Supremo (sentencias de 21-5-1988 y 15-3-1989) que su negativa a someterse a las pruebas biológicas en los correspondientes procesos de filiación permitía tal pronunciamiento, interpretando tal negativa en el contexto en que se produjo y conjugada con otras pruebas y elementos del juicio.

106. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: «Nueva jurisprudencia sobre reclamación de filiación en Derecho catalán», RJC, núm. 2, 1992, pp. 409 y ss.

107. VILA-CORO, M.^a Dolores: «La reproducción asistida en la mujer sola», RGD, mayo 1992, pp. 3901 y ss.

7. DERECHO DE SUCESIONES

108. ALBALADEJO, Manuel: «La supresión como causa de desheredación, del adulterio con el cónyuge del causante», Actualidad Civil, núm. 19 de 1992, marginales 283 y ss.

Análisis crítico de la supresión del último inciso del artículo 852 del Código Civil efectuada por virtud del artículo 7.º de la Ley de 15 de octubre de 1990 sobre reforma de dicho texto legal en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

109. ALBALADEJO, Manuel: «Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991», Actualidad Civil, núm. 24 de 1992, marginales 347 y ss.

Se ocupa el autor de algunos extremos abordados por la reciente reforma del Código Civil en materia de testamentos, a saber: la identificación del testador, el juicio sobre su capacidad, la concurrencia de testigos, la idoneidad de éstos, la unidad de acto y el documento interior del testamento cerrado.

110. ALBALADEJO, Manuel: «De la antigua, y que se incumplía, expresión de la voluntad del testador al notario y los testigos, a la supresión de éstos», RDP, julio-agosto 1992, pp. 615 y ss.

Análisis de la reforma del Código Civil, en materia de testamentos, efectuada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, por la que se suprime, como regla general, la presencia de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales.

111. ALBALADEJO, Manuel: «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», RDP, septiembre 1992, pp. 715 y ss.

Comentario a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre.

112. CANO TELLO, Celestino A.: «Determinación de los militares a quienes corresponde autorizar matrimonios y testamentos», RGD, marzo 1991, página 1087 y ss.

113. CANO TELLO, Celestino A.: «La interpretación del artículo 834 del Código Civil (derechos del cónyuge viudo) desde la perspectiva de los Derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español», RGD, abril 1991, pp. 2477 y ss.

114. DIEZ GOMEZ, Aurelio: «La supresión de los testigos en los testamentos», RJN, núm. 2, abril-junio, 1992, pp. 43 y ss.

Comentario sobre la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

115. FERNANDEZ COSTALES, Javier: «Nulidad de testamento abierto. Alcance del principio de unidad de acto en la Ley de 20 de diciembre de 1991 y en la anterior redacción del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de noviembre de 1991», LA LEY, 1992-2.º, pp. 330 y ss.

116. ROVIRA PEREA, Joaquín M.: «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990)», LA LEY, 1992-2.º, pp. 993 y ss.

117. SANCHEZ-RUBIO GARCIA, Alfredo: «Derechos sucesorios del adoptado en adopción simple con pacto sucesorio, conforme al texto del Código Civil subsiguiente a la reforma de 24 de abril de 1958. Interpretación de la cláusula del pacto mediante la cual los adoptantes “se obligan a instituir heredera” a la adoptada. Eficacia del pacto sucesorio frente al testamento posterior de la adoptante que instituye única heredera a tercera persona. Comentario a la STS de 5 de octubre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 969 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

118. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: «Competencia desleal por infracción de normas», RDM, octubre-diciembre 1991, pp. 667 y ss.

El autor destina el presente trabajo al estudio del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

119. GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, Javier: «La competencia exclusiva del Estado sobre la “legislación mercantil”», RDM, enero-junio 1991, pp. 7 y ss.

120. GARCIA DE LEONARDO, Angel: «Publicidad engañosa. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 1991», Poder Judicial, núm. 26, junio 1992, pp. 171 y ss.

121. LOBATO GARCIA-MIJAN, Manuel: «Los actos de imitación en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 en relación con el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», RDP, septiembre 1992, pp. 728 y siguientes.

122. MASSAGUER, José: «El enjuiciamiento antritrust de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de know-how tras la reforma del Derecho español en defensa de la competencia», LA LEY, 1992-2.º, pp. 980 y ss.

123. PEREZ MIRANDA, Rafael: «La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de México de 1991», RDP, abril 1992, pp. 291 y ss.

124. VAZQUEZ CUETO, José Carlos: «La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad», LA LEY, 1992-2.º, pp. 923 y ss.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, introduce, a través del Título IV («De la acción de cesación y rectificación de los procedimientos»), la modalidad de «publicidad correctora», contemplada en el artículo 31, como uno de los pronunciamientos que el Juez puede adoptar a los fines de eliminar falsas concepciones que anteriores campañas hayan podido crear en la mente de los consumidores. Al decir del autor, se trata de uno de los más recientes y eficaces medios para proteger a los consumidores, debido a su especial aptitud para remitir los efectos de la publicidad engañosa.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

125. ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Problemas en materia de documentación y transmisión de acciones», RDBB, núm. 45, enero-marzo 1992, pp. 35 y ss.

126. BELTRAN, Emilio: «En torno a los requisitos de la “Operación Acordeón”», RDM, enero-junio 1991, pp. 75 y ss.

El régimen jurídico de la operación consistente en la reducción y aumento simultáneos del capital social, contemplada por el artículo 169 de la Ley de Sociedades Anónimas, y conocida con el nombre de «operación acordeón», debe determi-

narse no sólo atendiendo a dicho precepto, sino tomando también en consideración el tratamiento que la mencionada Ley otorga a las pérdidas patrimoniales, especialmente cuando reducen el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social como causa legítima para la disolución (artículo 260.1-4.º LSA).

127. CARLOS BELTRAN, Luis de: «Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico», RDM, julio-septiembre 1991, pp. 489 y ss.

Estudio de la responsabilidad de los socios (tanto internamente como frente a terceros) y administradores (frente a terceros y a la propia Agrupación y sus socios) de las llamadas Agrupaciones de Interés Económico, nueva figura asociativa creada como instrumento de cooperación económica inter-empresarial, en sustitución de la antigua figura de las Agrupaciones de Empresas reguladas primero por la Ley 196/1963 y más recientemente por la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

128. CACHON BLANCO, José Enrique: «Consideraciones en torno al derecho de voto en la sociedad anónima», Actualidad Civil, núm. 31 de 1992, marginales 497 y ss.

129. CARREAU, Dominique y MARTIN, Jean-Yves: «Los mecanismos de defensa anti-OPA en Francia», RDM, enero-junio 1991, pp. 105 y ss.

130. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: «La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas. Su publicidad», RDBB, núm. 45, enero-marzo 1992, pp. 83 y ss.

131. GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, Javier: «Los recursos y acciones contra las OPAs como medida defensiva», RDM, julio-septiembre 1991, pp. 423 y ss.

132. GIMENO GOMEZ-LAFUENTE, Mariano Javier: «El control de los administradores en la sociedad anónima tras la reforma de 1989», RCDI, núm. 611, julio-agosto 1992, pp. 1619 y ss.

133. GOMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «La suscripción de acciones en la conversión de los clubes deportivos en Sociedades Anónimas Deportivas, y en la adscripción a una sociedad anónima deportiva del equipo profesional», RGD, julio-agosto 1992, pp. 6523 y ss.

134. HERNANDEZ RODRIGUEZ, Francisco: «La emisión del voto por representante en la Junta General de la Sociedad Anónima: forma y contenido del poder», RJC, núm. 3, 1992, pp. 673 y ss.

135. JANE BONET, Juan: «Naturaleza, función y régimen de las Agrupaciones de Interés Económico», RJC, núm. 4, 1992, pp. 917 y ss.

Estudio del concepto, constitución, régimen corporativo, «status» de la condición de socio, régimen financiero y económico, transformación y fusión, disolución

y liquidación, así como régimen fiscal de las llamadas Agrupaciones de Interés Económico, es decir, de las agrupaciones de personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, de entidades no lucrativas dedicadas a la investigación, y de profesiones liberales.

136. LOPEZ CURBELO, Jorge: «Algunas consideraciones en torno al artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989», *Actualidad Civil*, núm. 22 de 1992, marginales 319 y ss.

Análisis de la regulación actual de los plazos para el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales nulos y anulables, así como la naturaleza, determinación y cómputo de dichos plazos, conforme al artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas.

137. MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E.: «Tipología societaria del Derecho colombiano», *RDM*, julio-septiembre 1991, pp. 505 y ss.

138. MARTI SANCHEZ, J. Nicolás: «Naturaleza e impugnación de los acuerdos de la Junta General de las sociedades anónimas municipales», *Poder Judicial*, núm. 26, junio 1992, pp. 183 y ss.

Comentario realizado a propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990.

139. MARTINEZ FLOREZ, Aurora: «El “status quaestionis” sobre el “insider trading” en el Derecho federal de los Estados Unidos», *RDM*, octubre-diciembre 1991, pp. 797 y ss.

En relación con aquellos negocios sobre valores, en los que la información de que disponen las partes es asimétrica: una de las partes está mejor informada que la otra, la autora expone el actual estado de la cuestión en el Derecho federal estadounidense.

140. MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: «Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RJN*, núm. 1, enero-marzo 1992, pp. 111 y ss.

141. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: «La acción como valor negociable: su representación y transmisión», *LA LEY*, 1992-2.º, pp. 1063 y ss.

La consideración de valor mobiliario, que la Ley de Sociedades Anónimas en su actual redacción da a la acción (artículo 51), hace al autor examinar las formas de representación de dicho valor, ya sea mediante un título ya por anotaciones en cuenta, así como la transmisión de las acciones.

142. NEILA, José M.º: «Sociedad anónima: legitimación para certificar el acuerdo de disolución», *RDP*, junio 1992, pp. 538 y ss.

143. NIETO CAROL, Ubaldo: «Préstamo y depósito de acciones», *LA LEY*, 1992-2.º, pp. 1134 y ss.

144. PEREZ OCAÑA, Pascual: «La acción de nulidad de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y los criterios de armonización del Derecho Comunitario», *Actualidad Civil*, núm. 25 de 1992, marginales 361 y ss.

145. PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Las acciones sin voto en Bélgica, Holanda, Portugal y Suiza», *RDM*, enero-junio 1991, pp. 91 y ss.

146. ROCA FERNANDEZ-CASTANYS, Juan Antonio: «Reflexiones en torno a la sociedad unipersonal», *RDM*, julio-septiembre 1991, pp. 467 y ss.

147. RODRIGUEZ-ROVIRA, Eduardo: «Los warrants: especial referencia a su emisión», *RDM*, octubre-diciembre 1991, pp. 841 y ss.

Tras definir los warrants, ya sea como valor mobiliario, ya como derecho, y analizar sus diferentes clases, el autor se ocupa de los problemas relativos a su emisión y negociabilidad, así como a la regulación de los warrants en el supuesto de ofertas públicas de adquisición de acciones.

148. SANCHEZ CALERO, Fernando: «Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho español», *RDBB*, núm. 44, octubre-diciembre 1991, pp. 909 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

149. AMESTI MENDIZABAL, Christi: «El banco agente en los contratos de crédito sindicado. Consideraciones sobre la naturaleza de la relación que establece el banco agente en dichos contratos», *RDBB*, núm. 45, enero-marzo 1992, pp. 129 y ss.

150. GUAYO CASTIELLA, Iñigo del: «Estudio de la nueva Corporación Bancaria de España, S.A., particularmente a la luz del Derecho comunitario europeo», *RDBB*, núm. 44, octubre-diciembre 1991, p. 967 y ss.

151. RUBIO CASAS, M.^o Gracia: «La admisión de títulos a cotización en Bolsas de Valores en el nuevo Reglamento italiano y en el Proyecto de Real Decreto sobre emisiones y ofertas públicas de valores», *RDBB*, núm. 44, octubre-diciembre 1991, pp. 1079 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

152. ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Seguro voluntario de responsabilidad civil del automóvil: transmisión del vehículo y protección de la víctima. Comentario a STS (Sala 1.^a) de 15 de noviembre de 1991», *LA LEY*, 1992-2.º, páginas 439 y ss.

153. BUSTAMANTE BRICIO, José, y VALLES BARETA, José Ramón: «Contratos bancarios de crédito en cuenta corriente y préstamo. Liquidación de in-

tereses. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 29 de noviembre de 1991», LA LEY, 1992-2.º, pp. 364 y ss.

154. CALZADA CONDE, M.ª de los Angeles: «Seguro de incendios: incremento de la indemnización en un 20 por 100 anual de demora. Cómputo del tiempo de paralización del pleito civil por perjudicialidad penal. Comentario a la STS de 25 de julio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 917 y ss.

155. EMBID IRUJO, José Miguel: «Posición Jurídica del comprador en la venta a plazos de bienes muebles. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 12 de diciembre de 1991», LA LEY, 1992-2.º, pp. 667 y ss.

156. ESPINOSA BLANCO, Santiago: «Límites de cobertura del consorcio de Compensación de seguros en supuestos de siniestros producidos por vehículos asegurados en compañías en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra», LA LEY, 1992-2.º, pp. 1016 y ss.

157. GOMEZ-JORDANA, Iñigo: «Contratos mercantiles atípicos: “floods, caps, collars” (gestión y cobertura de los tipos de interés)», RDBB, núm. 45, enero-marzo 1992, pp. 187 y ss.

Análisis de los contratos de protección de tipos de interés en sus modalidades «caps», «floods» y «collars», como medios de cobertura de riesgos de fluctuación de los tipos de interés en el mercado, ya sea mediante el establecimiento de un máximo de interés a pagar («cap»), de un mínimo de interés a percibir («flood») o de la combinación de ambas coberturas («collar»).

158. MARTINEZ MARIN, Mauro: «Condiciones generales del contrato. Ambito de cobertura de póliza de seguro. Responsabilidad civil contractual-extracontractual. Contrato suscrito por menor. Legitimación para recurrir. Comentario a la STS de 10 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre de 1991, páginas 777 y ss.

160. REGLERO CAMPOS, Fernando: «Accidente de circulación. Seguro de responsabilidad civil de automóviles. Acción directa contra la compañía de seguros. Excepciones imposables. Prueba de la exigencia del seguro. Rescisión del contrato. Transmisión de vehículo. Falta de notificación a la compañía aseguradora. Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1991», CCJC, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 1069 y ss.

161. REYES LOPEZ, M.ª José: «A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las Condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento en que apreciase que las circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante (Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 1990, de la Audiencia Provincial de Valencia)», RGD, julio-agosto 1991, pp. 5809 y ss.

162. ROMERO MARTINEZ-CAÑAVATE, Javier: «El contrato de emisión de tarjeta de crédito bancaria», RGD, octubre-noviembre 1991, pp. 1093 y ss.

5. DERECHO CAMBIARIO

163. SASTRE PAPIOL, Sebastián: «El pagaré como instrumento de garantía de las operaciones de préstamo», RDBB, núm. 44, octubre-diciembre 1991, pp. 1011 y siguientes.

Considera el autor que, con la promulgación de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque, el pagaré debe ser configurado como un título abstracto, dotado de fuerza ejecutiva, cuya utilidad como instrumento de garantía de los contratos de préstamo hace conveniente su estudio.

6. DERECHO CONCURSAL

164. GARCIA GARCIA, José Manuel: «La seguridad jurídica y la retracción de la quiebra (Crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)», RCDE, núm. 610, mayo-junio 1992, pp. 1359 y ss.

165. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «En torno al concurso de acreedores en proceso de ejecución singular: comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 521/1992, de 1 de julio», Actualidad Civil, núm. 42 de 1992, marginales 685 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

166. BOQUERA OLIVER, José M.º: «Los componentes del Plan de Urbanismo», RDU, marzo-abril 1992, pp. 255 y ss.

Cuando un Plan de Urbanismo carece de alguno de los elementos que exige la Ley 8/1990, o tales elementos no se acomodan a lo que ésta dispone, se plantea la cuestión, abordada por este artículo, de determinar si habrá de considerarse que dicho Plan de Urbanismo es nulo de pleno derecho, anulable o simplemente irregular.

167. CACHO NAZABAL, Teodoro: «Régimen Transitorio de la Ley 8/1990 y cesión del 15%», RDU, marzo-abril 1992, pp. 230 y ss.

Tal es la cuestión planteada en este trabajo: ¿Impone la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/1990, sobre reforma de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, al propietario del suelo el deber o carga consistente en ceder a favor de la

Administración el 15% de los aprovechamientos resultantes y apropiables durante la fase transitoria de dicha ley?

168. CALVO CHARRO, María: «Incendios forestales y reclasificación de terrenos», RDU, mayo-junio 1992, pp. 485 y ss.

169. CORRAL GIJON, José M.º: «La legislación del suelo en la jurisprudencia registral», RDU, mayo-junio 1992, pp. 437 y ss.

El autor parte del examen de la noción de «jurisprudencia registral» y de las normas urbanísticas en sede de Registro de la Propiedad, para pasar seguidamente a analizar una serie de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictadas entre 1963 y 1991, relativas a materia de urbanismo.

170. DIAZ DELGADO, José: «Anotaciones sobre el sistema de valoraciones en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», RGD, enero-febrero 1992, pp. 19 y ss.

171. FERNANDEZ, Tomás-Ramón: «Informe sobre la Ley 8/1990, de 25 de julio, y sobre el anteproyecto de Texto refundido de la legislación del suelo», RDU, julio-agosto-septiembre 1992, pp. 645 y ss.

A la vista del anteproyecto de Texto Refundido de la legislación del suelo, el autor realiza la valoración global de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y analiza las respectivas ventajas e inconvenientes de las siguientes posibles opciones: elaborar el Texto Refundido, prescindir de dicho Texto o reformar, total o parcialmente, la Ley 8/1990.

172. FERNANDEZ PIRLA, Santiago: «Expropiación forzosa», RDU, marzo-abril 1992, pp. 303 y ss.

173. GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Dictamen sobre sistemas generales», RDU, marzo-abril, pp. 275 y ss.

174. HERNANDEZ DE MARCO, Saturio: «La propiedad urbana, la Ley 8/1990, de 25 de julio, y la nota marginal del artículo 29.9 en el Registro de la Propiedad y sus efectos en la propiedad urbana», RDU, mayo-junio 1991, pp. 513 y siguientes.

175. LINDE PANIAGUA, Enrique: «El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento», RDU, mayo-junio 1992, pp. 507 y siguientes.

176. MERELO ABELA, José Manuel: «Examen de las Disposiciones Transitorias del nuevo Texto Refundido», RDU, julio-agosto-septiembre 1992, pp. 699 y ss.

Examen del régimen transitorio contenido en el nuevo Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

177. PERALES MADUEÑO, Francisco: «El nuevo Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del Estado», RDU, julio-agosto-septiembre 1992, pp. 663 y ss.

El autor, siguiendo el orden sistemático de la ley, realiza un «apunte general» de las innovaciones más significativas introducidas por el Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que contiene la nueva Ley del suelo, fruto básicamente de refundición del Texto Refundido de 9 de abril de 1976 y de la Ley 8/1990.

178. PORTO REY, Enrique: «Delimitación de las áreas de reparto y establecimiento de aprovechamientos tipo como técnicas urbanísticas instrumentales para la equidistribución de cargas y beneficios y concreción de los aprovechamientos edificatorios susceptibles de apropiación por los propietarios del suelo», RDU, julio-agosto-septiembre 1992, pp. 737 y ss.

179. RAMOS MEDRANO, José: «Las dos caras de la orden de ejecución», RDP, marzo-abril 1992, pp. 71 y ss.

Estudio de la «orden de ejecución» regulada en los artículos 181 y 182 de la Ley del Suelo (Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), artículos 10 y 11 del Reglamento de Disciplina Urbanística y artículo 10 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (de 25 de julio de 1990).

180. VERA FERNANDEZ-SANZ, Alberto: «Dictamen sobre la subrogación de terceros en la obligación de demolición de obras contrarias al ordenamiento urbanístico», RDU, mayo-junio 1992, pp. 545 y ss.

IV. DERECHO COMUNITARIO

181. CADENAS CORONADO, Jesús: «Derecho comunitario de la competencia en el sector bancario», RDBB, núm. 45, enero-marzo 1991, pp. 167 y siguientes.

182. DIAZ JIMENEZ, M.^a del Carmen: «El Tratado sobre la Unión Europea y futuro de las Directivas Comunitarias», Actualidad Civil, núm. 37 de 1992, marginales 609 y ss.

183. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: «Consideraciones en torno a la jurisprudencia del TJCE en materia de sociedades», RDM, octubre-diciembre 1991, pp. 731 y ss.

184. LOBATO GARCIA-MIJAN, Manuel: «Los actos de imitación en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 en relación con el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», RDP, septiembre 1991, pp. 728 y siguientes.

185. MARTIN BERNAL, José Manuel: «Jurisprudencia de los Tribunales de la CEE sobre “la marca”», *Actualidad Civil*, núm. 16 de 1992, marginales 217 y siguientes.

186. MASSAGUER, J.: «La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CEE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador», *RDM*, enero-junio 1991, pp. 39 y ss.

187. MASIDE MIRANDA, José Enrique: «Características del Derecho Comunitario Europeo», *RCDI*, núm. 610, mayo-junio 1992, pp. 1147 y ss.

188. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, y SANCHEZ-CALERO GUI-LARTE, Juan: «La adaptación del Derecho español del Mercado de Valores al Derecho Comunitario», *RDBB*, núm. 44, octubre-diciembre 1991, pp. 967 y siguientes.

V. DERECHO PROCESAL

189. GASTON DE IRIARTE, Santiago: «Consideraciones sobre las especialidades procesales en materia de propiedad industrial e intelectual», *Actualidad Civil*, núm. 32 de 1992, marginales 517 y ss.

Comienza este trabajo repasando todos los posibles procedimientos en que cabe encuadrar la actividad procesal en tema de propiedad industrial o intelectual, para centrarse luego en el estudio de las especialidades que existen en la Jurisdicción Civil.

190. MARTIN Y MARTIN, José Antonio: «Algunas consideraciones en torno a la evolución del proceso civil español con particular referencia a las últimas innovaciones legislativas», *Actualidad Civil*, núm. 36 de 1992, marginales 585 y ss.

191. MARTINEZ CALCERRADA Y GOMEZ, Luis: «Justicia y organización judicial: especial contraste entre Argentina y España, conexiones y diferencias», *RCDI*, núm. 609, pp. 743 y ss.

192. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «El nuevo título ejecutivo del número 7.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Civil*, núm. 39 de 1992, marginales 647 y ss.

Ante la entrada en vigor de la Ley 10/1992 sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, analiza este trabajo la adición, a los títulos ejecutivos tradicionales enumerados en el artículo 1.429 de la LEC, de un séptimo título: certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, a las que se refiere la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, si se acompaña copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CCJC:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
RCDI:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM:	Revista de Derecho Mercantil
RDN:	Revista de Derecho Notarial
RDP:	Revista de Derecho Privado
RDU:	Revista de Derecho Urbanístico
RJC:	Revista Jurídica de Catalunya
RJN:	Revista Jurídica del Notariado (antigua RDN)

Revistas que se citan sin abreviar:

Actualidad Civil
LA LEY
Poder Judicial

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Pilar BENAVENTE MOREDA
Gabriel GARCIA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Inmaculada HERBOAS MARTINEZ
Antonio JIMENEZ CLAR
Francisco LLEDO YAGÜE
Antonio Manuel MORALES MORENO
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ
Alma M.^a RODRIGUEZ GUITIAN

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Levantamiento del velo jurídico.—Conforme la doctrina legal se sienta la tesis general que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar la vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7-1 Código civil) la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades en las que la ley confiere personalidad jurídica propia con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6-4º Código civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7-2º Código civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 Constitución), es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo de un ejercicio antisocial de su derecho (STS. 12 de noviembre de 1991).

HECHOS.—En el presente caso se ha patentizado esa ambigüedad y suplantación recíproca de las dos entidades mercantiles independientes que denotan al menos en el negocio que nos ocupa una identidad de intereses fruto de un entramado subjetivo e interno común a ambas. (F.L.L.Y.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. El procedimiento del juicio declarativo de menor cuantía no es inadecuado para articular pretensiones relativas a la protección jurisdiccional de derechos fundamentales.—«[...] el procedimiento del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, que se siguió, no es inadecuado, por venir expresamente permitido por el artículo 9.1 de la citada Ley Orgánica (la de 5 de mayo de 1982), que permite acudir a las 'vías personales ordinarias', una de las cuales es la elegida por el demandante [...]».

La falta de alusión directa al afectado por una información excluye la difamación.—«Dada la forma en que se publicó la información, sin alusión alguna a los afectados directamente, no puede considerarse que por lo escueto y anónimo de la publicación haya sido divulgado nada que pueda difamar al recurrido, ni puede tampoco considerarse que del tenor literal de la información haya que imputar nada a los responsables que dirigen o confeccionan el periódico en cuestión [...]».

Sin divulgación no cabe imputar lesiones del derecho al honor.—«La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en sus artículos 2.2 y 8.1, no estima existente intromisión ilegítima cuando estuviere expresamente autorizada por las leyes y usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, ni tampoco las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente; normas que, aunque no dictadas para el supuesto debatido, revelan un criterio a seguir cuando el que actúa no lo hace como particular sino investido de una representación pública. En el caso litigioso se trataba de un Concejal, reunido en Pleno con el Ayuntamiento, que manifestó una opinión sobre el tema entonces tratado (plazas convocadas por el Ayuntamiento) y no consta que lo hiciese para difamar a su compañero de Corporación, sino en vías de un mejor servicio, para tratar de evitar que las plazas se adjudicasen de forma ilegal; escena que no fue divulgada por la entidad periodística con demérito para el recurrido, pues no se le nombró en la información. Por tanto, como ya observó la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1989, sin divulgación no hay imputabilidad ya que la esencia de la infracción es precisamente esa divulgación».

Valoración contextual de las manifestaciones supuestamente lesivas del derecho al honor al objeto de determinar su inconstitucionalidad.—«Además según la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1988, la actuación inculpada ha de alcanzarse, para ser anticonstitucional, a supuestos que inquieten o perturben, y de la información publicada resulta que otros supuestos que recogía eran de mayor relevancia que el que es objeto del pleito».

Libertad de expresión: no opera el límite interno de veracidad.—«Debe tenerse en cuenta, sobre la posible inexactitud del punto planteado por la observación del recurrente en la mencionada sesión, que las ideas o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta, como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, por ser siempre más amplia la libertad de expresión que la de información, y por no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a que aparezcan justificadas frases formalmente injuriosas o que tengan un interés público».

Libertad de expresión y asuntos de interés general: debilitación del límite externo constituido por el derecho al honor en cuanto exigencia del pluralismo político y de la tolerancia. «Zafiedad, tosquedad o grosería»: límites operantes en todo caso.—«La libertad de expresión se ejercitó en el caso concreto en conexión con asuntos de interés general, por las materias a que se refería y por las personas que en ellas intervenían, alcanzando entonces, como dice la sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 1989, su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática, siempre que las opiniones o frases no revelen zafiedad, tosquedad o grosería». (STS 30 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—El recurrente, Sr. Gutiérrez Solís, preguntó en un pleno del Ayuntamiento de Langreo —donde era concejal— a su compañero de Corporación, Sr. Campelo Iglesia, si ya había «extraviado la lista que conservaba en el local de la UGT de los clientes de su partido a quien metió en esta casa a trabajar». El periódico «La Nueva España» reprodujo estas manifestaciones. El Sr. Campelo Iglesia demanda al Sr. Gutiérrez Solís por lesión de su derecho al honor exigiéndole indemnización por daños morales. La pretensión es desestimada por el Juzgado. La Audiencia estima parcialmente la apelación. Ha lugar al recurso de casación que interpone el Sr. Gutiérrez Solís. (R.G.S.)

3. Necesidad de que la información sea veraz para que goce de la protección constitucional.—El derecho a la información contribuye a la formación de la opinión pública libre, garantía del pluralismo, base del sistema democrático, pero que en todo caso para gozar de la protección constitucional la información ha de ser veraz. Y en el caso de autos, aun aceptando que en líneas generales los artículos publicados en el medio a la Sra. Urbano puedan poner de manifiesto situaciones de favor en designaciones para cargo de responsabilidad en el ejercicio de funciones públicas y que la autora expresa su opinión sobre tal práctica, no es lícito poner como ejemplo de desviada designación el nombramiento de la actora, cuya cualidad de funcionaria perteneciente a cuerpo de la Administración autonómica al que accedió

por oposición hace años constaba fidedignamente a la autora de la reiterada divulgación en los diarios donde colabora.

La libertad de expresión no se identifica con la atribución gratuita de hechos que hagan desmerecer en el público aprecio.—No puede apoyarse en dicha libertad el acoso personal directo, con indicación de nombre y apellidos, a quien su matrimonio con hombre público no le sustrae su esfera de vida y actividad profesional, atribuyéndole gratuitamente hechos que le hacen desmerecer en el público aprecio y que no se justifican por la libertad de expresión.

Fundamento de la condena solidaria a los autores, directores y editores del medio en que se publica la intromisión ilegítima.—El fundamento de la condena está directamente conectado con el simple art. 65 de la Ley de Prensa y no por el juego del art. 1.903 del C.c. (STS de 25 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante interpuso demanda incidental contra la autora de un artículo periodístico, el director del periódico y la editora del mismo, por haberse producido intromisión ilegítima de su derecho al honor. Los órganos judiciales de instancia condenan a los demandados y frente a la sentencia de la Audiencia Provincial interponen recurso de casación la autora del artículo periodístico y la editorial, amparándose en el derecho a la libertad de la información y de expresión. Por su parte, la editorial alegaba que no cabe la condena solidaria, por no ser la autora del artículo una periodista dependiente, sino una mera colaboradora.

NOTA.—Sigue sin estar clara la incidencia que tiene la veracidad de los hechos publicados sobre la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuando se refieren a una persona que no es pública, ya que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que consideran que existe intromisión aunque sea veraz la información (sentencias de 19 de marzo 1990 y 1 octubre 1991). En la sentencia objeto de esta nota, es la falta de veracidad o la atribución gratuita —es decir, no probada— de los hechos lo que decide la cuestión. (L.F.R.S.)

4. Intromisión ilegítima en el derecho del honor: requisitos. Supuestos en que prevalece la protección constitucional al honor sobre la libertad de expresión.—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 deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona, aspectos éstos que, aun cuando no vinculen al orden jurisdiccional civil, sí 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 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 perso-

na, 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 procede atribuir al mismo, y sin que pueda hacerse abstracción del elemento intencional de lo publicado y de su objetividad real (SS. TC. 23 marzo y 26 junio 1987, y TS. 16 diciembre 1988 y 23 febrero 1989). **(STS de 29 de noviembre de 1991; no ha lugar).**

HECHOS.—El demandante afirma en diversos artículos periodísticos que el actor era el director de un programa con sueldo sustancioso y giras internacionales pagadas, acusándole de inquisidor, firmar una resolución inicua, carente de la más mínima ética, ser exclaustrado, chambón y despreocupado. El Tribunal Supremo aprecia que en todo el contexto de los citados artículos existe un verdadero propósito de desmerecimiento del demandante en la consideración ajena, sin que se justifique la conducta del demandado por el hecho de que una Comisión de Reclamaciones, de la que formaba parte el actor, estimase una pretensión de una oponente en la Cátedra del demandado, por tratarse de una decisión que pudo impugnarse por los medios legales, pero no utilizando públicamente expresiones peyorativas sobre la trayectoria profesional del demandante. **(L.R.F.S.)**

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Simulación absoluta. Nulidad. El juicio de retracto arrendatario es procedimiento adecuado para invocarla cuando se pretende la nulidad del título en que se funda el retrayente.—«...la simulación de los arrendamientos controvertidos se ha declarado (...) que era absoluta, es decir, que esos contratos no tenían ninguna realidad, por lo que en estricta técnica son nulos absolutamente, por tanto no perfectos con algún vicio que los invalide, característica de la nulidad relativa (art. 1.300 del Código civil). Por otra parte, en el juicio de retracto se puede conocer la validez o nulidad del título en que se funda el retrayente, si la parte demandada niega su eficacia y validez, que es una excepción perentoria (falta de acción) (F.D. 2.º)».

Simulación. Presunción favorable a la existencia de los contratos de arrendamiento. Aplicación del art. 1.253 del C.c. y no del art. 1.249 del mismo cuerpo legal.—«...atacándose las presunciones favorables a la simulación, debió (...) demostrar que no se deducía de los hechos probados según las reglas del criterio humano, infringiéndose así el art. 1.253 del C.c. En realidad, lo que hace la recurrente es oponer otros hechos de los que a su juicio se deduce que los contratos son verdaderos y válidos, es decir, que deben de tener más fuerza sus presunciones que

las de la Sala sentenciadora, lo que es muy distinto a demostrar que son absurdas o ilógicas o contrarias a las reglas de la común experiencia humana... (F.D. 7.º)».

«...el motivo octavo (...) vuelve de nuevo a atacar las presunciones favorables a la simulación de los contratos de arrendamiento (...) eligiendo para ello ahora el art. 1.254 del C.c. El motivo es desestimable, pues no se infringe tal precepto, ya que se refiere a los hechos de los que pueden nacer las presunciones, y tales hechos no son combatidos (...) sino las consecuencias que de ellos obtiene la sentencia recurrida, por lo que el precepto hipotéticamente infringido sería el art. 1.253 del C.c.... (F.D. 9.º)».

Error de hecho. Falta de conocimiento de las condiciones de la adjudicación: no caducidad de la acción de retracto.—«...el motivo 5.º vuelve a plantear (...) la falta de conocimiento de la recurrente de las condiciones de la adjudicación, y en consecuencia la no caducidad de la acción de retracto cuando la ejercitó mediante demanda el 22 de febrero de 1988. Por ello debe merecer también la desestimación (...), sin que pueda prosperar la alegación de error de hecho, pues en cualquier caso ha de ser excusable, y la prueba de su excusabilidad corresponde al que lo alega (F.D. 5.º)» (STS 30-XII-1991. Ponente: Sr. Gullón Ballesteros; no ha lugar al recurso de casación interpuesto).

HECHOS.—La entidad JOSEL, S.A., se adjudicó en procedimiento sumario del art. 131 de la L.H., instado por la Caja de Pensiones de la Vejez y de Ahorro determinados Despachos, sitos en Barcelona, propiedad de la ejecutada, LA MAISON DE PIERRE, S.A.

La entidad CARLOS ALEJANDRO, S.A., demandó en juicio de retracto arrendaticio urbano a JOSEL, S.A., ejercitando dicha acción sobre los locales adquiridos, alegando los contratos de arrendamiento de los mismos que había formalizado con LA MAISON DE PIERRE, S.A. La demandada, JOSEL, S.A., se opuso, por estimar simulados tales contratos y estar caducada la acción ejercitada.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Barcelona desestimó la demanda (S. de 11-X-1988), sobre la base de la inexistencia por simulación de los contratos de arrendamiento, por caducidad de la acción, así como por tratarse de arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca. Apelada la sentencia por la actora, la Sección onceava de la Audiencia Provincial de Barcelona (S. de 11-X-1989), la confirmó, declarando en primer término la caducidad de la acción de retracto, y a mayor abundamiento la simulación contractual.

En representación de CARLOS ALEJANDRO, S.A., se interpuso y formalizó recurso de casación articulado en nueve motivos. El 1.º (al amparo del art. 1692.2 de la LEC) por inadecuación del procedimiento, sobre la base de que si la demandada alegaba la existencia de simulación en los contratos de arrendamiento, tratándose de su juicio de una simulación relativa, debería haberse ejercitado la acción correspondiente, no pudiendo oponerse por vía de excepción la nulidad relativa. El 2.º (al amparo del art. 1692.5 de la LEC) por infracción de doctrina jurisprudencial relativa al hecho de que la nulidad relativa sólo puede hacerse valer por vía

de acción. El 3.º y 4.º (al amparo del art. 1692.4 LEC), ambos por error en la apreciación de la prueba. El 5.º (al amparo del art. 1692.5 de la LEC) por infracción de los arts. 1.218, 1.228 y 1.234 del C.c. El 6.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC), por infracción por aplicación del art. 48.2 de la LAU y la doctrina jurisprudencial. El 7.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC) por infracción de los arts. 1.218, 1.228 y 1.232 del C.c. El 8.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC) por infracción del art. 1.249 C.c. El 9.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC) por infracción por inaplicación del art. 48.1 de la LAU y 1.518 del C.c. (P.B.M).

6. Simulación. Prueba de la misma.—La invocada validez del contrato —negada por el Tribunal de instancia por estimar que hubo simulación— trata de deducirse por lo manifestado por la vendedora según consta en el documento, lo cual, obviamente es hacer supuesto de la cuestión, y además es perfectamente lógico que la existencia de una simulación no se refleje en el documento en que se formalizó el contrato.

La concurrencia de la causa es una cuestión de hecho sustraída, por tanto, al control de la casación, salvo que se haya producido error en la apreciación de la prueba.

Raras veces la presunción presenta prueba directa de su existencia y se revelará por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad, correspondiéndole dicha apreciación de la existencia o inexistencia de causa o la concurrencia de causa falsa, por ser de naturaleza fáctica (**Sentencia de 12 de diciembre de 1991**: no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D.J.A.C.M., interpuso demanda contra D.M.S.L. y otros, sobre acción reivindicatoria ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Baza, estimándose parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Granada revocó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J-C.).

7. Enriquecimiento injusto: Ausencia de causa.—«...las acciones originadas por enriquecimiento injusto, no van en realidad dirigidas contra el acto o negocio jurídico en sí considerado, sino contra sus efectos lesivos o perjudiciales para la otra parte. En el caso aquí contemplado, se parte de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales perfectamente lícito y cuya consecuencia, el abono de los honorarios correspondientes al profesional que los ha prestado, entra de lleno en la esfera de la normalidad de ese tipo contractual: mas una cosa es eso y otra que los honorarios excedan los límites establecidos a este respecto...».

El enriquecimiento injusto y el abuso de derecho.—«...No puede olvidarse que la construcción tanto doctrinal como jurisprudencial del enriquecimiento injusto tiene una indudable conexión con la figura del abuso de derecho, dados los principios de equidad y justicia que en su determinación son de tener en cuenta (Vid. en dicho sentido las sentencias de 22 de marzo de 1946 y 22 de diciembre de 1962)» (**Sentencia de 13 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.—Un abogado, actuando como letrado del Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto) presentó dos minutas por honorarios que el Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra consideró excesivos.

Formulada demanda por el Banesto, a fin de obtener la devolución de parte de los honorarios, el Juzgador de 1.^a Instancia desestimó la demanda; apelada dicha sentencia, fue revocada por la Sala admitiendo la demanda. (I.H.M.)

8. Doctrina del enriquecimiento injusto.—«Es doctrina consolidada de esta Sala, cuyo general conocimiento excusa la cita de las sentencias en que es recogida, la relativa a que el enriquecimiento injusto exige para su éxito, entre otros resultados, la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y consiguiente ventaja adquirida, y que para apreciar su existencia se requiere el cumplimiento de estos requisitos: a) aumento de patrimonio del demandado y disminución en el del demandante; b) empobrecimiento en el actor, representado por un daño positivo o lucro frustrado; c) falta de causa que justifique tal enriquecimiento, y d) ausencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio de enriquecimiento injusto»:

Los pozos no son bienes muebles.—«[...] los 'pozos' no cabe incluirlos en el concepto de 'bienes muebles' a la vista del contenido de los artículos 334 y 335 del Código [...]».

Derecho fundamental a la tutela judicial afectiva.—«El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el apartado 1 del artículo 24 de la Constitución, garantiza que en ningún caso puede producirse denegación de justicia, pero no puede ser base para convalidar situaciones que el juzgador establece desprovistas de amparo legal, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que dicha 'tutela' se obtiene, incluso cuando se deniega lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente [...]». (STS 31 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El matrimonio actor suscribió con el Banco de Santander póliza mercantil de préstamo, estableciéndose la posibilidad de que el Banco lo diese por vencido en caso de impago de cualquier vencimiento. Producido éste en dos ocasiones, el Banco requiere notarialmente a los actores formulando a continuación demanda ejecutiva. Se traban bienes propiedad del marido y tras la sentencia y subastas se adjudican. Los actores interponen acción reivindicatoria contra el Banco y el adjudicatario alegando la nulidad del título presentado por el Banco en el procedimiento ejecutivo seguido contra ellos. Subsidiariamente, solicitaban se declarase el injusto enriquecimiento de los demandados. El Juzgado estima parcialmente la demanda. La Audiencia estima la apelación del Banco y del adjudicatario, revocando la sentencia de instancia. El recurso de casación interpuesto por los actores no prosperó. (R.G.S.)

9. Sentencia incongruente.—«[...] según reiterada doctrina jurisprudencial (así, en las sentencias de 23 de octubre de 1990 y 9 de julio y 25 de septiembre de 1991), la sentencia es incongruente sólo cuando su fallo ‘no se acomoda a los términos de la súplica de la demanda y no con relación a las bases fundamentadoras expuestas en los razonamientos jurídicos’ [...]».

Arras penitenciales: su reclamación presupone la resolución del contrato.—«[...] aun siendo dudoso que la cláusula 4.ª realmente refleje la existencia de arras penitenciales (art. 1.454 del C.c., citado en la misma) y más bien se trate de arras penales, lo cierto es que su reclamación presupone la opción resolutoria y ello es suficiente para el éxito de la acción ejercitada, pudiendo recordarse al respecto la doctrina jurisprudencial (Ss. de 13 de mayo de 1980 y 22 de febrero de 1984) que admite la presunción de la opción resolutoria en casos semejantes al presente». (STS 26 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio que llega al Supremo trae causa de una compraventa de finca gravada, incumpliendo los vendedores la obligación de liberarla de las cargas hipotecarias que sobre la misma pesan. Reclaman los compradores la cantidad entregada al formalizarse el contrato y otro tanto en razón del incumplimiento señalado. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

10. El recurso de casación se da contra la sentencia de la Audiencia.—«El motivo es desestimable sin entrar en su estudio, porque está construido con olvido de la constante doctrina de esta Sala de que el recurso de casación se da contra la sentencia de la Audiencia, no contra la de la primera instancia».

No ejercita su derecho de mala fe quien —al margen de la consideración de otros factores— lo hace dentro del plazo legal. Compensación de la mala fe del actor con la de la demandada.—«[...] no se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán. La sentencia basa la falta de buena fe en el recurrente en que no contestó a la carta de la recurrida notificándole el cambio de destino ni hizo constar su oposición hasta la presentación de la demanda origen de estas actuaciones, habiendo reclamado judicialmente rentas debidas en 1986, pero ninguna conclusión favorable a su criterio se obtiene de estos hechos probados. El arrendador y recurrente no tenía la carga de manifestar su oposición o consentimiento a la arrendataria; es ella la que debe asumir las consecuencias de obrar contra lo pactado, que se traduce en el nacimiento de una acción para exigir su cumplimiento, no el de tal carga. En cuanto a que en 1986 reclamó la rentas que se debían, es una actuación que nada tiene que ver con lo que se discute, pues la arrendataria seguía haciendo uso del local arrendado y, fuere cual fuere su destino, lo cierto es que debía pagar por ello. Por otra parte, el recurrente no pudo por exigencias procesales ejercitar en aquel momento más que la acción de desahucio por falta de pago y ninguna otra más, por lo que es infundado deducir de ello que con-

sintió en el cambio de destino, unilateralmente decidido y ejecutado por la arrendataria.

Situada en el terreno de la mala fe, la Sala 'a quo' también debió valorar la conducta de la demanda que no cumplió la ley del contrato, y que, como queda se ha probado en autos sin que ello haya sido ni discutido siquiera, siguió con la oficina de farmacia en otro local, acaeciéndose todo ello por su sola y libre voluntad, pues no ha alegado siquiera un hecho obstativo que impidiera el cumplimiento de lo pactado con alcance plenamente liberatorio para ella de acuerdo con el art. 1.105 del Código civil. Si hubo mala fe en el actor —lo que solamente se admite como hipótesis— también la hubo en la demandada, por lo que quedan compensadas, y a ninguno de ellos se le puede atribuir en exclusiva». (STS 16 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—D. Carlos R., propietario de un local comercial, lo arrendó a D. Cipriano L., quien a su vez lo traspasó a Dña. Amelia T. con consentimiento del propietario. Esta se obligó a destinar el local a farmacia durante un año como mínimo. El mismo día del traspaso suscribió Dña. Amelia un contrato de arrendamiento con D. Carlos sobre el mismo local. En una de sus cláusulas se estipulaba que la arrendataria dedicaría el local arrendado a uso exclusivo de farmacia. Al cabo de doce años y algunos meses Dña. Amelia comunica por carta al arrendador su propósito de destinar el local al negocio de papelería y librería, lo que efectivamente hizo. Pasados algo más de tres años, el propietario insta demanda de desahucio por impago de rentas. La consignación de éstas comporta su desestimación. Por fin, D. Carlos demanda a la arrendataria alegando el incumplimiento de la estipulación contractual que determina el uso del local. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. Ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

11. Calificación del contrato: Compraventa con pacto de retro: Préstamos usurario.—La sentencia impugnada llega a la acertada conclusión de que en los documentos base del pleito no hay un verdadero contrato de compraventa, sino de un préstamo usuario, enmascarado bajo la apariencia de una compraventa con pacto de retro relativa a unas joyas previamente pignoradas en la Caja de Ahorros de Madrid, como se desprende inequívocamente de las circunstancias concurrentes tales como la de no exigir la entrega del documento de pignoración de las joyas y el depósito posterior del mismo en una entidad bancaria con instrucciones sobre el modo y a quien había de ser devuelto, entre ellas la entrega de dos millones más; habiendo declarado en estos casos la jurisprudencia que lo fundamental a examinar es la finalidad contractual.

Aplicación de la Ley de 1908: Doctrina general.—En los litigios regulados por la Ley de represión de operaciones usurarias las apreciaciones de hecho de los Tribunales de instancia, aunque no sean intangibles, son siempre respetables, de tal manera que la facultad extraordinaria que dicha ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia, que puede resolverse desentendiéndose el T.S. de las apreciaciones, criterios y convicciones del inferior, que deben ser tenidos en cuenta y

aceptados cuando no estén claramente en disconformidad con los resultados procesales estimados con arreglo al art. 2.º de la ley mencionada, o sea, cuando no existan elementos de convicción suficientes para rectificar una equivocación del juzgador de instancia, lo que aquí no ha acontecido; siendo igualmente de destacar a estos efectos que los Tribunales han de proceder con un criterio práctico, más que jurídico.

Nulidad del préstamo usurario: efectos.—Según S. de 14 de junio de 1984 la nulidad del préstamo usurario que declara la Ley de Usura no envuelve 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 debido a hallarse viciado el negocio por la concurrencia de alguna de las circunstancias que según el art. 1.º pueden motivar la calificación de usurario; pero al quedar subsistente la obligación de devolver el importe de la suma efectivamente percibida, más otros gastos legítimos, conforme al art. 3.º, es evidente que los efectos de aquel contrato no desaparecen en su integridad, y por ende, subsiste el accesorio de la fianza, aunque reducido a la extensión de la obligación principal. (**Sentencia de 8 noviembre 1991**; no ha lugar). (G.G.C.)

12. Resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes: matización de la doctrina jurisprudencial que exige la acreditación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.—La argumentación impugnatoria de la aplicación del precepto intenta apoyarse en la interpretación jurisprudencial que mantuvo este Tribunal al exigir que se acreditara de manera indubitada la voluntad deliberadamente rebelde del comprador a dar cumplimiento de lo convenido. Tal doctrina que, aislada de las peculiaridades de cada caso, podría ocasionar valoraciones reductoras del supuesto normativo, ha sido matizada, como establece la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1990 (que cita otras muchas acreditativas de la nueva orientación) «aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuirse una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó».

Preferencia de la regla específica del artículo 1.504 del Código civil en caso de compraventa de inmuebles: carácter automático de la resolución una vez se haya producido el requerimiento.—La regla general que establece el art. 1.124 del C.c. cede, en términos normativos, ante la específica que señala el art. 1.504, relativo, precisamente, a la venta de bienes inmuebles, de manera que cuando se producen los requisitos que el dispositivo exige operan «ipso iure» sus efectos.

Asunción de deuda acumulativa, por no haberse producido el consentimiento del acreedor para que quede liberado el primitivo deudor.—Conforme tiene establecido la sentencia impugnada, la obligación de pagar el precio por los compradores no quedó sustituida, dado que para que se considerase la concurrencia de una novación expresiva de la asunción de la deuda por otra persona, hubiera sido preciso que constara de modo cierto el consentimiento del acreedor a la sustitución y que el mismo se prestara con el deliberado propósito de exonerar de sus obliga-

ciones al inicial deudor para hacerlas recaer en el nuevo, propósito que ha de revelarse de hechos o actos inequívocos, requisitos, en fin, que no concurren en quien simplemente se limita a recibir unas letras confiando en que serán atendidas a su vencimiento por el aceptante, pero sin que ello suponga intención acreditada de liberar de toda responsabilidad a quien las entrega (STS de 16 de mayo de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El comprador no pagó las veinticinco letras de cambio representativas del precio del piso y de la plaza de garaje, alegando al ser demandado que, en realidad, las letras habían sido impagadas por una Sociedad Cooperativa Limitada de la que era Presidente, habiéndose producido una asunción de deuda y, por lo tanto, no habiéndose acreditado una voluntad del comprador deliberadamente rebelde al pago. (L.F.R.S.)

13. Resolución del contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento del comprador: Matización de la doctrina jurisprudencial que exige la acreditación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.—La doctrina de esta Sala viene exigiendo como requisito necesario para acordar la resolución contractual contemplada en el art. 1.504 del C.c., la constancia de una voluntad por parte del contratante al que se demanda, rebelde al cumplimiento de su obligación, si bien la doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar tal concepto, aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (sentencias de 19 enero, 6 y 30 octubre 1984; 26 enero 1988; 2 junio y 13 y 21 octubre 1989).

Una vez producido el requerimiento a que se refiere el art. 1.504 del C.c. el pago del comprador deviene extemporáneo y no impide la resolución.—Si bien el pacto comisorio no produce transcurrido el plazo que comporta la resolución automática del contrato o contratos de compraventa de inmuebles, en razón, justamente, de la previsión que contiene el art. 1.504, no cabe duda que una vez hecho el requerimiento, el pago del comprador deviene extemporáneo y no impide la resolución.

La impugnación de pagos no puede ser posterior al momento del pago.—Se quieren contraponer, con valor decisivo, las manifestaciones unilaterales de los compradores, hechas con posterioridad a tales ingresos, y en un acta notarial de contenido poco preciso en sus términos, como constitutivas de una voluntad expresa de imputación de pagos que, desde luego, al no ser coetánea, carecería de validez. (STS de 18 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Los demandantes habían comprado al demandado varias fincas. Habiendo impagado el precio, el vendedor les requirió a los efectos del art. 1.504 del C.c. respecto a una de las fincas. Con posterioridad al requerimiento, los demandantes compradores pretendieron realizar una imputación de pagos en acta notarial. También intentaron con

posterioridad al requerimiento consignar el precio restante de la finca. Ambas tentativas fueron declaradas extemporáneas por los Organos judiciales que enjuiciaron el caso. (L.F.R.S.)

14. Tiene todos los efectos del art. 1.504 del Código civil el requerimiento efectuado por carta enviada por conducto notarial cuando se acredita que llegó a su destinatario.—Atendiendo el tenor literal del vigente art. 202 del Reglamento Notarial, la doctrina de esta Sala (sentencias de 27 de mayo de 1985, 27 de abril de 1988 y 11 de abril de 1990) reconoce la corrección formal del requerimiento notarial previsto en el art. 1.504 del C.c. cuando ha sido practicado por correo en la forma establecida por el art. 202 del Reglamento Notarial, requerimiento que tendrá plena eficacia a los efectos del citado art. 1.504 siempre que se acredite que el mismo llegó a su destinatario. (STS de 21 de mayo de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El comprador de un bien inmueble alegaba, como único motivo de casación, que los requerimientos efectuados mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por conducto notarial carecen de la eficacia que otorga el art. 1.504 al requerimiento para producir automáticamente la resolución de la compraventa. (L.F.R.S.)

15. Resolución de contrato de compraventa. Evolución doctrinal de la exigencia de «voluntad deliberadamente rebelde». Arts. 1.504 y 1.124 del C.c.—«...la moderna jurisprudencia abandona las palabras 'voluntad deliberadamente rebelde' por entenderlas demasiado rigurosas y sólo comprensivas de impago doloso y, en su lugar, habla de incumplimiento pertinaz que frustre el fin específico del contrato, rompe la economía del contrato (SS. 20-6-1990 [R. 1990, 479 9] 22-1-1991 [R. 19 91, 308], etc...)» (F.D. 1.º)

Resolución contractual. El requerimiento resolutorio del vendedor pierde su eficacia cuando se admiten pagos posteriores.—«...En todo caso la concurrencia de todos los requisitos no se da puesto que el propio vendedor, según hechos probados no desvirtuados, voluntariamente dejó sin eficacia el requerimiento resolutorio admitiendo pagos posteriores...» (F.D. 1.º) (STS 19-XII-1991. Ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo; no ha lugar al recurso de casación interpuesto).

HECHOS.—D. Francisco D. C. y D. Luis G. F. eran propietarios de una finca, parte de la cual arrendaron con opción de compra a D. Manuel A. M., opción que fue ejercitada en su momento por el referido arrendatario.

No obstante el comprador dejó de pagar parte del importe de la venta, desatendiendo el requerimiento efectuado por los vendedores que estimaban que el contrato debía considerarse resuelto. Se interpone ante ello demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Granada, instando la resolución del contrato de compraventa, la entrega de la posesión de la finca transmitida, así como

el abono de los daños y perjuicios causados, y subsidiariamente para el caso de no estimarse la resolución, se condenase al pago de las cantidades adeudadas por la compra de la finca.

El demandado por su parte alegó incumplimiento por parte de los actores, al no haber hecho entrega del objeto de la compraventa por no poseerlo —en la forma contratada— en concepto de dueño, solicitando la absolución y por medio de demanda reconvenional que se obligase al vendedor a cumplir su prestación, previa reducción del precio de la compraventa en proporción al número de metros que faltan en la finca vendida.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Granada dictó sentencia (21 de abril de 1988) estimando íntegramente la demanda, y desestimando la reconvenición. Apelada la sentencia, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada (S. 18 de septiembre de 1989), estimó en parte la apelación, acogiendo la pretensión subsidiaria de la demanda y rechazando nuevamente la reconvenición del recurrente, condenando a éste al pago de las cantidades aún adeudadas como parte del precio de la finca de autos.

En representación de los demandantes se interpuso recurso de casación, articulado en cinco motivos, de los que son objeto de admisión el segundo, tercero y cuarto, en los que se alega la infracción del art. 1.504 del C.c. en relación con el art. 1.124 del mismo cuerpo legal, del artículo 1.170.2 del C.c. y su jurisprudencia, así como de los arts. 1.254 y concordantes y 1.281 y concordantes del C.c.

NOTA.—La cuestión de fondo que se plantea en la decisión del T.S. es la de determinar si procede la resolución del contrato de compraventa o por el contrario el obligado cumplimiento del contrato con la consiguiente concesión de nuevo plazo al comprador para hacer efectivo el pago (arts. 1.124-1.504 del C.c.).

Tanto la Audiencia de Granada, como el Supremo, optan por la petición subsidiaria del demandante, exigiendo el obligado cumplimiento del contrato, decisión que se adopta tras analizar la concurrencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que proceda la resolución:

- a) Existencia de contrato de compraventa de inmuebles.
- b) Aplazamiento de todo o parte del precio.
- c) Impago de todo, o parte relevante del precio aplazado a causa de una voluntad decididamente rebelde del comprador al cumplimiento de su obligación.
- d) Cumplimiento oportuno por el vendedor de su obligación.
- e) Requerimiento notarial o judicial del vendedor al que hace referencia el art. 1.504 del C.c. (S.AP. Granada de 18 de septiembre de 1989 —R.G.D. 1990—).

En el supuesto contemplado resulta decisivo para no proceder a la resolución la ausencia del quinto de los requisitos señalados: el hecho de haber aceptado el vendedor pagos posteriores al requerimiento efectuado hizo perder virtualidad al mismo (SS.TS de 3-VII-1917, 30-XII-1955 y

11-V-1979, entre otras muchas), quizá por entenderse que existe una renuncia tácita a la resolución, derivada del comportamiento admisorio del vendedor.

Tenemos que señalar no obstante, que de la lectura de la sentencia (F.D. 1.º) no acaba de quedar suficientemente clara la postura del recurrente. Ello en la medida en que el mismo pretendía realmente la resolución del contrato de compraventa, si bien, en la formulación de su segundo motivo de casación (tal como se recoge en el fundamento señalado), tras señalar los requisitos para la aplicación del art. 1.504, sostiene que no concurre la voluntad deliberadamente rebelde, ya que se dejó de pagar porque la finca carecía de inscripción registral y no tenía los metros pactados.

Tal planteamiento a nuestro entender implica aceptar que falta uno de los requisitos para la procedencia de la resolución. Argumento que habría parecido lógico como planteado por la parte recurrida pero no por la recurrente que precisamente lo que quería era resolver.

(Resaltamos este dato que nos sorprende, en la medida en que no hemos podido acceder directamente al recurso de casación formulado al objeto de comprobar si efectivamente se formuló así o si se trata de un error de transcripción). (P.B.M.)

16. Compraventa de inmuebles: Interpretación: Arras confirmatorias a cuenta del precio.—No puede dudarse de la perfección del contrato mediante la concurrencia de sus requisitos esenciales, a tenor del art. 1.261 C.c., conclusión corroborada por el sistema espiritualista de nuestra contratación civil, por lo que se trató de entrega de suma en concepto de arras confirmatorias, es decir, entregadas en confirmación de la celebración del contrato y como parte del precio ya convenido de 4.000 ptas. el metro cuadrado de terreno.

Arras penitenciales: Doctrina general.—Según reiterada jurisprudencia, el contenido del art. 1.454 C.c., no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de la parte, claramente constatada, se establezcan tales arras, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo; por tanto, tal precepto legal tiene un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trate de arras penitenciales; la entrega de una cantidad «como señal» no significa por sí sola que cada parte pueda desistir del contrato a su arbitrio, en contra del criterio del art. 1.256 C.c., toda vez que tal frase, en sí equívoca, puede entenderse como entrega en concepto de parte del precio, sobre todo en supuestos, como el ahora discutido, en que por una mera operación aritmética puede determinarse el precio a pagar.

Doble venta: No la hay en la aportación a sociedad.—La aportación del inmueble al patrimonio social se hizo sabiendo perfectamente que una parte considerable de la finca «aportada» había sido vendida anteriormente, siendo difícil sostener la aplicación del art. 1.473 que se refiere al contrato de compraventa netamente

configurado, y, por otra parte, los móviles del vendedor y aportante incluyen un manifiesto perjuicio y menoscabo de los legítimos derechos del comprador. (**Sentencia de 12 de diciembre 1992**; no ha lugar).

NOTA.—En cuanto a las arras penitenciales la S. recoge el carácter no imperativo del art. 1.454, según defendí anteriormente (Comentarios Albaladejo, XIX, 2.^a ed. Madrid, 1991, p. 112). Hay discrepancias jurisprudenciales para aplicar analógicamente el art. 1.473 a supuestos de transmisión onerosa distintos de la compraventa; en casos en que la primera enajenación era una permuta (S. de 13 noviembre 1956), un derecho de tanteo (S. 21 octubre 1961) o enajenación de la nuda propiedad (S. 17 diciembre 1984) el TS ha accedido a aplicar la doctrina de la doble venta, negándose, en cambio, cuando al principio hubo un deslinde pretendidamente transaccional (S. 3 julio 1954). En el presente caso la *ratio decidendi* es la mala fe del vendedor que aporta la finca vendida a una sociedad en la que él es el mayor partícipe y administrador. (C.G.C.)

17. Contrato de permuta. Incumplimiento. Interpretación de los contratos. Prueba de presunciones (art. 1.253 C.c.). Interpretación de la intención de las partes (art. 1.282 C.c.).—Las conclusiones obtenidas en apelación sólo pueden ser combatidas en casación cuando resultan ilógicas, arbitrarias o contrarias a la Ley. (F.D. 1.º) (F.D. 6.º)

Interpretación de los contratos (arts. 1.281 y 1.283 C.c.). Los tribunales de instancia pueden fijar el alcance de las prestaciones a través del análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las prestaciones recíprocas.—«...los arts. 1.281 y 1.283 del Código civil, en cuanto sancionan el principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales y la prohibición de que puedan entenderse comprendidas en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, no veda ni puede vedar a los Tribunales de instancia la posibilidad de llegar, por un análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las recíprocas pretensiones de los intervinientes en el negocio jurídico (...) a fijar el alcance de tales pretensiones...» (F.D. 2.º)

Inaplicación del art. 1.091 del C.c. a los supuestos de cumplimiento por equivalente derivado de previo incumplimiento, en cuyo caso el precepto aplicable es el art. 1.101 del C.c.—«...el artículo que se invoca como infringido (1.091 del C.c.) se refiere al cumplimiento de las obligaciones según lo pactado, pero no al supuesto de incumplimiento que origina la necesidad de un cumplimiento por equivalente, como es el caso que se contempla, a cuyo supuesto, el precepto aplicable es el artículo 1.101 y, consecuentemente, la indemnización sustitutoria en cuanto restitutoria y resarcitoria debe consistir, en este caso (...), en una suma 'ad valorem' que equivalga económicamente a la prestación 'in natura' ...» (F.D. 3.º). (**STS 30-XII-1991**. Ponente: Sr. Almagro-Nosete; no ha lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—El día 12 de diciembre de 1983, D. Pedro F. R. y las empresas «Construcciones Franchini y Morales, S.A.» y «Astra Sur, S.A.», suscribieron un contrato de permuta, cuyo núcleo esencial consistía en la entrega por el primero de un solar, a cambio de la contraprestación, en su día, de un porcentaje de lo edificado, junto con numerosas previsiones sobre posibles incumplimientos y otras obligaciones complementarias. Estableciéndose que en el caso de incumplimiento del plazo principal, el propietario del solar podía optar por una indemnización económica, garantizada con la entrega de unas letras de cambio.

Transcurrido el plazo fijado para la entrega por parte de las empresas citadas, el Sr. F. R. cobró las cambiales a su vencimiento, haciendo saber a la otra parte que tal cobro no implicaba en absoluto que hubiese optado por la indemnización, pues consistía en el cumplimiento del contrato, sino simplemente el evitar que las letras se perjudicaran y perdieran su función de garantía que sustituía por el depósito dinerario.

Ante tales circunstancias, D. Pedro F. R. interpuso contra «Construcciones Franchini y Morales, S.A.» y «Astra Sur, S.A.», ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife demanda de juicio de menor cuantía solicitando se condenase a los demandados al cumplimiento de contrato de permuta citado, así como al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios en la cantidad de 450.000 ptas. mensuales a partir del plazo estipulado para la entrega de las fincas. Los demandados formularon demanda reconventional alegando el incumplimiento contractual del demandante, al no haber constituido la fianza exigida por el Ayuntamiento al conceder la licencia de construcción del edificio construido por la parte demandada y no ejecutar las obras de urbanización a que venía obligado contractualmente. Obras que tuvieron que ser ejecutadas por los reconvinientes para posibilitar la construcción del edificio, por lo que el actor les adeudaba en tal concepto la cantidad de 32.907.347 ptas. Alegando igualmente que al haber cobrado el actor el importe de las cambiales en concepto de indemnización de daños y perjuicios, no tenía derecho a percibir contraprestación alguna.

El Juzgado de Primera Instancia (S. de 4-IV-1988) aceptó parcialmente lo solicitado por el demandado y por las demandadas, entendiendo en primer lugar que al cobrar el actor el importe de las cambiales había ejercitado la opción indemnizatoria prevista en el contrato (estimando por tanto una de las peticiones de las demandadas) no pudiendo reclamar nada más. Condenado por otro lado a las reconvinientes al abono de 1.800.000 ptas. como intereses moratorios, por haberse cumplido el plazo de 120 días pactados sin haberse iniciado la construcción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (S. 23-II-1989) revocó la sentencia apelada, estimando parcialmente la demanda y reconvenición formuladas, condenando a las demandas al cumplimiento del contrato, con la consiguiente entrega de los inmuebles a cuya entrega venían obligados en vir-

tud de la permuta concertada o, alternativamente, para el caso del imposible cumplimiento, a la resolución del contrato con el abono de la correspondiente indemnización al demandante por el valor actual de las fincas que le hubiese correspondido recibir. Condenando igualmente al actor al abono a los demandados del importe de las obras de construcción que aquéllos habían llevado a cabo siendo cuenta de aquél.

Contra la decisión de la Audiencia se interpusieron en representación de demandas y actor sendos recursos de casación. En el primer caso con apoyo en cinco motivos: el 1.º (con apoyo en el n.º 5 del artículo 1.692 LEC) por violación del art. 1.253 del C.c., el 2.º (con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC) por infracción del art. 1.283 del C.c., el 3.º (con apoyo en el n.º 3 del art. 1.692 LEC) por infracción de las formas esenciales del juicio, con violación del art. 359 LEC, el 4.º y 5.º (con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC) por infracción de los artículos 1.091 y 1.281 del C.c., respectivamente. En el segundo caso con apoyo en cuatro motivos, todos ellos fundamentados sobre el n.º 5 del artículo 1.692 LEC, por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.100 del C.c., inaplicación del artículo 1.282 del C.c. e infracción del art. 359 LEC (P.B.M.)

18. Responsabilidad por ruina: Ruina funcional.—Una abundante doctrina jurisprudencial pone de relieve que en el concepto de ruina debe entenderse comprendida la llamada «ruina funcional» y «defectos ruinógenos», y en el presente caso la existencia de la ruina ha sido clara, objetiva, fácticamente y jurídicamente declarada en la resolución impugnada.

Condena a reparar daños: Suma ilícida: Intereses.—Es doctrina constante de esta Sala la de que no producen intereses las cantidades ilícidas, entendiéndose, a estos efectos, que hay iliquidez cuando el *quantum* reclamado ha de fijarse o se determina en la sentencia como resultado de la prueba practicada; en tales supuestos los intereses se comenzarán a computar desde el momento de la sentencia; también se ha declarado que no son lo mismo los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el art. 1.108 C.c. y los que recoge el art. 921 LEC que nacen *ope legis*.

Compraventa: Intereses del precio.—No proceden en este caso, por no constar acreditado en autos requerimiento alguno de los vendedores a los compradores; además, por no haber otorgado aquéllos las escrituras públicas ni haber requerido a éstos a tal fin, y por último, porque una vez formulada reconvencción por los primeros, consignaron los segundos en el Juzgado las cantidades reclamadas que se ingresaron en la Caja General de Depósitos (Sentencia de 4 noviembre 1991; no ha lugar).

NOTA.—El presente litigio ofrece el clásico planteamiento de unos adquirientes de vivienda que detectan la existencia de vicios ruinógenos en las mismas, reconveniendo los vencedores con la reclamación del precio aplazado. No hay novedad ni en la reiteración del concepto de ruina funcional (con el que el TS se adelantó a la política de protección al con-

sumidor), ni con la aplicación de la regla o aforismo *in illiquidis non fit mora*. En cambio sí merece alguna acotación el tema de los intereses del precio aplazado en la compraventa de inmuebles. A simple vista la producción de intereses debiera ser la regla porque el vendedor se ve privado de la cosa y de sus utilidades, y tampoco puede disponer del precio por haber quedado aplazado. Nuestro art. 1.501, siguiendo al parecer a Pothier, sigue la regla contraria, regulando con criterio restrictivo la deuda de intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, orientación que la presente S. se limita a ratificar. (G.G.C.)

19. Arrendamiento de obra: Consecuencias de la aceptación de la obra sin mediar manifestación de disconformidad.—«[...] 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 del contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario (S. 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».

Novación. Compete al Tribunal de instancia establecer su carácter modificativo o extintivo.—«[...] pero si, avanzando más en la calificación jurídica del caso concreto, 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 [...]».

Criterios de interpretación del convenio transaccional.—«[...] si en el caso concreto se estima que en las relaciones habidas entre las partes existían situaciones jurídicas susceptibles de ser litigiosas y que la liquidación contenía un convenio transaccional, recuérdese que no es lícito con motivo de la interpretación exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre dio lugar a las transacción, sino que será ésta y sólo ella quien regula las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas [...]». (STS 29 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio arranca de un complejo contrato de arrendamiento de obra que se completa posteriormente con otros dos concluyéndose por un convenio liquidatorio y de recepción de obra. Sobre la base del último documento Constructora Necera Internacional, S.A., demanda a la Sociedad Cooperativa Limitada Azoguejo solicitando que, en ejecución de lo convenido, se le condene a otorgar escritura pública

de 18 plazas de garaje en favor de los correspondientes adjudicatarios. Se estima la demanda y parcialmente la reconvención. Apelada la sentencia por ambas partes, es confirmada por la Audiencia en su integridad. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la demanda. (R.G.S.)

20. Arrendamientos urbanos. Determinación de la condición de heredero para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 60 de la LAU.—La sustitución de los herederos en todos los derechos y obligaciones del arrendatario del local de negocio fallecido, debida a la muerte de este último, se produce de modo automático al ocurrir el fallecimiento, salvo que falte el deseo del heredero de sustituir al arrendatario fallecido. Pero su ejercicio no puede convertirse en una carga adicional para el propietario, más allá de su estricto ámbito legal, condicionándole a que tenga absolutamente clara cuál es la verdadera situación sucesoria del causante: cuando no se adjudique a algún o algunos herederos determinadamente la propiedad del negocio instalado en el local arrendado, *heredero*, en el sentido del artículo 60 (de la LAU), salvo que medie acuerdo entre los mismos, es la comunidad proindiviso formada por todos los herederos, que es la que sucede en el disfrute del derecho de arrendamiento. (Sentencia de 5 de noviembre de 1991; ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. M. A. T. R. y otros formularon demanda para que se reconociesen sus derechos *ex art* 60 LAU, como herederos del arrendatario de un local de negocio, solicitando al mismo tiempo la nulidad de la transacción efectuada por el propietario con algunos de los herederos. El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de los de Cáceres estimó parcialmente la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de alzada ante la Audiencia Provincial que revocó la sentencia. Los demandantes formalizaron recurso de casación. El TS declaró haber lugar al recurso casando la sentencia de la Audiencia Provincial. (A.J.C.)

21. Arrendamiento de fincas rústicas sujeto a la Ley especial otorgado por usufructuario. Extinción del usufructo. Regla general del art. 480 C.c.—Según el art. 480 C.c. los contratos de arrendamiento que el usufructuario celebre como tal, se resuelven al fin del usufructo, regla general que no está condicionada por el carácter temporal o vitalicio del usufructo, más allá de la propia duración del derecho real en cuestión, ni por la transmisibilidad o intransmisibilidad de éste, conforme al adagio «donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir», pues es designio común de la norma, en beneficio del nudo propietario, que la relación arrendaticia sólo perdure mientras subsista el usufructo, designio que tampoco se modifica por la circunstancia de que la adquisición del usufructo se produjera en virtud de juicio ejecutivo seguido de impago de letra de cambio.

Extensión del arrendamiento al año agrícola en curso: Art. 13 LAR de 1980.—La única excepción que, con significado de prórroga legal fundada en razones de equidad, permite la naturaleza especial del contrato arrendaticio sobre finca rústica, es la extensión de la subsistencia del contrato, durante el año agrícola en

curso, pese a la ocurrencia del evento que ocasiona la extinción del usufructo, lo que reitera el art. 13 LAR de 1980.

Cómputo del año agrícola: «Dies a quo».—No puede admitirse que haya que distinguir entre extinción, finalización y resolución del contrato, a efectos de propugnar una supuesta naturaleza constitutiva de la sentencia que establezca la declaración judicial de resolución, para aprovechar la falsa conclusión de que sólo a partir de esta última debe contarse el año agrícola de prórroga, cuando lo cierto es que la sentencia en estos casos se limita a reconocer y declarar que el contrato está resuelto o finalizado a causa de la extinción del usufructo, con eficacia para el cómputo del período del año agrícola correspondiente a partir del momento en que se produjo la extinción del usufructo, que actúa como *dies a quo* a los fines de determinar el año agrícola en cuestión y, en su caso, el curso pendiente del mismo.

Daños y perjuicios por ocupación sin título de la finca reclamada por los nudo propietarios.—Los actores actúan en función de terceros al contrato de arrendamiento que se extinguió, y los daños y perjuicios a que se condena vienen determinados, a causa de la ocupación sin título jurídico de la finca, desde que se extinguió el usufructo, de acuerdo con las exigencias que se derivan del art. 455 C.c. que imponen *a sensu contrario* la aplicación de los arts. 433, 451 y 453 C.c., por lo cual lícitamente podían apoyar su pretensión en el art. 1.902 C.c., sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial sobre la unidad conceptual de la culpa (**Sentencia de 20 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

NOTA.—La insuficiente exposición fáctica de la sentencia impide conocer particularidades de esa singular adquisición del derecho de usufructo sobre la finca arrendada en juicio ejecutivo por impago de letras de cambio. De cualquier forma resulta correcta la aplicación que se hace del art. 480 C.c. y del correlativo art. 13 LAR de 1980. Comentando aquél dice Maluquer de Motes (Com. Min. Justicia, I, 1285) que al permitir al usufructuario arrendar o hipotecar su derecho, se supera el sentido personal que tenía el usufructo y a manifestar que no está reñido con la propia institución el que el goce directo de las cosas pueda ostentarlo una persona ajena a la relación constituida inicialmente. Si el usufructuario puede enajenar su derecho, con mayor motivo puede establecer una relación de carácter temporal que tiene un marcado matiz de acto de administración. Pero el nudo propietario en ningún momento puede verse perjudicado por esta relación arrendaticia que perdurará mientras subsista el usufructo. La regla general tiene una excepción *pro-cultivatore* con la que el C.c. se adelantó a la legislación protectora del presente siglo, y que se ha reproducido en la legislación vigente. Se trata de una «prórroga legal», como la califica la S., que ya la S. de 16 de marzo 1978 definió como «justa compensación», y ahora se fundamenta en la equidad. Dice Maluquer de Motes (*loc. cit.*, p. 1288) que la noción de año agrícola se está refiriendo a la idea de «fecha a fecha» o de «siega a siega», como expresivo de un período corto de tiempo que normalmente no excede del

año, aunque no coincidente con el año natural. En el presente caso tal período el recurrente lo ha querido prolongar difiriendo el *dies a quo*, pero en vano por razones convincentes. Ha sido Ponente el ilustre procesalista Excmo. Sr. Almagro Nosete. (G.G.C.)

22. Arrendamiento de servicios. Desistimiento unilateral del arrendatario previsto en el propio contrato. Indemnización por pacto expreso en favor del arrendador —Cláusula penal—: En tal caso no es lícito duplicar los conceptos indemnizatorios invocando el artículo 1.124 del C.c.—«...no cabe deducir que la indemnización por falta de preaviso (...) suponga la obligación de indemnizar en forma que abarque los emolumentos correspondientes a dos períodos de tiempo (...), sino que, como bien ha advertido y plasmado la Sala de Instancia en la Sentencia, en el caso de preaviso por las demandadas, con la mentada antelación mínima de los seis meses a la fecha real de cancelación, la indemnización por tal evento quedaría fijada como mínimo en la cuantía equivalente al precio anula de sus servicios (...) sin que tenga por tanto que sumarse a ello una pretendida indemnización correspondiente a esos seis meses ...» (F.D. 2.º)

«...no les es lícito ahora a la actora y recurrente duplicar conceptos indemnizatorios invocando el artículo 1.124 del C.c., como vulnerado pues la Sala de instancia se ha atendido a la convención de las propias partes en orden a la concreción del perjuicio que se derivaría de la rescisión unilateral por parte de las prestatarias de los servicios que obviamente prima sobre toda otra consideración de tipo general y abstracto por imperio de los arts. 1.255, 1.256 y 1.257 del citado Cuerpo legal, máxime si como en el presente caso tal concreción indemnizatoria opera en forma similar a una cláusula penal implícita dado los términos en que fue redactada la ‘Addendum’ y lo establecido en el artículo 1.152 del citado Código sustantivo...» (F.D. 3.º).

Cláusula penal sustitutoria: Sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, sin necesidad de probar la cuantía y efectividad del daño, permitiendo el desistimiento unilateral del contrato. Facultad moderadora de los tribunales: Corresponde a los de instancia (art. 1.154).—«...Incluso atendiendo a la naturaleza de la cláusula que, como se dijo, opera como cláusula penal para el supuesto que en la misma se prevé y como compensación al privilegio concedido a los armadores de rescisión unilateral y voluntaria, siempre que no tenga como causa el incumplimiento de la actora quebrando con ello las perspectivas económicas de la misma, no es viable la aplicación de la facultad moderadora del artículo 1.154 del Código civil que, como en el caso presente, la doctrina de esta Sala reserva con exclusividad a la de Instancia, siendo tan sólo factible su revisión en casación cuando se haya podido con anterioridad descalificar la situación fáctica en que se apoyó el Tribunal de instancia para hacer uso de esa voluntad o juicio valorativo del que puede deducirse el principio de equidad que anida en esa facultad moderadora para que pueda ser objeto de aplicación...» (F.D. 7.º).

«...Precisamente el art. 1.152 del C.c. al definir lo que ha de conceptuarse como cláusula penal, en orden a su finalidad, que por vía del pacto establece el ‘quantum’ indemnizatorio y su efecto sustitutorio respecto de la indemnización de daños y perjuicios, comporta en forma sintética, abreviada y elusiva de toda prueba procesal.

esa concreción que evita toda demostración alusiva a esos daños y perjuicios, por virtud de la propia voluntad de las partes contractuales, por lo que sólo en caso cualificados y por pulsación exacta de las circunstancias que rodean el tracto de cumplimiento de los contratos pueden los tribunales de instancia modificar en aras de la equidad y orillando el enriquecimiento de una de las partes (artículo 1154 C.c.)...» (F.D. 10.º).

Documento público: Valor de las actas notariales de manifestación como medio de prueba: Carecen de tal valor probatorio al carecer de toda garantía de contradicción.—«...el acta notarial no es por naturaleza más que un simple instrumento documental constatante de unas declaraciones prestadas unilateralmente y extrajudicialmente por un tercero que se dice conocedor de las circunstancias en que se desenvolvió la ejecución del contrato de arrendamiento de servicios, lo que descalifica a tal instrumento como documento y como prueba testifical inclusive ya que carece de toda garantía de contradicción que es el ingrediente esencial para su virtualidad procesal, máxime cuando el fedatario público no garantiza con su intervención la verdad intrínseca de las manifestaciones hechas a su presencia, sino tan sólo la certeza de que lo han sido (SS. 27 de noviembre de 1985, 28 de septiembre de 1986, 22 de diciembre de 1987 y 23 de enero de 1988)...» (F.D. 4.º).

Responsabilidad solidaria (art. 1.137 C.c.): No es precisa su constancia o manifestación expresa y terminante, bastando con que pueda deducirse de forma evidente de la voluntad de las partes contratantes.—«...conforme a la doctrina de esta Sala, la solidaridad no ha de requerir para su establecimiento, su expresión con constancia, expresa, escrita, literal, ni por tanto el empleo específico del vocablo que lo represente, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación (SS. 20 noviembre de 1955, 30 de marzo de 1973, 2 de marzo de 1981, 7 de octubre de 1982, 20 de octubre de 1986, 12 de mayo de 1987 y 20 de mayo de 1990)...» (F.D. 8.º) (STS de 19-XII-1991. Ponente: Sr. Malpica y González-Elipe; no ha lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—El día 1 de diciembre de 1986 se suscribieron ocho contratos relativos a otros tantos buques, por los que «Naviera Castellana, S.A.» y «Astilleros Españoles, S.A.», encomendaba a «Operadores Marítimos, S.A.», la prestación de servicios de Inspección y mantenimiento de los citados barcos, que habían sido arrendados a la Compañía Naviera Mambisa de Cuba.

El 3 de julio de 1987, con ocasión de ciertas diferencias en el seguimiento y mantenimiento del contrato, «Operadores Marítimos, S.A.», requirió notarialmente a las otras dos empresas contratantes para que abonasen ciertos meses adeudados en el término de cinco días, bajo apercibimiento de que no hacerlo habría de entenderse que las requeridas no tenían interés en mantener la vigencia del contrato, lo que habría de interpretarse como una rescisión unilateral del contrato de los mismos, con la consiguiente indemnización derivada de tal incumplimiento y prevista contractualmente. El día 7 de julio de 1987 fue

contestado el requerimiento, dando por resueltos los contratos suscritos, bajo la alegación de incumplimiento de las prestaciones debidas por la requirente.

Ante tales circunstancias «Operadores Marítimos, S.A.», interpuso demanda en juicio de menor cuantía contra «Naviera Castellana, S.A.» y «Astilleros Españoles, S.A.», ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, solicitando se condenase a los demandados al abono de 92.993.336 ptas., como pago de la mensualidad no satisfecha e indemnización por rescisión unilateral de los contratos y falta de preaviso, más el abono de intereses. Las demandas se opusieron, alegando «Astilleros Españoles, S.A.», su falta de legitimación pasiva y solicitando su absolución, y «Naviera Castellana, S.A.», la declaración de rescisión de los contratos, con devolución de ciertas cantidades anticipadas por ellos, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios e intereses.

La Sentencia de Primera Instancia (14-IV-1988) estimó íntegramente la demanda, que fue revocada en parte en apelación (S. AP. Madrid, de 2-III-1989) que denegó la cantidad solicitada por incumplimiento de los seis meses de preaviso, confirmándose en cuanto al resto.

Se interpusieron tres recursos de casación, en representación de cada una de las partes intervinientes. En representación de la parte actora, articulado en dos motivos, ambos con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC por infracción de los arts. 1.281 (el 1.º) y 1.124.2 (el 2.º) del C.c. En representación de «Astilleros Españoles, S.A.», articulado en tres motivos, igualmente con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC, por infracción del artículo 1.137 C.c. (el 1.º), art. 1.124 C.c. (el 2.º) y por inaplicación del art. 1.124 en relación con el 1.101 del C.c. (el 3.º). Y por último en representación de «Naviera Castellana, S.A.», articulado en cuatro motivos, con apoyo el 1.º en el n.º 4.º del art. 1.692 LEC por error en la apreciación de la prueba, y los tres restantes con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC, por infracción del art. 1.256 C.c. (el 2.º), art. 1.124 (el 3.º) y 1.124.2 en relación con los arts. 1.100 y 1.101 del C.c. (el 4.º). (P.B.M.).

23. Reclamación de cantidad. Pretensión indemnizatoria. Objetivación de responsabilidad.—Si bien se trata de hechos que por su especial naturaleza ofrecen gran dificultad para su prueba, en su aspecto negativo, por quien ha sufrido el daño, y por el contrario son fácilmente susceptibles de la misma por el causante de aquél. En el presente caso no hay un adecuado sustento probatorio, singularmente en el aspecto relativo a constituir una incidencia relevante en el desencadenamiento o en el concurrir causal del siniestro pues no hay base adecuada para razonar que las circunstancias fácticas hayan influido y menos con sustento culposo en el evento ni siquiera es observable la concurrencia de una mera irregularidad por lo que ni se aprecia una situación de conjunción de culpas susceptible de determinar una consecuencia compensatoria moderada del importe indemnizatorio, a todo lo cual ha de estarse en casación en cuanto a lo que implica de valoración probatoria. (STS 23 de octubre de 1991; no ha lugar) (F.L.L.Y.).

24. Culpa extracontractual. Muerte por atropello. Cruce de vías férreas en estado de embriaguez. Concurrencia de culpas. Falta de aislamiento de la

vía al atravesar núcleos de población.—Según reiterada doctrina jurisprudencial, tanto la existencia del indispensable nexo causal entre el daño y el acto u omisión del sujeto, como la existencia de culpa o negligencia pueden ser revisados en casación, por lo que procede estimar parcialmente el motivo dado que, partiendo de que la culpa del accidente la tuvo fundamentalmente el infortunado esposo de la recurrente al intentar atravesar las vías en estado de intoxicación etílica, a la producción del evento también concurrió una conducta omisiva de RENFE, pues los muros de cerramiento, contruidos a ambos lados de las vías férreas, estaban destruidos en la fecha del accidente, por lo que, de hecho, era un libre paso para peatones, sin que existieran vigilantes ni señales indicativas que lo prohibieran, aunque esta responsabilidad era de mucha menos intensidad en su reproche jurídico que la de aquél, pues se ha probado que RENFE había construido, muy cerca del lugar, pasos inferiores y elevados, ninguno de los cuales fue usado por el fallecido, que prefirió cruzar la vía férrea (**Sentencia de 30 de diciembre de 1991**; ha lugar en parte).

NOTA.—¿Hasta dónde llegan las obligaciones de la RENFE en relación con las vías que atraviesan núcleos urbanos cuando los cerramientos reglamentarios son destrozados por los particulares? Las circunstancias del luctuoso hecho base del recurso eran de tal apariencia que originaron el rechace de la demanda en ambas instancias; la víctima se encontraba en estado de embriaguez cuando intentaba pasar al otro lado de la localidad atravesando un paso abusivo. El TS en ponencia del Excmo. Sr. Guillón Ballesteros analiza minuciosamente los hechos y encuentra en la conducta de la demanda una negligencia leve, que le permite estimar parcialmente la demanda, aunque rebajando la cuantía de la indemnización de siete a dos millones de ptas. en favor de la viuda, que actúa por sí y en nombre de dos hijas menores. Solución, sin duda, equitativa, que no deja, sin embargo, de suscitar alguna reflexión. Los hechos ocurren en el km 4,100 de la vía férrea Madrid-Barcelona, entre el apeadero de Entrevías y la estación de Vallecas, y en el momento del accidente los muros de cerramiento estaban parcialmente destruidos. No se dice el tiempo que llevaban en tal situación, y se imputa la falta de previsión de las consecuencias que pudieran producirse por esa falta de aislamiento, mientras no se llevaran a cabo las obras de cierre; *ad ex* se menciona colocar vigilancia o implantar barreras. Pero ¿puede exigirse a RENFE que coloque guardias en todos los pasos abusivos, o que instale barreras? ¿Servirían estas últimas para detener a una persona en estado de intoxicación etílica? ¿Hubieran podido aquéllos impedir el accidente? ¿No puede considerarse exculpatorio el haber construido muy cerca del lugar del accidente varios pasos inferiores y elevados? La S. recoge el dato de que con posterioridad al accidente, se llevaron a cabo las obras que hicieron físicamente imposible el cruce de las vías por los peatones. Lo que desgraciadamente es habitual entre nosotros.

Dice PANTALEÓN PRIETO (Com. Min. Justicia, II, p. 1997) que la jurisprudencia civil está dividida sobre si, para determinar la proporción en que debe reducirse en estos casos la cuantía indemnizatoria haya de atenderse a la respectiva entidad de las culpas concurrentes (SS. 13 febrero 1984, 21 junio 1985, 22 abril 1987, 7 diciembre 1987, 30 junio

1988, 7 octubre 1988 y 12 julio 1989), o a la contribución causal de las conductas concurrentes a la producción del evento dañoso (SS. 18 mayo 1970, 14 junio 1973, 31 marzo 1978, 25 marzo 1980, 20 febrero 1987 y 25 noviembre 1988; siendo poco clara la S. de 9 octubre 1989), pareciendo al autor más correcto atender prioritariamente al segundo de los criterios. La presente sentencia, en cambio, parece inclinarse por el primero, dado que enfatiza sobre la magnitud de las culpas respectivas (aunque propiamente la víctima no era imputable dado su grado de intoxicación etílica, por lo cual sólo puede hablarse de conducta «objetivamente culposa o imprudente»): «La culpa del accidente la tuvo fundamentalmente el infortunado esposo de la recurrente (aunque) a la producción del evento también concurrió una conducta omisiva de RENFE, aunque de menor intensidad en su reproche jurídico que la de aquél». Añadiendo más adelante: «Concurriendo la acción culposa del fallecido con la omisión culposa de RENFE en la producción del suceso, es indispensable valorar cuál fue la más reprochable, y el análisis lógico de lo acontecido lleva a la conclusión que fue la del esposo de la actora». Todo ello parece corroborar el carácter equitativo, ya indicado, de la presente sentencia. (G.G.C.)

25. Culpa extracontractual. Daños causados a menor por colisión con cristalera de hotel no señalizada. Concurrencia de ilícitos culposos. Responsabilidad del director y de la empresa hotelera.—Las lesiones de la menor se produjeron como consecuencia de su choque con una cristalera del Hotel en que se hospedaba, al no estar provista de la correspondiente señalización que hiciera notar su existencia, en cuyo hecho hay concurrencia de ilícitos culposos ya que en el Director del Hotel se da la omisión y abstención, el *non facere*, la contravención del principio *alterum non laedere*, el no actuar con la diligencia que exigía su cargo, el no prever lo que debía ser previsto, el no ordenar la oportuna señalización en las cristaleras, conducta plenamente incardinada en el art. 1.902, mientras que a la entidad mercantil se aplica el art. 1.903 párrafo 4.º, por lo que no cabe, en modo alguno, la aplicación extensiva del art. 1.907, forma aquélla de responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que repetidamente se ha declarado no ser subsidiario, sino directa.

Solidaridad.—Habiendo concurrencia de ilícitos, procede la solidaridad como medio de protección a los perjudicados según reiterada jurisprudencia (**Sentencia de 4 noviembre 1991**; no ha lugar).

NOTA.—La única singularidad de esta S. radica en la argumentación empleada por el Director del Hotel para lograr su exoneración, basada en la disyuntiva usada en el art. 1.903, pág. 4.º, «dueños o directores de un establecimiento», en vez de la copulativa, alegando que al haber sido condenada la empresa propietaria del Hotel —que se aquietó con la S. de apelación— procedía la absolución del Director. Argumentación habilidosa que el TS desestima al identificar la culpabilidad de esté último basada en hechos propios de omisión y negligencia, que bien pueden estimarse haber sido causa inmediata del daño causado. A ello

no obsta el que pueda adicionarse la responsabilidad empresarial por hecho de sus dependientes *lato sensu*, entre los que ha de incluirse, en lugar destacado, el Director. Si la negligencia causante del daño se hubiera imputado a otro empleado del Hotel (por ejemplo, un conserje), con la responsabilidad de este último concurriría también la del propio Director con base en el art. 1.903 párr. 4.º Por lo demás, como hace notar D. Angel Yaguez, el perjudicado puede demandar sólo al empresario, sólo al empleado causante del daño, o a ambos a la vez (Comentarios Min. Justicia, II, 2015). (G.G.C.)

26. La negligencia en el reconocimiento de un presunto delincuente es un ilícito civil generador de responsabilidad extracontractual.—«[...] la violación del artículo 1.902 del Código Civil, que en efecto ha de admitirse por cuanto que la prisión decretada y sufrida por el actor, tuvo como diligencia determinante de dicha resolución del Instructor, el reconocimiento hecho por el demandado [...] —empleado en la ventanilla donde se verificó el pago que efectuó él mismo, siendo por tanto testigo de mayor excepción—, del actor como tal persona que le presentó en ventanilla y cobró el talón falsificado; reconocimiento que verificó en Comisaría y ratificó en el Juzgado con la cualidad de ‘sin ningún género de dudas’, siendo así que tal reconocimiento a través de las fotografías que le fueron exhibidas por la Policía, y sin tener el hoy demandado en su poder otras fotografías de contraste puesto que la unida al Documento Nacional de Identidad del presentante del mismo obviamente se la llevó consigo, por lo que ha de advertirse una marcada ligereza al afirmarse con tal contundencia la identidad del sujeto que exhibió el Documento Nacional de Identidad con el actual actor ya que una y otra fotografías —la de la Comisaría y la del Documento Nacional de Identidad, que fue exhibido—, no podían representar a la misma persona pues lógicamente, la fotografía adherida al Documento Nacional de Identidad, tenía que haber sido suplantada por una del propio presentador para no arriesgarse a ser descubierto. Ello encuadra tal actitud y conducta, aunque plausible en el fondo por lo que representa de colaboración con la Justicia, en el artículo 1.902 del Código Civil, ya que supone una falta de diligencia o negligencia que reviste la categoría de hecho ilícito civil, máxime dada la trascendencia del acto judicial en que se produce [...]».

Responsabilidad de la entidad bancaria respecto de los perjuicios causados por sus empleados con ocasión del ejercicio de sus funciones.—«El cuarto motivo [...] señala la violación del artículo 1.903 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta [...] [...] adivinando el desarrollo del motivo, que se refiere al párrafo cuarto proyectando la responsabilidad sobre la Entidad Bancaria en cuyas dependencias se verificó el pago del talón falsificado, ha de ponerse de relieve que el daño inferido al actor, no procede del pago del talón, del que se responsabiliza en cuanto a tal hecho y a ello hubiere lugar, por su actuación a través de sus apoderados y empleados, pero es que ello no tiene la menor vinculación o relación de causalidad con el procesamiento y prisión del actor que se produce por la errónea y negligente conducta del empleado al identificar al actor como el falsificador y estafador con el cobro del talón bancario, pero es que tal reconocimiento escapa absolutamente del ámbito propio de sus funciones laborales bancarias, constituyendo un acto individual al que venía obligado como ciudadano por la ley y con plena desvinculación de la Empresa mercantil con la que está ligado laboralmente, y en

las que no entra bajo ningún concepto la identificación del delincuente; y este hecho de la identificación negligente y errónea es el acto desencadenante del aparato judicial que basado en tal error racionalmente, es el que produjo el perjuicio que es objeto de la reclamación de restauración pecuniaria [...]». (STS 19 de noviembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—Un individuo cobra un cheque falsificado sirviéndose del Documento Nacional de Identidad del actor, a quien le había sido sustraído. Procesado éste, sufre prisión provisional por unos días quedando en libertad al no apreciarse responsabilidad criminal. Demanda el actor al empleado del banco que pagó el cheque y a la propia entidad bancaria reclamándoles determinada cantidad en concepto de gastos y de daños morales. Recae sentencia desestimatoria en la instancia. Se rechaza la apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

4. DERECHOS REALES

27. Prohibiciones de disponer. Interpretación restrictiva.—«Es de señalar... que siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede observarse en la Sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1945 y en la R.D.G.R.N, de 20 de junio de 1913».

Prohibición de disponer sin determinación de tiempo ni de grado.—«Aunque la prohibición de disponer se establece con un límite, representado por el hecho de mantenerla 'hasta tanto que hubieren fallecido todos los herederos de los causantes', entre tales herederos se incluye con derecho de sustitución a toda su descendencia legítima sin límite de grado, por lo que es de imposible determinación por el momento en que dicha prohibición concluye, lo convierte en abstractamente perpetua a la misma». Por ello, resulta evidente que la prohibición de disponer se presenta en principio sin determinación de tiempo ni de grado, por lo que ha de ser de aplicación el principio de que *pactum de non alienando res propria non valet*, que establece la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos.

Función para el caso de contravención.—«En todo caso, aunque se admitiese la validez de la expresada limitación del derecho a disponer, cosa que aquí no ocurre, lo que procedería no es la declaración de invalidez o nulidad del contrato de compraventa que contraviene la prohibición de disponer, sino a lo sumo y conforme a lo indicado en la Sentencia del TS de 25 de junio de 1945, la indemnización de daños y perjuicios». (Sentencia de 13 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El 12-7-67, se otorgó testamento en el que se establecía que «ninguno de los partícipes en la herencia, podría vender a persona

extraña ninguna de las partes indivisas del pozo-noria existente en la finca...» Ante la venta, de una parte indivisa del pozo-noria, uno de los comuneros promueve demanda solicitando que se declare inexistente el contrato de compraventa. (I.H.M.)

28. Suficiencia de poder. Transacción. Actuación de uno de los comuneros en interés de la comunidad.—Versando la transacción litigiosa sobre un bien perteneciente *pro indiviso* a las permutantes y a los hijos de la primera, ha de estarse, en orden a la enajenación del mismo, a lo dispuesto en el art. 397 del Código civil, precepto ciertamente aplicable al caso según la doctrina jurisprudencial que requiere de la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en ésta, a que se refiere el artículo citado, no sólo comprende las de índole material, sino también las jurídicas.

Hay que distinguir entre que un copropietario esté facultado para accionar en beneficio de la comunidad, y que, si se llega a una transacción, pueda realizarla mediante la permuta de la cosa común sin consentimiento de alguno de los condóminos, siendo inaceptable inferir de la primera facultad tal consentimiento.

No se estima prestado el consentimiento tácito de los tres hijos de la recurrida, al acto instrumentado por su madre, al suscribir la permuta transaccional, por el hecho de que aquéllos le tuvieran conferidos poderes a ésta con facultades de vender y segregar, pues no intervino en la transacción en nombre de éstos sino en el suyo propio.

La recurrida no se hallaba facultada para transigir sobre los bienes y derechos de sus hijos, para lo cual es necesario, al igual que con la permuta, mandato expreso —art. 1.723, 2.º del C.c.—, que más bien equivale a *especial*, pues el poder en cuestión se refiere a *vender o ceder los bienes o participaciones indivisas de los mismos que les correspondan por cualquier concepto o título, y al efecto concertar enajenaciones con las personas, en la forma y bajo los pactos y por los precios que a bien tenga...* y es claro que la venta o cesión de bienes no comprende la transacción definida en el art. 1.809 del C.c. —a más de que el art. 1.713, 2.º ya distingue entre transigir y enajenar—, ni siquiera la permuta. (Sentencia de 11 de noviembre de 1991; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. M. M. G., y otros formularon demanda de nulidad de un contrato de permuta, contra «P.M.N., S.A.», ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de los de Alicante, que desestimó la demanda y estimó en parte la reconvencción formulada por la entidad demandada. El recurso de apelación interpuesto por los demandantes fue estimado por la Audiencia Provincial, que no admitió el recurso de apelación interpuesto a su vez por la entidad demandada. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

5. DERECHO DE FAMILIA

29. Sociedad de gananciales: Un aval prestado por un cónyuge no es en sí mismo acto de disposición de bienes.—Como regla general, un cónyuge no puede disponer de bienes gananciales, y caso de hacerlo, el acto sólo sería anulable a ins-

tancia del otro cónyuge (art. 65 del Código civil en su redacción de la ley 14/1975, de 25 de mayo, que se corresponde con el actual 1.322 del propio C.c.). Pero en principio, un aval prestado por mujer casada, ni estaba prohibido por la ley ni entrañaba en sí mismo acto de disposición de bienes gananciales. Sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afección de bienes para su pago es o no permitida por el régimen matrimonial sin consentimiento del marido o de la mujer. (**Sentencia de 30 de septiembre de 1991**; no ha lugar). (I.H.M.)

30. Filiación: Aplicación de la Ley de 13 de mayo de 1981. Absorción de la acción de impugnación por la de reclamación de la paternidad.—Ha de aplicarse la Ley de 13 de mayo de 1981, que reforma el Código civil en materia de aplicación, cuando la sucesión del padre cuestionado (cuya paternidad se reclama) haya sido abierta rigiendo ya esta ley con independencia de cuál haya sido la fecha de fallecimiento de la persona cuya paternidad es impugnada. Ello es así, en cuanto la acción de impugnación solamente se ejercita en cuanto sirve de complemento de éxito de la acción de reclamación. No otra consecuencia se deduce claramente de la jurisprudencia de esta Sala. (STS de 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1990).

Posesión de estado: Apreciable por el Tribunal de Instancia.—La posesión de estado, como cuestión de hecho (Sentencias, entre otras, de 17 de marzo y 7 de diciembre de 1988) compete en su estimación al Tribunal de instancia, que la deduce del conjunto de hechos que aprecia, unos personales y directos del mismo padre, otros de pruebas indirectas, a los que alude la ley al referirse «a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo (art. 135 *in fine* del Código civil), entre los que figura, como uno de los principales el resultado de las pruebas biológicas practicadas». (STS 20 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante solicita como petición fundamental que se declare su filiación no matrimonial respecto de A. O. A. y como consecuencia de esta petición, que la actora no es hija biológica de F. J., que se proceda a la rectificación del Registro civil y que es la única heredera del fallecido cuya paternidad reclama. Las peticiones fueron estimadas por el juez en primera instancia y confirmadas en apelación. (I.H.M.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

31. Testamento abierto. Nulidad. Inhabilidad para ser testigo por tener interés directo en el pleito: No existe en el Notario autorizante que se limita a testificar sobre hechos de los que ha dado fe en el ejercicio de su función (artículo 1.247.1 C.c.). Existe si la resolución repercute en la persona, bienes o intereses del testigo.—«...La alegación del interés directo en el testigo a que se refiere el artículo 1.247, n.º 1, no es aplicable al Notario autorizante del testamento cuya nulidad se pide, sobre todo cuando se refiere su declaración a hechos de los que en ejercicio de su función ha dado fe al autorizar el documento (...). Por su parte, es muy razonable el criterio de la doctrina científica que, partiendo de la vaguedad de

la frase 'tener interés directo', sostiene que ha de atenderse al efecto de cosa juzgada de la sentencia, ya que si ésta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses, evidentemente tal circunstancia le inhabilitaría para testificar...» (F.D.2º).

Forma del testamento abierto (art. 695 C.c.): Las instrucciones previas pueden ser verbales o escritas y darse sin la presencia de los testigos. El asentimiento del testador puede manifestarse de palabra o mediante signos inequívocos en tal sentido. La capacidad del testador se presume.—«...Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al Notario han de ser verbales o escritas (...), bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas (...) es evidente que, constando la consciencia del testador (...) es suficiente que asienta el contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifestado por medio de la palabra (...). Todo ello conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla (...). Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente...» (F.D. 3º).

Unidad de acto: Consiste en la lectura del testamento en alta voz por el Notario y firma de los asistentes. La existencia de instrucciones previas por el testador sin la presencia de los testigos en tal momento no la destruye (artículo 699 C.c.).—«...no son de tener en cuenta como contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al Notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el día del otorgamiento del testamento, el que el Notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto; requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el Notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del C.c., sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias...» (F.D. 4º) (STS de 30 de noviembre de 1991. Ponente: Sr. Santos Briz; no ha lugar al recurso de casación interpuesto).

HECHOS.—D. Agustín L. C. otorgó testamento abierto el día 9 de mayo de 1985, cuyo único contenido dispositivo fue la institución de su sobrino D. Pablo L. L., como único y universal heredero de sus bienes, derechos y acciones, y en defecto de éste, sus descendientes. No obstante, la última voluntad expresada había sido notificada previamente por el causante al Notario el 14 de noviembre de 1984, por el que el testamento había sido redactado ya a falta de los nombres de los testigos.

El día 1 de abril de 1985, el testador había sufrido un accidente cerebro-vascular, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió tras ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente, lo que sin embargo, de conformidad con los informes médicos presentados, no afectó a su capacidad en el momento de otorgar testamento.

Los hermanos del testador, D. José L. C., Dña. María L. C., doña. Encarnación L. C. y D. Mariano L. C. interpusieron demanda en juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza contra el heredero, D. Pablo L. C. sobre nulidad del citado testamento, que fue desestimada por sentencia de 2 de febrero de 1987. Apelada por los actores, la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la decisión de instancia en sentencia de 16 de septiembre de 1989. Se interpuso recurso de casación en representación de los actores, articulado en tres motivos: el 1º (al amparo del n.º 3 del art. 1.692 de la L.E.C.) por infracción del art. 1.245 en relación con el 1.247,1 del C.c. al considerar inhábil el testimonio vertido como testigo del notario autorizante, por estimarle con interés directo en el pleito. El 2º (al amparo del n.º 5 del artículo 1.692 de la L.E.C.) por infracción del art. 695 del C.c. El 3º (al amparo del, n.º 5 del art. 1.692 de la L.E.C.) por infracción del art. 699 del C.c. (P.B.M.)

32. Derecho civil catalán. Validez del codicilo en relación con el testamento que complementa.—Junto a su autenticidad caligráfica (requisitos formales *extrínsecos*), que reúnen tanto el testamento como el codicilo, ha de advertirse lo que pudiéramos denominar formalidad *intrínseca* del codicilo catalán, a través de su significado y naturaleza jurídica, porque dada su definición por la doctrina más especializada y lo dispuesto en el artículo 105 de la Compilación Foral Catalana, según los cuales al ser una disposición breve de última voluntad sin institución de herederos principal, directo y definitivo, que completa o reduce los testamento, pero que precisa de las mismas solemnidades externas de éstos, es patente que su contenido *intrínseco* al estar supeditado, o al menos íntimamente relacionado con un testamento, puede adolecer gravemente del riesgo de nulidad si está en relación, sujeción o supeditación falla en el ámbito del rigor formal externo y extremo de que ha de estar revestido, cual es el caso que aquí se contempla al referirse claramente al testamento otorgado en la misma fecha del codicilo, o sea el 28 de febrero de 1975, que al no haberse aportado ni indicado siquiera nada de su posible existencia, quiérese decir que procesalmente hay un vacío que no puede rellenarse queriendo sustituirlo por el otorgado cinco meses antes pretendiendo que a él debería referirse el testador, porque ello nos hace incidir en una valoración o juicio de intenciones que no es factible en documentos en que el rigor formal externo adquiere un carácter trascendente e insalvable (**Sentencia de 7 de diciembre de 1991**: ha lugar al recurso).

HECHOS.—D.ª M.T.I.U. y otro formularon demanda para que se reconociese y protocolizase el testamento y un codicilo del fallecido don F.J.A., estimándose la demanda en primera instancia. Presentado recurso de apelación por la esposa e hijos del causante, fue desestimado por

la entonces Sala 2.^a de lo Civil de la también entonces Audiencia Territorial de Barcelona. El T.S. admitió el recurso, casando la sentencia de la Audiencia y revocando parcialmente la del Juzgado de 1.^a Instancia. (A.J.C.)

33. Institución de heredero: Requisitos del testamento abierto: La unidad del acto.—La capacidad legal de todo testador se presume y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la sala de instancia.

En otro orden de cosas, no son de tener en cuenta como contrarios a esa «unidad de acto», el hecho de haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, o bien el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento, impugnado no guarda la exigible unidad de acto; requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el art. 695 del Código Civil, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias. (Sentencia de 30 de noviembre de 1991; no ha lugar).

NOTA.—Como hemos puesto de relieve en nuestro volumen II (primera parte) en cuanto al tema de la unidad de acto, la mayoría de las legislaciones sólo exige que se cumpla, los requisitos de la lectura, conformidad y autorización. La doctrina jurisprudencial también confirma este criterio entendiendo que el acto de testar en su unidad necesaria no principia hasta que reunidos el testador, testigos y notario, se comienza por éste la lectura del testamento que se redactó según las instrucciones previas de aquél (Sentencia de 29 de diciembre de 1927, entre otras), precisando la Sentencia de 31 de mayo de 1961 que el hecho de haber recibido el notario del testador las instrucciones previas para su redacción y no a presencia de los testigos, *no implica una falta de cumplimiento del requisito de la unidad de acto*. En fin, de esta inteligencia jurisprudencial se deduce como bien nos afirma ARENAL OTERO, que la unidad de acto comienza con la lectura del testamento y finaliza con la autorización. (F.L.L.Y.)

II. DERECHO MERCANTIL

34. Criterio de distinción de marcas combinadas o mixtas.—El examen de la posible incompatibilidad entre marcas combinadas o mixtas, formadas a la vez por fonemas y elementos gráficos, requiere el estudio tanto de la parte denominativa como de las representaciones gráficas. Sólo tal visión de conjunto permitirá con-

cluir si las marcas en cuestión conducen a error a los consumidores. (STS de 20 de noviembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.—El objeto del litigio consiste en la solicitud de la sociedad demandante de que se declare la nulidad de unas marcas, inscritas con posterioridad a las suyas, por semejanza fonética entre ellas que induce a confusión. El Tribunal Supremo desestima el único motivo de casación alegado por la recurrente, entendiendo que no existe tal incompatibilidad entre las marcas. Revoca la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia y confirma la de la Audiencia. (A.R.G.)

35. Criterio de distinción entre marcas.—No pueden admitirse en el Registro como marcas los distintivos que, por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados, induzcan a error o confusión en el mercado (art. 124.1.º Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929). Cabe una similitud entre los elementos componentes de dos denominaciones siempre que ello no impida la función diferenciadora propia de las marcas.

Para discernir la posible confusión entre dos signos distintivos es necesario el examen de las denominaciones en su conjunto, sin limitarse a un análisis parcial de los vocablos. Ha de ponerse en relación cada término con el conjunto del que forma parte y dentro del cual adquiere un determinado sentido (SSTS de 9 de mayo de 1983, de 23 de septiembre de 1985, de 5 de diciembre de 1985, de 29 de febrero de 1988).

Carga de la prueba en el supuesto de desuso de las marcas.—La doctrina de la carga de la prueba ha de interpretarse mediante criterios flexibles y no tasados, adaptables a cada caso, dependiendo de la naturaleza de los hechos afirmados o negados y de la disponibilidad o facilidad de probar correspondiente a cada parte. Quien solicita la caducidad de una marca por desuso de la misma no debe soportar la carga probatoria, puesto que la demostración de un hecho de carácter negativo (la falta de uso) supone una gran dificultad, contraria a la lealtad y buena fe procesal exigibles en todo proceso. (STS de 21 de diciembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.—El titular de cuatro marcas interpone demanda contra una sociedad mercantil solicitando se declare que ésta carece de derecho a utilizar una marca, por razón de la semejanza fonética con las de su propiedad. La sociedad reconvino, a su vez, pidiendo la caducidad, por falta de uso, de las marcas pertenecientes al actor principal.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó tanto la demanda principal como la reconvenional. Tras el recurso planteado por ambas partes, la Audiencia estimó la demanda de la sociedad mercantil y declaró caducadas por desuso las cuatro marcas del demandante principal. No ha lugar a la casación, con desestimación de los motivos alegados por el recurrente. (A.R.G.).

36. Propiedad industrial. Incompatibilidad entre dos marcas por su semejanza.—En el caso debido, a la semejanza fonética que pudiera existir entre los elementos denominativos de las marcas puestas en litigio, es necesario añadir los componentes gráficos; y del análisis conjunto de todos estos elementos se llega a la conclusión, de que la Sala de Instancia no ha incurrido en la infracción jurídica que se denuncia, ya que su declaración de compatibilidad, pronunciada después de efectuar el análisis comparativo atribuido a su exclusiva competencia, ha tomado como base la visión conjunta de la totalidad de los elementos integrantes de las marcas confrontadas, sin descomponer su unidad; y evidentemente, entre los elementos gráficos de las mismas existen diferencias suficientes como para poder mantener en casación el criterio del Tribunal *a quo*.

En todo caso, como señala la sentencia de 29 de septiembre de 1985, en los supuestos de marcas combinadas o mixtas, integradas por fonemas con la adición de formas especiales de representación gráfica, la confundibilidad habrá de ser dilucidada tomando todos los elementos en su conjunto, y por tanto atendiendo no sólo a la parte denominativa, sino también a las figuras o dibujos integrantes de las instituciones en pugna. (**Sentencia de 20 de noviembre de 1991**; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—L.P.G., S.A., interpuso demanda ante el juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de los de Barcelona contra D.G., S.A., sobre la nulidad de una determinada marca, propiedad de la demandada, por su semejanza con otra de la demandante, estimando el Tribunal la demanda. Dicha sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial que revocó la sentencia. El T.S. declaró no haber lugar al recurso. (**A.J.C.**)

37. Acción de los acreedores contra los administradores de S.A. en situación de insolvencia: Negligencia grave por no liquidar el patrimonio social.—No basta con que la sentencia declare que la insolvencia de la empresa tuvo por causa una crisis económica del sector industrial a que se dedicaba, sino que la demanda exija un pronunciamiento sobre el cumplimiento por los administradores de sus obligaciones legales, procediendo declarar que los administradores no pueden limitarse a eliminar a la sociedad de la vida comercial o industrial sin más, sino que han de liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente que están precisamente orientadas para salvaguardar los intereses de los terceros en el patrimonio social, sin que ello signifique que no puedan intentar el arreglo extrajudicial con sus acreedores antes de llegar a ese trance, siempre largo y costoso para todos los afectados; en el caso de autos está probado que los administradores recurridos siguieron esa vía, pero lo cierto es que, ante su fracaso, no prosiguieron con las legales para la liquidación del patrimonio, de donde se deriva una negligencia grave encuadrable en el art. 79 de la Ley de S. A. de 1951.

Requisitos de la acción de los acreedores: Daño producido.—La no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en una situación de insolvencia, es susceptible de inferir el daño directo contemplado en el art. 81 de la Ley de 1951, y que abre el ejercicio de la acción individual de los acreedores.

Relación de causalidad.—Es ineludible que haya una relación de causalidad entre el daño producido (impago de los géneros suministrados) y el incumplimiento de aquellos deberes; pero la recurrente no ha demostrado que la sociedad recurrida tenía patrimonio suficiente para hacer surgir en los acreedores sociales expectativas siquiera de cobro si se liquidaba ordenadamente; más aún, las pruebas periciales obrantes en autos hacen más que dudosa esa posibilidad, y tampoco se ha probado que se ha ocultado o dispuesto injustificadamente de él, hipótesis de clara responsabilidad subsumible en el art. 81.

Mantenimiento del fallo por otras razones.—El mantenimiento del fallo recurrido por razonamientos distintos a los contenidos en él, obliga a rechazar el recurso según doctrina reiterada. (**Sentencia de 4 de noviembre de 1991**; no ha lugar) (G.G.C.).

38. Requisitos de la legitimación activa en la impugnación de acuerdos sociales.—Tal legitimación requiere, como presupuestos esenciales, la cualidad de socio en el impugnante y la constancia de su oposición a los acuerdos sociales en el acta de la junta (doctrina reiterada en las SSTS de 6 de julio de 1963, de 20 de febrero de 1968, de 30 de enero de 1970, de 21 de octubre de 1972, de 27 de abril y 10 de diciembre de 1973, de 5 de enero de 1978, de 4 de marzo de 1980, de 22 de febrero de 1986 y de 25 de junio de 1987).

Los accionistas disidentes no pueden limitarse a manifestar su oposición al acuerdo social en un momento anterior a la adopción de dicho acuerdo, sino que necesariamente han de hacerlo con posterioridad. Los acuerdos no adquieren consistencia jurídica hasta que no se lleva a cabo el recuento de los votos obtenidos y se leen los resultados de la votación. (**STS de 13 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por varios accionistas de una sociedad sobre impugnación de un acuerdo tomado en la junta general. Confirma las resoluciones de las instancias anteriores, que absuelven a la sociedad demandada por falta de legitimación activa en los actores. (**A.R.G.**).

39. Requisitos de la legitimación activa en el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales (interpretación del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951).—La legitimación activa de los impugnantes asistentes a la junta queda suficientemente acreditada, no sólo mediante su concurrencia a la junta general, sino también con su inequívoca declaración de voluntad contraria a los acuerdos sociales. Dicha declaración no puede ser sustituida por el mero hecho de haber votado en la junta general en contra de tales acuerdos. (SSTS de 20 de febrero de 1958, de 6 de julio de 1963, de 17 de marzo de 1967, de 27 de abril de 1973, de 2 de enero de 1990).

Si el motivo de la impugnación radica en la constitución ilegal de la junta, en modo alguno se considera como presupuesto esencial que la oposición a la constitución de la junta haya de realizarse en el momento de la formación de la lista de asistentes.

Alcance y significación del artículo 24 de la Constitución.—El derecho a la tutela judicial efectiva no se infringe por la existencia de un fallo desfavorable a los recurrentes, siempre y cuando éstos hayan podido ejercitar sus derechos sin ningún tipo de limitación o cortapisa. (STS de 30 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo confirma las resoluciones de las instancias anteriores, que estiman la acción de impugnación deducida por varios socios de una sociedad mercantil contra los acuerdos tomados en la junta general, por haberse constituido ésta de forma contraria a la ley. (A.R.G.)

40. Sociedades anónimas. Constitución ilegal de junta general ordinaria. Requisitos para la impugnación de los acuerdos.—Habiéndose acreditado en autos que determinados accionistas eran titulares de más acciones de las que se hicieron constar en la relación previa a la Junta con que ésta se constituyó indebida e ilegalmente al negarse la titularidad de acciones a los poseedores de las mismas por basarse en datos equivocados, es evidente que quedó suficientemente acreditada la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de impugnación ejercitadas, de conformidad con el artículo 69 L.S.A.

Así lo corrobora reiterada jurisprudencia que exige que los futuros impugnantes de los acuerdos hayan concurrido a la Junta y que hiciesen constar en ella su oposición a aquéllos, declaración de voluntad que ha de manifestarse de forma inequívoca, que no cabe entenderla suplida por el hecho de la previa votación en contra de los acuerdos en cuestión, sin que sea necesario que esta oposición se formule en el momento de la formación de la lista de los asistentes, pudiendo efectuarse en un momento posterior. (Sentencia de 30 de noviembre de 1991; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. J-R.O.V. y otros ejercitaron ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de los de Logroño, que estimó la demanda, acción de impugnación de acuerdos sociales contra «C.O.D.V. S.A.». La Audiencia Provincial desestimó el recurso. El T.S. declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

41. Seguro de accidentes de circulación: Acción directa de la víctima: Excepciones oponibles por el asegurador: Evolución de la doctrina jurisprudencial.—Con anterioridad a la publicación de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, que confirió legalmente 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 (SS. de 23 de junio y 18 de febrero de 1967, y 14 de octubre y 25 de noviembre de 1969) había declarado que el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarcimiento del daño al asegurador que contrató el seguro voluntario, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado; doctrina ratificada por la más reciente sentencia de 26 de octubre de 1984, referida a un accidente ocurrido antes de la entrada en vigor de la Ley del Contrato de Seguro, en la que se da por supuesta la existencia de esta acción directa, pero avanzando por el camino interpretativo 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 inocultable 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.»

Interpretación del art. 76 de la Ley de 1980: Oponibilidad de excepciones objetivas.—El art. 76 de la Ley de 1980, además de reiterar la consagración legal a la acción directa, dispone expresamente «que la acción directa es inmune las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado»; declaración que ha originado amplia polémica doctrinal en relación con determinadas cláusulas contractuales de exclusiones de riesgo (alcoholemia, conducción sin permiso, drogadicción, etc.), entendiendo la última corriente jurisprudencial que, en principio, y con las matizaciones que luego veremos, la inoponibilidad de excepciones hay que referirla a las de naturaleza personal que el primero albergue contra el segundo, y no a aquéllas eminentemente objetivas, emanadas de la ley o de la voluntad paccionada de las partes, criterio que sigue la S. de 28 de enero de 1985, que excluye de la cobertura del seguro voluntario el supuesto de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando en la póliza se había establecido tal cláusula excluyente de carácter objetivo; límite objetivo que se refuerza en el marco que los arts. 1.º y 73 de dicha Ley señalan al contrato que nos ocupa: «dentro de los límites pactados» o «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato»; pero la función hermeneútica jurisprudencial no se detiene en la admisión indiscriminada y automática de estas cláusulas objetivas, sino que matiza 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 (SS. de 18 de septiembre de 1986 y 7 de mayo de 1987, de la Sala 2.ª, 13 de mayo de 1986 de la Sala 1.ª).

Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: Auto de archivo de diligencias penales: Inoponibilidad por asegurador.—Aunque en el contrato de seguro voluntario existe la cláusula excluyente de conducir el asegurado bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el Juzgado de Instrucción competente dictó auto de archivo de las diligencias previas penales por entender el juzgador que no existía delito alguno perseguible, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial; tales declaraciones firmes en vía penal desvinculan totalmente el evento dañoso de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo que supone entender que en este concreto caso no es oponible por el asegurador frente al tercero perjudicado, pues este pacto excluyente no tuvo una relación directa ni fue la causa determinante del evento dañoso. (**Sentencia de 29 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

NOTA.—Sostiene PANTALEON PRIETO (Com. Min. Justicia, II, 2002) una interpretación personal según la cual el asegurador nunca po-

drá oponer al perjudicado aquellas cláusulas de exclusión de cobertura que se basen en el riesgo especialmente elevado que suponga la conducta del asegurado; en concreto, tratándose de seguro de automóviles, considera inoponible la circunstancia de haber sido causados los daños dolosamente, o por quien conducía en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, tóxicos o estupefacientes, o careciendo del correspondiente permiso. Se basa en una interpretación del art. 76 de la Ley de 1980, que salva el derecho del asegurador de repetir contra el asegurado en el caso de que el accidente se debió a la conducta dolosa de éste, argumentando de *maiore a minus* que lo que vale para este caso ha de valer para los otros en que el riesgo de la conducta del conductor es menor. Interpretación harto discutible que no prosperaría ante los Tribunales en la actualidad. En cambio hay que aceptar la opinión del mismo autor de que si la causa de exoneración figura en las condiciones generales, por aplicación del art. 3.º de la Ley de 1980, tal cláusula ha de destacarse de modo especial en la documentación del contrato y haber sido aceptada específicamente por escrito. (G.G.C.)

42. Quiebra. Período de Retroacción: Afeción de las operaciones de descuento.—«Las operaciones de descuento, cuando el quebrado es el cliente de la entidad bancaria o crediticia descontante, efectuadas por el Banco, durante el período de retroacción de la quiebra, se hallan afectadas por la declaración de nulidad establecida en el párrafo 2.º del art. 878 del vigente C. Com., sin que se produzca, la compensación del crédito con la deuda, pues ello supondría que el acreedor se sus-trae a la ley del dividendo».

Afeción a terceros de buena fe.—«La nulidad durante el período de retroacción recae sobre todos los actos de disposición y administración del quebrado, posteriores a la fecha de retroacción, *sin tener en cuenta la buena o mala fe de los terceros con los que contrató.*»

Consecuencias de la Nulidad: Restitución a la masa de la quiebra.—«Las consecuencias de la declaración de nulidad, se contraen al efecto principal de *restituir* a la masa de la quiebra, las cantidades en que consistan los pagos efectuados, Sentencia de 8 de marzo de 1973, entre otras.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Se presenta demanda por la Sindicatura de la quiebra, contra Banco Occidental, en la que se solicita la nulidad de los reintegros y cargos efectuados en la cuenta corriente y en la libreta de ahorro del quebrado durante el período de retroacción de la quiebra. La demanda es desestimada en 1.ª y 2.ª instancia. (I.H.M.)

43. Quiebra: Nulidad de los actos dispositivos realizados por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra. Afecta a terceros de buena fe.—Los actos dispositivos implicados (constitución de hipotecas y embargos y ventas de Bienes inmuebles) están incurso en la sanción de nulidad radical.

Tal nulidad comprende y afecta a todos los actos realizados por el deudor en aquel período de tiempo, aunque el contrato lo realizase con terceros de buena fe.

Así se deduce del art. 878 del C. Com. de 1885 que ha sido interpretado rigurosamente por reiterada jurisprudencia de esta Sala, según Sentencias entre otras de 7 de marzo de 1931, 17 de marzo de 1958, 25 de mayo de 1982, 28 de enero de 1985, 17 de marzo de 1988 y 9 de mayo de 1988.

Inaplicación del art. 1.024 del C. Com. de 1829.—El art. 1024 del C. Com. carece de aplicación en esta litis y no puede pretenderse relacionarlo con el artículo 878 del vigente C. Com. para interpretar éste, pues son preceptos independientes establecidos por el legislador con fines distintos.¹

Inoperancia de los preceptos hipotecarios.—La nulidad radical de todos los actos del quebrado, no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro..., produciéndose la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos, a los que derivan su causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes. (**Sentencias de 15 de noviembre de 1991**; no ha lugar) (I.H.M.)

44. Nulidad de los actos del quebrado posteriores al momento de retroacción de los efectos de la quiebra.—Según dispone el art. 878 C. Com. son nulos los actos del quebrado «de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra». Es reiterada la jurisprudencia de la Sala 1.ª del T.S. que interpreta rigurosamente este precepto. «Se trata de una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial, sólo necesaria en casos como el ahora contemplado en que determinadas personas se oponen a ella:»

Legitimación.—En caso de oposición, están legitimados para exigir los efectos de esa nulidad «tanto el depositario de la quiebra como después los síndicos de la misma», «debiendo volver las cosas a la situación en que se encontrarían si tales actos no se hubieren realizado».

Buena fe de terceros.—La nulidad se produce aunque los terceros con los que el quebrado realiza el acto sean terceros de buena fe.

Inoperancia de la protección del Registro de la Propiedad.—La nulidad radical establecida por el art. 878 C. Com. «no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, y arrastra (...) la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer, a tales efectos, la condición de terceros protegidos a los que derivan su causa del quebrado por actos de administración o disposición de sus bienes».

Función del artículo 1.024 del C. Com. de 1829.—El art. 878 C. Com. y el 1.024 C. Com. de 1829 «son preceptos independientes establecidos por el legislador para fines distintos». «El primero es de carácter procesal y el segundo de carácter sustantivo».

Impugnación de la retroacción de la quiebra: Forma de realizarla.—El artículo 1.024 C. Com. de 1829 ordena que el juez al declarar la quiebra, fije la época a que debe retrotraerse, sin limitación de forma ni tiempo. La reserva en favor de tercero que concede este precepto «no puede referirse más que al derecho de tercero, que se crea perjudicado con la fecha señalada para la retroacción, para reclamar contra ella en los autos de quiebra». Es en ellos en «donde solamente puede discutirse ese particular». «Una vez fijada esa época y firme la providencia en que se acordó, hay que partir de ella para aplicar el art. 878 C. Com., no siendo posible procesalmente que ese acuerdo pase a discutirse e impugnarse en cuantos pleitos se sostengan con la sindicatura de la quiebra». «Mientras no se impugna tal fecha de retroacción se ha de tener por válida la señalada en el auto de declaración de quiebra». (STS de 15 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de D. Francisco F. F. promueve demanda acerca de la nulidad de determinados, contratos de compraventa de fincas, como consecuencia de aplicárseles el art. 878 C. Com., que prevé la retroacción de la quiebra. La demanda no prospera en primera instancia; sí, en cambio, en apelación. El T.S. no da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. Entra en el análisis de la cuestión de fondo, a pesar de entender que el recurso de casación, fundado en el art. 1692 n.º 5 L.E.C., no está correctamente formulado, pues en él «no se alude a norma jurídica alguna como infringida, ni a jurisprudencia que deba ahora estimarse aplicable». (A.M.M.M.)

III. DERECHO PROCESAL

45. Distinción entre la falta de personalidad y la falta de acción.—La falta de personalidad en el demandado es una circunstancia meramente procesal, definida como excepción dilatoria del n.º 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consiste en que el demandado carece del carácter o representación con el que se le demanda. No puede confundirse con la falta de acción (actualmente denominada legitimación), referida al problema de fondo de discernir si el demandado debe reconocer el derecho que ejercita el actor y darle efectividad (SSTS de 2 de abril de 1952, de 13 de noviembre de 1962, de 29 de septiembre de 1989).

En modo alguno la cuestión de si la recurrente adeuda o no determinadas cantidades puede encuadrarse en la excepción dilatoria del n.º 4 del 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Compensación y pago parcial.—Cuestiones diferentes son la compensación (art. 1195 del Código Civil) y el pago parcial (art. 1157 del Código Civil). La primera opera con la existencia de créditos y deudas recíprocas entre las partes, mientras que el pago parcial implica cantidades satisfechas a cuenta del total reclamado. (STS de 20 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La Audiencia Provincial condena a una entidad mercantil a pagar a la actora (también sociedad mercantil) una deuda pecuniaria, revocando con ello la resolución del Juzgado de 1.^a Instancia. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad deudora contra la sentencia de la Audiencia. (A.R.G.)

46. Litis consorcio pasivo necesario.—La excepción de litis consorcio pasivo necesario, en el caso de ejercicio de acciones personales derivadas de un contrato, sólo puede oponerse entre quienes intervinieron en él y no contra terceros que en ningún carácter figuraban en el mismo, nada tenían que defender y carecían de interés directo, pues las obligaciones sólo había de cumplirlas el demandado *adquiriendo la cosa objeto del contrato de ser posible o exigiendo o reclamando lo que le estuviere atribuido en virtud de relaciones de sociedad, comunidad de bienes, mandato, promoción inmobiliaria o urbanística, u otras, que pudieran existir entre los copropietarios, entre ellos el vendedor, de la finca donde se halla ubicada la parcela objeto del contrato.*

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que reconoce el carácter consensual del contrato y sus efectos obligatorios entre partes, pero sin fuerza para obligar a terceros que no intervinieron en el otorgamiento, aunque estén relacionadas como copropietarios o comuneros con una de las partes, supuesto que no genera litis consorcio pasivo necesario pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter indirecto, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario. (Sentencia de 21 de noviembre de 1991; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. A.T.E. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Talavera contra D. D.G.G. sobre ejecución de obras en cumplimiento de contrato y elevación de éste a escritura pública, siendo desestimada la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó la demanda. El T.S. declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (A.J.C.)

47. Eficacia relativa del contrato. Justificación procesal y extraprocesal de la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Validez de la venta de cosa ajena e inexistencia, en estos supuestos, de litis consorcio pasivo necesario.—«[...] lo que contradice frontalmente los acertados razonamientos de la Sala de Instancia, que en momento alguno niega la posible existencia de un proindiviso o comunidad de bienes, pero que afirma, cuál es la realidad, que en el otorgamiento del contrato sólo intervino como vendedor y obligado a realizar las obras el demandado, analizando incluso el supuesto de venta de cosa ajena, válido según numerosas sentencias de esta Sala (ver, por todas, la de 12 de septiembre de 1988, que cita las de 1 de marzo de 1954, 27 de mayo de 1957 y 5 de julio de 1958), el carácter consensual del contrato y sus efectos obligatorios entre las partes, pero sin fuerza de obligar a terceros que no intervinieron en el otorgamiento, supuesto que no genera litis consorcio pasivo necesario, ya que, como dicen las SS. de esta Sala de 16 de diciembre de 1986 (que cita las de 23 de noviembre de 1961; 23 de marzo de 1962; 27 de mayo, 3 de julio y 17 de octubre de 1964; 13 de noviembre de 1965; 30 de enero y 9 de marzo de 1982; 17 y 24 de septiembre, y 7 de octubre de 1985) y 21 de junio de 1991, si los Tribunales han de velar por que el litigio de trámite

(sic) con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia, fundamentándose el principio en la veracidad de la cosa juzgada, en la extensión de sus efectos, en que nadie puede ser condenado sin ser oído y en la necesidad de evitar fallos contradictorios, no es menos cierto que la justificación más importante ha de buscarse, como presupuesto, no procesal pero sí preliminar al fondo, en la situación jurídico-material controvertida en el pleito, con presencia de todos los interesados de modo directo en ella, únicos que pueden ser considerados como litis consortes necesarios, pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo o indirecto, por una simple conexión o porque la relación sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, claro es que sin perjuicio de que se pudiera dar una intervención voluntaria o espontánea, no necesaria, pudiendo también cualquier comunero o copropietario no contratante adherirse a la postura del demandado para colaborar al éxito de su oposición, lo que, repetimos, no implica en modo alguno litis consorcio pasivo necesario, que de forma específica rechaza la S. de 28 de noviembre de 1986 en los supuestos de doble venta y en los de venta de cosa ajena, al no constituir la compraventa modo de adquirir la propiedad e imponer tan sólo al vendedor la obligación de entregar al comprador la cosa vendida, cuyo incumplimiento, en su caso, sólo originaría el cumplimiento por equivalencia [...]» (STS de 21 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—D. A. Toldos compró a D. D. García una parcela de una urbanización. Se formalizó la operación en documento privado. Pasados nueve años, el comprador demanda al vendedor solicitando se le condene a realizar las obras de infraestructura de la parcela especificadas en el contrato y a elevar éste a escritura pública. Opone el vendedor la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido llamados al pleito otros copropietarios de las fincas donde se ubicaba la parcela. El Juzgado estima la excepción. La Audiencia, admitiendo la apelación, acoge la demanda. No ha lugar al recurso de casación que interpone el vendedor. (R.G.S.)

48. Consecuencias de la estimación de una excepción adjetiva o formal.— «Ante la estimación de una excepción adjetiva o formal, por defectuosa constitución de la relación jurídico procesal (como es el caso que aquí nos ocupa: existencia de litis consorcio pasivo necesario), el único pronunciamiento que puede hacer el órgano jurisdiccional es el propio de una sentencia llamada 'absolutoria en la instancia' y abstenerse simplemente de entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida, la cual queda totalmente imprejuzgada...».

«... una sentencia absolutoria en la instancia, por defectuosa constitución de la relación jurídica-procesal (litis consorcio pasivo necesario), como es la aquí nos ocupa, o por estimación de cualquier otra estimación procesal o adjetiva, en ningún caso puede producir excepción de cosa juzgada en cuanto al fondo del asunto litigioso, respecto del que dicha sentencia se ha abstenido de entrar a conocer y, por tanto, lo ha dejado imprejuzgado».

Nulidad del acto distributivo de títulos nobiliarios y litis consorcio pasivo necesario.—«Sobre la base de los expresados presupuestos, la sentencia recurrida, confirmando la del Juez, declara mal constituida la relación jurídico-procesal y aprecia de oficio la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido dirigida la demanda contra todos los beneficiarios de la distribución de títulos hecha por D...., para la cual se limita a aplicar la doctrina de esta Sala (Sentencias de 25 de abril de 1970 y 8 de mayo de 1989), con arreglo a la cual 'cuando el acto distributivo no reúne los requisitos expresados por el citado precepto (se refiere al artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912), o cuando un tercero, con superior derecho al que ostentaba el distribuyente, lo reivindica judicialmente, se hace indispensable, como cuestión previa, declarar la nulidad de la distribución, nulidad que necesariamente afecta a todos los favorecidos por ella, y de ahí la obligada presencia de éstos en el proceso desde su iniciación, en cuanto sus derechos pueden verse afectados por el fallo, ya que de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio, que hoy alcanza rango constitucional por cuanto el artículo 24 de la Constitución Española interdicta todo caso de indefensión'».

Litis consorcio pasivo necesario y orden público.—«La existencia del litis consorcio pasivo necesario, por ser cuestión de orden público, que queda fuera del ámbito de la rogación de parte, puede y debe ser apreciada de oficio por los Tribunales, aunque no haya sido alegada por las partes (Sentencias de 25 de mayo de 1984, 30 de marzo de 1985, 10 de marzo, 24 de mayo y 14 de noviembre de 1986, 23 de noviembre de 1987, 25 de febrero y 22 de octubre de 1988, 8 de mayo y 24 de julio de 1989, 17 de marzo y 27 de noviembre de 1990, 7 de febrero de 1991)».

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—«La denuncia de error de hecho en la apreciación de la prueba [...] exige ineludiblemente la cita del documento o documentos obrantes en autos que, de modo directo, patente o inequívoco (litosuficiencia), evidencien el error de hecho probatorio que se dice denunciar [...]».

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—«Es reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 24 de febrero y 7 de junio de 1986, 21 de septiembre de 1987, 22 de junio de 1988, 2 y 16 de marzo de 1989, 11 de octubre de 1991, por citar algunas) la de que la denuncia del error de derecho en la apreciación de la prueba requiere inexcusablemente la cita del precepto que, conteniendo normas valorativas de prueba, se considere infringido, así como la expresión del concepto en que lo ha sido, exigencia ineludible que aquí no aparece cumplida».

Alegación del artículo 1.214 del Código Civil en el recurso de casación.—«El artículo 1.214 del Código Civil (que tampoco es norma valorativa de prueba) solamente es invocable en casación cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi* que tal precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esta falta de prueba [...]. (STS de 5 de noviembre de 1991; ha lugar en parte).

HECHOS.—El demandante en el proceso del que trae causa el recurso de casación que la sentencia resuelve pretendió se declarase su derecho preferente a ostentar el título de Marqués de Caicedo. A tal efecto impugnaba con carácter previo la distribución de títulos que el padre del demandado hacía entre sus hijos. El Juzgado aprecia la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario e incorrectamente desestima la demanda. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado en todos sus términos, lo que da lugar a que el Tribunal Supremo estime en parte el recurso de casación sobre la base de la incongruencia que supone el pronunciamiento absolutorio en la instancia y la concomitante desestimación de la demanda. (R.G.S.)

49. Presunciones no establecidas por la ley: Corresponde al Tribunal de Instancia apreciar el enlace «preciso y directo» a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil.—«[...] la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir, por estar únicamente sometido a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos, que se demuestre su patente improcedencia, lo que no ocurre en el presente caso (Sentencia de 27 de enero de 1981), máxime, cuando el enlace preciso y directo debe consistir no en deducciones que la ley no permita, ni en dar a los hechos una significación de la que carecen, sino en la congruencia entre ambos, de suerte que la realidad de uno conduzca a la del otro, sin ser susceptible de aplicarse a circunstancias diversas, conforme a sentencias de 11 de mayo y 20 de diciembre de 1982, 28 de mayo de 1983 y 9 de enero de 1985».

Doctrina de los actos propios.—«[...] la doctrina de los actos propios, según la jurisprudencia de esta Sala, para ser tenidos como expresión de actuación oponible, deben ser de aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención o causar estado, definen inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a modificar o extinguir algún derecho (Sentencia, entre otras muchas, de 20 de febrero de 1990)» (STS de 26 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—En el origen del recurso de casación se encuentra un juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad interpuesto por la Caja de Ahorros Provincial de Valladolid contra la Asociación Provincial de Agricultores y Ganaderos, el Sindicato Remolachero, ambos de la misma ciudad, y D. Francisco L. B. El Juzgado estima en parte la demanda. La Audiencia revoca en parte —sólo en lo relativo a las costas— el pronunciamiento del Juzgado. El recurso de casación que la Caja de Ahorros interpone no prospera. (R.G.S.)

50. Fundamentación jurídica de la sentencia; alcance del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.—«[...] el número 3 del artículo 248 de la referida Ley Orgánica del Poder Judicial, [...] en modo alguno impone la concreta cita de preceptos legales, sino simplemente que la solución que la sentencia acoge

tenga fundamentación del derecho, aunque sea con base en genérica apreciación jurídica [...]».

No cabe modificar las sentencias después de firmadas. No supone modificación la simple tachadura con líquido corrector.—«Tampoco es de acoger el motivo quinto [...], por alegada infracción del primer inciso del primer párrafo del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sancionador de que los Jueces y Tribunales no podrán variar ni modificar sus Sentencias después de firmadas, y cuya infracción tratan de deducir los demandados del hecho de que la causa de la condena en costas al codemandado basada en apreciación de 'temeridad y mala fe' aparezca consignada a medio de corrección por tachadura de líquido corrector blanco, pues, en discrepancia con lo aducido como base fundamental del precitado motivo quinto que se examina, es lo cierto que esa circunstancia en modo alguno revela variación o modificación de la sentencia en cuestión después de haber sido dictada, sino simplemente una corrección material de lo mecanografiado, que normalmente se produce antes de la firma de la sentencia, una vez comprobada su reflejo escriturado antes de su firma».

Defectos en la notificación de la sentencia dictada en apelación al litigante en rebeldía: Consecuencias.—«[...] cualquiera que fueren los defectos que pudieran haberse producido en la notificación a dichos litigantes rebeldes de la sentencia objeto del recurso, es lo cierto que, aun en el supuesto hipotético de que fuesen reales, nunca generarían la nulidad solicitada por los tan mencionados recurrentes, desde el momento que los notificados se dieron por enterados, como lo evidencia que ejercitaron con su base el recurso de casación que ahora se considera, surtiendo en consecuencia todos sus efectos la correspondiente diligencia que se estimase defectuosa, cual previene el párrafo segundo del artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

No procede en casación hacer supuesto de la cuestión.—«Finalmente, en cuanto al motivo décimo [...], su no acogida emana de que en su fundamentación están haciendo los recurrentes supuesto de la cuestión, lo que es improcedente en casación, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 15 de junio, 16 de julio y 11 de noviembre de 1987, 16 de febrero, 11 de octubre y 13 de noviembre de 1988 y 18 de junio, 3 de julio y 22 de octubre de 1990 [...]». (STS de 13 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La Cofradía de Pescadores de Blanes reclama en concepto de precio impagado determinada cantidad a D. Joaquín G. F. y a D. Fernando M. T. Desestima la demanda el Juzgado. La Audiencia revoca la resolución de instancia condenando a D. Fernando al pago de la cantidad reclamada. Interponen recurso de casación las herederas de D. Fernando y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

51. Inadmisión de una tercería de dominio por no haberse producido la entrega del bien comprado en documento privado por el tercerista.—La Sala sentenciadora se basa para dar lugar a la tercería de dominio en que los contratos de compraventa aportados por los actores fueron visados por la Delegación de la Vi-

vienda y organismo que le sustituyó, adquiriendo así fecha auténtica frente a terceros, y en que los actores eran titulares de un «ius ad rem» que debe ser protegido frente a actos dispositivos del vendedor. Ninguna de estas afirmaciones pueden equivaler a que ha existido entrega o *traditio* de las viviendas, en cuyo caso no hubiera sido procedente calificar de «ius ad rem» al derecho de los actores y hoy recurridos, porque serían auténticos propietarios, titulares de un «ius in rem». El «ius ad rem» no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. Por tanto, el fallo de la sentencia recurrida vulnera la exigencia básica de nuestro sistema de adquisición y transmisión de derechos reales por contrato, que la hace depender para su eficacia jurídica de la concurrencia del título y *traditio* (arts. 609 y 1.095 del C.c.). El título obligatorio únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega. (STS de 26 de noviembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—El comprador de un piso, en virtud de documento privado, interpuso tercería de dominio contra el vendedor y contra el Ministerio de Economía y Hacienda, por haber embargado este último el piso comprado, que figuraba inscrito en el Registro de la propiedad aún a nombre del vendedor. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia admitieron la tercería, pero el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio, por entender que no se había producido la tradición del piso al vendedor, requisito indispensable para transmitir el dominio.

NOTA.—El mismo Tribunal Supremo reconoce que el documento privado de compraventa es *de fecha auténtica*, es decir, que cumple alguno de los requisitos recogidos en el art. 1.227 del C.C. Aunque el argumento del Alto Tribunal es más contundente, podría defenderse la equiparación de la oponibilidad de los documentos privados de fecha auténtica con la oponibilidad de los documentos públicos, por considerar también documentos fehacientes a los primeros, como hace el párrafo sexto del art. 298 del R.H. Si el acreedor debe contar con la existencia y respetar un documento público de compraventa de la finca embargada que es de fecha anterior al embargo. ¿Por qué razón no ha de respetar un documento privado de compraventa cuya fecha fehaciente es anterior a la del embargo? La teoría del título y del modo no es una regla absoluta, sino general, que admite excepciones: ¿por qué no ha de serlo la del caso enjuiciado? (L.F.R.S.)

